UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco

Licenças Compulsórias e direitos autorais

Tese para Curso de Doutorado em Direito Civil

Aluna: Fernanda Stinchi Pascale Leonardi
Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

São Paulo – 2014

FERNANDA STINCHI PASCALE LEONARDI

LICENÇAS COMPULSÓRIAS E DIREITOS AUTORAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação da Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora:

Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

Aos meus filhos Talita e Bruno, alegres companheiros.
Ao meu amado marido Marcel, permanente incentivador.

AGRADECIMENTOS

Esta tese foi fruto de profunda pesquisa, de árduo esforço e de imensa dedicação. Vê-la pronta dá a mim a certeza de dever cumprido, após um período de concentração e isolamento.

Assim, não poderia deixar de agradecer a todos os professores das disciplinas que cursei durante o doutorado: Professor Alvaro Villaça Azevedo, Professor Claudio Luiz Bueno de Godoy, Professora Teresa Ancona Lopez, Professora Walküre Lopes Ribeiro da Silva, além, é claro, da Professora Silmara Juny de Abreu Chinellato, minha orientadora. A semente por ela plantada, ao me indicar a leitura do texto de Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera, recomendar a leitura do Guia da Convenção de Berna e gentilmente me ceder seu próprio artigo sobre o tema antes mesmo de sua publicação, permitiu que minha pesquisa tomasse rumos mais amplos e diversos do que os inicialmente planejados, pelo que assumo total responsabilidade.

Agradeço, ainda, a amigos e colegas que me ajudaram, seja enviando materiais relativos à licença compulsória de obras intelectuais e gestão coletiva de direitos autorais, seja debatendo ideias a respeito do tema, entre eles: Andrea Hototian, Antonio Carlos Morato, João Vieira da Cunha, Marcos Rogério Sousa, Maria do Carmo Garcez Ghirardi, e Rodrigo Kopke Salinas.

Agradeço a incomensurável ajuda que me foi dada pela minha querida assistente Marcia Rodrigues, que providenciou cópias de diversos textos da pesquisa e digitou passagens por mim destacadas nas obras pesquisadas, sem o que, o tempo para completar o trabalho não teria sido suficiente.

Agradeço, ainda, a toda a equipe do escritório Leonardi Advogados, cujo apoio e compreensão fizeram possível minha dedicação à pesquisa.

Em especial, agradeço a Claudia e a Cristina, que, mais uma vez, conseguiram manter a casa em ordem e as crianças dentro de sua rotina.

Ao meu marido, aos pais dele e aos meus pais, um simples agradecimento não basta: sem vocês nada disso teria sido possível!

Aos meus filhos, Talita e Bruno, agradeço a paciência e peço desculpas pelas ausências nos finais de semana de 2013.

A virtude está no meio.

Aristóteles

RESUMO

PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. Licenças compulsórias e direitos autorais. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

Defende a compatibilidade de licenças compulsórias com o ordenamento jurídico brasileiro e indica hipóteses em que esse instituto poderia ser implementado no Brasil. Para tanto, analisa as licenças compulsórias para obras intelectuais previstas no Direito Internacional e no Direito Estrangeiro, bem como os institutos assemelhados que também permitem o uso de obras intelectuais sem a prévia e expressa autorização dos titulares de direitos autorais, mediante garantia da justa remuneração a esses titulares, apresentando justificativas fundadas no ordenamento jurídico brasileiro para a adoção de alguns desses regimes no Brasil. Identifica dois grupos de licenças compulsórias: **um** justificado diretamente pelas necessidades culturais e educacionais de países em desenvolvimento, e **outro** fruto de razões econômicas e práticas, especialmente da impossibilidade de obtenção de autorização individualizada de todos os titulares de direitos autorais das inúmeras obras a serem usadas, por exemplo, no rádio, no televisão, e, atualmente, pela Internet. A primeira parte da obra esclarece que a licença compulsória é um instituto mais conhecido no âmbito do Direito de Patentes do que no Direito Autoral, enquanto a segunda parte apresenta um breve panorama histórico da origem das licenças compulsórias para obras intelectuais. A terceira parte da obra apresenta as licenças compulsórias para tradução, para reprodução, para gravação de obras sonoras e para radiodifusão previstas na Convenção de Berna e na legislação de diversos países estrangeiros. Apresenta, ainda, as soluções estrangeiras para questões de obras órfãs e de uso privado, as quais incluem a adoção de licenças compulsórias ou de institutos assemelhados (direitos de remuneração e licenças coletivas estendidas). Na quarta parte, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a necessidade de balanceamento de direitos constitucionais e a necessidade de impedir o abuso de direito, apresentando o instituto das licenças compulsórias para obras intelectuais como um instrumento para atingir esses objetivos. Em seguida, são avaliados os artigos das duas versões do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos Autorais que mencionam as licenças compulsórias, indicando-se as possibilidades de melhoria em tais dispositivos. A quinta parte da obra distingue as licenças compulsórias de outros institutos conhecidos no Direito Brasileiro e indica, ao final, sua natureza jurídica. A sexta parte analisa a veiculação de obras por meio da Internet e traz propostas de implementação de regimes de licenças compulsórias no Brasil como aprimoramento à atual estruturação do Direito Autoral brasileiro. Conclui que as licenças compulsórias são sistemas de gestão dos direitos autorais, inexistindo impedimento para a sua instituição no Brasil, especialmente como uma forma de solução aos desafios enfrentados pelo Direito Autoral no tocante à veiculação de obras pela Internet, defendendo a instituição de um ônus geral transitório até que se possa estabelecer uma licença legal definitiva para usos não comerciais e de um sistema duplo para usos comerciais: instituição de licenças obrigatórias para as hipóteses autorizadas pela Convenção de Berna e de licenças coletivas estendidas para as demais hipóteses de usos comerciais.

Palavras chave: licenças compulsórias; licenças legais; licenças obrigatórias; direitos de remuneração; remuneração equitativa; licenças coletivas estendidas; gestão coletiva; obras intelectuais; direitos autorais e Internet.

ABSTRACT

The work defends the compatibility of compulsory licenses with the Brazilian legal system and indicates cases in which the institute could be implemented in Brazil. It analyzes the compulsory licenses of intellectual works under international law and foreign law, as well as the similar institutes that also allow the use of intellectual works without the prior written consent of the copyright holders, by ensuring fair compensation to such holders, presenting justifications founded in Brazilian law for the adoption of some of these schemes in Brazil. It identifies two groups of compulsory licenses: one directly justified by the cultural and educational needs in developing countries, and another by economic and practical reasons, especially the impossibility of obtaining individual consent from all copyright holders of the numerous works to be used, for example, on radio, on television, and nowadays, on the Internet. The first part explains that compulsory licensing is a widely known institute for the Patent Law and less known for the Copyright Law, while the second part provides a brief historical overview of the origin of compulsory licenses of intellectual works. The third part introduces compulsory licenses provided in the Berne Convention and in some foreign countries for translation, for reproduction, for recording and for broadcasting. It also presents foreign solutions to orphan works and private use issues, which include the adoption of compulsory licenses or similar schemes (right to compensation and extended collective licensing). In the fourth part, it is shown that Brazilian law recognizes the need for balancing constitutional rights and the need to prevent abuse of law, presenting the institute of compulsory licenses to intellectual works as a tool to achieve these goals. Then, the two versions of the Draft Bill to reform the Brazilian Copyright Act that mention compulsory licenses are reviewed to point out possible improvements in such provisions. The fifth part of the work distinguishes compulsory licensing of other known institutes in Brazilian law and indicates its legal nature. The sixth section analyzes the transmission of works through the Internet and it brings proposals for implementation of compulsory licensing regimes in Brazil as an improvement to the current structure of the Brazilian Copyright Law. The work concludes that compulsory licenses are copyright management systems, whose implementation is compatible with the Brazilian legal system, especially as a form of solution to the challenges faced by Copyright Law regarding the transmission of works over the Internet, advocating the creation of a general, transient, levy until a definitive legal license can be established for non-commercial uses and a dual system for commercial uses: imposition of compulsory licenses for the cases permitted by the Berne Convention and of extended collective licenses for other commercial uses.

Key words: compulsory licenses; statutory licenses; levies, rights of remuneration; equitable remuneration; extended collective licensing, collective management, intellectual works, copyright and Internet.

RIASSUNTO

Il lavoro difende la compatibilità delle licenze obbligatorie con il sistema giuridico brasiliano e indica i casi in cui l'istituto potrebbe essere inserito in Brasile. Analizza le licenze obbligatorie per le opere intellettuali nell'ambito del diritto internazionale e di diritto straniero, così come gli istituti simili che permettono anche l'utilizzo di opere dell'ingegno senza il preventivo consenso scritto dei detentori del copyright, garantendo un equo compenso per tali detentori, presentando giustificazioni fondate nel Diritto brasiliano per l'adozione di alcuni di questi regimi in Brasile. Identifica due gruppi di licenze obbligatorie: uno direttamente giustificato dalle esigenze culturale ed educative nei paesi in via di sviluppo, e un altro frutto di motivi economici e pratici, in particolare l'impossibilità di ottenere il consenso individuale da tutti i detentori del copyright delle numerose opere ad essere utilizzate, per esempio, in radio, in televisione, ed ora, in Internet. La prima parte del lavoro spiega che le licenze obbligatorie sono un istituto più noto per la legge sui brevetti che per il diritto d'autore, mentre la seconda parte fornisce una breve panoramica storica di origine delle licenze obbligatorie alle opere intellettuali. La terza parte introduce licenze obbligatorie per la traduzione, per la riproduzione, per la registrazione e la trasmissione previsti dalla Convenzione di Berna e dalle leggi di paesi stranieri. Presenta inoltre soluzioni straniere alle problematiche di opere orfane e dell'uso privato, tra cui l'adozione di licenze obbligatorie o degli istituti simili (diritti di compensazione e di licenza collettiva ampliata). La quarta parte dimostra che la legge brasiliana riconosce la necessità di bilanciare diritti costituzionali e la necessità di prevenire l'abuso di diritto, presentando l'istituto di licenze obbligatorie per opere intellettuali come uno strumento per raggiungere questi obiettivi. Poi, le due versioni del progetto di riforma della Legge di Diritto d'autore che menzionano licenze obbligatorie sono state valutate, con indicazioni dei possibili miglioramenti a tali previsioni. La quinta parte del lavoro distingue concessione di licenze obbligatorie dall'altri istituti noti in Diritto brasiliano e indica la sua natura giuridica. La sesta sezione analizza la trasmissione di opere attraverso Internet e porta proposte per l'attuazione di regimi di licenze obbligatorie in Brasile come un miglioramento per la struttura attuale del Diritto d'autore brasiliano. Il lavoro conclude che le licenze obbligatorie sono sistemi di gestione dei diritti d'autore, privo di impedimento alla propria istituzione in Brasile, soprattutto come forma di soluzione alle sfide affrontate per quanto riguarda la trasmissione di opere su Internet, sostenendo l'istituzione di un diritto di remunerazione generale e transitorio fino a quando non riesce a stabilire una licenza legale definitiva per usi non commerciali e di un sistema duale per usi commerciali: imposizione di licenze obbligatorie per i casi consentiti dalla Convenzione di Berna e licenze collettive ampliate per altri usi commerciali.

Parole chiave: licenze obbligatorie, licenze legali, diritti di remunerazione, equo compenso, licenze collettive estese o ampliate, gestione collettiva, opere dell'ingegno, diritti d'autore ed Internet.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	11
Parte I – Noções iniciais sobre as licenças compulsórias em Propriedade Intelectual	16
Capítulo I – As licenças compulsórias no âmbito do Direito de Patentes	19
Capítulo II – As licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral.....	28
Parte II – Breve notícia histórica do surgimento e da evolução das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral.....	32
Parte III – Panorama das hipóteses de licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral, previstas em Convenções Internacionais e no Direito Estrangeiro.....	40
Capítulo I – As licenças compulsórias para tradução	41
Capítulo II – As licenças compulsórias para reprodução	58
Capítulo III - As licenças compulsórias para gravação de obra musical	70
Capítulo IV – As licenças compulsórias para radiodifusão.....	78
Capítulo V – As licenças compulsórias para obras órfãs.....	94
Capítulo VI – Institutos assemelhados e outras hipóteses de “justa remuneração”...	105
Parte IV – As licenças compulsórias de obras intelectuais e o Direito Brasileiro..	122
Capítulo I – Balanceamento de Princípios Constitucionais.....	124
Capítulo II –Abuso de direito	137
Capítulo III – Estruturação atual do Direito Autoral no Brasil.....	142
Capítulo IV – Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos Autorais	148
Parte V – Contornos das licenças compulsórias de obras intelectuais	164
Capítulo I – As licenças compulsórias como resultado do conflito entre o interesse privado e o interesse público	164
Capítulo II – O distanciamento das licenças compulsórias em relação às limitações aos direitos autorais	168
Capítulo III – A distinção entre as licenças compulsórias e o domínio público remunerado	174
Capítulo IV – As diferenças entre as licenças compulsórias e a desapropriação	180
Capítulo V – As diferenças entre as licenças compulsórias e a requisição	183
Capítulo VI – As licenças compulsórias como parte do sistema de Direito Autoral.	185
Parte VI – Veiculação de obras intelectuais pela Internet e licenças compulsórias	190
Capítulo I – A Sociedade da Informação.....	190
Capítulo II – Controle e remuneração de obras intelectuais divulgadas pela Internet	199
Capítulo III – Proposta de instituição de licença compulsória com relação a obras intelectuais disponibilizadas pela Internet	227
CONCLUSÃO.....	242
REFERÊNCIAS.....	247

INTRODUÇÃO

O instituto das licenças compulsórias é pouco estudado no âmbito do Direito Autoral. Ao contrário, no âmbito do Direito de Patentes, a figura das licenças compulsórias é objeto de vários estudos no Brasil e no exterior.

Ressalta-se, desde já, que, apesar de termos optado pelo uso da nomenclatura unificada *licenças compulsórias*, a obra demonstra existirem diferenças entre as licenças compulsórias relacionadas ao Direito de Patentes e aquelas relacionadas ao Direito Autoral. E mais, a obra esclarece que, mesmo no âmbito do Direito Autoral, pode existir mais de um tipo do que aqui denominamos unificadamente de *licenças compulsórias*¹.

Esclarece-se, também, que a adoção do título Licenças Compulsórias e direitos autorais não implica a exclusão da análise de outros institutos típicos desse ramo do Direito, na medida necessária para a construção dos contornos do objeto do estudo².

Como se verá detalhadamente ao longo desta obra, há tempos a Convenção de Berna³ prevê um regime de licenças *não exclusivas e intransferíveis* concedidas por autoridade competente, em certas ocasiões especiais, para *tradução* de obras publicadas sob forma impressa, bem como para *reprodução* de obras literárias e artísticas. A mesma Convenção prevê, ainda, a possibilidade de que os países membros ressalvem ou condicionem tanto o direito exclusivo do autor de autorizar a *radiodifusão* e a *comunicação pública* de obras literárias e artísticas, quanto o direito do autor de autorizar a *gravação* de obras musicais (ou da respectiva letra), desde que seja garantida uma remuneração equitativa ao autor, fixada por autoridade competente, se necessário.

Com efeito, a mencionada Convenção não utiliza a mesma nomenclatura que optamos por usar na presente obra, mas todas essas hipóteses poderão ser aqui referidas sob a denominação única de *licenças compulsórias*.

Esta obra demonstra que, quando certas condições estipuladas por lei estão presentes, um governo pode conceder uma licença compulsória para que determinadas

¹ O termo *licenças compulsórias* é já bastante difundido no Brasil em razão de estar previsto em nosso ordenamento no âmbito do Direito de Patentes. Por essa razão decidimos privilegiar tal nomenclatura.

² A título exemplificativo, indicamos que a presente obra analisará, dentre outros, os seguintes institutos: exceções, limitações, remuneração equitativa, domínio público remunerado e licenças coletivas alargadas.

³ Trata-se da Convenção de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas, tratado internacional sobre Direitos Autorais, do qual o Brasil faz parte, e cujo texto revisto em Paris em 1971 foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 75.699 de 1975. Essa Convenção será referida ao longo da obra simplesmente como Convenção de Berna.

obras sejam disponibilizadas a certos usuários, em geral por um valor fixado sem a influência dos autores ou titulares de direitos autorais⁴. Em algumas hipóteses, a lei, além de prever a obrigatoriedade da licença, pode já definir a remuneração devida. Em todos estes casos, o beneficiário deve apenas remunerar o uso, sem ter que obter a autorização prévia do autor ou titular.

À primeira vista, as licenças compulsórias podem parecer incompatíveis com o ordenamento jurídico de países em que se reconhece, aos respectivos autores ou titulares de direitos autorais, o direito exclusivo de autorizarem previamente o uso de uma obra intelectual. Todavia, percebe-se, atualmente, uma clara tendência de adoção de algum tipo de licença compulsória mesmo por países em que a proteção aos autores e titulares de direitos autorais é de natureza e de grau semelhantes à proteção existente no Brasil. De fato, em estudo realizado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)⁵ no ano de 2010, de 61 países consultados, 36 responderam afirmativamente à consulta, destacando as hipóteses de licenças compulsórias para empréstimo público de obras, para uso de obras em benefício de pessoas portadoras de deficiências, e para usos com propósito de informação e documentação⁶.

⁴ Ao longo da obra, ao mencionarmos “titulares de direitos autorais”, dependendo do contexto, poderemos querer nos referir apenas aos titulares derivados ou conjuntamente aos titulares originários (autores) e aos titulares derivados.

⁵ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual, é a agência da Organização das Nações Unidas dedicada ao uso da propriedade intelectual como meio de estímulo de inovação e criatividade. Nesta obra essa Organização poderá ser referida apenas como OMPI.

⁶ Como faremos adiante, o estudo da OMPI diferencia “*statutory licences*” (licenças legais) de “*compulsory licences*” (licenças compulsórias), sendo que para as hipóteses de licenças compulsórias (concedidas por autoridade competente em caso de falta de acordo entre as partes), responderam afirmativamente 21 países. Transcrevem-se os trechos relevantes: “4. *Limitations and exceptions based on statutory licenses (permission for remuneration): Twenty-four Member States stated that they do not have in their national laws any limitations and exceptions construed as statutory licenses. National legislations of the remaining 36 Member States include at least some limitations and exceptions where the remuneration is provided for. Prevailing examples of acts falling under statutory license type limitations and exceptions are reproduction of a work for private purposes and reproduction of a work or short excerpt thereof for purposes of teaching and education. Other cited limitations and exceptions provide remuneration for public lending, use of a work for benefit of persons with disabilities, use of a phonogram by broadcasting, playing a sound recording in the public, rental of audio and audiovisual recordings, uses for purpose of information and documentation and reproduction, distribution and communication to the public by mass media of articles on current economic, political or religious issues published in other mass media. (...) 5. Limitations and exceptions based on compulsory licenses National laws of 21 Member States provide limitations and exceptions based on compulsory licenses. The Copyright law of the Republic of Korea provides compulsory licenses inter alia for broadcasting organizations intending to broadcast, for the sake of the public benefit, a work already made public, but not being able to conclude an agreement with the author. In such situations the broadcasting organization may obtain approval to broadcast the work from the Minister of Culture, Sports and Tourism, with remuneration determined by the Minister. Thirty-nine Member States do not use compulsory licenses in the field of copyright law. Ireland noted that, despite not having any provisions covering compulsory licenses, collective licensing schemes are permitted, for example, in relation to reprographic copying in*

Superada a impressão inicial de incompatibilidade com o nosso ordenamento, diversos autoristas brasileiros já cogitaram, em algum momento, aceitar a adoção de licenças compulsórias, como única solução possível para determinadas situações. Antonio Chaves, por exemplo, chegou a se referir à licença compulsória como “uma grave ameaça”⁷, mas posteriormente a indicou como solução para a questão da reprografia⁸. Carlos Alberto Bittar referiu-se à licença compulsória como um “sacrifício de direitos patrimoniais de autores”⁹; contudo, ao buscar uma solução para as questões ligadas à reprografia e à reprodução descontrolada de fonogramas e videofonogramas, também sugeriu a instituição de uma licença independente da prévia autorização do autor¹⁰.

De acordo com José de Oliveira Ascensão, não haveria motivo para se refutar a adoção de sistemas de licenças compulsórias, eis que há a garantia de remuneração aos autores. O autorista português afirma que “o dogma da autorização prévia do autor” é “um dogma cego, porque visa apenas reforçar uma soberania, mesmo quando o próprio autor é o prejudicado”¹¹.

Assim, a presente obra destaca a *relevância das licenças compulsórias como um potencial mecanismo de reafirmação dos direitos autorais*, não uma limitação a tais direitos.

No tocante à estrutura, vale destacar que, como introdução ao estudo aprofundado que será desenvolvido a respeito das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral, a Parte I apresenta um confronto entre as justificativas para a concessão de licenças compulsórias no Direito de Patentes e aquelas usadas para a concessão de licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral.

educational establishments.” (Wipo Updated Report on the Questionnaire on Limitations and Exceptions prepared by the Secretariat. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo. 2010, p. 9. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/ccr_21/ccr_21_7.pdf>. Acesso em 03.nov.2013).

⁷ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 186.

⁸ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. LXXX, p. 74, jan/dez, 1985.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p.140, jan/dez, 1985.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. pp. 29-30.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 60.

Ao buscar demonstrar possíveis justificativas para a instituição de licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral no Brasil, a obra apresenta, na Parte II, uma breve notícia histórica sobre o surgimento destas licenças no campo do Direito Autoral, bem como avalia algumas situações específicas já previstas e instituídas internacionalmente. Com mais detalhes, os Capítulos da Parte III da obra indicam diversas hipóteses de licenças compulsórias e institutos assemelhados previstos em Acordos, Convenções e Tratados Internacionais, bem como em legislações estrangeiras específicas. Importa esclarecer que a menção ao Direito Estrangeiro e às previsões constantes de Convenções Internacionais também é feita em outros Capítulos, dada a escassez de legislação e doutrina nacionais sobre o tema.

Na Parte IV, a obra estuda o tema no âmbito do Direito Brasileiro, demonstrando a compatibilidade do instituto das licenças compulsórias para obras intelectuais com o ordenamento jurídico brasileiro, com fundamento no balanceamento dos direitos autorais com os direitos de acesso à cultura e à informação e com outros direitos igualmente protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹², bem como na teoria do combate ao abuso de direito, consagrada pelo Código Civil Brasileiro¹³. Em seguida, analisa-se a atual estruturação do Direito Autoral brasileiro, avaliando-se, inclusive, as hipóteses em que licenças compulsórias ou institutos assemelhados foram incluídos no Anteprojeto de Reforma¹⁴ que propõe alterações para a Lei de Direitos Autorais brasileira¹⁵. Já na Parte V, este trabalho busca construir os contornos das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral brasileiro, apresentando suas características e suas diferenças, tanto entre os tipos de licenças compulsórias identificados, quanto em relação a outros institutos, tais como as limitações aos direitos autorais, o domínio público remunerado e a desapropriação, visando a indicar a natureza jurídica das licenças

¹² Ao longo do texto, poderemos fazer referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por meio da expressão Constituição Federal ou CF/88.

¹³ No decorrer do texto, poderemos fazer referência à Lei nº 10.406/2002 que instituiu o Código Civil Brasileiro por meio da expressão Código Civil ou CC/2002.

¹⁴ A discussão sobre a necessidade de reforma da Lei de Direitos Autorais em vigor no Brasil vem acontecendo desde 2007, mas até o momento da revisão final desta obra não havia se concretizado em um projeto de lei. A primeira versão do Anteprojeto de Reforma da LDA chegou a prever um capítulo inteiro e detalhado para licenças compulsórias (nele denominadas de licenças não voluntárias). A segunda versão do referido Anteprojeto excluiu diversas hipóteses previstas inicialmente, mantendo uma hipótese de licença não voluntária para situações relacionadas a obras órfãs e outra para questões relacionadas à reprografia, como detalhadamente explicado na Parte IV.

¹⁵ A Lei de Direitos Autorais em vigor no Brasil é a Lei nº 9.610 de 1998, a qual poderá ser referida ao longo da obra simplesmente como Lei de Direitos Autorais ou LDA.

compulsórias e a justificar a possibilidade de elas serem entendidas como parte do sistema de Direito Autoral na atualidade.

Por sua vez, a Parte VI da obra, avalia questões relacionadas à Sociedade da Informação e à Internet, especialmente aquelas relacionadas à remuneração de autores e titulares de obras intelectuais. Os Capítulos desta última Parte apresentam a influência da Internet na concepção, na distribuição, na fruição e na reprodução de criações intelectuais, bem como avaliam o uso de recursos tecnológicos para auxiliar os autores e titulares de obras intelectuais no controle da exploração econômica de suas criações em conjunto com o uso dos sistemas de gestão coletiva, para, finalmente, considerar a conveniência do uso de licenças compulsórias, combinadas com outros institutos próprios de Direito Autoral e propor um aprimoramento do sistema de Direito Autoral brasileiro no que se refere a obras intelectuais disponibilizadas por meio da Internet.

Destaca-se como contribuição à ciência jurídica brasileira a definição dos contornos e da natureza jurídica das licenças compulsórias e a defesa do uso desse instituto – já internacionalmente reconhecido – como uma possível solução para os desafios enfrentados pelos autores e titulares de obras intelectuais na atualidade, ao ser compreendido como um instrumento para a reafirmação dos direitos autorais.

Parte I – Noções iniciais sobre as licenças compulsórias em Propriedade Intelectual

Inicialmente, é importante mencionar que, sob a denominação Propriedade Intelectual, costuma-se inserir uma gama de direitos diferentes, tais como o Direito Autoral, o Direito de Patentes e o Direito de Marcas.

Apesar de terem natureza jurídica diferente¹⁶ é possível afirmar que nenhum deles é, atualmente, considerado um direito absoluto, sendo claro que todos eles devem ser sopesados com outros direitos também tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma a evitar o exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual.

Para Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera, os direitos de propriedade intelectual estão submetidos a limitações legais para satisfazer algumas necessidades sociais¹⁷.

Nesse sentido, no que tange ao Direito de Marcas, há a previsão da caducidade pelo não uso de uma marca após cinco anos de sua concessão¹⁸. No tocante ao Direito de Patentes, a caducidade sempre foi uma possível consequência do não uso do objeto da patente. Todavia, esse instituto, atualmente, é aplicável apenas se, após dois anos da concessão de uma licença compulsória, o abuso do titular ou desuso do objeto permanecer¹⁹. Assim, Calixto Salomão Filho afirma que os detentores de patentes devem manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais, sendo que, em caso de

¹⁶ O estudo aprofundado da natureza jurídica de cada um desses direitos não é objeto dessa obra. Porém, é importante ressaltar que, no Brasil, enquanto as patentes e as marcas têm um viés mais patrimonial, no âmbito do Direito Autoral os direitos morais possuem papel bastante relevante. Sobre a natureza jurídica dos direitos autorais, por todos (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito de autor e direitos da personalidade**: reflexões à luz do código civil. Tese para concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. pp. 64-105).

¹⁷ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual*. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 2, 2009.

¹⁸ Não identificamos na doutrina brasileira ou estrangeira estudos sobre licença compulsória de marca. Por esse motivo, ressaltamos a existência do instituto da caducidade, que traz para o titular da marca uma consequência mais drástica, eis que ele perde totalmente o direito exclusivo que possuía sobre aquela criação intelectual.

¹⁹ BRASIL. Lei n.º 9.279 de 1996 (Art. 80). Vale destacar que a Lei n.º 5.772 de 1971 (antiga Lei de Propriedade Industrial brasileira) possibilitava o pedido de caducidade diretamente (Art. 49). A exigência de que tenha sido concedida licença compulsória previamente ao requerimento da caducidade é decorrente do abrandamento do texto da Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial ocorrida na revisão de Estocolmo, texto esse que influenciou a redação da atual Lei de Propriedade Industrial brasileira. Sobre o tema: LABRUNIE, Jacques. Licença obrigatória e caducidade de patentes: as modificações geradas pelo texto de Estocolmo da Convenção de Paris. **Revista da ABPI**, ano II, n.º 7, pp. 17-18, 1993.

descumprimento desse dever, a consequência é o licenciamento compulsório a concorrentes²⁰.

Já no âmbito do Direito Autoral, a *falta de exploração econômica* de uma obra intelectual por seu autor ou titular parece não ter recebido a mesma atenção do Direito. Com isso, a justificativa mais comumente lembrada para a concessão de licenças compulsórias de obras intelectuais é o interesse público no acesso à informação e à cultura²¹. É certo que há, também, teorias econômicas e de direito concorrencial que podem ser usadas para justificar a instituição de licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral²². Assim, a concessão de licenças compulsórias no Direito Autoral pode também ser justificada por razões econômicas – para evitar exercício abusivo de direitos patrimoniais por parte dos autores ou dos titulares de direitos autorais –; por razões concorrenciais – para combater a formação de monopólios e o abuso de posição dominante de mercado – e, até mesmo por razões de ordem prática – para facilitar o acesso lícito a obras intelectuais e garantir a justa remuneração aos titulares de direitos autorais. Nossos estudos serão concentrados mais nas questões de interesse público e nas razões de ordem prática que podem levar à conveniência da instituição de regimes de licença compulsória para obras intelectuais, do que nas questões econômicas e concorrenciais que guardam relação com o tema.

É interessante alertar que o instituto das licenças compulsórias para obras intelectuais é geralmente inserido pelos doutrinadores no estudo das limitações aos direitos autorais, mas, como será detalhado nesta obra, as licenças compulsórias têm contornos específicos que as distanciam das limitações.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, vol. 2, n.7, pp. 40-41, jul/set, 2004.

²¹ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 171; MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 23 e BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: RT, 1992. p. 123.

²² Sob o aspecto econômico, Leite menciona a redução de custos transacionais e a insuficiência de mercado. (LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 223-224). As questões de direito concorrencial são analisadas com profundidade por Nunes. (NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. *passim*.) Esses aspectos econômicos e concorrenciais serão analisados apenas tangencialmente na presente obra, por extrapolarem o escopo do estudo.

Antes de ingressar no estudo detalhado do instituto das licenças compulsórias no Direito Autoral, será feita uma breve análise das questões relacionadas às licenças compulsórias no âmbito do Direito de Patentes²³.

²³ Como já mencionado, a nomenclatura usada na presente obra para o instituto a ser analisado é emprestada do Direito de Patentes e inovadora no âmbito do Direito Autoral, no qual costuma ser referido como “licença obrigatória”, “licença legal” e “licença não voluntária”. As questões específicas relacionadas a cada uma dessas nomenclaturas serão estudadas ao longo da obra.

Capítulo I – As licenças compulsórias no âmbito do Direito de Patentes

A breve análise do instituto das licenças compulsórias no Direito de Patentes é importante para o nosso estudo, tendo em vista sua expressa previsão tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em um número relevante de países, o que pode nos servir como fonte de referência quanto ao tratamento a ser dado ao instituto também no âmbito de Direito Autoral, ainda que devam ser levadas em consideração as diferenças intrínsecas entre estas duas áreas da Propriedade Intelectual.

A falta de oferta de uma criação utilitária²⁴ em determinados mercados pode gerar uma disfunção no desenvolvimento normal das atividades do local. Por um lado, se aquela criação utilitária deixar de ser oferecida aos consumidores que dela dependem, pode-se gerar uma situação de dificuldade. Por outro lado, se a criação utilitária continuar a ser oferecida, porém a um valor exorbitante, o público consumidor daquele mercado também ficará em situação desfavorável.

Em razão dessas questões mercadológicas de fundo econômico e concorrencial, diversos países, além do próprio Brasil, estabelecem a possibilidade de serem concedidas licenças compulsórias relativas a patentes.

A Lei da Propriedade Industrial brasileira (LPI)²⁵ prevê a licença compulsória para patentes nos casos em que houver abuso na exploração da patente ou em que a patente

²⁴ A expressão criação utilitária é usada no sentido de criações que dão origem a “utilidades materiais” para distinguir tais criações daquelas de caráter puramente estético, como mencionado por BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. p. 13. O autor afirma que “(...) independentemente da destinação ou da intenção de seu criador, as criações intelectuais podem, de um lado, preencher objetivos estéticos ou de conhecimento, ou, de outro, dar origem a utilidades materiais. (...) Com efeito, certas criações satisfazem a exigências do intelecto (as obras estéticas, como as de literatura e de arte); outras servem à consecução de objetivos práticos (as máquinas, aparatos, inventos).” Tal divisão tem finalidade didática e não leva em consideração a existência de diversas criações intelectuais que possuem natureza híbrida, como já estudado por SILVEIRA, Newton; SANTOS JR, Walter Godoy dos. Propriedade Intelectual e Liberdade. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 142, pp. 12-14, 2006. Vale mencionar que Marques também discorre a respeito da sobreposição de proteções por diferentes institutos e sobre a fluidez dos regimes jurídicos (MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade Intelectual e Interesse Público. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, BFD, n. 79/294-354, pp.305-306, 2003).

²⁵ A Lei de Propriedade Industrial em vigor no Brasil é a Lei n.º 9.279 de 1996, que será referida ao longo da obra simplesmente como Lei de Propriedade Industrial ou LPI.

concedida não for explorada pelo titular, ou for explorada de maneira que não satisfaça as necessidades do mercado nacional²⁶.

Balmes Vega Garcia explica que os artigos 61 a 74 da LPI disciplinam as licenças, dividindo-as em voluntárias e compulsórias, prevendo a oferta pública de licença de patente, caso em que o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) pode arbitrar a remuneração, sendo as anuidades reduzidas à metade durante o período correspondente à oferta²⁷. Percebe-se que, nesse caso de oferta pública de licença de patente, não há propriamente um caráter compulsório da licença, mas há a perda, por parte do titular da patente, *do direito de estipular o valor pelo qual a patente seria licenciada*. Em troca da perda desse direito, o titular recebe o incentivo de ver as anuidades da patente reduzidas pela metade. O autor explica que tanto a não exploração do objeto da patente (excetuando os casos de inviabilidade econômica), quanto a comercialização que não atenda ao mercado brasileiro, ensejam a licença compulsória, esclarecendo que somente após três anos da concessão da patente pode ser requerida a licença compulsória. O autor ressalva que o titular da patente pode justificar a falta de exploração do objeto por razões legítimas, comprovar a realização de preparativos para a exploração ou justificar a não-manufatura ou comercialização por impedimentos de ordem legal. O autor menciona, ainda, que situações de emergência nacional ou de interesse público podem justificar uma licença compulsória²⁸.

É importante notar que o abuso na exploração da patente ou a falta de atendimento às necessidades do mercado, nesses casos, referem-se a situações de

²⁶ Lei n.º 9.279/96, “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial. § 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória: I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado. § 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior. § 3º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no art. 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento. (...) § 5º A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996).

²⁷ GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia**: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação. São Paulo: LTr, 2008. p. 159.

²⁸ *Idem, ibidem*. p. 160.

necessidade prática, não apenas a um desejo ou a uma aspiração. É o exemplo do licenciamento compulsório de certos medicamentos, cujo alto preço (decorrente da existência da patente) inviabilizaria o tratamento de doenças graves.

No Brasil, a LPI prevê também a hipótese de licença compulsória em razão de interesse público ou de emergência nacional²⁹, estipulando, ainda, uma terceira hipótese: licença compulsória necessária para a exploração de patente dependente que represente progresso técnico em relação à anterior³⁰. Para todas as hipóteses de licença compulsória, a LPI determina que não haja exclusividade, nem seja permitido o sublicenciamento³¹.

Denis Borges Barbosa divide, didaticamente, os tipos de licença compulsória no âmbito do Direito de Patentes nas seguintes modalidades: licença por abuso de direitos; licença por abuso de poder econômico; licença de dependência; licença por interesse público e licença legal imposta ao empregado (obrigado a conferir a seu empregador a co-titularidade da patente, nos termos do artigo 91, § 2º, da LPI)³².

Milton Lucídio Leão Barcellos destaca a existência de diversas modalidades de aplicação da licença compulsória, visando a restrição ao exercício particular do Direito de Patentes e o equilíbrio entre os interesses públicos e privados envolvidos. O autor defende que o interesse coletivo só deve prevalecer até a proporção necessária para satisfazê-lo, afirmando que uma licença compulsória não deve extrapolar a extensão, a duração e a forma indispensáveis para suprir o interesse público, ou para reprimir o abuso da patente ou do poder econômico³³.

O autor afirma que o instituto da licença compulsória no âmbito do Direito de Patentes é muito bem vindo no ordenamento jurídico brasileiro, mas alerta para um

²⁹ Lei n.º 9.279/96: “Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996).

³⁰ Lei n.º 9.279/96: “Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses: I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra; II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.” (*Idem, ibidem.*).

³¹ Lei n.º 9.279/96: “Art. 72. As licenças compulsórias serão sempre concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento”. (*Idem, ibidem.*).

³² BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 436-437 e 461.

³³ BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Licença compulsória de patente como meio de balanceamento constitucional entre interesses público e privado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 54, n. 339, p. 59, 2006.

problema a ser equacionado: “de que forma, durante quanto tempo e mediante o pagamento de que valor é que poderemos considerar cumprido o interesse público mediato (...) consistente na continuidade de estímulo eficaz para o desenvolvimento de novos medicamentos?”³⁴ A resposta a essa pergunta não é óbvia, tampouco única. Apenas a análise de cada caso permitirá definir os parâmetros justificáveis a serem utilizados.

Outro ponto interessante analisado por Milton Lucídio Leão Barcellos é o uso do instituto da licença compulsória no âmbito do Direito de Patentes tanto por países em desenvolvimento, quanto por países desenvolvidos, como os Estados Unidos^{35/36}. Sendo um instituto que visa, primordialmente, a evitar abusos praticados por detentores de patentes, sua aplicação é plenamente justificável em todos os países, mesmo naqueles ditos desenvolvidos. Essa questão é relevante para fins de comparação com algumas das licenças compulsórias previstas no âmbito do Direito Autoral, cujo pressuposto de aplicação, como será visto adiante, é justamente a condição de um país ser considerado “em desenvolvimento”.

Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera mencionam que existem, basicamente, dois tipos de licenças compulsórias de patentes. Um deles é o fundamentado pela falta de uso da invenção e está amparado não apenas no artigo 5.A da Convenção da União de Paris³⁷, mas também no artigo 30 do Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS^{38/39}). O outro tipo de licença

³⁴ BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Licença compulsória de patente como meio de balanceamento constitucional entre interesses público e privado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 54, n. 339, p. 62-63, 2006.

³⁵ Na presente obra faremos referência aos Estados Unidos da América do Norte simplesmente como Estados Unidos.

³⁶ BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Licença compulsória de patente como meio de balanceamento constitucional entre interesses público e privado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 54, n. 339, p. 63, 2006.

³⁷ A Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial é um tratado internacional da qual o Brasil faz parte foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 75.572 de 1975, sendo certo que o texto dessa Convenção revisto em Estocolmo em 1967 foi incorporado ao direito interno brasileiro pelo Decreto nº 635 de 1992. Essa Convenção será referida ao longo da obra simplesmente como Convenção de Paris ou CUP.

³⁸ O Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), é um tratado internacional do qual o Brasil faz parte e cujo texto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.355 de 1994. Ressaltamos que em espanhol e em português a sigla para referir-se a esse acordo internacional é ADPIC. Nessa obra, contudo, o referido acordo será referenciado pela sigla TRIPS por ter sido melhor aceita e difundida no Brasil.

³⁹ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 10, 2009.

compulsória é aquele baseado em razões de interesse público, emergências ou segurança nacional e independeria do fato de haver ou não exploração da patente pelo seu titular⁴⁰.

Dada a expressa previsão do tema no TRIPS, o tratamento tem sido semelhante em diversos países, valendo destacar a existência de regras nesse mesmo sentido na Argentina, cuja lei estabelece, além da previsão de uso independentemente de autorização do titular em razão não exploração da patente, também a menção à licença compulsória em razão da demora na aceitação a um pedido de licenciamento mediante condições comerciais razoáveis⁴¹.

No Chile, há menção à possibilidade de licença compulsória quando ocorrem práticas contra a livre concorrência por parte do titular da patente⁴².

Sobre essa questão da possibilidade de concessão de licença compulsória para correção de práticas anticoncorrenciais decorrentes da exploração de patentes, Paulo Eduardo de Campos Lilla afirma não haver dúvidas que o TRIPS reconheceu a importância

⁴⁰ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 20, 2009.

⁴¹ ARGENTINA. **Lei No. 24.481 de 1996** aditada pela Lei n. 24.572 de 1996, Artigos 42-47: “*Artículo 42 - Cuando un potencial usuario haya intentado obtener la concesión de una licencia del titular de una patente en términos y condiciones comerciales razonables en los términos del artículo 43 y tales intentos no hayan surtido efecto luego de transcurrido un plazo de ciento cincuenta (150) días corridos contados desde la fecha en que se solicitó la respectiva licencia, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, podrá permitir otros usos de esa patente sin autorización de su titular. (...) Artículo 43 - Transcurridos tres (3) años desde la concesión de la patente, o cuatro (4) desde la presentación de la solicitud, si la invención no ha sido explotada, salvo fuerza mayor o no se hayan realizado preparativos efectivos y serios para explotar la invención objeto de la patente o cuando la explotación de ésta haya sido interrumpida durante más de un (1) año, cualquier persona podrá solicitar autorización para usar la invención sin autorización de su titular. (...) La autoridad de aplicación previa audiencia de las partes y si ellas no se pusieran de acuerdo, fijará una remuneración razonable que percibirá el titular de la patente, la que será establecida según circunstancias propias de cada caso y habida cuenta del valor económico de la autorización, teniendo presente la tasa de regalías promedio para el sector de que se trate en contratos de licencias comerciales entre partes independientes. (...) Artículo 44 - Será otorgado el derecho de explotación conferido por una patente, sin autorización de su titular, cuando la autoridad competente haya determinado que el titular de la patente ha incurrido en prácticas anticompetitivas. (...) Artículo 45 - El poder ejecutivo nacional podrá por motivos de emergencia sanitaria o seguridad nacional disponer la explotación de ciertas patentes mediante el otorgamiento del derecho de explotación conferido por una patente; su alcance y duración se limitará a los fines de la concesión. Artículo 46 - Se concederá el uso sin autorización del titular de la patente para permitir la explotación de una patente -segunda patente- que no pueda ser explotada sin infringir otra patente -primera patente- siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (...)”.*

⁴² CHILE. **Lei nº 19.039 de 24/01/1991** revisada em 2005: “*Artículo 51.- Procederá pronunciarse respecto de una solicitud de licencia no voluntaria en los siguientes casos: 1) Cuando el titular de la patente haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia, en relación directa con la utilización o explotación de la patente de que se trate, según decisión firme o ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2) Cuando por razones de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, o de emergencia nacional u otras de extrema urgencia, declaradas por la autoridad competente, se justifique el otorgamiento de dichas licencias”.*

da proteção da concorrência nos países membros da OMC⁴³. O autor explica que a previsão dessa hipótese de concessão de licença compulsória consagra o entendimento de que o titular de uma patente não pode abusar de seu direito e provocar distorções no mercado, como já ocorrido no passado em determinadas situações. Ele relata que, no início do século XX, prevalecia, nos Estados Unidos, o entendimento de que a exploração de um “monopólio” legítimo (patente concedida) não poderia ser compreendido como prática anticoncorrencial. Contudo, após a análise do caso *Motion Picture*⁴⁴ pela Suprema Corte daquele país, o entendimento passou a ser diferente, originando-se a teoria denominada *patent misuse* (ou abuso de patentes)⁴⁵.

J. P. Remédio Marques, ao analisar o tema sob o ponto de vista do direito português e do TRIPS, afirma que a consagração de certos tipos de licenças obrigatórias constitui uma limitação ao gozo dos direitos de propriedade industrial. O autor acrescenta que muitas vezes a decisão sobre a concessão ou não dessas licenças recai sobre a discricionariedade legislativa de cada país, sendo certo que a liberdade dos países em relação aos requisitos previstos no TRIPS é maior quando a licença compulsória visa tutelar questões de saúde pública, eis que há expressa menção no TRIPS quanto à necessidade de tutela adequada para esse tipo de questão⁴⁶.

De fato, na lei portuguesa há menção específica a respeito da falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada e da existência de motivos de interesse público como justificativas para a licença compulsória de patentes⁴⁷.

⁴³ LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos da Propriedade Intelectual e o Controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. p. 112.

⁴⁴ *Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917). Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que ao condicionar a licença do uso de projetores patenteados à exibição apenas de filmes por ela produzidos, a *Motion Pictures* tentava estender de forma injustificada o escopo de sua patente sobre os projetores.

⁴⁵ LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos da Propriedade Intelectual e o Controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. pp. 120 a 123.

⁴⁶ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade Intelectual e Interesse Público. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, BFD, n. 79/294-354, p. 330 e segs, 2003.

⁴⁷ PORTUGAL. **Código da Propriedade Intelectual. Lei 36 de 05/03/2003** conforme reformada pela Lei 16 de 01/04/2008, artigos 106 a 110: “Artigo 106.º Obrigatoriedade de exploração (...) Artigo 107.º Licenças obrigatórias 1 - Podem ser concedidas licenças obrigatórias sobre uma determinada patente, quando ocorrer algum dos seguintes casos: a) Falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada; b) Dependência entre patentes; c) Existência de motivos de interesse público. 2 - As licenças obrigatórias serão não exclusivas e só podem ser transmitidas com a parte da empresa ou do estabelecimento que as explore. 3 - As licenças obrigatórias só podem ser concedidas quando o potencial licenciado tiver desenvolvido esforços no sentido de obter do titular da patente uma licença contratual em condições comerciais aceitáveis e tais esforços não tenham êxito dentro de um prazo razoável. (...) 6 - O titular da patente receberá uma

No direito francês⁴⁸ existem previsões similares, sempre mencionando a não exploração ou a exploração insuficiente da patente pelo titular como a principal razão para a possibilidade de concessão de licença compulsória a terceiros interessados.

A previsão de licença compulsória para a hipótese da falta de exploração da patente ou para a exploração desproporcional às necessidades do país também consta do Código de Propriedade Intelectual da Itália⁴⁹.

No Canadá, dentre outras hipóteses de possibilidade de concessão de licença compulsória, há uma expressa para o uso da invenção patenteada por parte do próprio governo⁵⁰.

As condições para a concessão de licenças compulsórias de patentes estão previstas no artigo 31 do TRIPS, merecendo destaque: a necessidade de negociação prévia

remuneração adequada a cada caso concreto, tendo em conta o valor económico da licença. (...) Artigo 108.º Licença por falta de exploração da invenção (...) Artigo 110.º Interesse público 1 - O titular de uma patente pode ser obrigado a conceder licença para a exploração da respectiva invenção por motivo de interesse público. (...)”

⁴⁸ FRANÇA. **Código da Propriedade Intelectual, Lei No. 92-597 de 01/07/1992** conforme emendada pela Lei No. 2007-1544, Artigos L. 613-11 – L. 613-20 e R613-4 - R613-42: “Article L613-11: Toute personne de droit public ou privé peut, à l’expiration d’un délai de trois ans après la délivrance d’un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) N’a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l’invention objet du brevet sur le territoire d’un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d’un autre Etat partie à l’accord sur l’Espace économique européen. b) N’a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l’exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. (...)”

⁴⁹ ITALIA. **Código de Propriedade Industrial. Decreto Legislativo No. 30 de 15/02/2005**. Artigos 70- 72: “Art. 70 Licenza obbligatoria per mancata attuazione. 1. Trascorsi tre anni dalla data di rilascio del brevetto o quattro anni dalla data di deposito della domanda se questo termine scade successivamente al precedente, qualora il titolare del brevetto o il suo avente causa, direttamente o a mezzo di uno o più licenziatari, non abbia attuato l’invenzione brevettata, producendo nel territorio dello Stato o importando oggetti prodotti in uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo ovvero in uno Stato membro dell’Organizzazione mondiale del commercio, ovvero l’abbia attuata in misura tale da risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese, può essere concessa licenza obbligatoria per l’uso non esclusivo dell’invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta. 2. La licenza obbligatoria di cui al comma 1 può ugualmente venire concessa, qualora l’attuazione dell’invenzione sia stata, per oltre tre anni, sospesa o ridotta in misura tale da risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese. (...)”

⁵⁰ CANADA. **Lei de Patentes (R.S., 1985, c. P-4, Act current to 21/01/2010)**. Artigos 19, 21 e 65: “Government may apply to use patented invention: 19. (1) Subject to section 19.1, the Commissioner may, on application by the Government of Canada or the government of a province, authorize the use of a patented invention by that government. Terms of use: (2) Subject to section 19.1, the use of the patented invention may be authorized for such purpose, for such period and on such other terms as the Commissioner considers expedient but the Commissioner shall settle those terms in accordance with the following principles: (a) the scope and duration of the use shall be limited to the purpose for which the use is authorized; (b) the use authorized shall be non-exclusive; and (c) any use shall be authorized predominantly to supply the domestic market. Conditions for authorizing use: (...) Abuse of rights under patents: (...)”

para se tentar obter uma licença voluntária; a previsão de remuneração adequada ao titular da patente e o caráter não exclusivo e não transferível da licença⁵¹.

Há que se mencionar, ainda, a dispensa de algumas dessas condições para o caso de licenças compulsórias concedidas para a correção de práticas anticoncorrenciais unilaterais a partir de exploração de patentes, uma delas sendo justamente a dispensa da necessidade de negociação prévia com o titular da patente⁵².

Como visto, são vários os países que preveem expressamente em suas legislações as licenças compulsórias no âmbito do Direito de Patentes, sendo semelhantes os tratamentos nacionais dados à matéria.

Essa realidade não se repete tão claramente no caso das licenças compulsórias no campo do Direito Autoral. As razões apresentadas por Simone Lahorgue Nunes podem justificar tal situação. A autora defende que, no campo dos Direitos de Patentes, sendo o Brasil um país importador e considerada a essencialidade da grande maioria dos bens protegidos, um sistema jurídico protetivo mais flexível e a licença compulsória podem fazer sentido. Já no campo do Direito Autoral, diferentemente, sendo o Brasil um país altamente criativo e exportador de obras seria justificável a busca de um ordenamento menos flexível, sem a previsão de licenças compulsórias⁵³. A explicação da autora, apesar de imaginada para a situação brasileira, pode ser estendida para diversos outros países que, apesar de terem em seus respectivos ordenamentos internos a clara previsão de licença compulsória na área do Direito de Patentes, não tratam do instituto no âmbito do Direito Autoral.

Outra razão que pode justificar a ausência de regramento para licenças compulsórias em Direito Autoral nos ordenamentos jurídicos nacionais é o tratamento dado a tal instituto pelos Acordos, Convenções e Tratados Internacionais⁵⁴. Ao contrário do que ocorre no Direito de Patentes, em que o TRIPS prevê a possibilidade de os países membros do Acordo estabelecerem exceções aos direitos conferidos e detalha as condições a serem respeitadas para a concessão de licenças compulsórias, no âmbito do Direito

⁵¹ LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos da Propriedade Intelectual e o Controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. pp. 110 e 111.

⁵² *Idem, ibidem*. pp. 111 e 112.

⁵³ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 318.

⁵⁴ Apesar da diferença de significado atribuída pelo Direito Internacional a cada uma dessas figuras, na presente obra, essa questão não será enfocada.

Autoral o TRIPS não prevê expressamente a possibilidade de implementação de sistemas de licença compulsória para obras intelectuais, ao passo que as previsões existentes em Convenções Internacionais são específicas para apenas alguns tipos de obras e de direitos como será analisado ao longo desse estudo. Vale lembrar, entretanto, que o TRIPS não veda a licença compulsória no âmbito do Direito Autoral, como chega a fazer para o Direito de Marcas⁵⁵.

E mais, o TRIPS possui uma seção referente ao controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças, na qual menciona que um país membro pode adotar, de forma compatível com o próprio Acordo e com as leis e regulamentos nacionais, medidas apropriadas para evitar ou controlar práticas abusivas, citando dentre tais medidas as licenças compulsórias.⁵⁶ Apesar de visar primordialmente a situações relacionadas a patentes, essa seção do TRIPS é aplicável a todos os tipos de direitos intelectuais⁵⁷.

De todo modo, não há dúvida de que a maior complexidade inerente ao Direito Autoral se reflete também nas questões relacionadas às licenças compulsórias para obras intelectuais protegidas por esse ramo do Direito⁵⁸, como se analisa ao longo desta obra.

⁵⁵ TRIPS. Artigo 21 Licenciamento e Cessão. “Os Membros poderão determinar as condições para a concessão de licenças de uso e cessão de marcas, no entendimento de que **não serão permitidas licenças compulsórias** e que o titular de uma marca registrada terá o direito de ceder a marca, com ou sem a transferência do negócio ao qual a marca pertença” (grifo nosso).

⁵⁶ TRIPS. Artigo 40. “1. Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia. 2. Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e **pacotes de licenças coercitivas**, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro” (grifo nosso).

⁵⁷ “Article 40.1 applies to licensing of any kind of intellectual property covered by TRIPS. This is so even though most of the practices mentioned in Article 40.2 seem to point to patents, or possibly also to trademarks. The reason is that, in a systematic perspective, Section 8 complements the rules of Part II on standards concerning the availability, scope and use of IPRs, which is to say, the “use” of all “intellectual property rights”. (UNCTAD-ICTSD. Resource Book on TRIPS and Development. USA: Cambridge University Press, p. 556. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2008/06/3iprsandcompetition_update.pdf>. Acesso em 30.nov.2013).

⁵⁸ Sobre a autonomia do Direito Autoral, por todos: BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia Científica do Direito de Autor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 89, pp. 87-98, 1994.

Capítulo II – As licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral

Como mencionamos, no âmbito do Direito Autoral, as licenças compulsórias podem ser justificadas pelo interesse público no acesso à informação e à cultura; pelo combate ao exercício abusivo de direitos patrimoniais por parte dos titulares de direitos autorais; por motivos de ordem econômica e concorrencial e por razões de ordem prática que inviabilizam a manutenção do sistema de obtenção de autorização prévia e expressa dos titulares de direitos autorais.

Em nosso estudo, dois principais grupos de licenças compulsórias serão analisados: o justificado diretamente pelas necessidades culturais e educacionais de países em desenvolvimento (representado especialmente pelas licenças compulsórias previstas no Anexo da Convenção de Berna, como será visto nos Capítulos I e II da Parte III), e o justificado pela constatação da inviabilidade prática de obtenção de autorização individualizada de todos os titulares de direitos autorais das inúmeras obras a serem usadas, por exemplo, no rádio, no televisão, e, atualmente, pela Internet. Esse segundo grupo encontra fundamentação também na Convenção de Berna (artigos 11 *bis* alínea 2 e 13 alínea 2), como será detalhado nos Capítulos III e IV da Parte III. Também incluimos neste segundo grupo as soluções adotadas no Direito Estrangeiro para as questões de obras órfãs e para uso privado (analisadas nos Capítulos V e VI da Parte III).

Destaca-se, desde já, que, em comparação ao panorama apresentado para as criações utilitárias protegidas pelo Direito de Patentes, as licenças compulsórias relativas a criações estéticas⁵⁹ protegidas no âmbito do Direito Autoral fundadas na ausência ou na recusa de exercício de direitos por parte dos respectivos titulares, ou ainda no abuso de direito, são bem mais raras, tendo sido possível identificar apenas um país que prevê tão explicitamente em sua legislação tal instituto. Esse país é a Arábia Saudita, cuja Lei de Direitos Autorais, prevê, em seu artigo 16, uma hipótese de licença compulsória para os casos em que haja interesse público e os herdeiros do autor não exercerem o direito à publicação⁶⁰.

⁵⁹ A expressão criação estética é usada em contraposição à expressão criação utilitária usada no Capítulo I, conforme explicação constante na nota de rodapé 25.

⁶⁰ ARÁBIA SAUDITA. **Decreto Real nº. M/412 Rajab, 1424**. “Article 16: Mandatory Licenses (1) The Minister may grant a publication license for the work after the lapse of a period to be specified by the implementing regulations for each case, if he sees that publication of this work serves public interest, in the

Uma possível explicação para a menor incidência de previsões específicas em legislações da área de Direito Autoral pode advir do fato de que cada país busca proteger ao máximo os seus bens culturais, ainda que existam necessidades de se garantir o acesso à informação e à cultura. Especificamente sobre o Brasil, Simone Lahorgue Nunes entende, diferentemente do que defende para bens intelectuais regulados pelo Direito de Patentes, que, para as criações intelectuais estéticas, a conduta protetiva mostra-se mais apropriada ao cenário brasileiro, ainda que com todas as exceções necessárias e adequadas ao nível de desenvolvimento educacional de nosso país⁶¹.

Outra explicação poderia ser a forma como o tema é previsto em Acordos, Convenções e Tratados Internacionais de Direito Autoral. Com efeito, nem todas as hipóteses são diretamente justificadas pela ausência ou pela recusa de exercício do direito de publicação, ou por eventual abuso desse direito. Em algumas situações, as previsões contidas em Convenções Internacionais autorizando a instituição de licenças compulsórias são fundadas apenas mediatamente no interesse da coletividade e mais diretamente em dificuldades de ordem prática. Em suma, dada a complexidade característica do Direito Autoral, a repercussão dessas previsões nas legislações nacionais não é tão facilmente percebida.

A título de introdução, vale lembrar que as obras intelectuais gozam de proteção independentemente de qualquer formalidade ou registro⁶² em todos os países signatários da Convenção de Berna⁶³, bem como a referida Convenção reconhece a existência de diversos

following cases: (d) If the heirs of the Saudi author or his successors decline to exercise the rights passed to them pursuant to Article (11) of this Law, within one year of the date of the request, if they have no valid excuse. (2) The license shall terminate upon publication of the work or the translation by the copyright owner, or with his authorization. (3) The Minister may specify the remuneration to be paid by the licensee to the copyright owners for every license issued, and they shall have the right to appeal his decision to the Board of Grievances. The implementing regulations shall determine the procedures and conditions required for the application of the mandatory license.” (Texto disponível em inglês no site da Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Disponível em:

<www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206369#LinkTarget_246>. Acesso em: 12/04/2012.

⁶¹ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 318.

⁶² Convenção de Berna: “Artigo 5 (...) 2) O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade (...)”.

⁶³ São partes contratantes da Convenção de Berna atualmente 167 países, conforme informação constante do site da OMPI. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?treaty_id=15>. Acesso em 22 out. 2013.

tipos de obras⁶⁴ e de diversos tipos de direitos patrimoniais, além de reconhecer em seu artigo 6 *bis* direitos morais aos autores⁶⁵.

A complexidade intrínseca da área de Direito Autoral, representada pela multiplicidade de tipos de obras, direitos e sujeitos de direitos, não permite uma previsão genérica de possibilidade de uso de obras intelectuais independentemente da autorização de seu titular (semelhante à contemplada no TRIPS para patentes). Ao contrário, o que se verifica internacionalmente é *a predominância do entendimento pela necessidade de autorização prévia, expressa e específica dos titulares para cada modalidade de uso de uma obra intelectual*.

Algumas exceções a essa regra da exigência de autorização prévia e expressa dos titulares são pontualmente previstas na Convenção de Berna, como por exemplo, no caso da faculdade dada aos países membros de permitirem, em certos casos especiais, a reprodução de uma obra⁶⁶. De forma um pouco diferente, o TRIPS traz uma única regra que define quais são as condições para que sejam impostas aos titulares de direitos autorais limitações e exceções a quaisquer de seus direitos exclusivos.⁶⁷ Essa regra, diversamente daquela prevista com relação a patentes, não menciona a possibilidade de uso de obras intelectuais sem a necessidade de prévia e expressa autorização de seus titulares. Essa pequena diferença pode explicar a grande discrepância percebida entre as regulações nacionais a respeito de licenças compulsórias no âmbito de Direito de Patentes e aquelas a respeito de licenças compulsórias no âmbito de Direito Autoral.

⁶⁴ Convenção de Berna: “Artigo 2. 1) Os termos ‘obras literárias e artísticas’ 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 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”.

⁶⁵ Os direitos patrimoniais expressamente reconhecidos pela Convenção de Berna estão previstos nos artigos 8 a 14 da convenção, dentre eles estão os direitos de: (i) tradução; (ii) reprodução, (iii) representação, execução públicas e transmissão pública da representação e da execução (para obras dramáticas, dramático-musicais e musicais); (iv) radiodifusão e comunicação pública (inclusive comunicação pública de obra já radiodifundida).

⁶⁶ Convenção de Berna: “Artigo 9. (...) 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a **reprodução** das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. (...)” (grifo nosso).

⁶⁷ TRIPS: “Artigo 13. Limitações e Exceções. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”.

De qualquer modo, existem em diversos países dispositivos legais que, apesar de não utilizarem especificamente a nomenclatura *licença compulsória*⁶⁸, estabelecem regras para o uso de bens intelectuais regulados pelo Direito Autoral, independentemente da prévia e expressa autorização de seus respectivos titulares⁶⁹, conforme será analisado ao longo dessa obra.

⁶⁸ Como já referido anteriormente, também são utilizadas as expressões *licenças obrigatórias*, *licenças legais* e *licenças não voluntárias*. Em alguns casos, sequer é usada a expressão *licença*, sendo mencionadas expressões como *ressalvas* e *condições de exercício* aos direitos autorais. Em outros casos, verifica-se o uso de expressões como *direitos de remuneração* e garantia de *remuneração equitativa*. Todas essas situações foram consideradas por esse estudo como abrangidas pela nomenclatura *licença compulsória* em sentido amplo, sendo certo que as diferenças relevantes entre cada um desses institutos será oportunamente apontada ao longo do trabalho.

⁶⁹ A análise das respostas enviadas para a OMPI no âmbito do estudo realizado pela referida organização em 2010 permite perceber a diferença de nomenclatura utilizada pelos variados países e a consequente dificuldade encontrada pelos países e pela própria OMPI em caracterizar cada uma das situações. **(Replies to Questionnaire concerning Limitations and Exceptions 2010. Wipo Updated Report on the Questionnaire on Limitations and Exceptions prepared by the Secretariat. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo. 2010. Disponível em <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/limitations_replies.html>.** Acesso em: 03 nov. 2013.

Parte II – Breve notícia histórica do surgimento e da evolução das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral

Diante da rápida introdução feita até aqui, pode-se perceber que tratar do surgimento e da evolução das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral não é tarefa simples. Antes de mais nada, é necessário distinguir ao menos dois grandes grupos de licenças: aquelas que são fundadas *direta e imediatamente* no interesse público e aquelas que, apesar de também serem mediadamente justificadas pelo interesse público, surgem muitas vezes por questões econômicas e em *razão de uma necessidade prática*.

No tocante ao conflito entre os interesses privados do autor e o interesse público, Eduardo Vieira Manso e Carlos Alberto Bittar destacam em suas obras que tal conflito é da própria essência do Direito Autoral.

Para Eduardo Vieira Manso, a cultura de um povo é a própria manifestação de sua nacionalidade e o interesse social na cultura justifica a proteção às obras intelectuais, as quais tendem a causar um efeito cultural, já que são resultantes da própria cultura como experimentada por seu autor⁷⁰. O jurista afirma que o mesmo interesse público que justifica a proteção aos direitos autorais, também justifica as ressalvas e limitações a esses direitos, para possibilitar que o seu papel cultural seja cumprido⁷¹.

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, afirma que as limitações aos direitos autorais relacionam-se com os objetivos de difusão de conhecimentos e de disseminação da cultura como um tributo devido em favor da coletividade, por ter utilizado elementos para as suas criações intelectuais do acervo geral da humanidade⁷².

O autor afirma que o conflito que se instala no âmbito do Direito Autoral entre os interesses público e privado se traduz em limitações aos direitos dos autores, seja nas limitações inscritas em Convenções Internacionais, seja naquelas previstas no direito interno de diferentes países⁷³.

⁷⁰ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 23.

⁷¹ *Idem, ibidem*. pp. 24-25.

⁷² BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 124, jan./dez., 1985.

⁷³ *Idem, ibidem*.p.120.

Antonio Chaves analisa a questão do conflito entre o interesse do autor e os interesses da coletividade indicando que, inicialmente, o Direito Autoral se orientava no sentido de fazer prevalecer os interesses da coletividade, já que a comunidade mostrava-se mais propensa a proteger aquele que divulgava a obra intelectual do que ao próprio autor dela. Em um segundo momento, os interesses do autor prevaleceram, chegando à proteção inclusive por um longo período após a morte do autor. Haveria, então, um terceiro momento, em que seria necessário buscar o equilíbrio entre os interesses do autor e os interesses da coletividade⁷⁴. Segundo o jurista, esse equilíbrio justificaria a existência de limitações aos direitos autorais, mas não a ampliação demasiada da esfera de liberdade de utilização, especialmente os usos que independessem de remuneração ao autor e aos intérpretes⁷⁵.

Em decorrência desse conflito intrínseco ao âmbito do Direito Autoral, desde a realização da Convenção de Berna existiam defensores da instituição de ressalvas e limites à proteção dos autores⁷⁶.

Tanto é assim que, no texto de 1886 da Convenção de Berna, foram consagradas limitações referentes a citações e à reprodução de artigos de jornais⁷⁷. Em 1928, os discursos públicos também passaram a integrar a lista de obras diretamente afetadas pelas limitações aos direitos autorais, conforme artigo 2 *bis* do texto da Convenção de Berna⁷⁸.

É verdade que a Convenção de Berna foi desenvolvida, inicialmente, de acordo com as normas e requisitos dos países industrializados na Europa. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, a existência de diversos países recém-independentes teve que ser considerada. Tais países eram livres para aderir ou não aderir à Convenção de Berna ou, se já eram membros em virtude de um passado colonial, eram livres para denunciar a Convenção.

Especificamente com relação ao primeiro grupo de licenças compulsórias mencionado no início desta Parte II, importa destacar que esses países recém-independentes pleiteavam a obtenção de um maior acesso a obras protegidas pelo Direito Autoral, especialmente para suas necessidades tecnológicas e educacionais. Ao mesmo

⁷⁴ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 171.

⁷⁵ *Idem, ibidem*. p. 174.

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: RT, 1992. p. 123.

⁷⁷ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 156-157.

⁷⁸ *Idem, ibidem*. p. 157.

tempo, o avanço da tecnologia tornou mais atraente o alargamento do âmbito geográfico dos Acordos e Convenções Internacionais multilaterais para um número cada vez maior de países.

Com isso, tornou-se necessária a adaptação dos sistemas de proteção internacional de obras literárias e artísticas para as necessidades destes países recém-independentes. Esse tema foi inicialmente discutido em 1963 e culminou com a apresentação de uma proposta de um “Protocolo para países em desenvolvimento”, em Estocolmo, em 1967.

Esse Protocolo, segundo Carlos Alberto Bittar, visava a inserir na Convenção de Berna normas excepcionais, limitativas aos direitos autorais em vários de seus aspectos patrimoniais. Tratava-se de reservas que os países em desenvolvimento poderiam opor a diferentes pontos, tais como a supressão ou a redução de gravames sensíveis (a que se submetiam os países aderentes), que não podiam ser mantidos em razão da sua situação econômica ou de questões de ordem social e cultural. O doutrinador conclui sua análise sobre referido Protocolo afirmando que a substancial redução no campo de abrangência dos direitos autorais patrimoniais que o Protocolo representava acabou levando os países desenvolvidos a não o ratificarem⁷⁹.

Carlos Alberto Bittar relata que as premissas desse movimento, que insistia na adoção de regras diferenciadas para países em desenvolvimento, eram as necessidades de difusão cultural naqueles países e de compatibilização entre as disposições da Convenção de Berna e as da Convenção Universal⁸⁰.

A respeito da Convenção Universal é importante esclarecer que esta trazia em seu texto, de 1952, a previsão de outorga de licença compulsória para a tradução de obras, sem limitar a aplicação dessa licença apenas para os países em desenvolvimento⁸¹.

A diferença entre os textos de ambas as Convenções realmente representava um grande problema, pois poderia significar o abandono da Convenção de Berna por diversos países. Com isso, a solução encontrada foi a realização conjunta da revisão dos textos dos dois diplomas em questão. Assim, foi aprovado, em 1971, em Paris, um Anexo à Convenção de Berna, em substituição ao Protocolo produzido em 1967, bem como foram

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 142, jan./dez., 1985.

⁸⁰ A Convenção Universal sobre Direito de Autor é um tratado internacional do qual o Brasil faz parte e cujo texto revisado em Paris, em 1971 foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 76.095 de 1975. Essa Convenção será referida ao longo da obra simplesmente como Convenção Universal.

⁸¹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 194.

inseridas no corpo da Convenção Universal normas abrandadas para os países em desenvolvimento⁸².

Como resultado desse esforço, constam na Convenção Universal disposições sobre licenças compulsórias concernentes à tradução (exigindo a autorização simultânea do autor, de organismo internacional, de centro nacional, e o pagamento da remuneração fixada) e licenças compulsórias referentes à reprodução de obras, com as mesmas exigências. Já no Anexo à Convenção de Berna, constam regras particulares à tradução; regras particulares à reprodução; e regras comuns às duas situações (como, por exemplo, as diligências impostas ao requerente e as regras para fixação da remuneração). Para Carlos Alberto Bittar, as regras da Convenção Universal foram absorvidas pelo Anexo da Convenção de Berna, com formulação mais técnica⁸³.

Percebe-se portanto que, no âmbito da Convenção de Berna, as regras referentes às licenças compulsórias tiveram sua gênese nas revisões de Estocolmo (1967) e Paris (1971), mas vinham sendo reclamadas desde 1963, principalmente por nações da África e pela Índia⁸⁴.

Paralelamente à previsão de possibilidade de outorga de licenças compulsórias para tradução e para reprodução de obras especificamente para países em desenvolvimento, no tocante ao segundo grupo de licenças compulsórias – *aquela imediatamente decorrente de razões de ordem prática*, a Convenção de Berna estipula a possibilidade de serem instituídas ressalvas aos direitos exclusivos dos autores de autorizarem a radiodifusão de suas obras literárias ou artísticas e a gravação sonora de obras musicais (com ou sem letra). Em diversos países, essas ressalvas foram implementadas por meio da instituição de licenças compulsórias.

A esse respeito, Antonio Chaves traça um panorama sobre os países que estipulam a licença compulsória para a radiodifusão. O autor explica tratar-se de instituto pelo qual, em certas condições, alguns países estabelecem, em favor da coletividade, a cessão de determinados direitos que caberiam ao autor, sem necessidade de consentimento prévio. Antonio Chaves critica a nomenclatura do instituto (licença legal ou obrigatória) afirmando que, se é *obrigatória*, dificilmente poderá ser entendida como *licença*. O autor afirma que,

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, pp.119-56, jan./dez., 1985. p.143.

⁸³ *Idem, ibidem*.p.146.

⁸⁴ *Idem, ibidem*.p.141.

em dois pontos, todos os países que estipularam a licença compulsória estão de acordo: o respeito aos direitos morais e a garantia de adequada compensação patrimonial ao autor⁸⁵. Na verdade, essas condições decorrem do próprio texto da Convenção de Berna, como será detalhadamente analisado adiante⁸⁶.

Hermano Duval, citando Henri Desbois, afirma que a licença compulsória foi instituída pela primeira vez na Alemanha⁸⁷. Segundo Hermano Duval, o objetivo da instituição da licença compulsória seria a proteção da indústria fonográfica em relação aos abusos dos autores e compositores, o que poderia levar à falência de pequenas empresas fonográficas e à supremacia das grandes indústrias que imporiam, ao final, suas vontades aos autores e aos próprios usuários. Em síntese, a ideia original do instituto era a seguinte: uma vez concedida pelo autor a autorização para a reprodução de sua obra, qualquer outro fabricante de discos ficava automaticamente autorizado a reproduzi-la desde que lhe pagasse uma remuneração razoável. Essa remuneração, quando não houvesse acordo entre as partes, seria fixada pelos tribunais. A mesma regra valia para a execução pública da obra musical gravada desse modo. Com isso, após a autorização do autor para a primeira gravação da obra musical, pode-se dizer que ninguém teria mais qualquer exclusividade sobre aquela obra, eis que, uma vez gravada, a obra podia ser regravada por vários outros fabricantes de disco e executada publicamente, desde que houvesse o pagamento da remuneração ao autor⁸⁸.

Hermano Duval explica que a Inglaterra foi o segundo país a adotar o instituto da licença compulsória, em 1911⁸⁹. Nesse país, a licença compulsória foi prevista não apenas para obras musicais, mas genericamente para obras literárias, científicas e artísticas, sendo que, no período entre 25 e 50 anos após a morte do autor, a exploração econômica da obra deixava de ser exclusiva dos herdeiros e passava a ser livre, mediante remuneração equitativa⁹⁰. Essa última situação, na verdade, diferencia-se da licença compulsória propriamente dita: trata-se de outro instituto, denominado domínio público remunerado, que será estudado mais adiante.

⁸⁵ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. pp. 181-183.

⁸⁶ De fato, tanto o artigo 11-*bis*, alínea 2, quanto o artigo 13 alínea 1 da Convenção de Berna determinam que o direito do autor de receber remuneração equitativa deve ser respeitado. Além disso, o artigo 11-*bis*, alínea 2, ressalta que, em caso algum, o direito moral do autor pode ser afetado.

⁸⁷ DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956. p. 51.

⁸⁸ *Idem, ibidem*.

⁸⁹ DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956. p. 52.

⁹⁰ *Idem, ibidem*.

O mesmo autor indica que a licença compulsória para gravações de obras musicais foi também adotada pela Suíça em 1922 e pelos Estados Unidos em 1909⁹¹.

Segundo Antonio Chaves, pelos artigos 17 a 21 da Lei Suíça de 1922, todo fonograma registrado licitamente podia ser executado em público sem autorização do autor, mas essa liberdade não incluía a possibilidade de radiodifusão⁹². O autor explica, ainda, que a Lei dos Estados Unidos de 1909 instituía uma licença obrigatória de gravação sonora, estabelecendo que, quando permitida uma primeira reprodução mecânica, qualquer outra pessoa poderia fazer uso semelhante, mediante o pagamento de um valor ao titular dos direitos autorais⁹³.

A lógica por trás desse sucesso do instituto da licença compulsória seria, na opinião de Hermano Duval, a possibilidade de se impedir sucessivas majorações de tarifas por parte das sociedades arrecadadoras, passando o Estado a fixar uma justa remuneração aos autores⁹⁴.

Para Antonio Chaves, contudo, a existência da licença obrigatória em certas leis nacionais e “a presença, na Convenção de Berna, de disposições que admitem essa instituição, não somente enfraquecem as prerrogativas dos autores, mas constituem também para o futuro uma grave ameaça”⁹⁵. O doutrinador preocupava-se com a possibilidade de o instituto prejudicar a remuneração adequada aos autores. Apesar da previsão pessimista de Antonio Chaves, a licença compulsória foi bem acolhida no âmbito da radiodifusão e diversos países a adotam, ainda nos dias atuais, como será visto adiante, especialmente em razão das dificuldades práticas que existem, em determinados casos, para que o consentimento prévio e individualizado dos autores fosse obtido.

No Brasil, do ponto de vista histórico, vale destacar que o Código Civil de 1916, em seu artigo 655 (revogado pela atual Lei de Direitos Autorais), previa o uso compulsório remunerado de poesias preexistentes incorporadas a uma composição musical⁹⁶.

⁹¹ DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956.

⁹² CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 179.

⁹³ *Idem, ibidem*. pp. 176-177.

⁹⁴ DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956. p. 55.

⁹⁵ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 186.

⁹⁶ BRASIL. Código Civil, 1916: “Art. 655. O autor de composição musical, feita sobre texto poético, pode executá-la, publicá-la ou transmitir o seu direito, independente de autorização do escritor, indenizando, porém, a este que conservará direito a reprodução do texto sem a música”.

Importa mencionar, também, o Decreto-lei 980 de 1969, que instituiu uma licença legal referente ao uso de obras musicais e fonogramas incluídos em filmes exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões.⁹⁷ Esse decreto – fazendo menção expressa ao desentendimento entre os exibidores cinematográficos e as entidades de arrecadação de direitos autorais, bem como à permissão contida no artigo 13, alínea 2 da Convenção de Berna – determinava o pagamento de 0,5% (meio por cento) sobre o preço da venda do ingresso, a título de direitos autorais e conexos, bem como definia as regras para arrecadação e distribuição dos valores⁹⁸.

Além disso, a Lei nº 5.988/73, a antiga Lei de Direitos Autorais, mencionava uma licença legal, em seu artigo 51, prevendo que uma fotografia podia ser reproduzida em obras científicas ou didáticas sem autorização do autor, desde que realizada com a indicação do nome dele e mediante pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral. É importante mencionar, ainda, que Conselho Nacional de Direito Autoral também tinha a competência para se pronunciar sobre pedidos de licença compulsória previstos em Convenções e Tratados Internacionais, segundo o artigo 117 da Lei de Direitos Autorais de 1973⁹⁹.

⁹⁷ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. LXXX, p. 71, jan/dez, 1985.

⁹⁸ BRASIL. Decreto-lei 980 de 1969: “**CONSIDERANDO que é notório o dissídio entre exibidores cinematográficos e entidades interessadas na arrecadação de direitos autorais, notadamente no tocante aos que correspondem às composições musicais incluídas em filmes; CONSIDERANDO ser necessário estabelecer uma** solução de equilíbrio que, resguardando os direitos autorais, limite razoavelmente os encargos dos exibidores, não raro onerados em proporção não suportada pela capacidade econômica de seus negócios, gerando situações não desejáveis, que ao Estado cabe prevenir ou eliminar; (...) CONSIDERANDO que o artigo 13, número 2, da Convenção de Berna Para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Bruxelas, em 26 de junho de 1948, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 59, de 19 de novembro de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 34.954, de 18 de janeiro de 1954, dispõe que compete à legislação dos países signatários regular as condições do exercício do direito de autor e a autoridade competente fixar remuneração equitativa dos titulares desses direitos, na falta de acordo entre as partes; (...) DECRETAM: Art. 1º Os direitos autorais e os conexos relativos a obras lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões serão devidos na proporção de meio por cento (0,5%) sobre o preço da venda ao público do ingresso padronizado fornecido pelo Instituto Nacional do Cinema. Parágrafo único. A importância correspondente à percentagem fixada neste artigo será depositada nos órgãos indicados pelo Instituto Nacional do Cinema, pelos exibidores, obrigatoriamente, quando da aquisição dos ingressos padronizados e constituirá conta especial para o fim específico a que de destina.” O texto integral do Decreto-lei está disponível no site da Câmara dos Deputados, que informa não constar revogação expressa para esse decreto. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-980-20-outubro-1969-376304-norma-pe.html>>. Acesso em: 03 nov.2013. (grifos nossos).

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 5.988/73 (LDA/73): “Art. 51. É lícita a reprodução de fotografia em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor, e mediante o pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral. (...) Art. 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe: (...) VIII - manifestar-se sobre os

Historicamente, ainda, vale lembrar que o Projeto de Lei 5.430/90, que deu origem à Lei de Direitos Autorais de 1998, continha uma interessante proposta de instituição de cobrança de uma tarifa sobre a fabricação e a importação de suportes virgens para tentar solucionar a questão da cópia privada. A proposta fazia menção a uma “remuneração de natureza autoral” como forma de compensação pela “possibilidade de sua reprodução privada”, prevista pelo artigo 49, II do Projeto, que até então não limitava a cópia a “pequenos trechos”. Tal proposta constava do artigo 104 do referido projeto de lei¹⁰⁰, mas, na votação final do projeto, o artigo em questão foi suprimido¹⁰¹.

pedidos de licenças compulsórias previstas em Tratados e Convenções Internacionais”.

¹⁰⁰ BRASIL. Projeto de Lei 5.430/90: “Art. 104. Os titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos domiciliados no País, cujas obras, produções, interpretações e execuções hajam sido publicadas em fonogramas e videogramas terão direito a remuneração de natureza autoral, como compensação à possibilidade de sua reprodução privada, na forma do inciso II do artigo 49 da presente Lei, mediante o uso de suportes materiais virgens. § 1º A remuneração será devida pelo fabricante ou importador no ato da saída do estabelecimento, à razão de 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda das fitas magnéticas ou quaisquer outros suportes materiais virgens. § 2º O pagamento deverá ser efetivado, pelo fabricante ou importador, dentro do prazo de 60 (sessenta dias), a partir da venda dos suportes materiais virgens. § 3º A cobrança da remuneração será feita coletivamente por entidade organizada para este fim, pelas associações a que se refere o art. 100, ou mediante mandato por elas outorgado ao Escritório a que se refere o art. 102 desta lei. (...)”

¹⁰¹ A respeito do texto integral do Projeto de Lei 5.430/90 e de detalhes sobre a sessão de votação, consultar as páginas 41.298 e seguintes do Diário da Câmara dos Deputados de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11DEZ1997.pdf#page=138>>. Acesso em 02 nov. 2013.

Parte III – Panorama das hipóteses de licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral, previstas em Convenções Internacionais e no Direito Estrangeiro

Cumpramos esclarecer que, diversamente da fórmula costumeira de divisão do estudo do Direito Internacional e do Direito Estrangeiro segmentado por Convenções ou por países, optamos por apresentar nosso estudo dividido pelas diferentes hipóteses de licenças compulsórias e institutos assemelhados já previstos em Acordos, Tratados e Convenções Internacionais, em Diretivas Europeias e em legislações específicas de alguns países. Tal opção se deu por considerarmos que isso facilitará a comparação das semelhanças e diferenças entre cada hipótese de licença compulsória, o que nos parece mais relevante para delimitar os contornos e a natureza jurídica desse instituto¹⁰².

Apesar da maneira diferente de apresentação, esta Parte da obra trará indicações de dispositivos legais e doutrina de diversos países europeus e latino americanos e também dos Estados Unidos, que adota o sistema de *Copyright* para a proteção de direitos autorais, o qual se diferencia bastante do sistema de *Droit d'Auteur* adotado no Brasil¹⁰³.

Sobre a diferença entre os sistemas legislativos existentes, é importante lembrar que o sistema adotado pelo Brasil, em princípio, visa à proteção do autor e outorga a ele exclusividade de exploração de sua obra. Já o sistema de *Copyright* visa a proteger a obra em si¹⁰⁴. Essa diferença será levada em conta sempre que necessário ao longo da análise apresentada nos Capítulos a seguir.

Destaca-se a importância desta Parte do estudo, que apresenta as previsões internacionais a respeito do tema e aponta como diversos países têm viabilizado a instituição de regimes de licenças compulsórias e têm conseguido compatibilizar seus regimes nacionais com as regras internacionais.

A análise da legislação internacional e estrangeira, constante desta Parte, nos permite construir os cenários passíveis de serem transpostos para o ordenamento jurídico brasileiro, conforme propostas apresentadas nas Partes subsequentes do trabalho.

¹⁰² A menção a Tratados Internacionais aos quais o Brasil não tenha aderido poderá ser feita na medida em que neles existam previsões relevantes sobre o tema em estudo.

¹⁰³ A definição da legislação estrangeira e doutrina apresentada para cada hipótese decorreu do grau de desenvolvimento da determinada hipótese de licença compulsória em cada país não em razão do sistema legislativo adotado.

¹⁰⁴ Por todos, BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.9.

Capítulo I – As licenças compulsórias para tradução

A tradução de uma obra intelectual é uma transformação dessa obra, uma recriação dela em outra língua. Assim, os sistemas de Direito Autoral estabelecem que, em princípio, a tradução depende de autorização prévia e expressa do autor ou do titular de direitos autorais da obra original.

Eduardo Lycurgo Leite relata que o direito de tradução foi o primeiro direito a ser reconhecido na Convenção de Berna, provavelmente por se tratar de uma questão internacional por excelência¹⁰⁵. Esse mesmo direito exclusivo de tradução foi, posteriormente, objeto de diversas discussões internacionais na segunda metade do século XX que culminaram com a adoção de um regime especial de licenças compulsórias. Nesse tipo de regime, uma obra pode ser traduzida sem o prévio consentimento de seu autor, mas mediante remuneração equitativa.

De fato, a Convenção de Berna prevê a possibilidade de instituição de licenças compulsórias para a tradução de obras, por países em desenvolvimento, conforme estabelece o artigo II do Anexo inserido nessa Convenção em sua revisão de Paris, em 1971¹⁰⁶. A finalidade da permissão da instituição desse regime de licenças compulsórias é diretamente relacionada à necessidade cultural e educacional desses países em desenvolvimento. Assim, para que uma licença compulsória para a tradução de uma obra possa ser implementada em um determinado país, é necessário o cumprimento de diversos requisitos.

O primeiro requisito é que o país possua situação econômica e necessidades sociais e culturais que lhe impeçam de assegurar a proteção a todos os direitos previstos pelo texto principal da Convenção de Berna¹⁰⁷. O segundo requisito é que esse país em

¹⁰⁵ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 220.

¹⁰⁶ Convenção de Berna - Artigo II do Anexo: “1) Todo país que tenha declarado que invocará o benefício da faculdade prevista pelo presente artigo será habilitado, relativamente às obras publicadas sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução, a substituir o direito exclusivo de tradução previsto no artigo 8 por um regime de licenças não exclusivas e intransferíveis, concedidas pela autoridade competente nas condições indicadas a seguir e de acordo com o artigo IV.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1978. p. 182).

¹⁰⁷ Para que esse conceito não ficasse muito subjetivo, o Artigo I do Anexo à Convenção de Berna determinou que esse entendimento deve levar em conta as práticas estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Paola Crugnola explica que, na época, as Nações Unidas consideravam como país em desenvolvimento aquele em que: a renda média per capita fosse inferior a trezentos dólares, pelo menos sessenta por cento da população fosse dedicada à agricultura, e cujas taxas de analfabetismo e crescimento

desenvolvimento tenha declarado formalmente que pretende fazer uso dessa faculdade. Essa declaração pode ser feita a qualquer momento, mesmo depois da ratificação ou adesão ao texto de 1971 da Convenção de Berna, e poderá ser renovada ao final de cada período de dez anos, desde que o país continue apresentando a condição de país em desenvolvimento¹⁰⁸.

Carlos A. Villalba e Delia Lipszyc indicam como aqueles que haviam se manifestado no sentido de poder fazer uso desse regime especial de licenças compulsórias para tradução os seguintes países: Bangladesh, Cuba, Emirados Árabes Unidos, Filipinas,

populacional fossem altas. Apesar desses parâmetros, muitos autores entendiam que a noção de país em desenvolvimento era extremamente vaga. (CRUGNOLA, Paola. **Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo**. In: *Il diritto di autore*. Milano: Giuffrè, 1976. pp. 219-220).

¹⁰⁸ Convenção de Berna – Artigo I do Anexo: “1) Qualquer país considerado de conformidade com a prática estabelecida na Assembléia Geral das Nações Unidas, como país em vias de desenvolvimento, que ratifique o presente Ato, do qual o presente Anexo forma parte integrante, ou que a ele adira, e que, em vista de sua situação econômica e de suas necessidades sociais e culturais, não se considere estar, de imediato, em condições de tomar as disposições próprias para assegurar a proteção de todos os direitos, tais como previstos no presente Ato, pode, mediante notificação depositada junto do Diretor-Geral, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão, ou, sem prejuízo do depósito no artigo V.1, «c», em qualquer data ulterior, declarar que invocará o benefício da faculdade prevista pelo artigo II ou daquela prevista pelo artigo III ou de ambas as faculdades. Pode, em lugar de invocar o benefício da faculdade prevista pelo artigo II, fazer uma declaração conforme o artigo V.1, «a». 2) a) qualquer declaração feita por força do parágrafo 1 e notificada antes de expirado um período de dez anos, contados da entrada em vigor dos artigos 1 a 21 e do presente Anexo, de acordo com o artigo 28.2, permanecerá válida até que tenha expirado o referido período. Poderá ser renovada na sua totalidade ou parcialmente por outros períodos sucessivos de dez anos, mediante notificação depositada junto ao Diretor-Geral, não mais de quinze meses mas não menos de três meses antes de ter expirado o período decenal em curso. b) qualquer declaração feita nos termos do parágrafo 1 e notificada depois de ter expirado um período de dez anos, contados da entrada em vigor dos artigos 1 a 21 e do presente Anexo, de acordo com o artigo 28.2, permanece válida até que tenha expirado o período decenal em curso. Pode ser renovada como previsto na segunda frase da alínea «a». 3) Qualquer país da União que tenha deixado de ser considerado como um país em vias de desenvolvimento de acordo com o disposto na alínea 1, não estará mais habilitado a renovar sua declaração tal qual prevista na alínea 2 e quer retire ou não oficialmente sua declaração, tal país perderá a possibilidade de invocar o benefício das faculdades mencionadas no parágrafo 1, seja ao expirar o período decenal em curso, seja três anos depois que tenha deixado de ser considerado um país em vias de desenvolvimento, devendo ser aplicado o prazo que mais tarde vença. 4) Se, na época em que a declaração feita em virtude do parágrafo 1 ou do parágrafo 2 deixa de vigorar, houve em estoque exemplares produzidos sob o regime de uma licença concedida por força das disposições do presente Anexo, tais exemplares poderão continuar a ser postos em circulação até seu esgotamento. 5) Qualquer país que seja vinculado pelas disposições do presente Ato e que tenha depositado uma declaração ou uma notificação de acordo com o artigo 31.1 relativamente a aplicação do referido Ato a determinado território cuja situação pode ser considerada como análoga àquela dos países mencionados no parágrafo 1, pode, em relação a esse território, fazer a declaração mencionada no parágrafo 1 e a notificação de renovação indicada no parágrafo 2. Enquanto vigorar esta declaração ou esta notificação, as disposições do presente Anexo aplicar-se-ão ao território em relação ao qual a mesma foi feita. 6) a) O fato de que um país invoca o benefício de uma das faculdades mencionadas no parágrafo 1 não autoriza outro país a dar às obras, cujo país de origem é o primeiro país em questão, uma proteção inferior àquela que é obrigado a conceder de acordo com os artigos 1 a 20. b) A faculdade de reciprocidade prevista pelo artigo 30.2, «b», segunda frase, não pode, até à data em que expira o prazo aplicável de acordo com o artigo I.3, ser exercida para obras cujo país de origem é um país que fez declaração de acordo com o artigo V.1, «a»”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 176 -179).

Iemen, Jordânia, Mongolia, Omã, República Árabe Síria, Sudão, Sri Lanka, Usbequistão e Vietnã¹⁰⁹. Sobre essa questão, Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera destacam que da América Latina “só Cuba declarou perante a OMPI seu desejo de aplicar as previsões do Anexo da Convenção de Berna para países em desenvolvimento”¹¹⁰.

Em nossa pesquisa, pudemos verificar que, do continente americano, o México chegou a pleitear a possibilidade de fazer uso desse regime especial, porém não renovou sua declaração após o vencimento do decênio iniciado em 1984¹¹¹. Outros países que chegaram a pleitear o benefício, mas parecem não ter renovado suas declarações, foram: Egito, Índia e Nigéria. A mesma pesquisa revelou que, mais recentemente, Argélia e Tailândia também declararam seu interesse em serem beneficiados pelo regime especial das licenças compulsórias¹¹².

Atendidos os requisitos relativos à condição de país em desenvolvimento, o membro da Convenção de Berna deverá, também, cumprir algumas condições para que

¹⁰⁹ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor en la Argentina**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p.656. A título exemplificativo, vale mencionar que a legislação cubana sobre direitos autorais prevê, em seu artigo 37, a possibilidade de concessão de licenças compulsórias para utilização de obras de grande interesse social e necessárias para a educação, desde que a distribuição da obra seja gratuita ou sem intuito de lucro e se realize apenas no território cubano. (CUBA. Lei de Direitos Autorais (Lei número 14/1977) “De licenças para utilização de obras de grande interesse social e exigida para a Educação, a Ciência, Técnica e Ascensão Profissional - Artigo 37 - Por razões sociais, a autoridade competente pode conceder uma licença para reproduzir e publicar na forma impressa ou de outra forma semelhante uma já obra publicada da mesma forma, ou para traduzi-la e editá-la, ou difundi-la no rádio, televisão ou outros meios sonoros ou visuais, em sua língua original ou em tradução, ou em forma de audiovisual para reproduzir qualquer fixação da mesma natureza, sem a intervenção do autora para a concessão da autorização e definição da compensação prevista nos incisos c), ch) e d) do artigo 4 desta Lei, desde que as seguintes condições sejam atendidas: a. o trabalho seja necessário para o desenvolvimento da ciência tecnologia, educação e desenvolvimento profissional; b. distribuição ou difusão gratuita, ou, em caso de venda de material impresso, isso é feito sem fins lucrativos; c. que a sua distribuição ou difusão seja feita apenas no território do Estado cubano.” (tradução livre do texto obtido no site do Ministério de Cultura da República de Cuba. Disponível em <http://www.min.cult.cu/loader.php?sec=legislacion&cont=ley14>. Acesso em 23 nov.2011.)

¹¹⁰ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual*. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 9, 2009.

¹¹¹ Apesar de não ter renovado sua notificação de interesse no benefício, o país contém em sua legislação nacional previsão a respeito de licenças compulsórias para tradução de obras literárias. MEXICO, Ley Federal del Derecho de Autor (1996): “Art. 147. A publicação ou a tradução de obras literárias ou artísticas devem ser consideradas de interesse público quando necessárias para o avanço da ciência e da cultura nacional e da educação. Quando não for possível obter o consentimento do titular dos direitos econômicos correspondentes, o Executivo Federal poderá, através da Secretaria de Educação Pública (*ex officio* ou a requerimento da parte), licença para a publicação ou a tradução em questão mediante o pagamento da remuneração compensatória. Essa disposição não deverá prejudicar a quaisquer tratados internacionais sobre direitos de autor e direitos conexos assinados e ratificados pelo México”.

¹¹² TABELA DE Notificações apresentadas por diversos países à Organização Mundial da Propriedade Intelectual ao longo dos anos de 1971 a 2012, acessível no site da OMPI. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=1971&end_year=2012&search_what=N&treaty_id=15>. Acesso em 01 nov. 2012.

uma licença compulsória para tradução possa ser concedida. Entre essas condições está a necessidade de definição em sua legislação nacional de qual será a autoridade competente para a concessão das licenças. Outra condição implícita seria a necessidade de regulamentação apropriada quanto à distribuição dos exemplares traduzidos em decorrência da concessão de uma licença compulsória¹¹³.

A respeito das obras que podem ser objeto dessa licença compulsória para tradução, é importante destacar que *são apenas obras publicadas em forma impressa ou outra forma análoga, excluídas obras cinematográficas e gravações sonoras*. Essa limitação se explica pela exigência prevista no artigo II, parágrafo 5 do Anexo da Convenção de Berna, de que as licenças compulsórias somente serão concedidas para tradução de obras a serem usadas para fins escolares, universitários e de pesquisa¹¹⁴. Analisando a questão, Silmara Juny de Abreu Chinellato afirma que o âmbito das obras que podem ser traduzidas com base no regime especial previsto no Anexo da Convenção de Berna é restrito e justificado pelo desenvolvimento que as traduções podem representar, mencionando especificamente as seleções de obras literárias e os manuais escolares¹¹⁵. De fato, o regime especial não foi criado para a tradução de canções da moda ou sucessos teatrais, cujo foco seria mais o de entreter do que o de ensinar¹¹⁶. Eduardo Lycurgo Leite reconhece o escopo restritivo dessa licença compulsória para tradução e afirma que ela somente pode ser aplicada a obras já publicadas em versão impressa ou análoga, ou seja, que possam ser lidas, o que exclui obras contidas em fonogramas ou em bases de dados¹¹⁷.

No tocante ao usuário que pretenda obter a licença compulsória para tradução, o Anexo à Convenção de Berna exige que ele seja uma pessoa física ou jurídica nacional do país em desenvolvimento que tenha obtido o direito de implementar referida licença

¹¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 180 e 187.

¹¹⁴ Convenção de Berna - Artigo II do Anexo: “5) Qualquer licença mencionada no presente artigo somente poderá ser concedida para fins escolares, universitário ou de pesquisa.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 180 e 186).

¹¹⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Anteprojeto de alteração da Lei de Direito Autoral – a proteção do autor e as licenças não voluntárias. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 248.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 182 e 183.

¹¹⁷ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 228.

compulsória¹¹⁸. Um ponto relevante destacado por Carlos Alberto Bittar é o de que esse regime especial previsto no Anexo da Convenção de Berna, tem caráter unilateral, não exigindo reciprocidade entre os países membros da Convenção¹¹⁹.

O artigo II, parágrafos 2 a 4 do Anexo à Convenção de Berna prevê condições referentes aos prazos e aos idiomas para os quais as obras compulsoriamente licenciadas poderão ser traduzidas, estabelecendo hipóteses distintas: a) a licença compulsória só pode ser requerida após, no mínimo, três anos contados a partir da primeira publicação da obra, e b) em alguns casos, a licença compulsória já pode ser requerida após um ano da publicação da obra¹²⁰. Segundo Eduardo Viera Manso, para que possa ser requerida uma licença compulsória para tradução após apenas um ano de sua primeira publicação as seguintes condições devem ser observadas: a obra não poderá ser traduzida para qualquer uma das três línguas oficiais das convenções (inglês, francês ou espanhol); a língua para a

¹¹⁸ Convenção de Berna - Artigo II do Anexo: “2) a) sem prejuízo do disposto no parágrafo 3, quando, ao expirar um período de três anos ou um período mais longo determinado pela legislação nacional do referido país contado da primeira publicação de uma obra, a tradução não foi publicada numa língua de uso geral nesse país, pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização, **qualquer nacional do referido país** poderá obter uma licença para traduzir a obra na referida língua e publicar essa tradução sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 184. grifo nosso).

¹¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 145, jan./dez., 1985.

¹²⁰ Convenção de Berna - Artigo II do Anexo: “2) a) sem prejuízo do disposto no parágrafo 3, quando, ao expirar um período de três anos ou um período mais longo determinado pela legislação nacional do referido país contado da primeira publicação de uma obra, a tradução não foi publicada numa língua de uso geral nesse país, pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização, qualquer nacional do referido país poderá obter uma licença para traduzir a obra na referida língua e publicar essa tradução sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução. b) uma licença também pode ser concedida em virtude do presente artigo se estiverem esgotadas todas as edições da tradução publicada na língua em apreço. 3) a) no caso de traduções numa língua que não é de uso geral num ou em vários países desenvolvidos, membros da União, o período de um ano substituirá o período de três anos mencionados no parágrafo 2, «a». b) qualquer país mencionado no parágrafo 1 pode, com o acordo unânime dos países desenvolvidos, membros da União, nos quais a mesma língua é de uso geral, substituir, no caso de tradução para a referida língua, o período de três anos mencionados no parágrafo 2, «a», por um período mais curto, fixado de conformidade com o referido acordo, não podendo, todavia, tal período ser inferior a um ano. Entretanto, as disposições da frase precedente não são aplicáveis quando se trata de inglês, espanhol ou francês. Qualquer acordo neste sentido será notificado ao Diretor-Geral pelos governos que o tiverem concluído. 4) a) Nenhuma licença mencionada no presente artigo poderá ser concedida antes de expirado um prazo suplementar de seis meses, no caso em que ela possa ser obtida ao expirar de um período de três anos, e de nove meses, no caso em que possa ser obtida ao expirar de um período de um ano: i) contados da data em que o requerente cumpre as formalidades previstas pelo artigo IV. 1; ii) ou então, se a identidade ou o endereço do titular do direito de tradução não for conhecido, contados da data em que o requerente procede, como previsto no artigo IV.2, ao envio das cópias do requerimento apresentado por ele à autoridade competente a fim de obter a licença. b) se, no decurso de um prazo de seis ou de nove meses, uma tradução na língua para a qual o requerimento foi apresentado é publicada pelo titular do direito de tradução ou com a sua autorização, nenhuma licença será concedida por força do presente artigo.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 183).

qual será vertida a obra, em princípio, não deve ser de uso geral em um país desenvolvido, ou os países desenvolvidos em que essa língua for de uso geral devem concordar com esse prazo reduzido¹²¹.

Com relação à duração das licenças compulsórias para tradução, o Anexo à Convenção de Berna não estipula um limite temporal máximo para as licenças concedidas por esse regime, restando, portanto, a dúvida quanto à possibilidade de o beneficiário poder reeditar a obra traduzida quantas vezes quiser e por quanto tempo quiser. A única menção à perda do direito de traduzir obtido por meio da licença compulsória consta do artigo II, parágrafo 6 do Anexo à Convenção de Berna¹²², que estipula a caducidade da licença concedida para tradução no caso de o titular da obra originária publicar ou autorizar uma outra tradução de sua obra, para o mesmo idioma, com conteúdo equivalente e com preço compatível ao da primeira tradução. Nessa hipótese, os exemplares já existentes da obra traduzida mediante licença compulsória poderão ser normalmente distribuídos até que se esgotem os estoques¹²³.

No tocante ao local de exploração da obra traduzida em decorrência da aplicação do regime de licença compulsória, vale lembrar que é proibida a exportação da obra traduzida, devendo os exemplares apenas no país para o qual a licença foi concedida.

Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera explicam o regime de licenças compulsórias para tradução de obras estrangeiras nos países em desenvolvimento da seguinte forma: uma licença poderá ser concedida,

Se ao final de um período de três anos ou de um período maior determinado pela legislação nacional do país que concede a licença, a partir da data da primeira publicação de uma obra, não tiver sido publicada uma tradução do mesmo em uma língua comumente usada no país, pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização”¹²⁴.

¹²¹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 203.

¹²² Cf. Convenção de Berna - Artigo II do Anexo: “6) Se a tradução de uma obra for publicada pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização por um preço comparável àquele em uso no país em causa para obras análogas, qualquer licença concedida por força do presente artigo cessará se tal tradução for na mesma língua e tiver, em essência, o mesmo conteúdo que a tradução publicada por força da licença. Poder-se-á continuar a distribuição de todos os exemplares já produzidos antes da expiração da licença, até o esgotamento dos mesmos.”

¹²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 187 e 188.

¹²⁴ No original: “a los fines de su reproducción, si a la expiración de un plazo de tres años o de un periodo más largo determinado por la ley nacional del país que otorga la licencia, contados desde la fecha de la primera publicación de una obra, no se hubiere publicado una traducción de la misma en un idioma de uso general en ese país, por el titular del derecho de traducción o con su autorización”. (ANTEQUERA, Ricardo

Os autores destacam expressamente que não se pode conceder essa licença “se o autor retirou de circulação todos os exemplares da sua obra”, exercendo seu direito de arrependimento¹²⁵.

O Anexo à Convenção de Berna estipula, ainda, a possibilidade de que o beneficiário da licença compulsória para tradução seja um organismo de radiodifusão com sede no país em desenvolvimento que tenha declarado seu interesse em fazer uso desse regime especial. Essa possibilidade não afeta o disposto no artigo 11-*bis* da Convenção de Berna, pois diz respeito apenas ao direito de traduzir obra publicada por meio de edição impressa ou por outra forma análoga a ser usada em emissões com fins de ensino e divulgação de resultado de pesquisas. Não se trata, portanto, de autorizar a radiodifusão de uma obra já traduzida¹²⁶.

Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera, ao discorrerem sobre essa hipótese, destacam que a tradução de obra a ser radiodifundida deve ser

Feita a partir de um exemplar produzido e adquirido ao abrigo da lei do país que concede a licença, para uso exclusivo em emissões para ensinar ou divulgar resultado de pesquisa técnica ou científica para especialistas em uma determinada profissão, desde que o uso da tradução não tenha fins lucrativos¹²⁷.

Finalizando, os autores mencionam a possibilidade de ser concedida licença compulsória para a tradução de “textos incorporados numa fixação audiovisual, com o único propósito de usá-lo para fins escolares e universitários”¹²⁸.

É importante destacar que, no texto original da Convenção de Berna, de 1886, modificado em 1896, constava um regime especial a respeito da tradução de obras. Aquele

Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 7, 2009).

¹²⁵ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual*. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 7, 2009. p. 8.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 189 e 190.

¹²⁷ No original: “efectuada a partir de un ejemplar producido y adquirido conforme a la legislación del país que otorga la licencia, para su uso exclusivo en emisiones con fines de enseñanza o para difundir el resultado de investigaciones técnicas o científicas especializadas a expertos de una profesión determinada, siempre que el uso de la traducción no tenga fines de lucro”. (ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 8, 2009.

¹²⁸ *Idem, ibidem*. p. 8.

regime era de alcance geral, isto é, poderia ser utilizado indistintamente por qualquer país membro da Convenção, não apenas pelos países em desenvolvimento. Todavia, o regime previa a reciprocidade, o que desestimulava o seu uso. Não se tratava de um regime de licenças compulsórias, como o introduzido no Anexo da Convenção de Berna em sua revisão de 1971. Era mais simples: previa que uma obra cairia em domínio público no país em que se quisesse publicar uma tradução para o idioma de uso geral daquele país se o autor não tivesse exercido seu direito de tradução nem publicado ou autorizado a publicação de sua obra traduzida para aquele determinado idioma naquele país após dez anos a partir da data da publicação da obra original¹²⁹.

Percebe-se que esse regime afetava o direito exclusivo de tradução da obra, tornando desnecessária a autorização e a remuneração do autor para a tradução da obra naquele determinado país. O receio de que tal situação ocorresse no sentido inverso, isto é, com obras de seus nacionais, fez com que pouquíssimos países pleiteassem essa faculdade junto à OMPI.

De todo modo, a revisão de 1971 da Convenção de Berna previu a possibilidade de que os países que tivessem feito essa ressalva anteriormente a mantivessem no momento de ratificação da revisão, mediante a apresentação de uma declaração. Previu, também, a possibilidade de que novos membros substituíssem o emprego do direito exclusivo de tradução por esse regime dos dez anos (como era conhecido). Já para os países em desenvolvimento, o Anexo da Convenção de Berna previu a necessidade de opção irrevogável entre o regime dos dez anos e o regime das licenças compulsórias. Sobre o tema, Silmara Juny Abreu Chinellato registra que: “o país em desenvolvimento poderá optar, de modo irrevogável, pelo sistema conhecido como ‘de dez anos’”, previsto no artigo 5 do texto original da Convenção de 1886 modificado em 1896. E continua a autora: “Por esse regime, se em um prazo de dez anos a partir da primeira publicação da obra original, uma tradução não tiver sido publicada em língua de uso geral no país que pretende o benefício, deixa de nele existir o direito exclusivo de autor sobre a tradução”¹³⁰.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 154.

¹³⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Anteprojeto de alteração da Lei de Direito Autoral – a proteção do autor e as licenças não voluntárias. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 249.

Como esclarecido na breve análise histórica apresentada na Parte II desta obra, a inserção do Anexo à Convenção de Berna na revisão de Paris, em 1971, teve como escopo o alinhamento entre as previsões dessa Convenção com as previsões da Convenção Universal. Assim, é importante destacar que a possibilidade de instituição de licenças compulsórias para tradução está prevista também nos artigos V e V-ter da Convenção Universal, no texto resultante da revisão conjunta dessas Convenções ocorrida em 1971. A previsão do artigo V da Convenção Universal¹³¹ não está restrita aos países em desenvolvimento. Com isso, qualquer país contratante pode estipular em sua legislação interna o sistema de licenças compulsórias para tradução, sendo certo que algumas condições devem ser respeitadas. Entre as condições estabelecidas para a requisição de uma licença compulsória para a tradução estão: a não publicação de tradução de uma determinada obra escrita para a língua de uso geral naquele país ao fim de sete anos a partir da primeira publicação da obra; a demonstração de que o interessado tentou, mas não conseguiu, contato direto com o titular da obra; o envio de cópia do pedido ao editor da obra. O país membro deve, ainda, assegurar que o titular receba remuneração equitativa de acordo com as práticas internacionais, bem como que seja garantida a tradução correta das obras¹³².

¹³¹ Convenção Universal - Artigo V: “1. Os direitos mencionados no artigo I compreendem o direito exclusivo de fazer, de publicar e de autorizar a fazer e a publicar a tradução das obras protegidas nos termos da presente convenção. 2. No entanto, os estados contratantes podem, na suas legislações nacionais, restringir, quanto às obras escritas, o direito de tradução, obedecendo porém às disposições seguintes: (...)”

¹³² Convenção Universal - Artigo V: “(...) a) Quando, no fim do prazo de sete anos, a contar da primeira publicação de uma obra escrita, a tradução dessa obra não tiver sido publicada na língua de uso geral no estado contratante, pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização, qualquer nacional desse estado contratante poderá obter da autoridade competente do estado em apreço uma licença não exclusiva para traduzir a obra e para a publicar traduzida. b) Esta licença só poderá ser concedida quando o requerente, em conformidade com as disposições em vigor no estado em que for formulado o pedido, apresentar a justificativa de haver solicitado do titular do direito da tradução a autorização de traduzir e de publicar a tradução e de que, depois das devidas diligências da sua parte, não pode estabelecer contato com o titular do direito de autor ou obter sua autorização. Nas mesmas condições, a licença poderá ser igualmente concedida quando, tratando-se de uma tradução já publicada na língua de uso geral no estado contratante, as edições estiverem esgotadas. c) Se o requerente não puder estabelecer contato com o titular do direito de tradução, deverá enviar cópias do seu pedido ao editor cujo nome figura na obra e ao representante diplomático ou consular do estado de que seja nacional o titular do direito de tradução ou ao organismo que tenha sido designado pelo governo desse estado. A licença não poderá ser concedida antes de findo o prazo de dois meses, a contar da remessa das cópias do pedido. d) A legislação nacional adotará as medidas apropriadas para que se assegure ao titular do direito de tradução uma remuneração equitativa, em conformidade com as práticas internacionais, assim como para que se efetuem o pagamento e a transferência da importância paga e ainda para que se garanta uma tradução correta das obras. e) O título e o nome da obra original deverão ser igualmente impressos em todos os exemplares da tradução publicada. A licença apenas será válida para a edição no território do estado contratante em que ela for pedida. A importação e a venda de exemplares em outro estado contratante serão permitidas se esse estado tiver a mesma língua de uso geral na qual a obra houver sido traduzida, se a sua legislação nacional admitir a licença e se nenhuma das disposições em vigor

Por sua vez, a previsão contida no artigo V-ter da Convenção Universal¹³³ é direcionada aos países em desenvolvimento e depende de notificação à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) do país que queira ser beneficiário desse regime especial¹³⁴. Uma vez declarada a intenção de ser beneficiado com o regime em questão, o país em desenvolvimento pode substituir o período de sete anos previsto no regime de licenças compulsórias para tradução aplicável a todos os países membros pelo período de três anos. Esse prazo poderá ser ainda mais curto (um ano) se a licença pretendida pelo nacional do país for para a tradução da obra para uma língua que não seja de uso geral em países desenvolvidos partes da Convenção Universal¹³⁵.

Também para essa hipótese a Convenção Universal exige que reste demonstrado que o interessado tentou, mas não conseguiu, contato direto com o titular da obra e enviou cópia do pedido ao seu editor. Além disso, nesse caso também é exigido que a obra traduzida seja usada apenas para fins escolares, universitários ou de pesquisas. Eduardo Vieira Manso destaca que a Convenção Universal exige que o nacional beneficiado: acate a remuneração equitativa a ser definida conforme as praxes dos negócios; reconheça que a licença não é exclusiva e que perderá seu efeito se o titular publicar outra tradução para a língua do país licenciado; aceite que a distribuição dos exemplares deve ser feita apenas no território do país licenciado; busque obter licença obrigatória de reprodução para casos em

nesse estado impedir a importação e a venda. Nos territórios de outros estados contratantes, nos quais as condições acima indicadas não puderem ser verificadas, a importação e a venda ficam sujeitas à legislação dos referidos estados e aos acordos por eles concluídos. A licença não poderá ser concedida a outrem pelo respectivo beneficiário. f) Quando o autor tiver retirado de circulação os exemplares da obra a licença não poderá ser concedida.”

¹³³ Convenção Universal - Artigo V ter: “1. a) Qualquer estado contratante ao qual se aplique o parágrafo 1 do artigo V, “bis”, poderá substituir o período de sete anos, previsto no parágrafo 2 do artigo V, por um período de três anos ou por qualquer período mais longo fixado por sua legislação nacional. (...)”

¹³⁴ Cf. Convenção Universal - Artigo V bis: “1. Qualquer dos estados contratantes, considerados como países em vias de desenvolvimento em conformidade com a prática estabelecida na Assembleia- Geral das Nações Unidas, poderá, por meio de uma notificação depositada junto ao Diretor-Geral da Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura (abaixo denominado “Diretor-Geral”), por ocasião de sua ratificação, aceitação ou adesão, ou posteriormente, prevalecer-se de todas ou de parte das exceções previstas nos artigos V, “ter”, e V, “quater”. 2. Qualquer notificação depositada em conformidade com as disposições do parágrafo 1 permanecerá em vigor durante um período de dez anos, contados da data de entrada em vigor da presente convenção, ou por qualquer parcela do referido período decenal ainda por cumprir na data do depósito da notificação, e poderá ser renovada, na sua totalidade ou em parte, por outros períodos de dez anos se, num prazo superior a quinze nem inferior a três meses antes do término do período decenal em curso, o estado contratante depositar nova notificação junto ao Diretor-Geral. Outras notificações poderão igualmente ser depositadas pela primeira vez no decurso dos novos períodos decenais, em conformidade com as disposições deste artigo.”

¹³⁵ Convenção Universal - Artigo V ter: “1. a) (...) Entretanto, **no caso de tradução em língua que não seja de uso geral em um ou em vários países desenvolvidos**, partes na presente convenção ou somente na convenção de 1952, um período de um ano substituirá o referido período de três anos.” (grifos nossos)

que a obra seja composta de ilustrações e que estejam presentes as condições necessárias para essa outra licença¹³⁶.

Do mesmo modo, como previsto pela Convenção de Berna, a licença obrigatória para tradução concedida nos termos da Convenção Universal caducará se nesse prazo o autor tiver autorizado a tradução para aquela língua¹³⁷. A Convenção Universal também prevê a possibilidade de instituição de licenças compulsórias para a tradução de obras para a radiodifusão, em termos harmonizados com aqueles previstos na Convenção de Berna¹³⁸.

Eduardo Vieira Manso destaca ter havido uma única dúvida em relação à harmonização de ambas as Convenções, a qual se referia à suspensão do princípio da

¹³⁶ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 204-205. Convenção Universal - Artigo V *ter*: “c) A licença somente poderá ser concedida se o requerente, em conformidade com as disposições em vigor no estado em que houver sido formulado o pedido, apresentar a justificativa de haver solicitado a autorização do titular do direito de tradução ou de, após as devidas diligências de sua parte, não haver podido estabelecer contato com o titular do direito ou obter sua autorização. Ao mesmo tempo que formular o referido pedido, o requerente deverá informar a esse respeito ou o Centro Internacional de informação Sobre o Direito de Autor, criado pela Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura, ou qualquer centro nacional ou regional de informação indicado como tal numa notificação depositada, para este fim, junto ao Diretor-Geral, e pelo governo do estado no qual se presume exercer o editor a maior parte de suas atividades profissionais. d) Se o titular do direito de tradução não puder ser encontrado pelo requerente, este deverá endereçar por correio aéreo, em sobrecarta registrada, cópias de seu pedido ao editor cujo nome figurar na obra e a qualquer centro nacional ou regional de informação mencionado na alínea "c". Se a existência de tal centro não tiver sido notificada, o requerente endereçará igualmente uma cópia ao Centro Internacional de Informação Sobre o Direito de Autor, criado pela Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura.”

¹³⁷ Convenção Universal - Artigo V *ter*: “6. Qualquer licença concedida por um estado contratante por força do presente Artigo caducará, se uma tradução da obra na mesma língua e que tiver essencialmente o mesmo conteúdo que a edição para qual foi concedida a licença for publicada no referido estado pelo titular do direito de tradução ou com a sua autorização a um preço que seja comparável com o preço usual, nesse mesmo estado, para obras análogas. Os exemplares já produzidos antes da expiração da licença poderão continuar a ser postos em circulação até seu esgotamento.”

¹³⁸ Convenção Universal - Artigo V *ter*: “8. a) Uma licença para traduzir uma obra protegida pela presente convenção, publicada em sua forma impressa ou sob formas análogas de reprodução, poderá ser também concedida a uma entidade de radiodifusão que tenha sua sede no território de um estado contratante ao qual se aplica o parágrafo 1 do artigo V, “bis”, em consequência de um pedido feito neste estado pela referida entidade e nas seguintes condições: i) a tradução deve ser feita a partir de um exemplar produzido e adquirido em conformidade com as leis do estado contratante; ii) a tradução deverá ser utilizada somente em emissões dedicadas exclusivamente ao ensino e à difusão de informações de caráter científico destinadas aos peritos de determinada profissão; iii) a tradução deverá ser utilizada, exclusivamente para os fins enumerados no inciso ii acima por radiodifusão legalmente feita e dirigida aos beneficiários no território do estado contratante, inclusive por meio de gravações sonoras ou visuais realizadas licitamente e exclusivamente para a referida radiodifusão; iv) as gravações sonoras ou visuais da tradução somente podem ser objeto de troca entre entidades de radiodifusão que tenham sua sede no território do estado contratante que concedeu tal licença; v) quaisquer das utilizações da tradução devem ser desprovidas de qualquer caráter lucrativo. b) Desde que todos os critérios e todas as condições relacionadas na letra “a” sejam respeitados, uma licença poderá ser igualmente concedida a uma entidade de radiodifusão para traduzir qualquer texto incorporado ou integrado a fixações audiovisuais feitas e publicadas com o único objetivo de serem utilizadas para fins escolares e universitários. c) Ressalvadas as disposições das alíneas “a” e “b”, as demais disposições deste artigo serão aplicáveis à outorga e ao exercício de tal licença.”

reciprocidade para essas previsões específicas. A suspensão foi inserida no artigo I, parágrafo 6 do Anexo à Convenção de Berna, porém nenhuma disposição semelhante foi inserida no texto revisto da Convenção Universal. O autor relata que, apesar de a Convenção Universal não ter feito uma menção expressa à suspensão da reciprocidade para esses regimes especiais, na verdade *o princípio da reciprocidade é ausente naquela Convenção como um todo*, sendo desnecessária, portanto, a referência expressa à sua suspensão para esses casos específicos¹³⁹. A relevância da não aplicação da reciprocidade para os casos em que os países em desenvolvimento optassem por fazer uso dessas ressalvas está justamente na tentativa de se evitar represálias por parte dos países desenvolvidos¹⁴⁰.

Analizada a questão das licenças compulsórias para tradução no âmbito das Convenções de Berna e Universal, vale reforçar que os dispositivos de ambas as Convenções não são autoaplicáveis e que há a necessidade de previsão nas respectivas leis nacionais para que uma licença compulsória possa realmente ser concedida¹⁴¹.

São várias as leis nacionais que contemplam essa hipótese de licença compulsória. Dentre elas, vale mencionar a legislação da Tailândia que, em seus artigos 54 e 55, estabelece as regras relativas à obtenção de licenças para tradução de obras ao idioma local e para reprodução de cópias de uma tradução de obra já publicada naquele país.¹⁴² Uma

¹³⁹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 200-201.

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 180 e 181.

¹⁴¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 233.

¹⁴² TAILÂNDIA. Lei de Direitos Autorais - B.E. 2537 (1994): “54. Um cidadão tailandês que pretenda obter uma licença de direitos de autor de uma obra que já foi comunicada ao público na forma de material impresso ou outras formas semelhantes, nos termos desta Lei, para o benefício de estudo, de ensino ou pesquisa sem fins lucrativos pode apresentar um pedido ao Diretor Geral comprovando que já havia procurado uma licença do detentor dos direitos autorais para traduzir o trabalho em tailandês ou para reproduzir cópias da tradução publicada em tailandês, mas que o seu pedido foi negado, ou, depois de um razoável período de tempo ter decorrido, o acordo não pode ser alcançado, desde que no momento da apresentação do pedido de licença: (1) o titular dos direitos autorais ainda não tenha traduzido ou autorizado qualquer pessoa a traduzir a obra para o idioma tailandês para publicação no prazo de três anos após a primeira publicação da obra, ou (2) o titular publicou a tradução para a língua tailandesa, mas, depois de três anos após a última publicação da tradução, nenhuma outra publicação foi feita e todas as edições da tradução publicada estão esgotadas. A aplicação de acordo com o primeiro parágrafo, deve estar em conformidade com as seguintes regras, métodos e condições: (1) o diretor-geral não deve conceder uma licença sobre um pedido ao abrigo do primeiro parágrafo, se do especificado nos itens (1) ou (2) tiver decorrido um tempo não superior a seis meses; (2) se o Diretor Geral conceder uma licença, o beneficiário deve ter unicamente o direito de traduzir ou publicar a tradução licenciada e o diretor-geral não deve permitir que qualquer outra pessoa a fazer uma tradução da mesma obra original, se o tempo especificado na licença não tiver decorrido ou tiver decorrido há menos de seis

análise cautelosa de tais regras permite identificar ao menos dois pontos de aparente conflito¹⁴³ com os requisitos do Anexo da Convenção de Berna: i) a proibição de que seja concedida outra licença compulsória relativa ao mesmo objeto enquanto não houver decorrido o prazo da primeira e ii) a redação adotada para o item que determina as condições em que pode ser realizada a exportação de um exemplar da obra objeto da licença compulsória. Ora, toda a lógica dos regimes especiais de licença compulsória é baseada na não exclusividade das licenças concedidas. E mais, enquanto a única hipótese de permissão de envio de exemplares da obra objeto da licença compulsória ao exterior contida no Anexo da Convenção de Berna (alínea c, do parágrafo 4 do artigo IV do Anexo) exige que todas as condições ali estipuladas sejam cumpridas, a lei da Tailândia foi redigida de modo a dar a entender que bastaria uma daquelas quatro condições serem cumpridas para que a exportação fosse permitida. Desse modo, parece-nos que a lei em tela não está em total consonância com a Convenção de Berna.

Além da legislação Tailandesa, merece destaque também a lei da Argélia, a qual será estudada com detalhes no Capítulo seguinte, referente à hipótese de licenças compulsórias para reprodução.

Por sua peculiaridade (e por sua proximidade geográfica com o nosso país), analisaremos mais detidamente a situação da Argentina, eis que lá existe a previsão de licença compulsória para tradução de obras estrangeiras¹⁴⁴. Essa previsão consta de um

meses; (3) o beneficiário será proibido de ceder a licença concedida a outra pessoa; (4) se qualquer titular dos direitos de autor ou seu licenciado puder assegurar ao Diretor Geral que ele fez uma tradução para o tailandês ou publicou uma versão traduzida na Tailândia, cujo conteúdo é idêntico ao do material que é o objeto da licença nos termos do Artigo 55 e distribuiu o material impresso, a um preço apropriado comparável com a de outro trabalho da mesma natureza que estão sendo vendidos na Tailândia, o Diretor Geral deverá ordenar que a licença concedida seja encerrada e deve informar ao beneficiário de tal ordem sem demora. O beneficiário pode distribuir as cópias do material impresso que foram feitas ou publicadas antes da ordem rescisão pelo Diretor-Geral, até o final do estoque; (5) o beneficiário será proibido de exportar cópias do material impresso da tradução licenciada ou publicação em tailandês exceto nas seguintes circunstâncias: (a) o beneficiário no exterior é um cidadão tailandês, (b) o material impresso serve aos fins de estudo, ensino e pesquisa, (c) A entrega do material impresso não é para fins comerciais e (d) o país para o qual o material impresso é entregue permite a Tailândia a entregar ou distribuir o material impresso ou dentro do país. 55. Recebido o pedido nos termos do Artigo 54, o Diretor Geral deverá providenciar um acordo entre as partes envolvidas, como a remuneração e as condições da licença. Se as partes não chegarem a acordo, o Diretor-Geral deverá fazer um pedido de uma remuneração equitativa, tendo em conta a taxa normal de remuneração em tais casos, e pode estipular condições para a licença que julgar pertinente. Uma vez que a remuneração e as condições tenham sido estabelecidas, o Diretor Geral deve emitir um certificado de licença para o requerente. As partes interessadas poderão recorrer contra uma decisão proferida pelo Diretor-Geral à Comissão no prazo de 90 dias a contar da recepção da carta informando-os da ordem do Diretor-Geral. A decisão da Comissão será final” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129763>. Acesso em 05 nov. 2013.

¹⁴³ Tendo em vista que o texto analisado não é o do idioma original (Tailandês), a análise pode ser imprecisa.

¹⁴⁴ Decreto nº 1155 de 1958, que regulamenta o artigo V da Convenção Universal.

decreto que regulamenta a Convenção Universal em sua versão original de 1952. Segundo o artigo 1º desse decreto, o *Ministerio da Educacion y Justicia* concederá, por intermédio do *Registro Nacional de la Propiedad Intelectual*, licença não exclusiva para traduzir e publicar obras escritas em idioma estrangeiro protegidas pela Convenção Universal a qualquer nacional ou domiciliado na Argentina. Para que a hipótese seja aplicável, é preciso que tenham se passado sete anos da publicação no idioma estrangeiro sem que a obra tenha sido publicada em espanhol. O artigo 2º do decreto estabelece diversos requisitos que devem ser cumpridos pelo solicitante para que a licença compulsória possa ser concedida. Vale destacar que, por esse artigo, o solicitante está obrigado a depositar previamente 1/3 de 10% do valor total estimado de venda ao público e dar garantia suficiente para os outros 2/3 dos 10% em questão, os quais deverão ser pagos no prazo de dois anos após a concessão da licença¹⁴⁵.

Considerando que essa previsão consta de um decreto lei anterior à revisão de Paris da Convenção de Berna, que reconheceu o direito à tradução em sentido amplo e criou um regime de licenças compulsórias específico para países em desenvolvimento, há quem diga que essa licença poderia ter se tornado inoperante¹⁴⁶.

Carlos A. Villalba e Delia Lipszyc, de forma mais sutil, afirmam que não se pode invocar essa licença quando é aplicável a Convenção de Berna¹⁴⁷.

Para poder compreender essa questão é preciso analisar a relação entre a Convenção de Berna e a Convenção Universal. As regras de salvaguarda inseridas no artigo XVII da Convenção Universal definem que a Convenção Universal não será aplicável às relações entre os países ligados pela Convenção de Berna no que se refere à proteção das obras que, de acordo com a Convenção de Berna, tenham como país de origem um dos países da União de Berna, bem como que as obras originárias de um país que tenha se retirado da União de Berna depois Janeiro de 1951, não serão protegidas pela Convenção Universal nos países da União de Berna¹⁴⁸. Isso significa que é preciso avaliar, caso a caso, se a obra estrangeira que se pretende ver traduzida estaria protegida pela

¹⁴⁵ ACEBEY, Pedro Carlos. **Derecho de Autor**. Buenos Aires: Troquel, 1967. pp. 315-317.

¹⁴⁶ DELPECH, Horacio Fernandez. **Manual de Derechos de Autor**. Buenos Aires: Heliasta, 2011. p.74.

¹⁴⁷ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor en la Argentina**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 228.

¹⁴⁸ Quanto às relações entre as convenções internacionais sobre Direito Autoral das quais a Argentina faz parte: EMÉRY, Miguel Angel. **Propiedad intelectual: Ley 11723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales**. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 123-135. Especificamente sobre as cláusulas de salvaguarda da Convenção Universal: VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor en la Argentina**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 663.

Convenção de Berna ou pela Convenção Universal para decidir se a regra da licença compulsória prevista no decreto regulamentador da Convenção Universal é aplicável ou não.

Em nossa opinião, apesar de o decreto regulamentar o texto de 1952 da Convenção Universal, é certo que o texto revisado da Convenção Universal e o texto da Convenção de Berna, ambos de 1971, não excluíram a possibilidade de um país membro da Convenção Universal fazer uso do sistema de licenças compulsórias, como originariamente previsto no artigo V da Convenção Universal, respeitando o prazo de sete anos. Assim, salvo melhor juízo, entendemos que o decreto em questão ainda pode ser invocado para obras não protegidas pela Convenção de Berna. Nesse mesmo sentido, Eduardo Lycurgo Leite entende que a previsão argentina está de acordo com as Convenções Internacionais¹⁴⁹.

Ainda na Argentina, há uma previsão de licença compulsória para tradução prevista no artigo 6º da Lei de Propriedade Intelectual daquele país. Nesse caso, contudo, as obras afetadas parecem ser aquelas nacionais, quanto à tradução para outros idiomas que não o espanhol. Por esse dispositivo legal, fica definido que os titulares de direitos autorais que não providenciarem a tradução da obra após 10 anos da morte do autor, não poderão impedir terceiros de fazer e publicar tal tradução.

Sobre essa previsão da legislação argentina, Federico Andrés Villalba Díaz reconhece ser este um caso em que os interesses dos titulares de direitos autorais e os interesses do público de fazer uso do patrimônio cultural colidem. O autor destaca que, apesar de prever a possibilidade de uso da obra sem a prévia autorização do titular de direitos autorais, o dispositivo resguarda a necessidade de que o autor originário tenha querido que a obra fosse difundida e editada. De todo modo, o autor entende que poderiam existir justificativas para a inação dos titulares de direitos autorais, as quais deveriam ser levadas em conta antes de forçá-los a conceder a licença compulsória¹⁵⁰.

Em nossa opinião, a análise que importa fazer sobre essa previsão da legislação argentina é se o dispositivo legal está ou não de acordo com as Convenções Internacionais. Vale destacar que, nesse caso, a licença compulsória não pode ser entendida como

¹⁴⁹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 233.

¹⁵⁰ VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. **Limitaciones al derecho de autor en la Ley de derecho de autor argentina nº 11.723**. p. 110 Disponível em <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/93a122_limitaciones.pdf>. Acesso em 16 jun. 2012.

decorrente do interesse coletivo no desenvolvimento cultural e no acesso à informação para aquele país, pois a obra original já está no idioma de uso geral do local. Parece tratar de interesse do público em fazer uso do patrimônio cultural do próprio país. Desse modo, essa previsão específica não se vincula aos casos analisados anteriormente neste Capítulo, previstos nos artigos V e V-ter da Convenção Universal e no Anexo da Convenção de Berna. Nossa impressão é de que a justificativa para a concessão dessa licença compulsória, prevista no artigo 6º da Lei de Propriedade Intelectual argentina, seria um contraponto a um possível abuso no exercício do direito dos titulares de direitos autorais após a morte do autor. Essa previsão de evitar situações de abuso não consta especificamente de nenhuma das duas Convenções mencionadas. O abuso do titular, como visto na Parte I da presente obra, é uma justificativa constante nos casos de licença compulsória no âmbito do Direito de Patentes, mas no campo do Direito Autoral é uma justificativa rara.

De toda forma, parece ser justamente essa a situação que o artigo da lei argentina pretende evitar.

Tendo em vista que ambas as Convenções (Universal e Berna) asseguram ao autor o direito à tradução em sentido amplo e que em nenhuma das duas Convenções existe menção expressa à possibilidade de os países membros adotarem outras ressalvas ao direito de tradução além do sistema de licenças compulsórias para obras estrangeiras. Em princípio seria razoável defender a opinião de que a licença compulsória prevista na lei argentina é incompatível com o direito convencional. Contudo, é importante considerar que a Convenção de Berna reserva aos países membros a faculdade de limitar os direitos autorais em certos casos especiais, contanto que essa limitação não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (artigo 9.2). Essa regra, conhecida como regra dos três passos, é aplicável ao direito de tradução também¹⁵¹.

Com isso, se considerarmos a hipótese de não tradução de uma determinada obra pelos herdeiros do autor, após 10 anos de sua morte, como um “caso especial”; se verificarmos que a exploração normal da obra não estará sendo prejudicada (pois sequer iniciada pelos herdeiros), e se entendermos que a tradução da obra, se bem feita e com a indicação do autor original na capa da obra traduzida, não causaria prejuízo injustificado

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 59.

ao autor, pode-se entender que tal previsão da lei argentina é compatível com a Convenção de Berna.

Percebe-se que para ser compatível com o sistema internacional, a licença compulsória deve respeitar algumas condições estipuladas para as limitações aos direitos autorais, sem que isso implique que a natureza jurídica do instituto seja de limitação aos direitos autorais¹⁵².

No Brasil, não foi adotada nenhuma legislação que regulamentasse a possibilidade de instituição de licenças compulsórias para tradução nos termos constantes das Convenções de Berna e Universal. É certo que as previsões do Anexo da Convenção de Berna e do artigo V-ter da Convenção Universal somente podem ser instituídas em países em desenvolvimento e, provavelmente, o Brasil não seria considerado um país em desenvolvimento de acordo com as práticas estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Também é razoável que o Brasil não tenha querido fazer uso do regime dos dez anos, nos termos do antigo texto da Convenção de Berna, tendo em vista o risco representado pela reciprocidade. Contudo, tendo aderido à Convenção Universal, a qual não é informada pelo princípio da reciprocidade, o Brasil ainda poderia regulamentar a possibilidade prevista no artigo V dessa Convenção e instituir, por meio de legislação nacional, um sistema de licenças compulsórias para a tradução de obras literárias estrangeiras que, após sete anos de sua publicação original, não tivessem sido traduzidas para o português. Todavia, essa previsão seria aplicável apenas a obras não protegidas pela Convenção de Berna. O Brasil também poderia buscar instituir uma previsão de licença compulsória para obras nacionais, em certos casos especiais, desde que a situação não afetasse a exploração normal da obra, nem causasse prejuízos injustificados ao autor, de acordo com a regra dos três passos prevista na Convenção de Berna.

Nesse sentido, é importante mencionar que foi inserido o artigo 52-B na primeira versão disponibilizada para consulta pública da proposta de reforma da Lei de Direitos Autorais, o qual estipulava a possibilidade de concessão, em alguns casos, de licença compulsória para tradução de obras literárias. A avaliação detalhada a respeito da compatibilidade daquela estipulação e as Convenções Internacionais será feita na Parte IV desta obra, referente ao Direito Brasileiro.

¹⁵² Analisaremos adiante os parâmetros que entendemos adequados para balizar se um sistema de licenças compulsórias é compatível com os Tratados Internacionais.

Capítulo II – As licenças compulsórias para reprodução

A reprodução é uma das várias formas de utilização de obras intelectuais. Segundo Antonio Chaves, a reprodução pode ser definida como uma forma corpórea de utilização da obra, isto é, ocorrerá toda vez que uma obra preexistente seja fixada em um suporte¹⁵³. Carlos Alberto Bittar exemplifica a reprodução mencionando alguns processos de fixação, tais como: a impressão, a fotografia e a gravação mecânica¹⁵⁴. Ambos os autores mencionam que a reprodução é uma comunicação indireta da obra intelectual. De fato, a reprodução implica a existência de um instrumento entre ela e o público, como um livro ou um disco por exemplo. Nas palavras de Walter Moraes, a reprodução “inclui a fixação da obra (em suporte gráfico, sonoro, visual, plástico), depois a reprodução do suporte em numerosos exemplares, e finalmente a colocação à venda dos exemplares”¹⁵⁵. Por sua vez, José Carlos da Costa Netto lembra ter sido o direito de reprodução (*copyright*) o primeiro a receber atenção e tratamento legal, ainda no século XVIII¹⁵⁶. Entretanto, ressalta-se que o conceito de reprodução evoluiu bastante desde então, incluindo, atualmente, também o armazenamento por meios eletrônicos.

Importa, ainda, esclarecer que a reprodução se distancia da representação e da execução (conjuntamente referidas por Walter Moraes como apresentação pública¹⁵⁷), que são formas de utilização incorpórea da obra e podem se consubstanciar em uma comunicação direta da obra ao público (“ao vivo”) ou indireta (por meio da televisão ou do rádio, por exemplo)¹⁵⁸.

O direito exclusivo de reprodução foi inserido expressamente na Convenção de Berna apenas na revisão de Estocolmo (1967), apesar de sua essência ser reconhecida por

¹⁵³ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Diretos Autorais. In **Revista Forense** (comemorativa 100 anos), Rio de Janeiro, tomo II, p. 778, 2007.

¹⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.51.

¹⁵⁵ MORAES, Walter. **Questões de Direito de Autor**. São Paulo: RT, 1977. p. 69.

¹⁵⁶ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008. p. 154.

¹⁵⁷ O autor utilizava tal expressão por considerá-la mais abrangente e aplicável a todos os casos, em contraponto com as palavras execução (diretamente relacionada a obras musicais) e representação (relacionada a obras dramáticas). (MORAES, Walter. **Questões de Direito de Autor**. São Paulo: RT, 1977. p. 68).

¹⁵⁸ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Diretos Autorais. In **Revista Forense** (comemorativa 100 anos), Rio de Janeiro, tomo II, p. 778, 2007. A diferença entre o direito de reprodução, de distribuição e de comunicação ao público (representação, execução e exibição pública) será analisada de modo mais detalhado na última parte dessa obra em razão de suas implicações referentes à divulgação de obras intelectuais por meio da Internet.

todos os membros muito antes disso. A dificuldade de elaboração de uma redação abrangente que acomodasse tanto a proteção aos autores quanto as limitações razoáveis é apontada como justificativa para essa demora¹⁵⁹.

Quatro anos após a inclusão do direito de reprodução de modo genérico na Convenção de Berna, já foi prevista a possibilidade de instituição de licenças não voluntárias para a reprodução de obras, tanto no artigo III do Anexo da Convenção de Berna quanto no artigo V *quarter* da Convenção Universal, conforme revisão conjunta ocorrida em 1971.

De fato, o artigo III do Anexo da Convenção de Berna¹⁶⁰ prevê a possibilidade de um país em desenvolvimento (que invoque tal condição e declare sua intenção de fazer uso do benefício aqui discutido)¹⁶¹ substituir o direito exclusivo de reprodução previsto no artigo 9 da Convenção pelo regime de licenças compulsórias.

Como visto no Capítulo anterior, Bangladesh, Cuba, Emirados Árabes Unidos, Iemen, Jordânia, Mongolia, Omã, Síria, Sudão, Sri Lanka, Usbequistão, Vietnã, Egito, Índia e Nigéria são exemplos de países que se manifestaram indicando à OMPI a intenção de fazer uso desses regimes especiais de licenças compulsórias para tradução e reprodução.

¹⁵⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1978. p. 61. Antes da revisão de 1967, a Convenção contemplava, no mesmo artigo 9, o direito de reprodução para obras específicas, não de modo genérico. Simultaneamente à inclusão do direito exclusivo no artigo 9(1), inseriu-se, no artigo 9(2), a regra que permite a reprodução em certos casos especiais, desde que não haja conflito com a exploração normal da obra, nem prejuízo injustificável ao autor. Cf. Textos de todas as revisões da Convenção de Berna. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/details.jsp?group_id=1&treaty_id=15>. Acesso em 05 nov.2013.

¹⁶⁰ Convenção de Berna - Artigo III do Anexo: “1) Qualquer país que tenha declarado que invocará o benefício da faculdade prevista no presente artigo terá direito, para substituir o direito exclusivo de reprodução previsto no artigo 9 por um regime de licenças não exclusivas e intransferíveis, concedidas pela autoridade competente nas condições indicadas a seguir e de acordo com o artigo IV”.

¹⁶¹ Os requisitos para ser considerado um país em desenvolvimento e as formalidades para que um país declare sua intenção de fazer uso dessa faculdade prevista no artigo III do Anexo da Convenção de Berna são as mesmas já explicadas no Capítulo anterior, relativo ao regime de licenças compulsórias para tradução. Em resumo, o país deve possuir situação econômica e necessidades sociais e culturais que lhe impeçam de assegurar a proteção a todos os direitos previstos pelo texto principal da Convenção de Berna e deve declarar sua intenção de uso do benefício a qualquer momento, mesmo depois da ratificação ou adesão ao texto de 1971 da Convenção de Berna, podendo renová-la ao final de cada período de dez anos, desde que continue apresentando a condição de país em desenvolvimento. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1978. pp. 176 -179). A respeito do conceito de país em desenvolvimento, o Artigo I do Anexo à Convenção de Berna determinou que deveriam ser levadas em conta as práticas estabelecidas pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Na época, as Nações Unidas consideravam como país em desenvolvimento aquele em que: a renda média per capita fosse inferior a trezentos dólares, pelo menos sessenta por cento da população fosse dedicada à agricultura, e cujas taxas de analfabetismo e crescimento populacional fossem altas. (CRUGNOLA, Paola. **Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo**. In: *Il diritto di autore*. Milano: Giuffrè 1976. pp. 219-220).

Atualmente, os países que mantêm vigentes suas declarações de intenção de uso quanto ao regime de licenças compulsórias para reprodução são: Argélia, Sri Lanka, Síria, Sudão, Cuba, Mongolia, Emirados Árabes, Filipinas, Bangladesh, Omã e Jordânia. Essas declarações estarão em vigor até outubro de 2014, quando deverão ser renovadas pelos países interessados em manter as faculdades relativas ao regime especial das licenças compulsórias para reprodução¹⁶².

Assim como no regime de licenças compulsórias para tradução, também nesse caso da reprodução a permissão está diretamente relacionada à necessidade cultural e educacional de países em desenvolvimento. Com isso, o Anexo da Convenção de Berna estipula diversas condições e requisitos, bem como delimita os tipos de obras que podem ser reproduzidos sob esse sistema, quais sejam: i) obras já publicadas de forma impressa (ou outra forma análoga de reprodução) e ii) obras audiovisuais (que tenham sido concebidas e publicadas com fins educacionais)¹⁶³. No tocante à finalidade de uso da obra, é importante ressaltar que, para as licenças de reprodução, há um entendimento de que esse critério deve ser interpretado de maneira extensiva, permitindo a concessão de licenças para todas as formas organizadas de educação, não apenas a escolar e universitária¹⁶⁴.

A respeito do tema, Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera afirmam que as licenças se aplicam para,

A reprodução de uma obra, a fim de atender as necessidades da escola e da universidade, quando o titular do direito não se tenha oferecido para venda de cópias no país no prazo de cinco anos, que será ainda de três anos para trabalhos que lidam com as ciências exatas e naturais ou tecnológicos, ou de sete anos por pertencer ao reino da imaginação, como romances, poesia, teatro e música, e para livros de arte. Para a reprodução visual de fixações audiovisuais feitas legalmente e que constituam ou incorporem obras intelectuais, e para a tradução desse texto para uma linguagem comumente usada no país em que a licença é requerida, sempre que as fixações audiovisuais tenham sido elaboradas e publicadas com o único propósito de ser utilizado para as necessidades da escola e da universidade¹⁶⁵.

¹⁶² TABELA DE Notificações apresentadas por diversos países à Organização Mundial da Propriedade Intelectual ao longo dos anos de 1971 a 2012. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=1971&end_year=2012&search_what=N&treaty_id=15>. Acesso em 01 nov. 2012.

¹⁶³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 192 a 197.

¹⁶⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 195.

¹⁶⁵ No original: “la reproducción de una obra con el fin de responder a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria, cuando el titular del derecho no haya puesto a la venta los ejemplares en dicho país en el plazo de 5 años, el cual será sin embargo de 3 años para las obras que traten de ciencias exactas, naturales o de tecnología, o de 7 años para las que pertenezcan al campo de la imaginación tales como

As condições de concessão dessas licenças compulsórias para reprodução estão detalhadas nos parágrafos 2 a 5 do artigo III do Anexo da Convenção¹⁶⁶. Entre essas condições, está a exigência de que o beneficiário de uma licença compulsória seja um nacional do país em desenvolvimento em questão (pessoas físicas ou jurídicas ou o próprio Estado)¹⁶⁷. Além disso, há regras detalhadas sobre os prazos mínimos de espera para a concessão das licenças compulsórias que, nesse caso de licenças para reprodução, são definidos de acordo com a natureza da obra, não em decorrência do idioma, como no caso das licenças para tradução. Resumidamente, tem-se que: i) obras de ciências exatas ou naturais e de tecnologia poderão ser objeto de licenças compulsórias para reprodução após

novelas, obras poéticas, dramáticas y musicales, y para los libros de arte. En similares condiciones a las anteriores, para la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria.” (ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 8, 2009).

¹⁶⁶ Convenção de Berna - Artigo III do Anexo: “2) a) com relação a uma obra à qual o presente artigo é aplicável por força do parágrafo 7 e quando, ao expirar: i) do período fixado no parágrafo 3 e contado a partir da primeira publicação de uma edição determinada de uma tal obra; ou ii) de um período mais longo fixado pela legislação nacional do país mencionado a partir da mesma data, exemplares dessa edição não foram postos à venda, no referido país, para atender às necessidades, quer do público, quer do ensino escolar e universitário, pelo titular do direito de reprodução ou com a sua autorização, por um preço comparável ao em uso em tal país para obras análogas, qualquer nacional do referido país poderá obter uma licença para reproduzir e publicar essa edição, por esse preço ou por preço inferior, afim de atender às necessidades do ensino escolar e universitário; b) uma licença para reproduzir e publicar uma edição que foi posta em circulação como o descreve a alínea «a» pode também ser concedida por força das condições previstas pelo presente artigo se, depois de expirado o período aplicável, exemplares autorizados dessa edição não estão mais à venda no país em questão, durante um período de seis meses para responder às necessidades, quer do público, quer do ensino escolar e universitário, a um preço comparável àquele que é pedido no referido país para obras análogas. 3) O período a que se refere o parágrafo 2, «a», (i) é de cinco anos. Entretanto, i) para as obras que tratem de ciências exatas e naturais e da tecnologia, será de três anos; ii) para as obras que pertençam ao campo de imaginação, como romances, obras poéticas, dramáticas e musicais e para os livros de arte, será de sete anos. 4) a) no caso em que possa ser obtida no termo de um período de três anos, a licença não poderá ser concedida em virtude do presente artigo antes de expirar um prazo de seis meses; i- a contar da data em que o requerente cumpre as formalidades previstas pelo artigo IV. 1; ii- ou então, se a identidade ou o endereço do titular do direito de reprodução não for conhecido, a contar da data em que o requerente precede, como previsto no artigo IV. 2, ao envio das cópias do requerimento apresentado por ele à autoridade competente a fim de obter a licença. b) nos outros casos e se o artigo IV. 2. é aplicável a licença não poderá ser concedida antes de expirado um prazo de três meses contados do envio das cópias do requerimento. c) se durante o prazo de seis ou de três meses mencionado nas alíneas “a” e “b” houve uma distribuição, como descrito no parágrafo 2, «a», nenhuma licença poderá ser concedida por força do presente artigo. d) nenhuma licença poderá ser concedida quando o autor tiver retirado da circulação todos os exemplares da edição para cuja reprodução e publicação a licença foi requerida. 5) Uma licença para reproduzir e publicar uma tradução de uma obra não será concedida, por força do presente artigo, nos casos abaixo: i) quando a tradução em causa não for publicada pelo titular do direito da tradução ou com sua autorização; ii) quando a tradução não é feita numa língua de uso geral no país onde a licença é requerida.”

¹⁶⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 194.

3 anos da publicação da obra original; ii) obras de ficção, poesia, dramáticas e musicais somente poderão ser objeto de licenças compulsórias para reprodução após 7 anos da publicação da obra original e iii) todas as demais obras (incluídas as obras jurídicas e filosóficas por exemplo) poderão ser objeto de licenças compulsórias para tradução após 5 anos da publicação da obra original. A diferenciação de prazos se justifica pela maior ou menor relevância das obras para as finalidades educacionais, bem como pela maior rapidez com que algumas obras ficam desatualizadas em razão da evolução científica e tecnológica¹⁶⁸.

Com relação aos prazos indicados na Convenção de Berna, Eduardo Vieira Manso afirma que teria sido melhor se a Convenção tivesse estipulado que os prazos corressem *a partir de cada edição*, pois, segundo ele, “a licença é sempre relativa a ‘uma determinada edição’. Assim, havendo edições sucessivas, o prazo será contado da primeira edição apenas se a licença obrigatória for referente a essa edição”¹⁶⁹. O autor completa seu raciocínio afirmando que se a licença pretendida for relativa à última edição, ela não deveria ser concedida enquanto não se esgotasse o prazo contado a partir dessa última edição¹⁷⁰. Em nossa opinião, contudo, parece importante avaliar se a presença de uma edição mais recente da obra no mercado do país em questão já não seria motivo suficiente para impedir que se pudesse pretender uma licença compulsória para qualquer edição anterior. Ora, se a justificativa da licença compulsória é o atendimento das necessidades culturais e educacionais do país, resta duvidosa a existência de tais necessidades quando edição recente da obra está disponível para aquele determinado mercado.

Com efeito, da mesma maneira, como exigido no caso de concessão de licenças compulsórias para tradução, para que seja concedida uma licença compulsória para reprodução, não podem ter sido postos à venda, naquele determinado país, exemplares da obra em quantidade que atenda às necessidades de educação do público em geral e por um preço comparável ao de outras obras análogas. E mais, os exemplares da obra reproduzida

¹⁶⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 194.

¹⁶⁹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 208-209.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*. p. 209.

em razão de licença compulsória deverão ser vendidos a esse mesmo preço ou a preço inferior¹⁷¹.

Uma diferença sutil entre os regimes de licença compulsória para tradução e para reprodução está na questão do início da contagem do prazo de espera (de três ou seis meses a partir do envio das cópias de solicitação da licença dependendo do tipo de obra a ser reproduzida) para proporcionar a possibilidade de negociações amistosas entre os envolvidos. No caso das licenças para tradução, trata-se de prazo adicional ao prazo básico, ou seja, somente pode começar a ser computado após decorrido o prazo básico. Já no caso das licenças para reprodução, esse prazo pode começar a correr antes que o prazo básico tenha decorrido e, ao final do prazo básico, os requisitos poderão estar completos se as cópias de solicitação da licença para reprodução tiverem sido enviadas com antecedência¹⁷².

De toda forma, se no decorrer desse prazo de espera, forem colocados à venda pelo titular (ou por alguém autorizado por ele) exemplares da obra objeto do pedido, não poderá ser outorgada a licença compulsória. Também não poderá ser concedida a licença se o autor tiver exercido seu direito de arrependimento¹⁷³. Em caso de colocação à venda de exemplares da obra pelo titular (ou por alguém autorizado por ele) em condições de atender a necessidade educacional daquele país, após a concessão da licença compulsória, esta será terminada, podendo o beneficiário apenas esgotar o estoque dos exemplares já reproduzidos sob a licença¹⁷⁴.

A respeito da possibilidade de serem concedidas licenças compulsórias para reprodução de obras traduzidas, o Anexo da Convenção de Berna estabelece, além das condições já mencionadas, ser necessário que a obra tenha sido traduzida para o idioma de

¹⁷¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 192 e 194.

¹⁷² *Idem, ibidem*. p. 196.

¹⁷³ *Idem, ibidem*. p. 196.

¹⁷⁴ Convenção de Berna - Artigo III do Anexo: “(6) Caso sejam postos à venda exemplares de uma edição de uma obra no país mencionado no parágrafo 1 para responder às necessidades, quer do público, quer do ensino secundário e universitário, pelo titular do direito de reprodução ou com sua autorização, por um preço comparável àquele em uso no referido país para obras análogas qualquer licença concedida por força do presente artigo caducará se essa edição for na mesma língua e tiver essencialmente o mesmo conteúdo que a edição publicada por força da licença. Poder-se-á continuar a distribuição de todos os exemplares já produzidos antes da expiração da licença até o esgotamento dos mesmos”. (*Idem, ibidem*. p. 196).

uso geral no país em questão, com a devida autorização de seu titular¹⁷⁵. Vale observar, ainda, que a reprodução de obra traduzida afeta os direitos decorrentes tanto da tradução, quanto da obra original. Portanto, entende-se necessário que o solicitante da licença compulsória tenha dirigido sua requisição de reprodução aos titulares de ambas as obras (original e traduzida)¹⁷⁶.

Como já esclarecido, na revisão de Paris, em 1971, houve um alinhamento proposital dos textos previstos no Anexo da Convenção de Berna e na Convenção Universal a respeito da possibilidade de instituição de licenças compulsórias para reprodução. Assim, o artigo V *quarter* da Convenção Universal¹⁷⁷ prevê a possibilidade de

¹⁷⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 196.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*. p. 196.

¹⁷⁷ Convenção Universal - Artigo V *quarter*: “1. Qualquer estado contratante ao qual se aplica o parágrafo 1 do artigo V, "bis", poderá adotar as seguintes disposições: a) Quando ao término: i) do período fixado na alínea "c", calculado a contar da data da primeira publicação de uma edição determinada de uma obra literária, científica ou artística, mencionada no parágrafo 3, ou ii) de qualquer período mais longo fixado pela legislação nacional do estado, exemplares dessa edição não tiverem sido postos à venda, nesse estado, para atender às necessidades quer do grande público, quer no ensino escolar e universitário, a um preço comparável ao usual no referido estado para obras análogas, pelo titular do direito de reprodução ou com autorização, qualquer nacional desse estado poderá obter da autoridade competente uma licença exclusiva para publicar essa edição, pelo referido preço ou por preço inferior, para atender às necessidades do ensino escolar e universitário; a licença só poderá ser concedida se o requerente, em conformidades com as disposições em vigor no estado, justificar ter pedido ao titular do direito a autorização de publicar a referida obra e, após as devidas diligências de sua parte, não tiver podido encontrar o titular do direito de autor e obter a sua autorização; ao mesmo tempo que formular a petição, o requerente deverá informar do fato quer o Centro Internacional de Informações Sobre o Direito de Autor, criado pela Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura, quer qualquer centro nacional ou regional de informação mencionado na alínea "d". b) A licença poderá também ser concedida nas mesmas condições se, durante um período de seis meses, exemplares autorizados da edição em apreço não forem mais postos à venda no estado interessado, para atender quer às necessidades do grande público, quer ao ensino escolar e universitário, por um preço comparável ao usual no estado para obras análogas. c) O período ao qual se refere a alínea "a" será de cinco anos. Entretanto: i) para as obras de ciências exatas e naturais, e de tecnologia, o referido período será de três anos; ii) para as obras que pertencem ao campo da imaginação, tais como os romances, as obras poéticas, dramáticas e musicais, e para os livros de arte, o referido período será de sete anos. d) Se o titular do direito de reprodução não tiver podido ser encontrado pelo requerente, este deverá endereçar, pelo correio aéreo, em sobrecarta registrada, cópias de seu pedido ao editor cujo nome figura na obra e a qualquer centro nacional ou regional de informação indicado como tal em uma notificação depositada junto ao Diretor-Geral pelo estado em que se presume exercer o editor a maior parte de suas atividades profissionais. Na falta de tal notificação, ele endereçará igualmente uma cópia ao Centro Internacional de Informação Sobre o Direito de Autor criado pela Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura. A licença não poderá ser concedida antes da expiração de um prazo de três meses, a contar da data de expedição das cópias do pedido. e) Caso possa ser obtida ao término do período de três anos, a licença poderá ser concedida, nos termos deste artigo, somente: i) ao término de um prazo de seis meses, a contar do pedido de autorização mencionado na alínea "a", ou, no caso de a identidade ou o endereço do titular do direito de reprodução não serem conhecidos, a contar da data da expedição das cópias do pedido mencionadas na alínea "d", a fim de obter a licença; ii) se durante o referido prazo não tiverem sido postos em circulação exemplares da edição nas condições previstas na alínea "a". f) O nome do autor e o título da edição determinada da obra devem ser impressos em todos os exemplares da reprodução publicada. A licença não será extensiva à exportação de exemplares e somente será válida para a edição no interior do território do estado contratante em que tiver

que um país signatário dessa Convenção estipule em sua legislação interna o sistema de licenças compulsórias para reprodução, definindo as condições mínimas que devem ser respeitadas para tanto. As condições estabelecidas pela Convenção Universal para a requisição de uma licença compulsória para a reprodução são basicamente as mesmas contidas no Anexo da Convenção de Berna (já apontadas acima), apenas apresentadas de forma diversa. Vale destacar, especialmente, que no Anexo da Convenção de Berna há um artigo único (artigo IV¹⁷⁸) que prevê requisitos burocráticos aplicáveis tanto a licenças

sido solicitada. A licença não poderá ser cedida por seu beneficiário. g) A legislação nacional adotará medidas apropriadas para assegurar uma reprodução exata da edição em apreço. h) Uma licença para reproduzir e publicar uma tradução de uma obra não será concedida, nos termos deste artigo, nos casos abaixo: i) quando a tradução de que se trata não tiver sido publicada pelo titular do direito de autor com a sua autorização; ii) quando a tradução não estiver em uma língua de uso geral no estado que está habilitado a conceder a licença. 2. As disposições que se seguem se aplicam às exceções previstas no parágrafo 1 deste artigo: a) Qualquer exemplar publicado em conformidade com uma licença concedida por força deste artigo deverá conter uma menção na língua apropriada que especifique haver sido o exemplar posto em distribuição somente no estado contratante ao qual a referida licença se aplica; se a obra levar a menção indicada no parágrafo 1 do artigo III, os exemplares publicados deverão levar a mesma menção. b) As disposições apropriadas serão tomadas no plano nacional a fim de que: i) a licença implique uma remuneração equitativa e em conformidade com as tabelas de remunerações normalmente pagas no caso de licenças livremente negociadas entre os interessados dos países interessados; ii) a remuneração seja paga e remetida; se existir uma regulamentação nacional referente a divisas, a autoridade não poupará nenhum esforço em recorrer aos mecanismos internacionais, com a finalidade de assegurar a remessa de remuneração em moeda internacionalmente conversível ou seu equivalente. c) Cada vez que exemplares de uma obra forem colocados à venda no estado contratante, quer para atender às necessidades do grande público, quer para fins escolares e universitários, pelo titular do direito de reprodução ou com sua autorização, por um preço comparável ao usual no estado para obras análogas, qualquer licença concedida por força deste artigo caducará se essa edição for feita na mesma língua que a edição publicada por força da licença e se seu conteúdo for essencialmente o mesmo. Os exemplares já produzidos antes do fim da licença poderão continuar a ser postos em circulação até seu esgotamento. d) A licença não poderá ser concedida quando o autor tiver retirado de circulação todos os exemplares de uma edição. 3. a) Ressalvadas as disposições da alínea "b", as obras literárias, científicas ou artísticas às quais se aplica este artigo são limitadas às obras publicadas sob forma de edição impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução; b) este artigo é igualmente aplicável à reprodução audiovisual de fixações audiovisuais lícitas, na medida em que constituírem ou incorporarem obras protegidas, assim como à tradução do texto, que as acompanha, em uma língua de uso geral no estado que está habilitado a conceder a licença, ficando bem entendido que as fixações audiovisuais em apreço deverão ter sido concedidas e publicadas unicamente para fins escolares e universitários."

¹⁷⁸ Convenção de Berna - Artigo IV do Anexo: "1) Qualquer licença mencionada no artigo II ou no artigo III somente poderá ser concedida se o requerente, de acordo com as disposições em vigor no país em causa, provar ter pedido ao titular do direito a autorização de fazer uma tradução e de publicá-la ou de reproduzir e publicar a edição, conforme o caso, e, depois das devidas diligências de sua parte, não tiver podido encontrá-lo ou não tiver podido obter sua autorização. Ao mesmo tempo em que faz tal pedido ao titular do direito, o requerente deve informar qualquer centro nacional ou internacional de informação de que se trata o parágrafo 2. 2) Se o titular do direito não tiver podido ser encontrado pelo requerente, este deve dirigir, pelo correio aéreo, em carta registrada, cópias do requerimento, apresentado por ele à autoridade competente com a finalidade de obter a licença, ao editor cujo nome figura na obra e a qualquer centro nacional ou internacional de informação que possa ter sido designado, numa notificação depositada para este fim junto ao Diretor-Geral pelo governo do país em que se presume que o editor tenha seu lugar principal de atividades. 3) O nome do autor deve ser indicado em todos os exemplares da tradução ou da reprodução publicada sob o regime de uma licença concedida por força do artigo II ou do artigo III. O título da obra deve figurar em todos os exemplares. Se se tratar de uma tradução, o título original da obra deve, em qualquer caso, figurar

compulsórias para tradução quanto a licenças compulsórias para reprodução. Já na Convenção Universal, as condições referentes às licenças compulsórias para reprodução, mesmo quando repetidas em relação às condições previstas para as licenças compulsórias para tradução, constam novamente do artigo V *quarter*.

São exemplos de condições repetidas (previstas tanto no artigo V *ter*, quanto no artigo V *quarter* da Convenção Universal): i) a exigência de que a licença somente seja concedida se o requerente apresentar a justificativa de haver solicitado a autorização do titular do direito ou de, após as devidas diligências de sua parte, não haver podido estabelecer contato com o titular do direito ou obter sua autorização; ii) a exigência de que seja informado do fato o Centro Internacional de Informações Sobre o Direito de Autor, criado pela Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura; iii) a imposição de que a licença não se estenda à exportação de exemplares e só seja válida para a edição no território do país membro em que o pedido da referida licença tenha sido formulado; iv) a determinação de que os exemplares publicados em conformidade com uma dessas licenças contenham uma menção na língua apropriada que especifique haver sido o exemplar posto em distribuição somente no estado contratante ao qual a referida

em todos os exemplares. 4) a) qualquer licença concedida por força do artigo II ou do artigo III não se estenderá à exportação de exemplares e só será válida para a publicação da tradução ou da reprodução, conforme o caso, no interior do território do país em que a licença é requerida; b) para os fins da aplicação da alínea "a", deve ser considerado como exportação o envio de exemplares de um território para um país que, para esse território, fez uma declaração de acordo com o artigo I.5; c) quando um órgão governamental ou qualquer outro órgão público de um país que concedeu, de acordo com o artigo II, uma licença para fazer uma tradução numa língua que não seja o inglês, o espanhol ou o francês, envia exemplares da tradução publicada por força de tal licença a um outro país tal expedição não será considerada, para os fins da alínea «a», como sendo uma exportação se todas as condições seguintes forem preenchidas: i) os destinatários são particulares nacionais do país cuja autoridade competente concedeu a licença, ou organizações que agrupem tais nacionais; ii) os exemplares são utilizados exclusivamente para fins escolares, universitários ou de pesquisa; iii) o envio de exemplares e a sua distribuição ulterior aos destinatários não se revestem de qualquer caráter lucrativo; e iv) o país para o qual os exemplares foram enviados concluiu um acordo com o país cuja autoridade competente outorgou a licença para autorizar a recepção dos mesmos, ou a distribuição, ou esta duas operações, e o governo deste último país notificou o Diretor-Geral tal acordo: 5) Todo exemplar publicado sob o regime de uma licença concedida por força do artigo II ou do artigo III deve conter uma menção na língua apropriada indicando que o exemplar é posto em circulação somente no país ou no território a que se aplica a referida licença. 6) a) medidas adequadas serão tomadas no plano nacional para que: i) a licença preveja em favor do titular do direito de tradução ou de reprodução, conforme o caso, uma remuneração equitativa e de acordo com a tabela dos pagamentos normalmente efetuados no caso de licenças livremente negociadas, entre os interessados nos dois países em causa; e ii) sejam assegurados o pagamento e a remessa desta remuneração; se existir uma regulamentação nacional relativa a divisas, a autoridade competente não poupará esforços, recorrendo aos mecanismos internacionais, para assegurar a remessa da remuneração em moeda internacionalmente conversível ou em seu equivalente. b) medidas adequadas serão tomadas no âmbito da legislação nacional para que seja garantida uma tradução correta da obra ou uma reprodução exata da edição em causa, conforme o caso”.

licença se aplica; v) estipulação de que as leis nacionais prevejam uma remuneração equitativa e meios efetivos para que a remuneração seja paga.

Uma diferença substancial entre as condições previstas para a concessão de licenças compulsórias para tradução e para reprodução na Convenção Universal, é a exigência de inclusão do nome do autor e do título da edição em todos os exemplares da reprodução publicada. No caso das traduções, a exigência prevista na alínea “e” do parágrafo 2 do artigo V limita-se à inclusão do título e do nome da obra original¹⁷⁹, o que nos parece totalmente injustificado, eis que, mesmo após a tradução, o autor da obra original não perde esse *status*.

Nesse sentido, é importante destacar que o parágrafo 3 do artigo IV do Anexo da Convenção de Berna foi mais cuidadoso com os direitos morais dos autores e exigiu, tanto para reproduções quanto para traduções, *a inclusão do nome do autor em todos os exemplares*¹⁸⁰.

No tocante aos países que pleitearam o uso do benefício do sistema de licenças compulsórias para reprodução, é importante destacar que nem todos contemplaram a possibilidade em suas legislações internas. Por exemplo, as leis da Mongólia, das Filipinas e de Omã não contêm previsões específicas a respeito do tema.

No Egito há previsão de instituição de licenças compulsórias para reprodução e tradução bastante abrangente: não há delimitação dos tipos de obra que podem ser objeto de referidas licenças, o que poderia ser considerado, em princípio, como conflitante com o direito internacional¹⁸¹. Todavia, ao se analisar o texto do artigo da lei egípcia¹⁸², nota-se

¹⁷⁹ Convenção Universal: “Artigo V: 1. Os direitos mencionados no artigo I compreendem o direito exclusivo de fazer, de publicar e de autorizar a fazer e a publicar a tradução das obras protegidas nos termos da presente convenção. 2. No entanto, os estados contratantes podem, na suas legislações nacionais, restringir, quanto às obras escritas, o direito de tradução, obedecendo porém às disposições seguintes: (...) e) O título e o nome da obra original deverão ser igualmente impressos em todos os exemplares da tradução publicada.”

¹⁸⁰ Convenção de Berna: “Artigo IV do Anexo: (...) 3) O nome do autor deve ser indicado em todos os exemplares da tradução ou da reprodução publicada sob o regime de uma licença concedida por força do artigo II ou do artigo III. O título da obra deve figurar em todos os exemplares. Se se tratar de uma tradução, o título original da obra deve, em qualquer caso, figurar em todos os exemplares”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1978. p. 199).

¹⁸¹ Egypt - *International Intellectual Property Alliance (IIPA) 2013 Special 301 report on copyright protection and enforcement*. Disponível em <<http://www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301EGYPT.PDF>>. Acesso em 01 nov. 2013.

¹⁸² EGITO. Lei 82 de 2002 (Relativa à protecção dos direitos de propriedade intelectual, direitos de autor e direitos conexos): “Artigo 170: Qualquer pessoa pode exigir do Ministério competente a concessão de uma licença pessoal para reproduzir e/ou traduzir qualquer obra protegida de acordo com as estipulações desta lei, sem ter a permissão do autor, para os fins previstos no parágrafo seguinte. A concessão dessa licença será mediante o pagamento de justa indenização ao autor ou seus sucessores. Essa licença não se contradiz com a

que referida lei, de certo modo, incorpora a regra dos três passos, eis que limita a concessão de licenças a hipóteses de necessidades educacionais, sendo vedada a concessão de uma licença compulsória que conflite com a exploração normal da obra ou cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor ou dos detentores dos direitos autorais.

Na Argélia, a legislação nacional¹⁸³ prevê o sistema de licenças compulsórias para reprodução e tradução, trazendo as condições exatamente nos moldes das previsões

exploração normal da obra e não causa um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor ou dos detentores dos direitos autorais. As licenças serão concedidas mediante decisão fundamentada em que os limites de tempo e lugar serão especificados, e para efeitos de cumprimento das necessidades de todos os tipos e níveis de ensino”. (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=190159>. Acesso em 05 nov. 2013.

¹⁸³ ARGÉLIA. Portaria n.º 03-05, de 19 de Julho de 2003, sobre direitos de autor e direitos conexos, aprovada pela lei 03-17: “Artigo 33: Cada obra literária ou artística produzida em forma impressa, áudio, audiovisual ou qualquer outra forma, e produzida para a educação escolar ou universitária, pode ser objeto do seguinte: - licença compulsória de tradução não-exclusiva para fins de publicação na Argélia, na forma de uma publicação escrita ou por radiodifusão (áudio ou áudio-visual), se não tiver sido traduzida para a língua nacional e oferecida ou transmitida ao público na Argélia dentro de um ano a partir de sua primeira publicação; - licença compulsória não-exclusiva para reproduzir uma obra com a finalidade de sua publicação, se não tiver sido publicada anteriormente na Argélia por um preço equivalente ao preço aplicável por editoras nacionais dentro de três anos após sua primeira publicação, se relacionada a um trabalho científico, sete anos após sua primeira publicação, se relacionada a uma obra de ficção, e cinco anos depois de sua primeira publicação, se relacionado a qualquer outro trabalho. A Secretaria Nacional de Direitos de Autor e direitos conexos deve dar a licença prevista nas duas cláusulas acima, em conformidade com os acordos internacionais aprovados. Artigo 34: O Departamento Nacional deve proceder simultaneamente os seguintes procedimentos para conceder a licença compulsória: - notificar o titular do direito autoral ou seu representante do pedido de licença para tradução ou reprodução apresentado pelo requerente, - notificar cada centro internacional ou regional das organizações internacionais que administram acordos internacionais de direitos autorais em que a Argélia é um membro. Artigo 35: A licença compulsória para traduzir a obra para a língua nacional será concedida no prazo de nove meses a partir do envio do pedido de licença e das cópias informativas para os beneficiários previstos na última cláusula do artigo 34, sempre que o titular do direito não pode ser contactado, ou uma licença dele não pode ser obtida. Artigo 36: A licença compulsória para a reprodução do trabalho deverá ser concedida dentro de seis meses do envio do pedido de licença e das cópias informativas aos destinatários previstos na última cláusula do artigo 34, se relacionada a um trabalho científico, e dentro de três meses, se relacionado a outros trabalhos, sempre que o titular do direito não puder ser contactado, ou uma licença dele não pode ser obtida. Artigo 37: A licença compulsória não será concedida se o titular do direito ou seu representante oferecer a tradução ou reprodução da obra em questão para o público na Argélia, em conformidade com as mesmas condições, preço e forma apresentada pelo requerente. Artigo 38: O licenciado não poderá ceder a licença compulsória que lhe foi concedida para a tradução ou reprodução da obra. Esta licença será limitada ao território nacional. No entanto, órgãos nacionais de prestação de um serviço público podem enviar e distribuir cópias do trabalho produzido sob uma licença compulsória para os cidadãos domiciliados no exterior, sujeitos ao cumprimento das obrigações internacionais da Argélia a este respeito. Artigo 39: O beneficiário de uma licença compulsória para tradução ou reprodução deve respeitar os direitos morais do autor durante a utilização do trabalho. Este beneficiário deve pagar uma recompensa justa para o titular do direito. A Secretaria Nacional de Direitos de Autor e direitos conexos deve recolher e pagar tal recompensa para o titular do direito. Artigo 40: A licença compulsória para tradução ou reprodução será anulada se o titular do direito sobre a obra, que licenciou sua tradução ou reprodução, publicar ou permitir a publicação de seu trabalho sob as mesmas condições, exibição, forma e conteúdo, ou por um preço semelhante para o preço da edição realizada pelo licenciado. No entanto, a distribuição das cópias produzidas deverá continuar até que terminem antes de ser encerrada a

contidas nas Convenções de Berna e Universal¹⁸⁴. Em nossa opinião, a reprodução de todas as condições previstas nas Convenções não seria necessária, podendo-se adotar uma redação mais genérica, desde que incluída a referência expressa à exigência de que as condições previstas nas Convenções fossem respeitadas. O detalhamento deveria ser feito apenas no caso de o país decidir adotar alguma regra mais protetiva aos autores, como por exemplo estipulando prazos maiores de espera.

Como visto no Capítulo anterior, apesar de a Argentina não ter pleiteado junto à OMPI sua condição de país em desenvolvimento, a situação merece análise. Nesse país, o mesmo decreto que prevê a licença compulsória para tradução de obras estrangeiras¹⁸⁵ faz menção à licença compulsória para *publicação*, o que não deixa de ser uma forma de reprodução. Desse modo, as análises feitas no Capítulo anterior são, em muitos casos, também aplicáveis para o direito de reprodução. Vale lembrar que, para que a hipótese seja aplicável, é preciso que tenham se passado sete anos de sua publicação no idioma estrangeiro sem que a obra tenha sido publicada em espanhol, ou que a obra estrangeira traduzida esteja esgotada. Como já visto, essa previsão consta de um decreto lei anterior à revisão de Paris da Convenção de Berna que reconheceu o direito à tradução em sentido amplo, portanto, há quem defenda que essa licença possa ter se tornado inoperante¹⁸⁶. De qualquer modo, a previsão está de acordo com a exceção prevista nas convenções, ainda que, em princípio, nas convenções a previsão esteja direcionada para os países que se declarassem em desenvolvimento.

Destaca-se que no Brasil não existe a previsão de regime de licenças compulsórias para reprodução. De fato, foi inserido, na primeira versão disponibilizada para consulta pública da proposta de reforma da Lei de Direitos Autorais brasileira, o artigo 52-B que estipulava a possibilidade de concessão de licença compulsória para reprodução de obras literárias. A avaliação detalhada a respeito da compatibilidade daquela estipulação com as Convenções Internacionais será feita na Parte IV da obra, referente ao Direito Brasileiro.

licença”. (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=178342>. Acesso em 05 nov. 2013.

¹⁸⁴ Nossa pesquisa revelou que a lei da Jordânia também repete as condições previstas nas Convenções.

¹⁸⁵ Decreto nº 1155 de 1958, que regulamenta o artigo V da Convenção Universal.

¹⁸⁶ DELPECH, Horacio Fernandez. **Manual de Derechos de Autor**. Buenos Aires: Heliasta, 2011. p.74.

Capítulo III - As licenças compulsórias para gravação de obra musical

A gravação de obra musical é uma das formas de utilização de obras intelectuais contempladas pelo direito de reprodução. O exemplo é dado por Carlos Alberto Bittar ao enunciar as formas de comunicação indireta da obra das quais decorrem os direitos de reprodução¹⁸⁷. Como visto, para Antonio Chaves, a reprodução ocorre toda vez que uma obra preexistente é fixada em um suporte¹⁸⁸. A exigência de preexistência da obra, implica que, se uma obra musical é simultaneamente criada, exteriorizada e gravada em suporte, o conceito de reprodução não abarcaria aquela específica gravação. De qualquer modo, em geral, a gravação de obra musical significa a multiplicação de obra preexistente e, por essa razão, pode ser considerada como reprodução. José Carlos da Costa Netto destaca que, independentemente de estar ou não englobada no direito de reprodução, a gravação é uma forma de uso da obra e deveria ser previamente autorizada pelo autor¹⁸⁹.

O direito exclusivo de autorização de gravação de obra musical constava expressamente na Convenção de Berna até a revisão de Estocolmo (1967), quando o parágrafo introdutório do artigo 13 da Convenção foi excluído justamente por ser considerado supérfluo, dada a consagração, naquela mesma revisão, do direito de reprodução de modo abrangente pelo artigo 9 da Convenção¹⁹⁰.

A possibilidade de os países da Convenção de Berna instituírem reservas e condições ao direito de autorizar a gravação de obras musicais já constava da Convenção de Berna desde a revisão de Berlin, em 1908¹⁹¹. O texto atual¹⁹² prevê a possibilidade de

¹⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.51.

¹⁸⁸ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Diretos Autorais. In **Revista Forense** (comemorativa 100 anos), Rio de Janeiro, tomo II, p. 778, 2007.

¹⁸⁹ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008. pp. 141-150, especialmente pp.149-150.

¹⁹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 92. Antes da revisão de 1967, a Convenção contemplava, como parágrafo 1 do artigo 13, o seguinte texto: “Os autores de obras musicais gozam de direito exclusivo de autorizar: 1º - a gravação destas obras por instrumentos que sirvam para as reproduzir mecanicamente; 2º - a execução pública, por meio de tais instrumentos, das obras assim gravadas.” Textos de todas as revisões da Convenção de Berna disponíveis em <http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/details.jsp?group_id=1&treaty_id=15>. Acesso em 05 nov. 2013.

¹⁹¹ Essa previsão estava inserida no parágrafo 2 do artigo 13 da Convenção de Berna, o qual foi ligeiramente alterado e renumerado para parágrafo 1, em função da exclusão do parágrafo introdutório. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 93).

¹⁹² Convenção de Berna - Artigo 13: “1) Cada país da União pode, no que lhe diz respeito, estabelecer reservas e condições relativas ao direito do autor de uma obra musical e do autor da letra cuja gravação

qualquer país que tenha aderido ou ratificado a Convenção de Berna substituir o direito exclusivo de gravação de obra musical por um regime de licenças compulsórias¹⁹³. Vale destacar que as expressões *licença* e *compulsória*¹⁹⁴ não constam do texto da Convenção de Berna, sendo certo que o entendimento de que se trata de um regime de licenças compulsórias decorre da interpretação das seguintes expressões contidas no texto: “reservas e condições” que “não poderão, em caso algum, afetar o direito que tem o autor de receber remuneração equitativa” a qual será “fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente”.

Ao contrário do que ocorre no caso das licenças para tradução e para reprodução, previstas no Anexo da Convenção de Berna, no caso das licenças para gravação não há muito detalhamento a respeito do regime na própria Convenção. As regras que se podem extrair da Convenção de Berna a respeito do sistema de licença compulsória para gravação de obra musical são basicamente as seguintes: i) referido sistema pode abranger, além da música em si, a letra que a acompanhar; ii) o sistema seria aplicável apenas aos casos em que uma gravação inicial tenha sido autorizada tanto pelo autor da letra quanto pelo compositor da música; iii) o sistema somente pode surtir efeito no próprio país que o tiver instituído; iv) o autor deve receber remuneração equitativa em valor que pode ser ajustado amigavelmente ou por autoridade competente designada pelo país, caso o acordo entre os envolvidos não seja possível¹⁹⁵.

Ricardo Antequera Parilli e Ricardo Enrique Antequera explicam que a licença compulsória para gravação de obra musical dependerá sempre de que “uma gravação inicial já tenha sido efetuada com o consentimento dos autores, de modo que, por meio da licença, possam ser feitas outras gravações da mesma obra sem a necessidade de uma nova autorização”¹⁹⁶.

juntamente com a obra musical já foi autorizada por este último, de autorizar a gravação sonora da referida obra musical, eventualmente com a letra; mas todas as reservas e condições desta natureza só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido e não poderão em caso algum afetar o direito que tem o autor de receber remuneração equitativa, fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.”

¹⁹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 93.

¹⁹⁴ Tampouco é mencionada a expressão “licença não exclusiva e intransferível”, como acontece no caso das licenças para tradução e reprodução em que é expressamente prevista nos textos do Anexo da Convenção de Berna. A expressão “licença obrigatória” é utilizada no Guia da Convenção. (*Idem, ibidem*. p. 93).

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*. p. 94.

¹⁹⁶ No original: “a condición de que una grabación inicial ya haya sido efectuada con el consentimiento de los autores, de modo que, a través de la licencia, puedan hacerse otras grabaciones de la misma obra sin necesidad de una nueva autorización”. (ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI,

Sam Ricketson afirma que esse sistema inserido na Convenção de Berna refletiu “um compromisso pragmático que já surgia em nível nacional entre titulares de direitos autorais musicais e a indústria fonográfica” e garantiu à indústria “acesso ao material cujo uso já tinha sido permitido anteriormente sem obrigação de pagamento”¹⁹⁷.

Assim, como no caso das licenças compulsórias para tradução e reprodução anteriormente analisadas, a mera previsão da hipótese na Convenção de Berna não é aplicável diretamente nos países membros e depende de sua previsão expressa pelos países em suas respectivas leis nacionais.

A Alemanha, que, como visto na Parte II desta obra, foi o primeiro país a instituir uma licença compulsória para gravação de obra musical, mantém até os dias atuais previsão no mesmo sentido em sua legislação nacional. O artigo 42 (a) da atual Lei alemã de Direitos Autorais prescreve que se um produtor de fonogramas receber do autor o direito de gravar uma obra musical para fins comerciais, o autor estará obrigado perante outros produtores de fonogramas a também permitir o uso da obra mediante termos razoáveis¹⁹⁸. A lei ressalva que essa licença não é aplicável quando o autor tiver autorizado

Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 6, 2009).

¹⁹⁷ No original: “*This provision was inserted as long ago as the Berlin Revision of 1908, where it reflected a pragmatic compromise that was already emerging at the national level between musical copyright owners (mainly publishers) and the newly emerging recording industry. While the Berlin Act recognized that the right of authors extended to the mechanical reproduction of their works, national laws were allowed the possibility of introducing compulsory recording licenses in favor of the recording industry, providing that industry with a guarantee of access to material which it had, prior to this time, been able to use free of charge.*” (RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003. pp. 13-18).

¹⁹⁸ O texto da versão mais atual da Lei de Direitos Autorais da Alemanha consta no site da OMPI apenas no idioma Alemão. A compreensão do texto foi possível a partir da comparação com uma versão anterior disponível no site da OMPI em inglês. A previsão contida anteriormente no artigo 61 foi transportada para o artigo 42(a), aparentemente sem nenhuma alteração substancial. ALEMANHA - Lei de Direitos Autorais - (Texto de 9 de setembro de 1965, conforme alterada pela Lei de carga de 16 de julho , 1998) - Licença compulsória para a produção de gravações de áudio. 61 - (1) Se a um produtor de gravações de áudio foi concedido o direito de exploração de uma obra musical que lhe dá direito para gravar o áudio fizer a gravação para reproduzir e distribuir para fins comerciais, o autor é obrigado a conceder o direito de exploração com o mesmo conteúdo em condições razoáveis para qualquer outro produtor de gravações de áudio, cujo principal estabelecimento ou cujo domicílio está localizado no território de aplicação da presente lei. Esta regra não se aplica se o direito de exploração referido for legalmente administrado por uma sociedade de gestão coletiva ou se a obra já não reflete a convicção do autor e, portanto, pode já ser esperado que ele não concorde com a exploração de seu trabalho e, por essa razão, ele revogou qualquer direito de exploração existente. O autor não é obrigado a autorizar a utilização da obra na produção de uma obra cinematográfica . (2) A regra do item (1) é aplicável no que diz respeito a um produtor de gravações de áudio que não tem nem o seu estabelecimento principal, nem o seu domicílio no território ao qual a lei é aplicável, apenas se, como evidenciado por uma notificação pelo Ministro da Justiça, um direito correspondente for concedido aos produtores de gravações de áudio da Alemanha pelo estado em que o seu estabelecimento principal ou domicílio está localizado. (3) Um direito de exploração concedido no âmbito da regra anterior têm efeito apenas no território a que a lei se aplica e para exportação para Estados em que a obra não goza de

a gravação da obra musical para fins de inserção em uma obra cinematográfica. A lei resguarda, ainda, o direito moral do autor ao mencionar que a licença não será aplicável se a obra musical não corresponder mais às convicções do autor e, por essa razão, ele tiver revogado todas as licenças anteriormente concedidas.

Nos Estados Unidos, onde a licença compulsória para a gravação de obras musicais já havia sido instituída desde 1909, existe até hoje previsão no mesmo sentido. Na verdade, a legislação deste país estabelece o direito exclusivo de realizar ou autorizar a realização de gravação de fonogramas, mas, ao mesmo tempo, impõe algumas ressalvas. Em resumo, a Seção 115 da Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos prevê a possibilidade de fazer e distribuir registros fonográficos de obras intelectuais após tais obras terem sido já distribuídas ao público neste país pelo ou em nome do titular dos direitos autorais. A legislação dos Estados Unidos inclusive prevê o valor de *royalties* a ser pago ao titular dos direitos autorais¹⁹⁹. O texto da lei é bastante complexo e chega a prever

proteção contra gravação no meio de áudio. (4) Se o autor tem o direito exclusivo de exploração concedido a outra pessoa que lhe dá direito a registrar a obra para fins comerciais por gravação de áudio e para reproduzir e distribuir essas gravações, as disposições anteriores serão aplicáveis exceto se o titular da exploração exclusiva direito estiver obrigado a conceder o direito de exploração referida na subseção(1). (5) As disposições precedentes serão aplicáveis, mutatis mutandis, a uma obra literária empregada como o texto de uma obra musical, se o autor da obra literária tiver concedido aos produtores de gravações de áudio o direito de registrar a obra em conjunto com a obra musical e de reproduzir e distribuir as gravações examinadas. (6) Ações reivindicando a concessão de direitos de exploração serão recebidas nos casos em que nem o autor nem, no caso a que se refere por na subseção (4), o titular do direito exclusivo tem domicílio legal no território a que esta Lei aplica-se, pelos tribunais localizados no distrito em que o Escritório de Patentes tem a sua sede. Liminares temporárias podem ser concedidas, mesmo se as condições estabelecidas nas Seções 935 e 940 do Código de Processo Civil não forem cumpridas. (7) Essas regras não se aplicam se o direito de exploração referido na subseção (1), tiver sido concedido unicamente com a finalidade de produzir um filme.” (Disponível em < http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239044>. Acesso em 04 nov. 2013).

¹⁹⁹ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 106 · Os direitos exclusivos relativos a obras intelectuais: Sujeitos às previsões das seções 107 a 122, o titular dos direitos autorais sob este título tem os direitos exclusivos para fazer e para autorizar qualquer dos seguintes atos: (1) para reproduzir a obra intelectual em cópias ou fonogramas (...) § 114 · Âmbito dos direitos exclusivos de gravações de obras musicais: (a) Os direitos exclusivos do titular dos direitos autorais de uma gravação de som são limitados aos direitos especificados pelas cláusulas (1), (2), (3) e (6) da seção 106, e não incluem qualquer direito de representação mencionado na seção 106 (4); (b) O direito exclusivo do titular de direitos autorais de uma gravação de som previsto na cláusula (1) da seção 106 é limitado ao direito de duplicar a gravação de som em forma de cópias ou fonogramas que direta ou indiretamente recapturar o real som fixado na gravação. (...) § 115 · Âmbito dos direitos exclusivos de obras musicais não dramáticas: Licença compulsória para produção e distribuição fonogramas. No caso de obras musicais não dramáticas, os direitos exclusivos previstos nas cláusulas (1) e (3) da seção 106, para fazer e distribuir os registros de áudio, estão sujeitas a licenciamento compulsório sob as condições especificadas por esta seção. (a) Disponibilidade e escopo de Licença Compulsória: (1) Quando os registros fonográficos de uma obra musical não dramática tiverem sido distribuídos para o público nos Estados Unidos, sob a autorização do titular, qualquer outra pessoa, incluindo aqueles que fazem cópias digitais, pode, através do cumprimento das disposições da presente seção, obter uma licença compulsória para fazer e distribuir fonogramas da obra intelectual. Uma pessoa pode obter a licença compulsória somente se o seu principal propósito em fazer

uma licença compulsória para fonogramas distribuídos digitalmente²⁰⁰, o que, nas palavras de William Patry, representa “uma concessão para editoras de música”. Para o autor, esse trecho da Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos lembra mais “um contrato negociado por particulares do que uma legislação elaborada pelo Congresso”²⁰¹.

De todo modo, é importante ressaltar que, por meio dessa Seção 115, uma vez que o titular de direitos autorais tenha autorizado alguém a fazer e distribuir fonogramas de determinada obra musical, qualquer outra pessoa pode gravar seu fonograma com a mesma obra: é a permissão às chamadas gravações “cover”, em que um intérprete pode gravar uma música anteriormente gravada por outro, desde que cumpra os requisitos e pague a taxa estipulada pelo *Copyright Office*²⁰². Ressalte-se que a licença compulsória prevista na Seção 115 se refere *apenas a obras musicais, não aos fonogramas*. Com isso, a referida licença não permite a inclusão de gravações originais de artistas em um novo fonograma para distribuição por terceiros; *permite apenas a gravação de performances próprias de uma canção já gravada anteriormente*. Ou seja, continua sendo necessária a permissão do titular dos direitos sobre um fonograma para a inclusão desse original em um novo fonograma. Portanto, a licença compulsória em questão atende principalmente artistas e gravadoras que querem fazer e vender as suas próprias gravações de músicas de outros compositores²⁰³.

registros sonoros for distribuí-los para o público para uso privado, inclusive por meio de uma entrega digital. Uma pessoa não pode obter a licença compulsória para uso da obra na duplicação de uma gravação de som fixado por outrem, salvo se: (i) a gravação de som foi fixada legalmente, e (ii) a confecção dos fonogramas foi autorizada pelo titular dos direitos sobre a gravação de som ou, se a gravação de som foi realizada antes de 15 de fevereiro de 1972, por qualquer pessoa que fixou a gravação de som nos termos de expressa licença do titular dos direitos autorais sobre a obra musical ou de acordo com a licença compulsória válida para uso daquela obra em uma gravação de som. (...) (c) Royalties devidos em razão da licença compulsória (1) Para estar apto a receber os royalties em razão da licença compulsória, o titular do direito deve ser identificado no registro ou outros registros públicos do Escritório de Direitos Autorais. O proprietário não tem direito a royalties relativos a fonogramas feitos e distribuídos antes de seu registro nos termos do item acima. (2) Salvo o disposto na cláusula (1), os royalties referentes a uma licença compulsória devem ser pagos para cada registro fonográfico feito e distribuído em conformidade com a licença. Para este fim, um registro fonográfico é considerado “distribuído” se a pessoa que exercer a licença compulsória voluntária e permanentemente estiver com sua posse. Em relação a cada obra incorporada no registro fonográfico, o royalty será ou de dois centavos e três quartos, ou de metade de um centímo por minuto do tempo ou fração, o que for maior” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 05 nov. 2013.

²⁰⁰ As questões relativas à distribuição digital de obras intelectuais por meio da Internet serão analisadas na Parte VI da presente obra.

²⁰¹ PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 1. Thomson Reuters/West, 2012. p. 372.

²⁰² REESE, R. Anthony. *Copyright and Internet music transmissions: existing law, major controversies, possible solutions*. **University of Miami Law Review**, v. 55, n.2, p.242, jan. 2001.

²⁰³ REESE, R. Anthony. *Copyright and Internet music transmissions: existing law, major controversies, possible solutions*. **University of Miami Law Review**, v. 55, n.2, p.243, jan. 2001.

Na Suíça – outro país que instituiu a licença compulsória para gravação de obras musicais no início do século XX – a legislação nacional ainda contempla tal instituto. Segundo o artigo 23 da Lei suíça de Direitos Autorais, se uma obra musical tiver sido fixada em um fonograma e distribuída com a autorização do autor, todos os fabricantes de fonogramas poderão também exigir fazer o mesmo mediante remuneração ao titular dos direitos autorais. A regra possibilita, inclusive, que a exigência de estabelecimento comercial na Suíça do fabricante seja excepcionada se o país de origem da pessoa que estiver solicitando a aplicação do instituto oferecer reciprocidade²⁰⁴.

O Reino Unido, como visto na Parte II desta obra, estabeleceu a licença compulsória para gravação de obras (não apenas musicais) em sua legislação de 1911, prevê, em sua legislação atual, uma única hipótese de licença compulsória para gravação de obras, a qual se refere a cópias de gravações de uma execução (ou representação) de obras intelectuais em que a identidade ou a localização do titular dos direitos autorais seja desconhecida, mesmo após investigação razoável. A hipótese está prevista na Seção 190 da Lei de Direitos Autorais do Reino Unido²⁰⁵, a qual exige que seja levado em consideração se a gravação original foi feita com o consentimento do artista e se está na posse legítima

²⁰⁴ SUÍÇA. Lei de Direitos Autorais (Lei Federal de 9 de outubro de 1992 sobre Direitos Autorais – como aditada até 01 de janeiro de 2011): “Artigo 23 - Licença obrigatória para a fabricação de fonogramas - 1 Se uma obra musical, com ou sem letra, foi fixada num fonograma da Suíça ou no exterior e tem sido oferecido ou de outra forma distribuído, com a permissão do autor, todos os fabricantes de fonogramas com um estabelecimento comercial na Suíça podem, assim, solicitar a permissão do titular dos direitos autorais para fazer o mesmo na Suíça, mediante remuneração. 2 O Conselho Federal poderá dispensar a exigência de um estabelecimento comercial na Suíça, no caso de cidadãos de países que concedam reciprocidade” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=302621>. Acesso em 05 nov. 2013.

²⁰⁵ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (Copyright, Designs and Patents Act 1988 como alterado até 2013): “Seção 190 – Hipóteses em que o tribunal pode dar o consentimento em nome de um intérprete: (1) O Tribunal de Direitos Autorais pode, a pedido de uma pessoa que pretenda fazer uma cópia de uma gravação de uma execução (ou exibição) de obra, dar o consentimento em casos em que a identidade ou a localização da pessoa titular do direito de reprodução não pode ser definida por uma investigação razoável. (2) O consentimento dado pelo Tribunal terá o mesmo efeito do consentimento do titular dos direitos de reprodução para as finalidades dos artigos relacionados a direitos dos artistas e intérpretes e para as previsões relacionadas a responsabilidade criminal previstas na seção 198(3)(a), e pode ser dada mediante quaisquer condições definidas a critério do Tribunal. (3) O Tribunal não deve dar o consentimento previsto no item 1 acima a não ser após a publicação de notificação conforme regras estabelecidas na seção 150 ou conforme definido pelo Tribunal em determinado caso específico. (...) (5) Em todas as hipóteses o Tribunal deve levar em consideração se a gravação original foi feita com o consentimento do artista e está na posse legítima da pessoa que pretende fazer novas gravações; bem como se a realização das novas gravações respeita as obrigações assumidas pelas partes nos acordos firmados para a gravação original ou se está de acordo com os propósitos para os quais a gravação original foi realizada. (6) Quando o Tribunal der o consentimento nos termos da presente seção, na falta de acordo entre o interessado e o titular dos direitos autorais, o Tribunal deve definir o valor que considerar razoável a título de pagamento ao titular dos direitos autorais pelo consentimento que está sendo dado” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site do governo do Reino Unido). Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/data.pdf>>. Acesso em 08 nov. 2013.

da pessoa que pretende fazer a nova gravação; bem como se a realização da nova gravação está de acordo com os propósitos para os quais a gravação original foi realizada. Além disso, a referida regra determina que seja definido o pagamento de valor razoável a título direitos autorais.

Vale destacar que a atual Lei de Direitos Autorais do Reino Unido, quando promulgada em 1988, contemplava na própria Seção 190 a possibilidade de que uma licença compulsória fosse concedida se o intérprete negasse seu consentimento de modo não razoável²⁰⁶. Contudo, essa previsão foi excluída pela regulamentação de direitos autorais ocorrida em 1996²⁰⁷. É importante destacar que a lei do Reino Unido, apesar de ter limitado a hipótese a casos em que não se consiga identificar ou localizar o titular de direitos autorais, continua genérica no tocante aos tipos de obras que podem ser afetados pela licença compulsória, eis que basta tratar-se de execução ou de representação anteriormente gravada com o consentimento do intérprete para que a cópia de tal gravação possa ser feita tal como autorizada pela Seção 190.

Percebe-se que, dos países analisados neste Capítulo, apenas Alemanha e Suíça mantêm a previsão de licença compulsória para gravação de obras musicais nos moldes inicialmente imaginados, isto é, visando permitir que produtores de fonogramas possam fazer cópias de obras musicais anteriormente gravadas com o consentimento de seus titulares, sem a necessidade de novo consentimento. Portugal contempla uma regra clara nesse mesmo sentido, sem mencionar expressamente o benefício aos produtores de fonogramas²⁰⁸. Nos demais países, o instituto parece ter evoluído e sua manutenção nas legislações nacionais não necessariamente guarda relação com os motivos originais que levaram aqueles países a adotarem a licença compulsória para gravação de obras musicais.

²⁰⁶ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (Copyright, Designs and Patents Act 1988 como emanada): “Seção 190 –: (1) O Tribunal de Direitos Autorais, a pedido de uma pessoa que deseja fazer uma gravação de uma gravação anterior de uma execução ou representação, pode dar o seu consentimento quando: (a) a identidade ou o paradeiro de um artista não pode ser verificado por uma investigação razoável, ou **(b) um artista injustificadamente retém o seu consentimento** (grifo nosso)” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

²⁰⁷ REINO UNIDO. **The Copyrights and Related Rights Regulations 1996 (S.I. 1996/2967)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127495>. Acesso em 08 nov. 2013.

²⁰⁸ PORTUGAL. Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, como alterado até 2008): “Artigo 144 – Obras que já foram objeto de fixação - 1 - A obra musical e o respectivo texto que foram objecto de fixação fonográfica comercial sem oposição do autor podem voltar a ser fixados. 2 - O autor tem sempre direito a retribuição equitativa, cabendo ao Ministério da Cultura, na falta de acordo das partes, determinar o justo montante. 3 - O autor pode fazer cessar a exploração sempre que a qualidade técnica da fixação comprometer a correcta comunicação da obra”. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198457>. Acesso em 10 nov. 2013.

Especialmente no Reino Unido, a hipótese atualmente existente está mais próxima da licença compulsória para obra órfã que será discutida adiante.

No Brasil, a licença compulsória para gravação de obras musicais nunca chegou a ser instituída, tendo sempre sido necessária a autorização do titular de direitos autorais para esse tipo de utilização da obra musical. Como explicado na Parte II desta obra, no tocante a obras musicais, já houve, em nosso país, previsão de licença legal relacionada a obras musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões²⁰⁹. É importante mencionar, ainda, que a primeira versão disponibilizada para consulta pública da proposta de reforma da Lei de Direitos Autorais brasileira, contemplava, em seu artigo 52-B, a possibilidade de concessão, em alguns casos, de licença compulsória para reprodução de obras artísticas, sem especificar se as obras musicais estariam ou não incluídas na hipótese. A avaliação detalhada a respeito daquela estipulação e as Convenções Internacionais será feita na Parte IV da obra, referente ao Direito Brasileiro.

²⁰⁹ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, p. 71, jan/dez, 1985.

Capítulo IV – As licenças compulsórias para radiodifusão

Em paralelo às licenças compulsórias para gravação de obras musicais, devem ser estudadas as licenças compulsórias para radiodifusão. Antes, porém, é imprescindível avaliar como a radiodifusão se relaciona com o Direito Autoral.

Do ponto de vista técnico, a radiodifusão pode ser entendida como a radiocomunicação destinada a ser recebida livremente pelo público. A radiocomunicação, por sua vez, poderia ser descrita como a emissão de impulsos elétricos que irradiam ondas elétricas por meio de um intermediário conhecido como “éter”, ondas essas que podem ser capturadas por aparelhos receptores, os quais, então, reproduzem impulsos semelhantes aos originais²¹⁰. Já sob a ótica do Direito Autoral, interessa saber que a radiodifusão, na posição de radiocomunicação de sinais, sons e imagens, é uma forma de utilização de obras intelectuais.

Antonio Chaves analisou a radiodifusão em profundidade e explicou, quanto à sua natureza, que considerá-la como execução pública não significava que ela realmente fosse “execução pública”. O autor trazia explicações de Piola Caselli, Gustavo Carrelli e G. Straschnov, os quais concordavam que os efeitos jurídicos da radiodifusão podiam ser equiparados aos da execução pública, pois o reconhecimento de um direito exclusivo de autorizar a radiodifusão de uma obra independia de analisar a característica de quem captará a obra radiodifundida, sendo presumido o caráter “público” da difusão. Com efeito, na radiodifusão a divulgação da obra não se dirige a uma pessoa específica, ou a algumas pessoas específicas, mas a todos que puderem captar, com seus aparelhos, as ondas emitidas²¹¹. O autor menciona, inclusive, a dificuldade da proteção dos direitos autorais frente à radiodifusão de obras em razão da indeterminação dos ouvintes próximos aos aparelhos receptores em funcionamento no momento da transmissão e afirma que, apesar de distantes e indefinidos, os ouvintes se reuniam “se não no espaço, pelo menos no tempo” para escutar a execução difundida, dando a ela, por isso, o caráter de pública²¹².

Pontes de Miranda apontou a confusão doutrinária em relação à radiodifusão de música e a execução musical, afirmando que a radiodifusão da música não é execução

²¹⁰ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 108.

²¹¹ *Idem, ibidem*. pp. 116 e 117.

²¹² *Idem, ibidem*. p. 117.

pública. Para o autor, a radiodifusão seria algo novo (um *plus*) e não poderia ser reduzida às outras formas de utilização de obra intelectual conhecidas²¹³. Não há como negar, todavia, tratar-se de uma forma de utilização incorpórea e indireta da obra²¹⁴, sendo menos relevante para o presente estudo as divergências doutrinárias a respeito da necessidade ou não de que a difusão seja feita por ondas hertzianas, por fio ou sem fio, para ser considerada como radiodifusão.

A importância de se apresentar um conceito inicial de radiodifusão está no fato de que a Convenção de Berna não o faz com detalhes. Com efeito, na época do reconhecimento do direito exclusivo de radiodifusão (1928), o texto da Convenção de Berna continha apenas a afirmação de que cabia aos autores o direito exclusivo de autorizar a comunicação de suas obras por radiodifusão. A respeito desse fato, Pedro João Fialho da Costa Cordeiro explica que, na revisão de Roma da Convenção de Berna, a discussão foi tão concentrada nas questões relativas às licenças compulsórias que outros pontos relevantes acabaram ficando em aberto²¹⁵. O autor comenta, especialmente, que a posição das empresas de radiodifusão (quanto à exigência de garantia de possibilidade de uso de obras protegidas) foi apoiada pelos produtores de fonogramas e influenciou enormemente o texto da Convenção de Berna aprovado em Roma²¹⁶.

Os argumentos apresentados pelas delegações para que, conjuntamente com o reconhecimento do direito exclusivo de radiodifusão, fosse instituído algum regime que facilitasse o uso das obras intelectuais foram basicamente de duas ordens: a) o receio de práticas e tendências monopolísticas das diversas entidades de gestão coletiva que controlavam a maioria dos direitos sobre obras musicais (abuso de direito); e b) a relevância da radiodifusão para a educação e para a informação (interesse público)²¹⁷. Os defensores da máxima proteção aos autores das obras intelectuais conseguiram obter uma vitória: não houve a previsão expressa na Convenção de Berna a respeito das licenças

²¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XVI. Capítulo VI, parágrafo 1880. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

²¹⁴ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Diretos Autorais. In **Revista Forense** (comemorativa 100 anos), Rio de Janeiro, tomo II, p. 778, 2007.

²¹⁵ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 37-38.

²¹⁶ *Idem, ibidem*. p. 82.

²¹⁷ *Idem, ibidem*.

compulsórias, apesar de se permitir aos legisladores nacionais a possibilidade de regular as condições de exercício do direito de radiodifusão²¹⁸.

A fim de que fosse refletido na Convenção de Berna o enorme progresso da radiodifusão e suas formas de exploração, o teor do direito exclusivo de radiodifusão aprovado em Roma foi expandido na revisão de Bruxelas (1948)²¹⁹. Assim, houve tentativas de que o sistema de licenças compulsórias autorizado pela Convenção de Berna fosse limitado ao direito reconhecido na versão anterior do texto, mas essa posição acabou não prevalecendo²²⁰.

Com isso, o texto atualmente em vigor da Convenção de Berna prevê, no parágrafo 1 do artigo 11*bis*²²¹, que os autores gozem do direito exclusivo de autorizar: a) a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer meio sem fio que transmita sinais, sons ou imagens; b) a comunicação pública (por fio ou sem fio), de obra radiodifundida feita por outro organismo que não o da origem; e c) a comunicação pública (por alto-falante ou outro instrumento análogo) da obra radiodifundida. Da leitura do artigo, constata-se estarem englobadas em seu escopo a difusão de obras por rádio e por televisão²²². E mais, referido texto não contempla apenas o direito de radiodifusão, mas engloba outras formas de comunicação pública da obra radiodifundida²²³. De qualquer modo, vale destacar que Pedro João Fialho da Costa Cordeiro parece entender que todos os direitos indicados nesse dispositivo compõem o direito de radiodifusão²²⁴.

²¹⁸ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 82.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 78.

²²⁰ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 82-84.

²²¹ Convenção de Berna - Artigo 11*bis*: “1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar; 1o- a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2o- qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem ; 3o- a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou imagem, da obra radiodifundida.”

²²² Pedro João Fialho da Costa comenta inclusive a respeito da controvérsia ocorrida na época da ampliação do escopo desse artigo, sobretudo, em razão da possibilidade de introduzir licenças compulsórias a favor de “radiodifusão televisiva”. (CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 84).

²²³ A respeito dos direitos englobados pelo artigo em questão, vale a leitura do Guia do Convênio. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 78-82).

²²⁴ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 485.

No tocante ao tema central de nosso estudo, o parágrafo 2 do artigo 11 *bis* da Convenção de Berna²²⁵ possibilita aos países membros a regulamentação das condições de exercício dos direitos constantes no parágrafo 1 do referido artigo, com um texto substancialmente semelhante ao já analisado no Capítulo anterior relativamente ao direito de gravação de obras musicais. Pedro João Fialho da Costa Cordeiro destaca que, enquanto o artigo 13, parágrafo 2, da Convenção de Berna menciona que os países membros poderiam estabelecer “reservas” e “condições”, o artigo 11 *bis*, parágrafo 2 menciona apenas “condições”. Por essa razão, tentou-se defender que para a radiodifusão não seria possível a instituição de licenças compulsórias pelos países membros. Contudo, diante do fato de que a redação do dispositivo havia sido acordada entre diversos países que já previam em suas legislações nacionais sistemas de licenças compulsórias para a radiodifusão, bem como diante da previsão de que uma remuneração equitativa poderia ser definida por autoridade competente, resta óbvio que a *intenção da regra é permitir a instituição de sistemas de licenças compulsórias*²²⁶.

Com base nessa permissão da Convenção de Berna, os países membros podem, portanto, substituir os direitos exclusivos reconhecidos no parágrafo 1 do artigo 11 *bis* por um sistema de licenças compulsórias²²⁷. A própria Convenção de Berna restringe a

²²⁵ Convenção de Berna - Artigo 11*bis*: “(2) Compete às legislações dos países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1 do presente Artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração equitativa, fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.” Vale destacar que o parágrafo 3 do artigo 11*bis* da Convenção de Berna estipula que a autorização para radiodifusão de uma obra não implica autorização para gravar a obra radiodifundida, mas prevê a possibilidade de os países membros estabelecerem regimes específicos para as chamadas “gravações efêmeras”. Cf. Convenção de Berna - Artigo 11*bis*: “(3) Salvo estipulação em contrário, as autorizações concedidas nos termos do parágrafo 1 do presente artigo não implicam autorização de gravar, por meio de instrumentos que fixem os sons ou as imagens, as obras radiodifundidas. Entretanto, os países da União reservam-se a faculdade de determinar nas suas legislações nacionais o regime das gravações efêmeras realizadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação de tais gravações em arquivos oficiais, atendendo ao seu caráter excepcional de documentação.” A redação desse parágrafo não deixa claro se os autores teriam direito ao recebimento de uma remuneração em razão da instituição de algum regime específico para gravações efêmeras. Segundo o Guia da Convenção de Berna, muitos países membros consideram as gravações efêmeras como inerentes ao processo técnico da emissão e asseguram o uso gratuito. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 86).

²²⁶ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 87.

²²⁷ A respeito dos direitos englobados pelo artigo em questão, vale a leitura do Guia do Convênio. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 78-82).

abrangência do sistema, determinando que ele poderá surtir efeitos apenas no país membro que o instituir. Além disso, o sistema não poderá afetar os direitos morais dos autores, e deverá garantir aos autores o recebimento de um remuneração equitativa em valor a ser definido por ajuste entre os envolvidos ou, na falta de acordo, por uma autoridade competente²²⁸. Resta claro que, para instituir um sistema de licenças compulsórias para radiodifusão, o país membro precisa antes definir estrutura e procedimento adequados para que esses requisitos previstos na Convenção de Berna sejam cumpridos. Segundo Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, os relatórios da subcomissão responsável pela redação do referido dispositivo da Convenção de Berna deixam claro que a introdução desses sistemas de licenças compulsórias deve guardar direta correspondência com as necessidades de atendimento ao interesse público constatadas pelo próprio país²²⁹.

Por um lado, a análise quanto às necessidades de cada país, bem como a determinação de que um sistema de licenças compulsórias fique restrito apenas ao país que o instituiu, parecem adequadas. Por outro lado, dado o avanço tecnológico e a relevância atual dos fluxos transfronteiriços de informações e obras intelectuais, há uma importante questão jurídica a ser ponderada. Trata-se da necessidade ou não de se obter autorização dos autores para a difusão de obras nos países destinatários da emissão. Nas palavras de Pedro João Fialho da Costa Cordeiro,

Entende[-se] a radiodifusão como estando completada no país de emissão, o utilizador estará apenas sujeito à lei desse país. Se, pelo contrário, ela pressupuser a recepção potencial, entendendo-se por radiodifusão todo o processo que se inicia no acto de emissão mas que só termina nos países destinatários, também as legislações destes últimos serão aplicáveis - pelo que o radiodifusor teria de obter autorizações dos autores para todos aqueles países que não estabelecessem licenças obrigatórias²³⁰.

Tentando solucionar a questão, o autor defende que a radiodifusão em Direito Autoral consiste na

Comunicação pública de obras ou prestações através de emissões, por fio ou sem fio, destinadas a ser recebidas directamente pelo público, nela não se incluindo a

²²⁸ A respeito dos direitos englobados pelo artigo em questão, vale a leitura do Guia do Convênio. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra, 1978. p. 83).

²²⁹ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 85.

²³⁰ *Idem, ibidem*. p. 90.

recepção efectiva por parte deste, mas estando a recepção potencial englobada no acto de radiodifundir - não gozando, por conseguinte, de autonomia jurídica²³¹.

Em sentido semelhante, Antonio Chaves, citando Gustavo Carrelli, afirma que *a radiodifusão se verifica quando a estação emissora lança no espaço as ondas elétricas*, sendo certo que *tudo o que se verifica depois é utilização da radiodifusão, não radiodifusão propriamente dita*²³². Apesar de Antonio Chaves afirmar que os momentos da emissão e da recepção distinguem-se não apenas no plano fático, como também do ponto de vista do direito, merecendo tratamento jurídico independente²³³, percebe-se que a preocupação do autor está focada na nova emissão da obra difundida previamente recebida²³⁴. Desse modo, voltando ao ponto levantado por Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, entendemos que, se o fluxo internacional de radiodifusão depender de novas emissões ao longo de seu caminho (inclusive em países em que não vigore um sistema de licença compulsória) para poder ser recebido por aparelhos receptores localizados fora do território do país em que ocorreu a emissão original, a autorização dos autores seria necessária. Ao contrário, se a emissão não precisar ser recebida e reemitida, parece-nos que a autorização dos autores não seria mesmo necessária.

Vale comentar, ainda, uma questão relativa à remuneração equitativa, eis que, do texto da Convenção de Berna, não se extrai qualquer indicação de quais seriam os parâmetros para essa remuneração. Pedro João Fialho da Costa Cordeiro afirma que na falta de acordo entre as partes, o valor da remuneração deverá ser estipulado com base nos próprios fundamentos que justificaram a instituição da licença compulsória²³⁵. Para o autor, portanto, se o motivo for, por exemplo, o direito à informação, o valor será um, mas se o motivo for apenas a facilitação de negócio jurídico, o valor será outro. E resume afirmando que a remuneração “tanto poderá corresponder ao que o autor receberia se tivesse feito uso do seu direito exclusivo, como poderá ser meramente simbólica, tudo dependendo das finalidades que presidiram à consagração legal da licença obrigatória”²³⁶.

²³¹ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 485.

²³² CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 114.

²³³ *Idem, ibidem*. pp. 114-115.

²³⁴ *Idem, ibidem*. pp. 115-116 e 641-644.

²³⁵ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 93.

²³⁶ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 93.

Novamente no caso das licenças compulsórias para radiodifusão, assim como no das licenças compulsórias analisadas nos Capítulos anteriores, a permissão contida na Convenção de Berna não é auto aplicável, havendo necessidade de adoção expressa pelos países em suas respectivas leis nacionais.

No México, por exemplo, o artigo 26 *bis* da Lei de Direitos Autorais afirma que o autor terá direito de receber um *royalty* pela comunicação pública ou transmissão de sua obra por qualquer meio. O referido artigo explica que o valor deve ser acordado entre o autor (ou a sociedade de gestão coletiva) e quem for exercer a comunicação pública da obra, mas indica também que, na ausência de acordo, o valor será definido pelo Instituto Nacional de Direitos Autorais, nos moldes do artigo 212 da mesma lei²³⁷.

Em Portugal, o artigo 150 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos prevê que, se a obra é fixada para fins de comunicação ou radiodifusão sonora ou visual, é desnecessário o consentimento especial do autor para cada nova comunicação ou radiodifusão²³⁸. Já o artigo 155 do mesmo Código prevê ser devida a remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por autôfalantes ou outro instrumento análogo²³⁹. Como esclarecido por Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, o artigo 155

²³⁷ MEXICO. Ley Federal del Derecho de Autor (1996): “Art. 26 bis. O autor e seu sucessor terá o direito de receber um *royalty* pela comunicação pública ou transmissão de sua obra por qualquer meio. Direitos de autor são inalienáveis. Tal direito deve ser pago diretamente pela pessoa que realizar a comunicação pública ou transmissão de obras ao autor, ou à sociedade de gestão colectiva que representá-lo, de acordo com as disposições dos artigos 200 e 202 (V) e (VI) de esta lei. A quantidade de *royalties* deve ser acordada diretamente entre o autor ou, quando aplicável, a sociedade de gestão colectiva e as pessoas que exercem a comunicação pública ou transmissão das obras em conformidade com o artigo 27 (II) e (III) de esta lei. Na ausência de acordo, o Instituto deverá estabelecer uma tarifa de acordo com a procedimento previsto no artigo 212 desta lei.” (...) “Art. 212. As tarifas para o pagamento de royalties devem ser propostas pelo Instituto no expressar a pedido das sociedades de gestão colectiva ou os usuários interessados. O Instituto deve analisar o pedido à luz dos costumes e práticas no campo em causa e as tarifas aplicáveis ao mesmo assunto em outros países. Se o Instituto concorda, em princípio, a tarifa apresentada para aprovação, deve publicá-la como um projeto no Jornal Diário da Federação, e deve permitir que as partes interessadas um prazo de 30 dias para que fazer comentários. Se não houver oposição, o Instituto pode propor a tarifa e publicá-lo no Diário Oficial da Federação. Se houver oposição, o Instituto fará uma segunda análise e proporá a tarifa que considere adequada, mediante publicação no Diário Oficial da Federação” (tradução livre a partir da versão em inglês obtida no site da OMPI). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=254993>. Acesso em 10 nov. 2013.

²³⁸ PORTUGAL. Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, como alterado até 2008): “Artigo 150 – Radiodifusão de obra fixada. Se a obra foi objecto de fixação para fins de comercialização com autorização do autor abrangendo expressamente a respectiva comunicação ou radiodifusão sonora ou visual é desnecessário o consentimento especial deste para cada comunicação ou radiodifusão sem prejuízo dos direitos morais e do direito a remuneração equitativa.” Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198457>. Acesso em 10 nov. 2013.

²³⁹ PORTUGAL. Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, como alterado até 2008): “Artigo 155 - Comunicação pública da obra radiodifundida - É devida igualmente remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou por qualquer outro

corresponde ao regime de licença compulsória relativamente ao direito previsto no artigo 11 *bis*, parágrafo 1), item 3º da Convenção de Berna²⁴⁰. Já o artigo 150 nos parece estipular o regime de licença compulsória relativamente ao direito previsto no artigo 11 *bis*, parágrafo 1), item 1º.

Na Austrália, país com um perfil diferenciado em relação aos Estados Unidos e aos países Europeus, a legislação nacional contém um número elevado de previsões contemplando sistemas de licenças compulsórias, sendo um deles o referente às licenças compulsórias para radiodifusão²⁴¹. Sam Ricketson reconhece que a legislação australiana parece uma “colcha de retalhos” resultante da acomodação de diversos interesses conflitantes, mas entende que a previsão detalhada de cada uma das situações em que as licenças compulsórias são aplicáveis naquele país facilitaria a análise quanto à conformidade de cada hipótese em relação às Convenções Internacionais²⁴².

Especificamente no que toca as licenças compulsórias para radiodifusão, é importante destacar as seções 47, 70, 107, 108 e 109 da Lei de Direitos Autorais australiana. As seções 47, 70 e 107 tratam de questões relacionadas à reprodução com a finalidade de radiodifusão e não serão analisadas aqui por serem apenas tangencialmente relacionadas ao tema deste Capítulo. Já as seções 108 e 109 estão diretamente ligadas à radiodifusão e à comunicação ao público de obras previamente fixadas e publicadas. Vale também mencionar as seções 149 a 152, que trazem regras sobre como o Tribunal de Direito Autoral da Austrália deve definir a remuneração equitativa nos casos de licenças compulsórias relacionada à radiodifusão.

Segundo a Seção 108 da Lei de Direitos Autorais australiana, não ocorre violação de direitos autorais se uma gravação anteriormente publicada for comunicada ao público e a pessoa que realizou a comunicação tenha pago ao titular dos direitos autorais o valor

instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens.” Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198457>. Acesso em 10 nov. 2013.

²⁴⁰ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 469.

²⁴¹ “A somewhat different approach to those of the US and EC is to be found in the Australian copyright legislation. In its detail, this goes even further than the European Directive with many carefully limited exceptions that apply to specific categories of works or related rights and to specific uses of those works or related rights only. On the other hand, there are several broader provisions (those concerned with fair dealings of works) that reflect the more open-ended US fair use formula, although these are still kept within relatively limited confines as to purpose. In addition, the Australian Act now contains a significant number of statutory or compulsory licenses that allow uses in specific cases, subject to the payment of equitable remuneration” (RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003, p. 73).

²⁴² *Idem, ibidem*.

acordado entre eles ou, na falta de acordo, tenha assumido o compromisso de pagar ao titular o montante determinado pelo Tribunal de Direito Autoral²⁴³. Já a Seção 109 da mesma lei estabelece que não há violação de direitos autorais em razão da radiodifusão de uma gravação anteriormente publicada se já existir uma decisão do Tribunal de Direito Autoral autorizando que o realizador da radiodifusão a faça mediante determinada remuneração e a referida remuneração é paga de acordo com o estipulado na decisão ou, se ainda não existir uma decisão do Tribunal de Direito Autoral, o realizador da radiodifusão tenha assumido o compromisso de pagar ao titular o montante a ser determinado por este tribunal, conforme procedimento especificado na Seção 152 da referida lei²⁴⁴. O procedimento previsto na Seção 152²⁴⁵ detalha todos os passos necessários para que seja

²⁴³ AUSTRÁLIA. Lei de Direitos Autorais (Copyright Act 1968 - Lei nº 63 de 1968, como alterada até 2011): “108 – Não violação de direitos autorais na execução pública de gravação publicada se uma remuneração equitativa foi paga - (1) Os direitos autorais de uma gravação de som que foi publicada não são violados por uma pessoa que faz com que a gravação possa ser ouvida em público se: (a) a pessoa tenha pago ao titular dos direitos autorais sobre a gravação o montante que eles acordarem ou, na falta de acordo, tenha assumido um compromisso, por escrito, de pagar ao titular o montante que é determinado pelo Tribunal de Direito Autoral, a pedido de qualquer deles, a título de remuneração equitativa em razão da execução pública da gravação, e (b) no caso de uma gravação que foi publicada pela primeira vez fora da Austrália, a gravação tenha sido publicada na Austrália ou o prazo fixado após a data da primeira publicação da gravação expirou. (2) A pessoa que assumiu o compromisso referido acima é responsável por pagar o valor assim que o Tribunal de Direito Autoral determinar ao titular dos direitos autorais, sendo que o titular pode executar esse montante perante um Tribunal Competente. (3) Os regulamentos que fixem um prazo para os fins do parágrafo (1) (b) podem prescrever períodos diferentes em relação a diferentes tipos de gravações de som” (tradução livre). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9726>>. Acesso em 10 nov. 2013.

²⁴⁴ AUSTRÁLIA. Lei de Direitos Autorais (Copyright Act 1968 - Lei nº 63 de 1968, como alterada até 2011): “109 Não violação de direitos autorais na radiodifusão de gravação de som publicada em determinadas circunstâncias - (1) Nos termos desta seção, os direitos autorais sobre uma gravação publicada não são violados pela radiodifusão da gravação se: (a) não existindo ordem do Tribunal de Direito Autoral (conforme seção 152) aplicável ao responsável pela radiodifusão, em relação ao período em que a transmissão foi feita, ele assumiu um compromisso, por escrito, com o titular dos direitos autorais sobre a gravação para pagar ao titular os valores (se algum) determinados por uma ordem do Tribunal nos termos dessa seção, ou (b) existindo ordem do Tribunal em vigor aplicável ao responsável pela radiodifusão em relação ao momento em que a transmissão foi feita: (i) os direitos autorais sobre a gravação são de titularidade de uma pessoa que está contemplada no pedido como uma das pessoas entre as quais o montante especificado na ordem deve ser dividido e o responsável pela transmissão faz pagamentos à pessoa, de acordo com a ordem, ou (ii) os direitos autorais sobre a gravação são de titularidade de uma pessoa que não está contemplada no pedido. (2) O dispositivo anterior não se aplica em relação a uma transmissão de uma gravação de som, se a transmissão foi feita em conformidade com um acordo entre o órgão de transmissão e o titular dos direitos autorais. (...) (5) A subseção (1) não se aplica em relação a uma transmissão de uma gravação de som que não tenha sido publicada na Austrália, se: (a) A gravação é composta por, ou inclui, uma obra musical em que subsistam direitos autorais; (b) o trabalho musical foi feito com o propósito de ser executado em associação com um trabalho dramático ou foi incluído num filme cinematográfico, e (c) cópias da obra não foram oferecidas na Austrália. (6) Para os fins do parágrafo (5)(c), o oferecimento da obra pelo titular dos direitos por outro meio é suficiente” (tradução livre). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9726>>. Acesso em 10 nov. 2013.

²⁴⁵ A Seção 152 é composta de vinte e um longos parágrafos. Considerando não ser o foco principal de nosso trabalho, mas conter detalhes interessantes sobre os requisitos necessários para a definição da remuneração equitativa, decidimos apresentar aqui apenas os itens mais relevantes da referida seção para pronta referência

requerida e fixada a remuneração equitativa para fins de radiodifusão de uma gravação previamente publicada, o que não será analisado aqui por fugir ao escopo de nosso estudo. De toda forma, importa destacar a preocupação da Austrália em deixar bastante claras as hipóteses e os procedimentos para a instituição das licenças compulsórias para radiodifusão, o que é imprescindível para que o sistema seja equilibrado e traga vantagens a todos os envolvidos.

No Reino Unido, as seções 135A até 135G da Lei de Direitos Autorais estabelecem as regras para a concessão de licenças compulsórias para radiodifusão. O texto de tais seções é bastante detalhado e segue lógica própria, indicando primeiramente as hipóteses em que o direito é aplicável, isto é, especificamente às situações relacionadas à radiodifusão de gravações de som²⁴⁶. Para que a empresa de radiodifusão possa fazer uso do sistema em questão, ela não pode ter uma licença já conferida pelo órgão licenciador ou ela precisa possuir uma licença limitada, cuja ampliação tenha sido negada pelo órgão

do leitor. AUSTRÁLIA. Lei de Direitos Autorais (*Copyright Act 1968* - Lei nº 63 de 1968, como alterada até 2011): “152 *Applications to Tribunal for determination of amounts payable for broadcasting published sound recordings (...)* (2) *Subject to this section, an application may be made to the Tribunal for an order determining, or making provision for determining, the amount payable by a broadcaster to the owners of copyrights in published sound recordings in respect of the broadcasting, during a period specified in the application, of those recordings by that broadcaster.* (3) *An application under the last preceding subsection may be made by the broadcaster or by the owner of a copyright in a published sound recording. (...)* (6) *The Tribunal shall consider an application under subsection (2) and, after giving the parties to the application an opportunity of presenting their cases, shall make an order: (a) determining, or making provision for determining, the amount payable by the broadcaster to the owners of copyrights in published sound recordings in respect of the broadcasting, during the period to which the order applies, by the broadcaster of those recordings; (b) specifying as the persons among whom that amount is to be divided such of the persons who were, or were represented by, parties to the application as the Tribunal is satisfied are the owners of copyrights in published sound recordings; and (c) specifying as the respective shares in that amount of the persons among whom that amount is to be divided and as the times at which those shares are to be paid such shares and times as those persons agree or, in default of agreement, as the Tribunal thinks equitable.* (7) *In so making an order in relation to a broadcaster, the Tribunal shall take into account all relevant matters, including the extent to which the broadcaster uses, for the purposes of broadcasting, records embodying sound recordings (...) in which copyrights subsist, being copyrights owned by persons who are, or are represented by, parties to the application. (...)* (18) *Where an order of the Tribunal is in force under this section, the broadcaster in relation to whom the order applies is liable to pay to each of the persons specified in the order as the persons among whom the amount specified in, or determined in accordance with, the order is to be divided the share so specified in relation to that person and is so liable to pay that share at the times so specified and that person may recover any amount that is not paid in accordance with the order in a court of competent jurisdiction from the broadcaster as a debt due to the person.* (19) *For the purposes of this section, the gross earnings of a broadcaster in respect of a period are the gross earnings of the broadcaster during that period in respect of the broadcasting by the broadcaster of advertisements or other matter, including the gross earnings of the broadcaster during that period in respect of the provision by the broadcaster of, or otherwise in respect of, matter broadcast by the broadcaster. (...)*”. Disponível em < <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9726>>. Acesso em 10 nov. 2013.

²⁴⁶ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* como emanada): “Seção 135A: (1) (...) aplica-se à inclusão de gravações de som em transmissões (...)” (tradução livre). Disponível em < http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

licenciador. Em ambos os casos a licença ou a ampliação da licença precisa ter sido recusada pelo órgão licenciador, ainda que os termos propostos fossem aceitáveis²⁴⁷. Além disso, a empresa precisa notificar o órgão licenciador de sua intenção de utilizar o sistema em questão, solicitando que o órgão proponha os valores a serem pagos. Após o recebimento da proposta, a empresa deve avisar o órgão licenciador a data em que pretende iniciar a radiodifusão das gravações de som e qual o valor de *royalties* que está disposta a realizar. Em seguida, a empresa precisa notificar o Tribunal de Direito Autoral e requerer a definição do valor a ser pago, mediante o procedimento previsto na Seção 135 D²⁴⁸. A respeito do procedimento de definição dos valores a serem pagos, a lei estabelece que o Tribunal deve definir um valor que seja razoável para as circunstâncias do caso e que a definição do Tribunal surte efeitos a partir da data em que a empresa de radiodifusão comece a exercer o direito²⁴⁹. Uma vez cumpridos todos esses requisitos, a empresa de radiodifusão que inserir em uma transmissão gravações de som, respeitando o que tenha sido determinado pelo Tribunal de Direito Autoral, será equiparada a alguém que tenha recebido uma licença do próprio titular dos direitos autorais²⁵⁰.

²⁴⁷ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* como emanada): “Seção 135A: (2) Quando a pessoa (...) não possuir uma licença para fazê-lo, (...) o órgão licenciador se recusa a conceder (...) tal licença, sendo uma licença (a) cujos termos de pagamento seriam aceitáveis a ele ou de acordo com uma ordem do Tribunal de Direito Autoral sob a seção 135D ou qualquer esquema sob o qual seria concedida, ou (b) ilimitada ou limitada tal como ele pediu. (3) Quando ele detém uma licença (...) o órgão licenciador recusa-se a substituir ou providenciar a substituição de termos, para ilimitada ou limitada tal como ele pediu, ou se recusar a fazê-lo em termos que se enquadram dentro da subseção (2)(a)” (tradução livre). Disponível em < http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

²⁴⁸ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* como emanada): “Seção 135 B: (1) A pessoa que pretenda se valer do direito conferido pela seção 135C deve (a) notificar o órgão licenciador da sua intenção de exercer o direito, solicitando as condições de pagamento, e (b) após o recebimento da proposta (...), informar ao órgão licenciador da data em que ele se propõe a começar a exercer esse direito, e as condições de pagamento com que pretende fazê-lo. (...) (3) Antes de a pessoa começar a exercer o direito, ele deve (a) informar ao Tribunal de Direito Autoral sua intenção de exercer o direito, e da data em que se propõe começar a fazê-lo , e (b) requerer ao Tribunal, nos termos da seção 135D, a resolução sobre as condições de pagamento” (tradução livre). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

²⁴⁹ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* como emanada): “Seção 135 D: (1) (...) o Tribunal de Direito Autoral deve considerar o assunto e decidir de modo razoável conforme as circunstâncias. (2) Um pedido (...) tem efeitos a partir da data em que o candidato começa a exercer o direito conferido pela seção 135C e quaisquer reembolsos necessários, ou outros pagamentos, devem ser feitos em relação aos valores vencidos” (tradução livre). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

²⁵⁰ REINO UNIDO. Lei de Direitos Autorais (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* como emanada): “Seção 135 C: (1) A pessoa que (...) inclui em uma transmissão qualquer gravação de som em circunstâncias em que esta seção se aplica (...) estará na mesma posição no que diz respeito à violação de direitos de autor, como se tivesse em todos os momentos relevantes sido o titular de uma licença concedida pelo titular dos direitos autorais em questão. (...)” (tradução livre). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295>. Acesso em 08 nov. 2013.

Como já dissemos ao analisarmos a legislação da Austrália, entendemos que seja importante a existência de procedimentos definidos, bem como de regras detalhadas e transparentes, para que sistemas de licenças compulsórias sejam instituídos. Todavia, é relevante mencionar que regras excessivamente detalhistas e procedimentos muito burocráticos podem levar ao desuso do instituto.

Nos Estados Unidos, existe a previsão de licenças compulsórias para entidades de radiodifusão pública, conforme regras detalhadas na Seção 118 da Lei de Direitos Autorais. A lei estipula que qualquer titular de direitos autorais sobre uma obra sujeita a esse regime de licenças compulsórias ou qualquer entidade de radiodifusão pública pode submeter ao *Copyright Royalty Judges*²⁵¹ propostas de licenças relacionadas a essas obras e atividades. A lei ressalva a possibilidade de os envolvidos negociarem voluntariamente acordos e afirma que, cumpridas determinadas formalidades, tais acordos surtirão efeitos após trinta dias de sua celebração. Na falta de acordo voluntário entre as partes envolvidas, o *Copyright Royalty Judges* realizará um procedimento para determinar os valores e os prazos de pagamento a todos os titulares de direitos autorais de obras sujeitas ao regime de licenças compulsórias para entidades de radiodifusão pública, independentemente de tais titulares dos direitos autorais apresentarem propostas para *Copyright Royalty Judges*. Ao estabelecer tais taxas e condições, o *Copyright Royalty Judges* pode considerar valores de situações comparáveis em que tenha havido contratos de licenciamento voluntário. O *Copyright Royalty Judges* deve também estabelecer os requisitos para que os titulares de direitos autorais sejam informados sobre a utilização das suas obras nos termos desse regime. É importante esclarecer que, uma vez definido o valor para uma modalidade de uso de uma espécie de obra e tal valor seja publicado no *Federal Register*, aquele valor passa a ser válido para todos os titulares de direitos autorais para o mesmo tipo de obra e uso²⁵².

²⁵¹ *Copyright Royalty Judges* é um grupo de três juízes que supervisionam as licenças compulsórias da lei de direitos autorais dos Estados Unidos. Os juízes foram nomeados de acordo com o *Copyright Royalty and Distribution Reform Act* de 2004, que entrou em vigor em 2005. Entre outras funções, os juízes são responsáveis por determinar e ajustar as taxas e os termos das licenças compulsórias e determinar a distribuição dos *royalties* das licenças compulsórias que a Biblioteca do Congresso administra. Disponível em <<http://www.loc.gov/crb/background/>>. Acesso em 28 dez. 2013.

²⁵² ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (*U.S. Copyright Act of 1976*, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 106 - Os direitos exclusivos relativos a obras intelectuais: Sujeitos às previsões das seções 107 a 122, o titular dos direitos autorais sob este título tem os direitos exclusivos para fazer e para autorizar qualquer dos seguintes atos: (4) No caso de obras literárias, musicais, teatrais e coreográficas, pantomimas, e filmes e outras obras audiovisuais, para comunicar publicamente a obra (...) § 118 · Âmbito dos direitos exclusivos: radiodifusão pública. (a) Os direitos exclusivos fornecidos pela seção 106 °, no que diz respeito às obras

Ressalta-se, ainda, que as atividades passíveis de serem realizadas mediante o uso desse sistema de licenças compulsórias para radiodifusão previsto nos Estados Unidos são apenas aquelas previstas na própria lei, quais sejam: a comunicação ou a exposição pública de uma obra no curso de transmissão feita por uma estação de radiodifusão de ensino não comerciais; a produção de um programa de transmissão, reprodução de cópias ou fonogramas de um programa de transmissão e distribuição de tais cópias ou gravações, feitas por uma instituição ou organização sem fins lucrativos, e a realização de reproduções por um órgão governamental ou uma instituição sem fins lucrativos de um programa de transmissão em simultâneo com a sua transmissão e a comunicação pública ou a exibição do conteúdo desse programa²⁵³.

especificadas pela subseção (b) e as atividades especificadas pela subseção (d), sujeito às condições e limitações impostas pelo presente seção. (b) Não obstante qualquer disposição das leis antitruste, todos os titulares de direitos autorais sobre obras musicais não dramática e publicado pictóricas, gráfico, e escultural obras e quaisquer entidades públicas de radiodifusão, respectivamente, podem negociar e acordar com os termos e as taxas de pagamentos de royalties e da divisão proporcionais das taxas pagas entre vários titulares de direitos autorais, e podem designar agentes comuns para negociar, aceitar, pagar ou receber pagamentos.

(1) Qualquer titular de direitos autorais sobre uma obra especificada nesta subseção ou qualquer entidade de radiodifusão pública pode apresentar para o “*Copyright Royalty Judges*” propostas de licenças que cubram tais atividades com relação a essas obras. (2) Os contratos de licenciamento voluntariamente negociados a qualquer momento, entre um ou mais titulares de direitos autorais e uma ou mais entidades de radiodifusão pública devem gerar efeitos, em vez de qualquer determinação pela Biblioteca do Congresso ou o “*Copyright Royalty Judges*”, se as cópias de tais acordos são arquivados com os “*Copyright Royalty Judges*” no prazo de 30 dias de execução, de acordo com regulamentos que os “*Copyright Royalty Judges*” emitam. (3) O processo de negociação voluntárias iniciado em conformidade com a petição apresentada sob a seção 804 (a) para a finalidade de determinar um cronograma de prazos e taxas de pagamentos de royalties por entidades públicas de radiodifusão para os titulares de direitos autorais em obras especificadas na presente subseção e da divisão proporcional dos valores pagos entre vários titulares de direitos autorais abrangerá o período de cinco anos, com início em 1 de Janeiro do segundo ano seguinte ao ano em que o pedido é arquivado. As partes em cada processo de negociação deve suportar as suas próprias despesas. (4) Na ausência de acordos de licença negociados nos termos do parágrafo (2) ou (3), os “*Copyright Royalty Judges*” deverão, nos termos do capítulo 8, conduzir um processo para determinar e publicar no Federal Register uma programação de taxas e prazos que, sujeito ao parágrafo (2), será obrigatória para todos os titulares de direitos autorais em obras especificadas na presente subseção e entidades públicas de radiodifusão, independentemente de tais titulares dos direitos autorais apresentarem propostas para os “*Copyright Royalty Judges*”. No estabelecimento de tais taxas e condições os “*Copyright Royalty Judges*” podem considerar as taxas de circunstâncias comparáveis sob contratos de licenciamento voluntário negociado como previsto no parágrafo (2) ou (3). Os “*Copyright Royalty Judges*” devem também estabelecer os requisitos para que detentores de direitos autorais sejam notificados a respeito da utilização das suas obras sob esta seção, e que registros de tal uso poderão ser mantidos por entidades públicas de radiodifusão. (...)” (tradução livre). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

²⁵³ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 118 (...) (c) Sujeito aos termos de qualquer contrato de licença voluntária que foram negociados nos termos da subseção (b) (2) ou (3), uma entidade de serviço público de radiodifusão pode, mediante o cumprimento das disposições desta seção, incluindo as taxas e termos estabelecidos pelos “*Copyright Royalty Judges*” sob a subseção (b) (4), envolver-se nas seguintes atividades relacionadas com obras pictóricas, gráficas e esculturais publicadas obras musicais não dramáticas e publicadas: (1) o comunicação ou a exposição de uma obra de ou no decurso de uma transmissão feita por uma estação de radiodifusão de ensino não comerciais referidos na subseção (f) e (2) a produção de um programa de transmissão, reprodução de cópias ou fonogramas de um programa de transmissão e distribuição de tais cópias ou gravações, onde este

A previsão de licenças compulsórias para radiodifusão nos Estados Unidos é, portanto, relativamente limitada, eis que só é válida para entidades de radiodifusão pública e apenas para determinados tipos de obra. Esse espírito restrito fica evidenciado pelos itens finais contidos na Seção 118 da Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos que menciona expressamente o significado de “entidade de radiodifusão pública”, bem como ressalta que nada nessa seção deve ser interpretado de modo a permitir o uso indevido de obras intelectuais sem a autorização de seus titulares²⁵⁴.

Ainda no que se refere aos Estados Unidos, é relevante destacar que o antigo sistema de licenças compulsórias para *juke boxes* mencionado por Eduardo Vieira Manso²⁵⁵ foi substituído por um sistema de licenças negociadas previsto na atual Seção 116 da Lei de Direitos Autorais do país.²⁵⁶ Merecem destaque, também, as seções 111 (c) (1) e (d) e 119 (3) da mesma lei, que instituem sistemas de licenças compulsórias para retransmissão (“*secondary transmission*”) por cabo²⁵⁷ ou por satélite²⁵⁸, cujas regras são excessivamente detalhadas e fogem ao escopo do presente trabalho²⁵⁹.

tipo de produção, reprodução ou distribuição é feita por uma instituição ou organização sem fins lucrativos com o único propósito de transmissões especificadas no parágrafo (1), e (3) a realização de reproduções por um órgão governamental ou uma instituição sem fins lucrativos de um programa de transmissão em simultâneo com a sua transmissão como especificado no parágrafo (1), e a comunicação pública ou a exibição do conteúdo desse programa, nas condições especificadas no parágrafo (1) da seção 110, mas somente se as reproduções são usadas para performances ou exibições por um período de não mais de sete dias a partir da data da transmissão prevista no parágrafo (1), e são destruídas antes ou no final desse período. (...). (d) Exceto conforme expressamente previsto nesta subseção, esta seção não terá aplicabilidade a outras obras que não as especificadas no parágrafo (b). (...)” (tradução livre). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

²⁵⁴ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 118 (...) (e) Nada neste artigo deve ser interpretado para permitir que, além dos limites do uso justo, tal como previsto pelo artigo 107, a dramatização não autorizada de uma obra musical não dramática, a produção de um programa de transmissão elaborado em qualquer grau substancial de uma compilação publicada obras pictóricas, gráfico ou escultural, ou o uso não autorizado de qualquer parte de uma obra audiovisual. (f) O termo “entidade de serviço público de radiodifusão” significa uma estação não-comercial de transmissão educacional, conforme definido na seção 397 do título 47 e qualquer instituição sem fins lucrativos ou organizações envolvidas nas atividades descritas no parágrafo (2) da subseção (c)” (tradução livre). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

²⁵⁵ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 192.

²⁵⁶ Sobre o tema, PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 1. Thomson Reuters/West, 2012, p. 168. No original: “It is important to emphasize that jukebox operators who are not a party to the agreement are not bound by its terms. They may attempt to negotiate their own terms with the performing rights societies, which are, however, under no obligation to agree to lower rates. Failure to obtain a license will result in full liability under the Copyright Act (...) Failure to execute a jukebox license agreement by March 15 of any year after 1990 or within 30 days after making a jukebox available for public performance will make the jukebox ineligible for a license for the balance of that year and the next calendar year. Failure to display a license certificate in the title strip of the jukebox will cause the jukebox to be deemed unlicensed and all performances of copyrighted works by means of that jukebox to be infringing.”

²⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 111. (c) As transmissões secundárias por Sistemas a Cabo. - (1) (...) transmissões secundárias ao público

Já a Seção 114 (d) (2) da Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos, que também é bastante complexa e institui um sistema de licenças compulsórias para uso de obras na Internet, será analisada na Parte VI desta obra.

De fato, não existe nos Estados Unidos uma licença compulsória geral para a comunicação ao público. Para as obras musicais, cujas apresentações públicas são passageiras e ocorrem em locais muito dispersos, os titulares de direitos autorais criaram sociedades de gestão coletivas de direitos – Sociedade Americana de Compositores, Autores e Editores (“ASCAP”), Broadcast Music, Inc. (“BMI”) – que atuam de modo semelhante às associações existentes no Brasil: são compostas de detentores de direitos autorais (geralmente compositores e editores de música), que concedem à sociedade o direito não exclusivo de licenciar apresentações públicas de suas obras musicais; as sociedades, por sua vez, concedem licenças gerais para as entidades que se dedicam a apresentações públicas – estações de rádio e televisão, restaurantes e estabelecimentos de varejo e, em troca de uma taxa (geralmente calculada como uma porcentagem da receita da licenciada), o interessado obtém o direito de executar publicamente qualquer trabalho contido no repertório da sociedade²⁶⁰.

No Brasil, igualmente não existe a previsão de licença compulsória para comunicação ao público ou para radiodifusão. De fato, os autores podem optar por se associarem para coletivamente exercerem e defenderem seus direitos. A própria LDA estabelece que, pelo mero ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias dos seus associados para atos relacionados à defesa e à cobrança dos direitos autorais, ressaltando a eles o direito de praticarem os atos de defesa e cobrança, mediante comunicação prévia à

por um sistema de cabo de uma execução ou exibição de uma obra incorporada em uma transmissão primária feita por uma estação de transmissão licenciada pela Comissão Federal de Comunicações ou por uma autoridade governamental competente do Canadá ou México (...) estará sujeita a **licenciamento legal** sobre o cumprimento dos requisitos da subseção (d) em que o transporte dos sinais que compõem a transmissão secundária é permitido segundo as regras, regulamentos, ou autorizações da Comissão Federal de Comunicações” (tradução livre – grifo nosso). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

²⁵⁸ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 119. (a) Transmissões secundárias por Satélite. (1) (...) transmissões secundárias de uma execução ou exibição de uma obra incorporada em uma transmissão primária (...) está sujeita a **licenciamento legal** sob esta seção, se a transmissão secundária é feita por uma operadora de satélite ao público para visualização em casa particular ou para exibição em um estabelecimento comercial (...)” (tradução livre – grifo nosso). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

²⁵⁹ Sobre o tema, PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 1. Thomson Reuters/West, 2012.

²⁶⁰ REESE, R. Anthony. Copyright and Internet music transmissions: existing law, major controversies, possible solutions. **University of Miami Law Review**, v. 55, n.2, p.242, jan. 2001.

associação²⁶¹. A LDA também estipula que existirá apenas um escritório central para a arrecadação e a distribuição de direitos autorais (o ECAD). A gestão coletiva, no Brasil, acaba sendo quase que uma imposição aos autores, no tocante à execução pública de obras musicais, eis que o artigo 68, § 4º da LDA concede ao Escritório Central o poder de fiscalizar o recolhimento dos direitos autorais relativos a esse tipo de utilização de obra. Assim, apesar de a lei brasileira afirmar que, sem a autorização prévia e expressa dos titulares, os fonogramas, as obras musicais e as obras teatrais não podem ser usadas publicamente, na prática, basta efetuar o pagamento das taxas informadas pelo ECAD para que o uso seja considerado lícito.

Diante desse contexto, Antonio Chaves menciona que alguns doutrinadores entendiam que o sistema de gestão coletiva se aproximava do sistema de licença legal ao afirmar a existência do direito exclusivo de autorizar, mas dar às associações, na prática, os meios para exercerem o direito. Nesse aspecto, o autor cita Robert Plaisant que entenderia ser essa comparação infundada, concluindo que os sistemas são antagônicos²⁶². Ainda assim, Antonio Chaves reconhece que, de certo modo, os contratos celebrados entre os autores e as sociedades de gestão coletiva “não deixam de constituir um abandono, por parte dos autores, do princípio da autorização prévia e se aproximam do sistema que se costuma designar como ‘licença obrigatória’ ou ‘licença legal’”²⁶³. O autor comenta a questão do mandato presumido conferido às sociedades de gestão coletiva de direitos autorais pelo mero ato de filiação e afirma ser da “própria essência de tais Sociedades o sistema de representação”, mas ressalta uma exceção à regra no caso de o autor ter cedido o direito de execução pública de suas obras a terceiros, hipótese em que da “filiação não decorrerá mandato de espécie alguma, por falta de objeto”²⁶⁴.

As questões relacionadas à gestão coletiva no Brasil serão retomadas na Parte VI da obra.

²⁶¹ Artigos 97 e 98 da LDA.

²⁶² CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. LXXX, Jan/Dez, 1985, p. 64.

²⁶³ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT. 1952, p. 385.

²⁶⁴ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT. 1952, pp. 399-401.

Capítulo V – As licenças compulsórias para obras órfãs

A expressão *obras órfãs* busca definir obras intelectuais cujos titulares de direitos autorais não podem ser identificados ou localizados. Para José de Oliveira Ascensão, são obras órfãs “aquelas cujo autor é desconhecido, ou não se consegue contatar, ou cuja localização se apresenta tão onerosa que anularia as vantagens que da utilização daquela obra se pudessem retirar”²⁶⁵. Já Denis Borges Barbosa destaca que o problema não é saber quem é o “autor” ou onde ele está; o problema é não saber quem é (ou onde está) o “titular dos direitos autorais”. Esclarece que, muitas vezes, sabe-se quem é o autor, mas *não se sabe a quem se deve requerer a autorização para uso da obra*²⁶⁶.

A questão das obras órfãs está diretamente relacionada à necessidade de autorização prévia do autor, ou do titular de direitos autorais, aos prazos substancialmente longos de proteção, bem como ao fato de que a proteção não depende de qualquer formalidade.

Em princípio, qualquer exploração de uma obra intelectual por parte de terceiros deve ser autorizada prévia e expressamente por seu titular, a não ser que se trate de uma hipótese de limitação aos direitos autorais. Todavia, é comum que o interessado em utilizar uma obra intelectual tenha dificuldade ou não consiga localizar o titular dos direitos daquela obra para poder obter a autorização necessária. Essa situação decorre, geralmente, de dois fatores: o aumento dos prazos de proteção e a falta de atualização das informações de gerenciamento de direitos.

No tocante aos prazos de proteção, é importante destacar que as legislações mais antigas a respeito de direitos autorais previam prazos da ordem de 14 a 28 anos de proteção, mas, atualmente, as obras intelectuais chegam a ser protegidas por 70 anos após a morte do autor²⁶⁷. Não há como negar que prazos longos de proteção contribuem para a dificuldade de se localizar e identificar titulares de direitos autorais, especialmente se não houver uma preocupação com a manutenção e atualização de registros a respeito dos direitos autorais referentes a cada obra. Nesse aspecto, alguns autores apontam a não

²⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura:** movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento.. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 60.

²⁶⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Domínio público e obras órfãs.** p. 1. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁶⁷ *Idem, ibidem.* pp. 2-3.

exigência de formalidades para a existência da proteção também como fator que contribui para a maior dificuldade de localização e identificação de titulares de direitos autorais²⁶⁸. Há também quem aponte a falha na redação dos contratos de cessão e transferência de direitos como mais um fator que pode dificultar a localização desses titulares²⁶⁹.

O uso de novas tecnologias para a publicação e divulgação de obras também pode ser citado como mais um desafio à localização e identificação dos titulares de direitos autorais²⁷⁰. Sem dúvida, atualmente, muitas obras são publicadas sem a clara identificação do autor ou mediante um pseudônimo, principalmente por meio da Internet. Em tese, o mero fato de a obra ter sido publicada sem a identificação do autor não significa que a titularidade sobre a obra seja impossível de ser definida. Há diversos recursos para a localização do responsável pela publicação (como, por exemplo, o uso dos provedores de aplicações de Internet como uma ponte de contato com o responsável por um blog e com o responsável por *posts* contendo obras intelectuais), e, a partir desse responsável pela publicação, pode-se buscar definir quem são o autor e o titular de direitos sobre a obra publicada. Ainda assim, é comum que o autor e o titular não sejam localizados.

Independentemente de qual seja o motivo para que os titulares de direitos autorais deixem de ser localizados ou identificados, é fato que tal situação desencoraja o uso de obras em novos esforços criativos e também pode levar a uma inibição da disseminação do conhecimento²⁷¹. Com efeito, José de Oliveira Ascensão afirma que, para os casos de obras órfãs, a manutenção da exigência de autorização prévia do titular de direitos autorais significa prejuízo tanto para o potencial utilizador quanto para o próprio autor. De fato, um potencial usuário, ao não conseguir localizar o titular dos direitos autorais sobre a obra, em geral opta por não usá-la, pois teme as sanções a que pode ser sujeito. Essas obras, portanto, acabam ficando ociosas. É importante notar que essa situação traz dois efeitos: impede o acesso do público à obra preexistente e impede o acesso do público à obra que se pretendia criar a partir da anterior. Em resumo, todos saem perdendo: o autor original, o

²⁶⁸ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 149. Também HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, p. 49, 2014.

²⁶⁹ GINSBURG, Jane C. Contracts, Orphan works, and copyright norms: what role for Berne and TRIPS? **Columbia Public Law Research Paper**, No. 09-200, p. 13, feb.2009. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1357503>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁷⁰ “Users of copyrighted works face an even more difficult challenge now that so many copyrighted works are created, stored, and transmitted in digital forms.” (HANSEN, David R. et al. *Solving the Orphan Works Problem for the United States*. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, p. 49, 2014).

²⁷¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 149.

novo autor ou usuário e a sociedade²⁷². Por isso, o jurista português defende que, no caso de obras órfãs, essa exigência de autorização prévia deveria deixar de existir para permitir a conjugação de interesses dos envolvidos²⁷³.

A situação das obras órfãs tem incomodado juristas em diversos países, sendo certo que as propostas de solução passam por diferentes e criativas sugestões²⁷⁴. Entre elas, a exigência de formalidades para manutenção da proteção autoral, a limitação das medidas judiciais cabíveis por parte de um titular de direitos autorais que venha a ser conhecido após o início da exploração da obra e a criação de sistemas de licenças compulsórias. Em princípio, tendemos a concordar com a implementação de sistemas de licenças compulsórias, dependendo do modo como tais sistemas sejam configurados. Todavia, antes de analisarmos essa opção, faremos uma breve análise a respeito das outras hipóteses e apresentaremos as soluções estudadas por alguns países.

A respeito da primeira opção – exigência de formalidades –, entendemos que o princípio da proteção autoral vinculada ao ato de criação da obra, independente de qualquer formalidade, está resguardado na Convenção de Berna e não pode ser desrespeitado. Assim, qualquer exigência de formalidade que desrespeite esse princípio não deve sequer ser levada em consideração. Tal princípio, entretanto, não impediria a criação de um registro voluntário de obras para fins de facilitar o gerenciamento de direitos. Há quem defenda, ainda, que a exigência de que cessionários fornecessem informações a fim de se qualificarem como titulares de direitos autorais e a exigência de fornecimento de informações para que algumas medidas processuais em caso de violação fossem autorizadas (tais como a medida cautelar e a antecipação de tutela) seriam compatíveis com o sistema da Convenção de Berna²⁷⁵. Ainda que respeitado o sistema adotado pela Convenção de Berna, a introdução de “formalidades compatíveis” em países

²⁷² LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 154.

²⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 60.

²⁷⁴ FAVALE, Marcella et al. **Copyright and the regulation of orphan works: a comparative review of seven jurisdictions and clearance simulation**. Independent research report commissioned by the UK Intellectual Property Office, (July 2013), pp. 1-2. Disponível em: <<http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013. Também HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, pp. 22-48, 2014.

²⁷⁵ HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, p. 51, sep. 2014.

cujas tradições é a da não exigência de formalidades pode ser utópica, não nos parecendo haver justificativa para que esse caminho seja adotado.

No tocante à limitação de remédios processuais, a solução poderia ser considerada, sem que estivesse vinculada à exigência de formalidades a serem cumpridas por parte dos titulares, mas genericamente para todos os titulares que se fizessem conhecer após o início da exploração de uma obra considerada órfã. Denis Borges Barbosa concorda que limitar as medidas processuais é conveniente e seria “perfeitamente constitucional” se a lei exigisse uma decisão judicial transitada em julgado para que alguma medida fosse imposta ao usuário de boa-fé que tivesse iniciado a exploração de uma obra órfã²⁷⁶.

No mesmo sentido vão as opiniões mais recentes a respeito do tema das obras órfãs nos Estados Unidos, que sugerem uma combinação entre o *fair use* e a limitação de medidas cabíveis aos titulares de direitos autorais como a melhor solução naquele país²⁷⁷. Com efeito, desde 2005, o *US Copyright Office* tem dado atenção ao tema das obras órfãs. Um relatório completo sobre o assunto foi publicado em 2006²⁷⁸, cujas propostas se resumem na imposição de limitações às ferramentas jurídicas postas à disposição dos titulares de direitos autorais para combaterem usos de suas obras quando não puderam ser localizados após diligente busca por parte do interessado no uso. A proposta inclui todos os tipos de obras (inclusive as inéditas e de autores estrangeiros). A proposta, acertadamente, não inclui os casos em que o autor seja localizado, mas não responde ao pedido ou se recusa a autorizar o uso, pois nesses casos o autor está exercendo seu direito de não permitir o uso da obra. A proposta estipula que o usuário precisará conduzir uma busca diligente e deverá indicar o autor e o titular dos direitos sobre a obra sempre que possível. Se esses dois fatores estiverem presentes, a proposta define que nenhuma indenização será devida, apenas a justa remuneração pelo uso (como se a autorização houvesse sido negociada e obtida). Se a utilização da obra órfã não for comercial e o usuário cessar o uso assim que receber uma notificação do autor ou titular, a proposta estabelece que nenhuma remuneração será devida²⁷⁹. Inicialmente, as propostas foram severamente criticadas,

²⁷⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Domínio público e obras órfãs**. p. 7. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁷⁷ HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, p. 56, 2014.

²⁷⁸ REPORT on Orphan Works. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁷⁹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 156-157.

havendo inclusive menções no sentido de que a questão das obras órfãs seriam um mito, não um problema jurídico de relevância. Com o passar do tempo, todavia, percebeu-se que as obras órfãs são de fato um “subproduto profundamente enraizado” no sistema de *Copyright* daquele país que possui “dezenas de milhões de obras criadas a cada ano (...) cada uma protegida por mais de 100 anos, com pouca informação sobre a titularidade de direitos autorais e da localização dos detentores de direitos”²⁸⁰.

Eduardo Lycurgo Leite, apesar de reconhecer a gravidade do problema das obras órfãs, entende que as propostas do *US Copyright Office* foram muito abrangentes e podem estar em desacordo com regras internacionais de Direito Autoral, especialmente no tocante às obras inéditas e às obras estrangeiras. Em relação às primeiras, o autor entende que não deveriam ser objeto de qualquer transação, pois o direito ao inédito estaria sendo desrespeitado. Quanto às obras estrangeiras, a principal crítica se relaciona à possível exigência de formalidades para se garantir a proteção aos direitos autorais, o que contraria o direito internacional e poderia prejudicar artistas estrangeiros. O autor entende, também, que a proposta pode estar em desacordo com a regra dos três passos prevista na Convenção de Berna e no TRIPS, pois não se restringe a determinados usos especiais, mas a qualquer uso, de qualquer obra órfã, podendo conflitar com a exploração normal da obra e causar prejuízo injustificado ao autor ou titular²⁸¹.

Segundo o depoimento de Marybeth Peters (representante do *US Copyright Office*), perante o Congresso dos Estados Unidos, as propostas não criavam uma exceção aos direitos autorais, nem revogavam direitos dos titulares, apenas definiam uma estrutura para usos limitados²⁸². Algumas alterações foram inseridas nas propostas originais feitas pelo *US Copyright Office* e por três oportunidades diferentes o texto foi submetido ao

²⁸⁰ Um claro exemplo da dimensão da questão é a informação publicada no site da Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos no sentido de que reconhece que os titulares de alguns dos 9 milhões de itens disponibilizados online pela “*American Memory*” não foram localizados e que, portanto, a disponibilização do material em questão foi feita com base no *fair use*. No original: “*Despite extensive research, the Library has been unable to identify all possible rights holders in the materials in this collection. Thus, some of the materials provided here online are made available under an assertion of fair use* (17 U.S.C. 107).” Disponível em: <<http://memory.loc.gov/ammem/coolhtml/ccres.html>>. Acesso em 20 nov. 2013. HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, pp. 12-13, sep. 2013.

²⁸¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 158.

²⁸² O depoimento de Marybeth Peters está disponível em <<http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>>. Acesso em 20 nov. 2013.

Congresso daquele país²⁸³, mas em nenhuma das oportunidades chegou a ser votado. Em outubro de 2012, o *US Copyright Office* retomou os estudos sobre o assunto, solicitando novamente comentários e contribuições da sociedade e, até o momento, nenhum novo projeto de lei a respeito foi submetido ao Congresso dos Estados Unidos.

Percebe-se que as propostas do *US Copyright Office* não englobam exatamente a previsão de uma licença compulsória, previamente concedida ao interessado em utilizar uma obra órfã. De todo modo, há limitação de instrumentos disponíveis para que o titular dos direitos autorais (que se faça conhecer) possa exigir compensação pelo uso passado ou futuro da obra já foi referida como uma licença compulsória *de facto*; e, nesse sentido, foi considerada como potencialmente contrária à regra dos três passos contida na Convenção de Berna e no TRIPS²⁸⁴. Em princípio, o problema maior se concentra na definição compulsória de valores pelos usos futuros da obra, não na compensação pelos usos passados.

No Canadá, a solução para a questão das obras órfãs foi a adoção da concessão de licenças compulsórias²⁸⁵. O artigo 77 da Lei de Direitos Autorais deste país estabelece que

²⁸³ A proposta de alteração legislativa feita a partir da sugestão inicial do *US Copyright Office* foi incluída no *Copyright Modernization Act of 2006*, que não chegou a ser votado. Em 2008, novas sugestões de alteração de lei foram submetidas ao Congresso (*Orphan Works Act of 2008* e *Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008*), as quais também não chegaram a ser promulgadas. O trecho inicial do *Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008* segue para pronta referência: “Sec. 514. Limitation on remedies in cases involving orphan works (a) Definitions- In this section, the following definitions shall apply: (1) NOTICE OF CLAIM OF INFRINGEMENT- The term ‘notice of claim of infringement’ means, with respect to a claim of copyright infringement, a written notice sent from the owner of the infringed copyright or a person acting on the owner’s behalf to the infringer or a person acting on the infringer’s behalf, that includes at a minimum-- (A) the name of the owner of the infringed copyright; (B) the title of the infringed work, any alternative titles of the infringed work known to the owner of the infringed copyright, or if the work has no title, a description in detail sufficient to identify that work; (C) an address and telephone number at which the owner of the infringed copyright or a person acting on behalf of the owner may be contacted; and (D) information reasonably sufficient to permit the infringer to locate the infringer’s material in which the infringed work resides. (2) OWNER OF THE INFRINGED COPYRIGHT- The ‘owner of the infringed copyright’ is the owner of any particular exclusive right under section 106 that is applicable to the infringement, or any person or entity with the authority to grant or license such right on an exclusive or nonexclusive basis. (3) REASONABLE COMPENSATION- The term ‘reasonable compensation’ means, with respect to a claim of infringement, the amount on which a willing buyer and willing seller in the positions of the infringer and the owner of the infringed copyright would have agreed with respect to the infringing use of the work immediately before the infringement began.” Os textos completos das propostas de alteração legislativa sobre obras órfãs podem ser localizados no site da Library of Congress. Disponível em <<http://thomas.loc.gov/>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁸⁴ GINSBURG, Jane C. Contracts, Orphan works, and copyright norms: what role for Berne and TRIPS? **Columbia Public Law Research Paper**, No. 09-200, p. 15, feb.2009. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1357503>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁸⁵ CANADÁ. Lei de Direitos Autorais (Copyright Act R.S.C., 1985, c. C-42): Titulares que não podem ser localizados - 77. (1) Quando, ao receber solicitação de uma pessoa que pretenda obter uma licença de utilização de (a) um trabalho publicado, (b) uma fixação de uma performance pública de um artista, (c) uma gravação de som publicado, ou (d) uma fixação de um sinal de comunicação em que subsistem direitos

o Conselho de Direitos Autorais poderá conceder uma licença ao requerente que demonstrar ter tentado localizar o titular de direitos autorais sem sucesso. Conforme explicação de Manoel J. Pereira dos Santos, os termos seriam fixados pela autoridade administrativa ou judicial competente, “desde que o interessado comprovasse haver empregado todos os meios razoáveis para identificar o titular e negociar a autorização prévia necessária”²⁸⁶. De acordo com Jeremy Debeer e Mario Bouchard, essa previsão legal canadense é aplicável somente para obras já publicadas²⁸⁷. Os autores afirmam, ainda, tratar-se de previsão condizente com a regra dos três passos, pois é prevista apenas para determinadas circunstâncias especiais e com escopo e abrangência analisados e limitados casuisticamente pelo Conselho de Direitos Autorais²⁸⁸. A licença compulsória concedida pelo Conselho é válida apenas no Canadá, como ressaltado em estudo organizado pelo *Intellectual Property Office* do Reino Unido²⁸⁹.

É relevante destacar que, além do Canadá, também o Japão, a Coreia do Sul, a Índia e a Hungria adotaram regimes de licenças compulsórias para solucionar a questão das obras órfãs. Em todos esses países, um órgão administrativo pode conceder uma licença não exclusiva, a pedido de uma pessoa ou entidade que tenha realizado uma busca sem sucesso pelos titulares de direitos sobre a obra cujo uso se pretende fazer. Nesses regimes, as taxas de licença são normalmente pagas antecipadamente e mantidas sob custódia por

autorais, o Conselho (de Direitos Autorais) entender que o requerente fez razoáveis esforços para localizar o titular dos direitos autorais e que o titular não pode ser localizado, o Conselho pode emitir ao requerente uma licença para fazer um ato mencionado no secção 3, 15, 18 ou 21, conforme o caso. (2) A licença emitida ao abrigo da subsecção (1) não é exclusiva e está sujeita aos termos e condições que o Conselho estabelecer. (3) O titular de direitos autorais pode, no mais tardar cinco anos após a expiração de uma licença emitida nos termos do inciso (1) no que diz respeito a direitos autorais, recolher os royalties fixados na licença ou, na falta de seu pagamento, propor uma ação para recuperá-los em um tribunal de jurisdição competente. (4) O Conselho de Direitos Autorais pode emitir regulamentação a respeito da emissão de licenças previstas na subsecção (1)” (tradução livre). Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-42.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

²⁸⁶ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (2010). **Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira**. Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Disponível em <http://www.direitoautor.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf>. Acesso em 28 set. 2012.

²⁸⁷ DEBEER, Jeremy F.; BOUCHARD, Mario. Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Owners and the Copyright Board. Oxford University. **Commonwealth Law Journal**, Vol. 10, No. 2, p. 215, 2010.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*.

²⁸⁹ FAVALE, Marcella et al. **Copyright and the regulation of orphan works**: a comparative review of seven jurisdictions and clearance simulation. Independent research report commissioned by the UK Intellectual Property Office, (July 2013), p. 32. Disponível em: <<http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

um período determinado, após o qual os valores são geralmente colocados à disposição do órgão administrativo para uma finalidade diferente²⁹⁰.

Em nossa opinião, a alternativa da licença compulsória, prevista pelos mencionados países, parece adequada do ponto de vista da segurança jurídica. Sem dúvida esses regimes são úteis para facilitar o uso comercial de obras órfãs por entidades que não querem lidar com gerenciamento de risco e podem pagar os valores definidos antes do uso. Todavia, esses sistemas exigem a implantação de um mecanismo legal mais complexo e podem ser inadequados para usos não comerciais de obras órfãs.

Na Europa, após anos de discussão sobre o tema, entrou em vigor, no final de 2012, a Diretiva 2012/28/UE. O escopo da referida diretiva é limitado pela finalidade de aprendizagem e disseminação da cultura indicados em seu preâmbulo²⁹¹. A diretiva especifica as utilizações e os tipos de obras às quais as regras nela contidas serão aplicáveis²⁹². O artigo 2 da Diretiva indica o conceito de obra órfã adotado: aquela cujos

²⁹⁰ HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, pp. 12-13, 2014.

²⁹¹ Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2012/28/UE: “(20) A fim de promover a aprendizagem e a disseminação da cultura, os Estados-Membros deverão prever uma exceção ou limitação, além das previstas no artigo 5 da Diretiva 2001/29/CE. Essa exceção ou limitação deverá permitir que certas organizações, como as referidas no artigo 5, n.º 2, alínea c) da Diretiva 2001/29/CE e as instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro que operem com fins não lucrativos, bem como as organizações de radiodifusão de serviço público, reproduzam e coloquem à disposição do público, na aceção da referida diretiva, obras órfãs, desde que essa utilização cumpra as suas missões de interesse público, particularmente a preservação e o restauro das suas coleções, e a oferta de acesso cultural e educativo às mesmas, incluindo as suas coleções digitais. As instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro deverão, para efeitos da presente diretiva, incluir organizações designadas pelos Estados-Membros para a recolha, catalogação, conservação e restauro de filmes e outras obras audiovisuais ou fonogramas que fazem parte do seu património cultural. (...) Só poderá ser aplicada a certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou de outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:PT:PDF>>. Acesso em 23 nov. 2012.

²⁹² Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2012/28/UE: “Art. 1 - 1. A presente diretiva diz respeito a determinadas utilizações de obras órfãs por bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público, bem como por arquivos, instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro e organizações de radiodifusão de serviço público estabelecidos nos Estados-Membros, para realizar objetivos relacionados com a sua missão de interesse público. 2. A presente diretiva aplica-se a: a) Obras publicadas sob a forma de livros, folhetos, jornais, revistas ou outros escritos, contidas nas coleções de bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus acessíveis ao público, bem como nas coleções de arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro; b) Obras cinematográficas ou audiovisuais e fonogramas contidos nas coleções de bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus acessíveis ao público, bem como nas coleções de arquivos ou de instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro; e c) Obras cinematográficas ou audiovisuais e fonogramas produzidos por organismos de radiodifusão de serviço público até 31 de dezembro de 2002, inclusive, contidos nos seus arquivos, protegidos por direitos de autor ou por direitos conexos e publicados pela primeira vez num Estado-Membro ou, na falta de publicação, difundidos pela primeira vez num Estado-Membro. 3. A presente diretiva aplica-se também às obras e fonogramas referidos no n.º 2 nunca publicados ou difundidos mas

titulares de direitos não tenham sido identificados ou, quando identificados, nenhum deles tenha sido localizado após realizada e registrada uma pesquisa diligente, sendo que a própria diretiva, em seu artigo 3, define o que deve ser entendido por “busca diligente”²⁹³. Destaca-se, também, a regra que estabelece o direito dos titulares, que se façam conhecer, de receber uma compensação equitativa pelas utilizações feitas de sua obra, enquanto for considerada órfã²⁹⁴.

Em comparação com a proposta do *US Copyright Office*, a diretiva apresenta diferenças em vários aspectos fundamentais. Primeiro, a diretiva aplica a um conjunto mais limitado de usuários (bibliotecas acessíveis ao público, estabelecimentos de ensino e museus, arquivos, e organismos de radiodifusão de serviço público). Em segundo lugar, ela se aplica a apenas alguns tipos de obras (coleções de texto, obras audiovisuais e cinematográficas). Não se aplica a fotografias, nem a obras estrangeiras. Em terceiro lugar, a diretiva não permite que as instituições culturais façam uso comercial de obras órfãs. Em

colocados à disposição do público pelas organizações referidas no n. 1 com o consentimento dos titulares dos direitos, desde que seja razoável presumir que os titulares dos direitos não se oporiam às utilizações referidas no artigo 6.o. Os Estados-Membros podem restringir a aplicação do presente número às obras e fonogramas depositados nessas organizações antes de 29 de outubro de 2014. 4. A presente diretiva aplica-se igualmente às obras e a outro material protegido inseridos ou incorporados nas obras ou fonogramas referidos nos n. 2 e 3, ou que deles façam parte integrante. (...)” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:PT:PDF>>. Acesso em 23 nov.2012.

²⁹³ Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2012/28/UE: “Art. 2. 1. As obras ou fonogramas são considerados obras órfãs se nenhum dos titulares dos direitos sobre essas obras ou fonogramas estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registada uma pesquisa diligente desses titulares nos termos do artigo 3. (...) Art. 3. 1. A fim de estabelecer se uma obra ou um fonograma é uma obra órfã, as organizações referidas no artigo 1, n. 1, asseguram que seja realizada uma pesquisa diligente e de boa-fé relativamente a cada obra ou a outro material protegido, mediante a consulta das fontes adequadas para a categoria das obras ou dos outros materiais protegidos em questão. A pesquisa diligente é realizada antes da utilização das obras ou fonogramas. (...) Art. 6. 1. Os Estados-Membros preveem uma exceção ou limitação ao direito de reprodução e ao direito de colocação à disposição do público previstos, respetivamente, nos artigos 2 e 3 da Diretiva 2001/29/CE, para assegurar que as organizações referidas no artigo 1, n. 1, sejam autorizadas a utilizar as obras órfãs contidas nas suas coleções das seguintes formas: a) Colocando a obra órfã à disposição do público, na aceção do artigo 3 da Diretiva 2001/29/CE; b) Por atos de reprodução, na aceção do artigo 2 da Diretiva 2001/29/CE, para fins de digitalização, colocação à disposição do público, indexação, catalogação, preservação ou restauro.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:PT:PDF>>. Acesso em 23 nov. 2012.

²⁹⁴ Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2012/28/UE: “5. Os Estados-Membros preveem que os titulares de direitos que ponham termo ao estatuto de obra órfã das suas obras ou de outro material protegido recebam uma compensação equitativa pela utilização que as organizações a que se refere o artigo 1, n. 1, fizeram dessas obras ou desse material protegido nos termos do n. 1 do presente artigo. Os Estados-Membros são livres de determinar as circunstâncias em que o pagamento dessa compensação pode ser organizado. O nível da compensação é determinado, dentro dos limites impostos pelo direito da União, pela legislação do Estado-Membro onde a organização que utiliza a obra órfã em causa se encontra estabelecida.” Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:PT:PDF>>. Acesso em 23 nov. 2012.

quarto lugar, a diretiva exige o pagamento de uma compensação justa para qualquer titular de direitos que reapareça, independentemente de se tratar de uso comercial ou não comercial e se uma busca diligente prévia foi ou não foi realizada. Além disso, impede a continuidade do uso da obra tida como órfã ou de trabalho dela derivado sem o consentimento do titular dos direitos que reapareça²⁹⁵.

A abordagem da diretiva europeia tem sido criticada por seu escopo estreito e sua incapacidade de atender toda a gama de organizações que se deparam com obras órfãs. Além das bibliotecas acessíveis ao público e instituições culturais, que são beneficiários da diretiva, existem muitos outros tipos de organizações sem fins lucrativos, mas que não se enquadram na limitação contemplada na diretiva²⁹⁶.

É interessante notar que o sistema previsto pela Diretiva Europeia não autoriza os países membros a instituírem licenças compulsórias, mas determina que seja prevista uma limitação aos direitos autorais, no sentido de tornar livre o uso daqueles determinados tipos de obras, para aquelas determinadas finalidades, desde que não tenha sido possível identificar ou localizar os titulares de direitos após a realização de uma busca. As razões pelas quais o sistema de licenças compulsórias não foi adotado expressamente pela diretiva europeia estão ligadas ao entendimento de que um regime de licenças poderia ser considerado como incompatível com a Convenção de Berna. Já as razões pelas quais o sistema proposto pelo *US Copyright Office* não contempla as licenças compulsórias estão mais ligadas à alegada ineficiência desse tipo de sistema, eis que exigiria de todos os usuários o pagamento, enquanto, na grande maioria dos casos, nenhum titular de direitos autorais reapareceria para reivindicar os fundos. De fato, sistemas que exigem pagamento antecipado de taxas de licenciamento podem levar a superfaturamento. Ora, somente *após o uso da obra órfã* é que se pode avaliar o *valor econômico real do uso*. Assim, fixar o valor antes, baseando-se em *royalties* sobre o preço que está sendo pago para obras não órfãs, ou no montante que teria sido pago em uma negociação hipotética entre o usuário e o titular dos direitos autorais, certamente resultará em um *royalty* muito alto para fins de uso por interesse público, tornando-se inviável para a maioria das bibliotecas e dos usuários sem fins lucrativos.

²⁹⁵ HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, pp. 36-40, 2014.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*.

Ademais, regimes de licença compulsória para obras órfãs têm sido criticados por serem excessivamente burocráticos e caros, porque exigem que os requerentes realizem pesquisas, e que uma agência central as reveja e as documente a fim de registrar a natureza e o alcance dos usos de obras órfãs permitido pelas licenças.

Este tema das obras órfãs gerou muita discussão no Reino Unido em razão da adoção, em 2013, de um regime de licenças que permitirá uso comercial e não comercial de obras publicadas cujos titulares não se consegue localizar após busca diligente²⁹⁷. Por enquanto, as regras apenas dão poder ao Secretário de Estado de regular o assunto, indicando as diretrizes mínimas a serem observadas. Segundo explicação oferecida pelo *Intellectual Property Office* do Reino Unido, qualquer pessoa que queira usar uma obra órfã precisará submeter uma solicitação de licença, demonstrar que realizou uma busca diligente pelo titular dos direitos e pagar a taxa definida para o tipo de uso requerido, sempre de modo antecipado, valor esse que ficará depositado para o caso de ser reclamado pelo titular no futuro²⁹⁸.

No Brasil, não há previsão de licença compulsória para obras órfãs em vigor. Na primeira versão do Anteprojeto de reforma da LDA o tema da licença compulsória para obras órfãs foi tratado em conjunto com a possibilidade de instauração de regime de licença compulsória para reprodução e tradução de obras em geral. Já na segunda versão do anteprojeto de proposta de reforma da LDA, há um artigo específico sobre o tema²⁹⁹, que será analisado na Parte IV desta obra.

²⁹⁷ Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (ERRA) – “116A- *Power to provide for licensing of orphan works* (1) *The Secretary of State may by regulations provide for the grant of licences in respect of works that qualify as orphan works under the regulations.* (2) *The regulations may - (a) specify a person or a description of persons authorised to grant licences, or (b) provide for a person designated in the regulations to specify a person or a description of persons authorised to grant licences* (3) *The regulations must provide that, for a work to qualify as an orphan work, it is a requirement that the owner of copyright in it has not been found after a diligent search made in accordance with the regulations.* (4) *The regulations may provide for the granting of licences to do, or authorise the doing of, any act restricted by copyright that would otherwise require the consent of the missing owner.* (5) *The regulations must provide for any licence - (a) to have effect as if granted by the missing owner; (b) not to give exclusive rights; (c) not to be granted to a person authorised to grant licences.* (6) *The regulations may apply to a work although it is not known whether copyright subsists in it, and references to a missing owner and a right or interest of a missing owner are to be read as including references to a supposed owner and a supposed right or interest*”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/schedule/22/enacted>>. Acesso em 10 dez. 2013.

²⁹⁸ Explicações sobre *The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*. Disponível em <<http://www.ipso.gov.uk/hargreaves-orphanmyth.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2013.

²⁹⁹ Art. 52-D do Anteprojeto de Reforma da LDA (Versão 2ª Consulta Pública).

Capítulo VI – Institutos assemelhados e outras hipóteses de “justa remuneração”

A Diretiva Europeia 29/2001, relativa à harmonização de aspectos de direitos autorais na sociedade da informação, em seu preâmbulo define que em certos casos de limitação, os titulares dos direitos devem receber uma remuneração equitativa que os compense de modo adequado pela utilização feita de suas obras. O texto da Diretiva preocupa-se em indicar alguns critérios para a determinação do nível dessa compensação equitativa, e especifica que, se os titulares dos direitos já tiverem recebido pagamento sob qualquer outra forma, não haverá necessidade de nova remuneração, bem como que se o prejuízo para o titular do direito for mínimo, não pode haver obrigação de pagamento. O preâmbulo dessa Diretiva faz expressa menção à possibilidade de diferenciação de tratamento no tocante a cópias digitais³⁰⁰.

O artigo 5º da referida Diretiva estabeleceu uma única limitação obrigatória³⁰¹ e indicou uma lista relativamente grande, mas taxativa, das situações em que os países

³⁰⁰ Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Diretiva 2001/29/UE: “(35) Em certos casos de exceção ou limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida. Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento. (36) Os Estados-Membros poderão prever uma compensação equitativa para os titulares dos direitos, mesmo quando apliquem as disposições facultativas relativas a excepções ou limitações, que não requeiram tal compensação. (38) Deve dar-se aos Estados-Membros a faculdade de preverem uma excepção ou limitação ao direito de reprodução mediante uma equitativa compensação, para certos tipos de reproduções de material áudio, visual e audiovisual destinadas a utilização privada. Tal pode incluir a introdução ou a manutenção de sistemas de remuneração para compensar o prejuízo causado aos titulares dos direitos. Embora as diferenças existentes nestes sistemas de remuneração afectem o funcionamento do mercado interno, tais diferenças, no que diz respeito à reprodução analógica privada, não deverão ter um impacto significativo no desenvolvimento da sociedade da informação. A cópia digital privada virá provavelmente a ter uma maior divulgação e um maior impacto económico. Por conseguinte, deverão ser tidas devidamente em conta as diferenças existentes entre a cópia digital privada e a cópia analógica privada e, em certos aspectos, deverá ser estabelecida uma distinção entre elas”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em: 23.nov.2012.

³⁰¹ Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Diretiva 2001/29/UE: “Artigo 5º Excepções e limitações 1. Os actos de reprodução temporária referidos no artigo 2º, que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (...)” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

membros poderão instituir limitações aos direitos autorais³⁰². A partir dessa lista, cada país membro poderia definir quais hipóteses de limitação seriam refletidas em seu ordenamento jurídico interno, bem como estipular, entre essas hipóteses de limitação, as que seriam objeto de remuneração equitativa. Como lembra Bruno Carneiro Maeda, muitos países já possuíam disposições relacionadas à remuneração equitativa para cópia privada, e apenas adaptaram suas legislações para acomodar as questões relativas à cópia digital³⁰³.

Assim, Portugal, em sua lei interna, prevê nos artigos 75 e 76 as hipóteses de usos livres e indica algumas situações em que o uso, apesar de independer de consentimento dos titulares, exigirá remuneração equitativa aos titulares. Os exemplos mais relevantes são a exigência de remuneração equitativa para autores e editores (quando houver) nos casos de reprodução de obra para fins exclusivamente privados, de reprodução por bibliotecas públicas e de inclusão de fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino³⁰⁴.

³⁰² Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Diretiva 2001/29/UE: “Artigo 5º (...) 2. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no artigo 2º nos seguintes casos: a) Em relação à reprodução em papel ou suporte semelhante, (...); (...) e) Em relação às reproduções de transmissões radiofónicas, (...). 3. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.o e 3.o nos seguintes casos: a) Utilização unicamente com fins de ilustração para efeitos de ensino (...) o) Utilização em certos casos de menor importância para os quais já existam exceções ou limitações na legislação nacional, desde que a aplicação se relacione unicamente com a utilização não-digital e não condicione a livre circulação de bens e serviços na Comunidade, sem prejuízo das exceções e limitações que constam do presente artigo. 4. Quando os Estados-Membros possam prever uma exceção ou limitação ao direito de reprodução por força dos n.os 2 ou 3 do presente artigo, poderão igualmente prever uma exceção ou limitação ao direito de distribuição referido no artigo 4.o na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução autorizado. 5. As exceções e limitações contempladas nos n.os 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em 23 nov.2012.

³⁰³ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 141.

³⁰⁴ PORTUGAL. Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, como alterado até 2008): “Artigo 75 - (...) 2 - São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra: a) A reprodução de obra, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com exceção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos; (...) e) A reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras; (...) h) A inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino; (...) Artigo 76 - 1 - A utilização livre a que se refere o artigo anterior deve ser acompanhada: (...) b) Nos casos das alíneas a) e e) do nº 2 do artigo

Já na Itália, além de estipular a exigência de remuneração equitativa para os casos de cópia privada, a legislação prevê detalhadamente a forma como tal remuneração será definida, arrecadada e distribuída. A lei italiana indica que um decreto do Ministro definirá tal remuneração, a qual deverá ser revisada periodicamente. Além disso, a referida lei esclarece que a remuneração será constituída a partir de uma taxa sobre o preço final dos aparelhos destinados à gravação de fonogramas ou de videofonogramas. E mais: a lei determina que, para a definição do montante da remuneração, sejam levadas em consideração as diferenças entre cópias analógicas e cópias digitais, bem como o uso de medidas tecnológicas pelos titulares³⁰⁵.

anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e, no âmbito analógico, ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução; c) No caso da alínea h) do n° 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor; (...)” Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198457>. Acesso em 10 nov.2013.

³⁰⁵ ITALIA, Lei 633/41: “Art. 71-sexies 1. *E' consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater. (...) 4. (...), i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti. Art. 71-septies 1. Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies. Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio. Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti. Per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso. 2. Il compenso di cui al comma 1 è determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il comitato di cui all'articolo 190 e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1. Per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, nonché della diversa incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica. Il decreto è sottoposto ad aggiornamento triennale. 3. Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1. I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni effettuate e i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione. 4. La violazione degli obblighi di cui al comma 3 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero con la revoca della licenza o autorizzazione stessa.”*

A respeito do uso de medidas tecnológicas para evitar cópias, Bruno Carneiro Maeda afirma que os sistemas de remuneração equitativa precisam realmente levar tal prática em consideração, pois os usuários não devem ser obrigados a pagar taxas pelo “direito de cópia privada” se estão impedidos tecnologicamente de fazer a cópia³⁰⁶.

Também a lei francesa contém disposição detalhada sobre a remuneração equitativa para a cópia privada – nos termos do artigo L311-3 e seguintes – em termos semelhantes aos previstos na Itália³⁰⁷.

Bruno Carneiro Maeda menciona ainda a existência de sistemas de remuneração para cópia privada na Alemanha e na Holanda, afirmando, sobre o primeiro país, que a taxa passaria a incidir também sobre dispositivos de armazenamento digital e *hardwares*. Sobre a Holanda, o autor esclarece existirem dois sistemas diferentes para a compensação pela cópia privada: um consubstanciado em impostos sobre a venda de suportes para áudio e vídeo e outro consubstanciado em cobrança proporcional ao número de cópias para os casos de reprografia de obras literárias³⁰⁸.

Saindo do âmbito de influência da Diretiva Europeia 29/2001, nos Estados Unidos também existe um sistema de remuneração equitativa interessante. Trata-se do sistema previsto pelo *Audio Home Recording Act* de 1992, que acrescentou um novo capítulo 10 ao *Copyright Act*, e que regula a importação e a distribuição de equipamentos de gravação de

³⁰⁶ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 144.

³⁰⁷ FRANÇA: Código da Propriedade Intelectual, Lei No. 92-597 de 01/07/1992 conforme emendada até 2011: “Article L311-3 - La rémunération pour copie privée est, dans les conditions ci-après définies, évaluée selon le mode forfaitaire prévu au deuxième alinéa de l'article L. 131-4. Article L311-4 La rémunération prévue à l'article L. 311-3 est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires, au sens du 3° du I de l'article 256 bis du code général des impôts, de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'oeuvres, lors de la mise en circulation en France de ces supports. Le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée ou de la capacité d'enregistrement qu'il permet. Ce montant est également fonction de l'usage de chaque type de support. Cet usage est apprécié sur le fondement d'enquêtes. Toutefois, lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un support peut être utilisé pour la reproduction à usage privé d'œuvres et doit, en conséquence, donner lieu au versement de la rémunération, le montant de cette rémunération peut être déterminé par application des seuls critères mentionnés au deuxième alinéa, pour une durée qui ne peut excéder un an à compter de cet assujettissement. Le montant de la rémunération tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée. Il ne peut porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière. Article L311-4-1 Le montant de la rémunération prévue à l'article L. 311-3 propre à chaque support est porté à la connaissance de l'acquéreur lors de la mise en vente des supports d'enregistrement mentionnés à l'article L. 311-4. (...) Les conditions d'application du présent article sont définies par décret en Conseil d'Etat.”

³⁰⁸ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. pp. 141-142.

áudio digital. Apesar de não fazer alterações diretas no *Copyright Act*, o *Audio Home Recording Act* proíbe a propositura de processos por violação de direitos autorais contra os consumidores em razão de cópia privada de gravações digitais e analógicas, bem como contra os fabricantes e distribuidores de dispositivos de áudio digitais e analógicos ou de suportes. Em contrapartida, ficou definido que o importador ou o distribuidor de dispositivos e suportes para gravação digital deveriam pagar *royalties*, sob pena de arcar com as sanções previstas para a falta de pagamento desses *royalties*³⁰⁹. William Patry chama a atenção para o fato de que a violação dessa previsão de pagamento de *royalties* não configura uma infração de direito autoral; por essa razão, o autor entende que o sistema não deve ser confundido com uma licença compulsória³¹⁰.

É importante mencionar, ainda, as previsões contidas nos artigos 81 e 82 da Lei de Direitos Autorais do Canadá³¹¹. Por esses dispositivos, estipula-se que determinados autores e artistas têm direito de receber uma remuneração em razão da cópia privada, bem como todos os fabricantes e importadores de suportes virgens para gravação de sons, vendidos no Canadá, devem pagar uma taxa a título de compensação a determinados autores e artistas pela perda de *royalties* causada pela cópia privada. Referida lei prevê que a taxa será definida pelo *Canadian Copyright Board* e será revertida para as sociedades

³⁰⁹ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§1003 · *Obligation to make royalty payments (...) (3) Royalty payments. Each such statement shall be accompanied by the royalty payments specified in section 1004. §1004 · Royalty payments (a) Digital Audio Recording Devices. (...) (b) Digital Audio Recording Media. (...) §1005 · Deposit of royalty payments and deduction of expenses (...) §1006 · Entitlement to royalty payments (a) Interested Copyright Parties. (...) (b) Allocation of Royalty Payments to Groups.—The royalty payments shall be divided into 2 funds as follows: (1) The sound recordings fund. (...) (2) The Musical Works Fund. (...) (c) Allocation of Royalty Payments Within Groups. (...) §1008 · Prohibition on certain infringement actions (...)”.*

Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177374>. Acesso em 15 nov. 2013.

³¹⁰ PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 1. Thomson Reuters/West, 2012. p. 351.

³¹¹ CANADÁ. Lei de Direitos Autorais (*Copyright Act R.S.C.*, 1985, c. C-42): “**81.** (1) *Subject to and in accordance with this Part, eligible authors, eligible performers and eligible makers have a right to receive remuneration from manufacturers and importers of blank audio recording media in respect of the reproduction for private use of (a) a musical work embodied in a sound recording; (b) a performer’s performance of a musical work embodied in a sound recording; or (c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a musical work, is embodied.* **82.** (1) *Every person who, for the purpose of trade, manufactures a blank audio recording medium in Canada or imports a blank audio recording medium into Canada (a) is liable, subject to subsection (2) and section 86, to pay a levy to the collecting body on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media in Canada; and (b) shall, in accordance with subsection 83(8), keep statements of account of the activities referred to in paragraph (a), as well as of exports of those blank audio recording media, and shall furnish those statements to the collecting body. (2) No levy is payable where it is a term of the sale or other disposition of the blank audio recording medium that the medium is to be exported from Canada, and it is exported from Canada”.*

Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-42.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2013.

arrecadadoras que, então, farão a distribuição aos titulares³¹². As regras canadenses relacionadas à cópia privada foram implementadas antes da explosão do fenômeno de compartilhamento de músicas por meio da Internet. De qualquer modo, já houve discussão naquele país a respeito da possibilidade de se aplicar tais regras à situação do compartilhamento de obras pela Internet, mas a conclusão foi a de que o sistema de remuneração por cópia privada não seria automaticamente aplicável em casos de troca de arquivos digitais³¹³. Sobre o tema, Guy Pessach afirma que a experiência canadense ensina que a preexistência de um sistema remuneração para cópia privada não implica uma solução mágica para o compartilhamento de obras intelectuais pela Internet³¹⁴.

Na América Latina, segundo Ricardo Antequera Parilli, o direito de remuneração pela cópia privada consta na legislação do Equador, do Paraguai, da República Dominicana (tanto para obras gráficas, quanto para gravações sonoras ou audiovisuais), bem como na da Venezuela e da Colômbia (apenas para reproduções reprográficas) e ainda na do Peru (somente quanto às interpretações e execuções artísticas fixadas em fonogramas ou videogramas)³¹⁵.

Não se pode deixar de destacar, finalmente, que sistemas de remuneração incidentes sobre suportes e equipamentos utilizados para a cópia privada costumam ser alvos de crítica especialmente por não serem diretamente relacionados ao efetivo uso da obra.

José de Oliveira Ascensão destaca que “todos pagam”, ainda que não utilizem os referidos equipamentos ou suportes para reprodução de obras protegidas por Direito Autoral³¹⁶. Bruno Carneiro Maeda, por sua vez, critica esse tipo de sistema de remuneração, justamente em razão de as cobranças serem aplicáveis a todas as formas de uso dos equipamentos e suportes, mesmo se os usos não estiverem relacionados com reprodução de obras intelectuais, o que pode afetar um número maior de pessoas, mais do

³¹² PESSACH, Guy. **An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions**. Disponível em: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/2012/08/an-international-comparative-perspective-on-peer-to-peer-file-sharing-and-third-party-liability-in-copyright-law/>. Acesso em 12 nov. 2013.

³¹³ *Idem, ibidem*. Acesso em 12 nov. 2013.

³¹⁴ *Idem, ibidem*.

³¹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital**. Documento preparado para o XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina organizado pela OMPI e pela SGAE da Espanha e pelo Ministério da Indústria e Comércio do Paraguai, realizado em Asunción, de 7 a 11 de noviembre de 2005, p. 7.

³¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 253.

que as que realmente fazem uma reprodução. Outras críticas do autor são relacionadas à dificuldade de se alcançar acordo quanto à distribuição dos montantes arrecadados, bem como aos custos para a manutenção da estrutura inerente a esse tipo de sistema³¹⁷.

Percebe-se que sistemas de remuneração para a cópia privada, como os implementados nos diversos países mencionados neste Capítulo, poderiam ser também instituídos para outros tipos de uso privado, sempre que justificável tanto pelo tipo e pela finalidade de uso, quanto pelos impactos sofridos pelos titulares.

É importante deixar claro que a Convenção de Berna e o TRIPS não impedem a criação novos usos livres (independentes de prévia e expressa autorização dos respectivos titulares), devendo-se apenas respeitar, para isso, os pressupostos de que tais novos usos livres sejam bem delineados (“em certos casos especiais”) e não causem prejuízos injustificados aos autores. Vale notar que a condição de não prejuízo à normal exploração da obra merece ser mitigada em casos de implementação de sistemas de remuneração, pois o autor estará sendo compensado pelo uso da obra.

Paralelamente às hipóteses de *justa remuneração* já analisadas neste Capítulo, é relevante lembrar dos *sistemas de licença coletiva estendida* implementados nos países nórdicos. Segundo Henry Olsson, o sistema é baseado na extensão dos efeitos das cláusulas de um acordo coletivo de direitos autorais a titulares de direitos que não são membros da organização contratante³¹⁸. De fato, esse sistema originou-se no início da década de 1960, na área de radiodifusão, principalmente para obras musicais. À medida que o sistema funcionou bem, foi sendo implementado em novas áreas ao longo dos anos. O sistema pressupõe que os titulares de certos tipos de obras agrupam-se em associações de titulares de direitos autorais que são representativas na área em questão e que podem celebrar contratos em seu nome. Pressupõe, ainda, que tais associações costumam realizar negociações livres com usuários ou grupos de usuários para autorizar determinados tipos de exploração das obras de seus associados. A legislação apenas estabelece que as cláusulas dos contratos resultantes das negociações livres realizadas pelas associações de

³¹⁷ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. pp. 147-148.

³¹⁸ OLSSON, Henry. **The extended collective licence as applied in the nordic countries**. Presentation by Henry Olsson at Kopinor 25th Anniversary International Symposium, Oslo, May 20, 2005. Disponível em: <http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries>. Acesso em 14.dez.2013.

titulares de direitos autorais *também se aplicam aos titulares de direitos que não são membros da organização contratante.*

Daniel Gervais explica que existem duas razões para a implementação desse tipo de sistema: oferecer a certas categorias de usuários, incluindo o setor de educação, a oportunidade de usar o material necessário (publicado) e assegurar a remuneração dos titulares de direitos. Segundo o autor, o sistema “pode ser considerado particularmente útil numa sociedade coesa em que alguma parte do material utilizado é estrangeira (e para a qual é, *a priori*, mais difícil e complicado obter autorizações)³¹⁹”. Segundo o autor, um bom modo de descrever o mecanismo da licença coletiva alargada é o seguinte: se uma associação de gestão coletiva representa um número substancial de autores ou de outros titulares de direitos relevantes, ela teria o direito de representar todos os titulares de direitos relevantes nessa categoria em caráter não-exclusivo, exceto para aqueles que expressamente se recusarem a ser representados. Em outras palavras, ao contrário do sistema de gestão coletiva clássico, que segue uma fórmula de “*opt-in*”, em que os titulares de direitos devem optar por participar, o sistema de licença coletiva alargada baseia-se no princípio oposto: uma fórmula de “*opt-out*”³²⁰. O autor complementa a explicação afirmando que o repertório da associação pode ser estendido (mediante requerimento a uma autoridade competente) inclusive para titulares estrangeiros³²¹.

A lei de direitos autorais dinamarquesa prevê que a licença coletiva alargada “pode ser invocada por usuários que tenham feito um acordo sobre uma exploração específica de obras com uma organização que compreende um número significativo de autores dinamarqueses de um certo tipo de obras.” Tal licença, negociada e concedida por uma associação de gestão coletiva, é automaticamente prorrogada para abranger os titulares de todos os direitos, *mesmo os não representados pela associação*³²². A lei

³¹⁹ GERVAIS, Daniel. **Application of an extended collective regime in Canada: Principles and issues related to implementation.** Study Prepared for the Department of Canadian Heritage by Professor Daniel Gervais Faculty of Law University of Ottawa. June, 2003, p. 4. Disponível em: http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf. Acesso em 14 dez.2013.

³²⁰ *Idem, ibidem.* p. 05

³²¹ *Idem, ibidem.* p. 15.

³²² DINAMARCA. Lei de Direitos Autorais (Lei consolidada nº 202, de 27 de fevereiro 2010): “Disposições comuns sobre Licença Coletiva Ampliada - 50 - (1) A licença colectiva ampliada de acordo com as seções 13, 14 e 16b, 17 (4) , 24 (a), 30, 30(a) e 35 pode ser invocada pelos usuários que fizeram um acordo sobre a exploração das obras em causa com uma organização que compreende um número substancial de autores de um determinado tipo de obras que são utilizados na Dinamarca. (2) A Licença coletiva também pode ser invocada por usuários que, dentro de um campo especificado, fizeram um acordo sobre a exploração de obras com um organização que compreende um número substancial de autores de um determinado tipo de obras que são utilizados na Dinamarca dentro da área especificada . No entanto, isto não se aplica, se o autor emitiu

dinamarquesa prevê o sistema de licença coletiva alargada para reprodução relacionada a atividades educacionais (Seção 13), reprodução para atividades empresariais (Seção 14), para bibliotecas, arquivos e museus (Seção 16 (b)), para reprodução destinada a pessoas com deficiência visual ou auditiva (Seção 17 (4)), para obras de arte (Seção 24(a)), para radiodifusão (Seções 30 e 30 (a)) e para retransmissão de obras radiodifundidas (Seção 35).

Ao discorrer sobre o tema sob o enfoque da legislação da Finlândia, Vappu Verronen explica que a lei de direitos autorais dá ao autor o direito exclusivo de usar suas obras, sendo que esse direito exclusivo pressupõe o direito de administrar e autorizar a administração de seus direitos negociando com potenciais usuários das obras. Todavia, dado o uso massivo de obras intelectuais, os autores costumam ceder seus direitos a uma organização que administra coletivamente os direitos em nome de vários autores. O autor destaca que, apesar de parecer uma diminuição de direitos, essa cessão está baseada na liberdade de contratar. E afirma que a licença coletiva estendida é um instrumento legal que estende a licença dada por uma organização de gestão coletiva a autores não ligados a essa organização: a lei de direitos autorais estipula que um acordo feito pela organização de gestão coletiva também é aplicável a obras de autores que não são membros da associação para que os termos do acordo sejam obrigatórios para aqueles autores também. Para o autor, esse tipo de licença interfere pouco na liberdade de contratar e visa a maximizar a efetividade da administração dos direitos. O usuário consegue obter facilmente uma licença plena sem ter que se preocupar com reclamações de não associados

uma proibição contra o uso de sua obra em relação a qualquer uma das partes contratantes. (3) A licença coletiva alargada dá o direito de usuário para explorar outras obras da mesma natureza, embora os autores de tais obras não sejam representados pela organização. A licença coletiva alargada dá ao usuário direito apenas para explorar obras dos autores não representados na forma e nos termos que se seguem a partir de contrato de licença feito com a organização. (4) As organizações que fazem acordos da natureza mencionada na subseção (1) e (2), devem ser aprovadas pelo Ministro da Cultura para fazer acordos dentro de campos especificados. O ministro pode decidir que uma organização aprovada em certos campos será uma organização conjunta compreendendo várias organizações que satisfaçam as condições do parágrafo (1) ou (2). (5) O Ministro da Cultura estipulará disposições detalhadas sobre o procedimento para aprovação das organizações mencionadas no parágrafo (4).” (tradução livre a partir do texto em inglês obtido no site do Ministério da Cultura da Dinamarca) Disponível em: <http://kum.dk/Documents/English%20website/Copyright/Consolidated%20Act%20on%20Copyright%202010%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 14 dez.2013.

ou com sanções criminais. Esse efeito é geralmente útil em casos que o usuário teria que obter muitas licenças ou quando seria impossível contatar todos os titulares³²³.

A liberdade de contratar é um dos elementos mais importantes da licença coletiva estendida, pois isso a diferencia das licenças compulsórias. Além disso, é provável que um titular isoladamente não conseguisse obter o mesmo nível de remuneração se negociasse por conta própria. Também é importante destacar que para que o sistema possa ser aplicado, o contrato precisa ter sido celebrado por uma associação que cumpra certos requisitos, tais como: tenha representação nacional e represente grande parte dos autores para aquele determinado tipo de obra intelectual.

Vappu Verronen reconhece que essa solução é fundada em razões práticas, pois, em geral, os usuários utilizariam as obras sem conferir se a licença obtida junto a determinada associação de titulares cobriria ou não todas as obras que estão sendo utilizadas. Assim, entende-se conveniente garantir a remuneração dos titulares por meio desse alargamento da licença. O autor destaca que o fundamento em razões práticas mostra a clara diferença desse tipo de solução em relação aos usos livres que geralmente são justificados por necessidades sociais³²⁴.

Consideramos importante destacar que a *garantia de remuneração individual e o direito de veto dados aos titulares não associados* são pontos imprescindíveis para garantir a maior aceitabilidade do sistema. Se o direito de veto não existisse, poderia ser alegado que a licença coletiva alargada equivaleria a uma licença compulsória para aqueles a quem a licença é estendida³²⁵. A esse respeito, Daniel Gervais critica o uso da nomenclatura “*backup de licença legal*”, pois o titular de direitos autorais pode sempre optar por sair do sistema de licença coletiva estendida, o que não é possível no âmbito de uma licença compulsória³²⁶.

A lei de direitos autorais da Finlândia prevê, atualmente, as seguintes hipóteses de licenças coletivas estendidas: para reprografia (Seção 13) e para reprodução com

³²³ VERRONEN, Vappu. Extended collective licence in Finland: a legal instrument for balancing the rights of the author with the interests of the user. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.49. n.4. p.1143-1148. 2002.

³²⁴ VERRONEN, Vappu. Extended collective licence in Finland: a legal instruments for balancing the rights of the author with the interests of the user. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.49. n.4. p.1150. 2002.

³²⁵ *Idem, ibidem*.

³²⁶ GERVAIS, Daniel. **Application of an extended collective regime in Canada: Principles and issues related to implementation**. Study Prepared for the Department of Canadian Heritage by Professor Daniel Gervais Faculty of Law University of Ottawa. June, 2003, p. 15. Disponível em: http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf. Acesso em 14 dez.2013.

finalidades educacionais (Seção 14), para uso de obras em arquivos, bibliotecas e museus (Seção 16d), para uso de obras de arte em catálogos e informativos, bem como para representação de prédios (Seção 25a), para radiodifusão (Seção 25f), e para retransmissão de obras radiodifundidas (Seção 25h). As regras gerais do sistema estão previstas na Seção 26 da lei ³²⁷.

Segundo Vappu Verronen (cuja análise é anterior à implementação do sistema para uso de obras em arquivos, bibliotecas e museus e para uso de obras de arte em catálogos e informativos, bem como para representação de prédios), as hipóteses existentes são compatíveis com os tratados internacionais, pois essa solução somente foi adotada em casos para os quais havia uma necessidade de assegurar os interesses dos usuários, justamente nas situações em que foram constatadas dificuldades avassaladoras para a obtenção de licenças individuais. O autor menciona ainda que, pelo fato de o sistema conter características semelhantes às da licença compulsória, ele apenas teria sido previsto para hipóteses em que seriam permitidas licenças compulsórias, mas o considera “mais compatível com os princípios dos direitos autorais”, bem como com a Convenção de Berna

³²⁷ FINLÂNDIA. Lei de Direitos Autorais (Lei 404/1961, como aditada até 2010): “Licença coletiva estendida - Seção 26 - (1) As disposições da presente lei sobre licenças coletivas alargadas são aplicáveis quando o uso de uma obra foi acordado entre o usuário e a organização que é aprovada pelo Ministério da Educação e que representa, em um determinado campo, vários autores das obras utilizadas na Finlândia. O licenciado autorizado em virtude de licença coletiva alargada pode, nos termos determinados na licença, utilizar uma obra de autor que organização não representa. (2) O Ministério da Educação deve aprovar a organização por um período fixo, de no máximo cinco anos. A organização a ser aprovada deve cumprir requisitos financeiros e operacionais e capacidade de gerir os negócios, de acordo com a decisão de aprovação. A organização deve apresentar anualmente para o Ministério da Educação um relatório das medidas que tomou de acordo com a decisão de aprovação. A organização ou organizações, onde a representação dos autores só pode ser alcançada através da aprovação de várias organizações, deve representar uma substancial proporção dos autores de obras de diferentes áreas. Quando várias organizações são aprovados para conceder licença para um determinado uso de obras, os termos das decisões de aprovação devem assegurar, quando necessário, que as licenças sejam concedidas simultaneamente e em condições compatíveis. A decisão de aprovação também pode fixar termos gerais do licenciamento. (3) A decisão do Ministério da Educação deve ser cumprida, não obstante exista um recurso pendente até que o assunto seja resolvido por meio de uma decisão válida. A aprovação pode ser revertida se a organização cometer delitos ou abandono do dever graves ou substanciais em violação da decisão de aprovação e os seus termos e se avisos para cumprir ou avisos emitidos para a organização não levaram à retificação das deficiências em seu funcionamento. (4) Possíveis definições pela organização que se refere o inciso 1 relativas à distribuição de remunerações para a reprodução, a comunicação ou transmissão de obras entre os autores que representa ou o uso das remunerações para fins comuns dos autores aplicam-se igualmente aos autores que a organização não representa. (5) Se as estipulações da organização referida no inciso acima não dão o direito de remuneração individual dos autores representados pela organização, um autor não representado pela organização deve, no entanto, ter o direito de reivindicar uma remuneração individual. A remuneração será paga pela organização que se refere o inciso 1. O direito à remuneração individual deve expirar se uma reclamação a respeito dela comprovadamente não tenha sido apresentada dentro de três anos a contar do fim do ano civil em que a reprodução, a comunicação ou transmissão da obra ocorreu.” (tradução livre a partir do texto em inglês obtido no site Finlex do Ministério da Justiça da Finlândia) Disponível em: <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1961/en19610404.pdf>>. Acesso em 14 dez.2013.

e com a regra dos três passos, já que está baseado na liberdade de contratar e garante a remuneração do autor, portanto, não prejudica interesses do autor³²⁸.

De modo parecido com os outros países nórdicos, a lei de direitos autorais da Noruega inclui disposições relativas a uma licença coletiva alargada³²⁹. O sistema é aplicado para reprografia e cópias de material audiovisual feito por estabelecimentos de ensino (parágrafo 13b), para reprografia no âmbito de atividades empresariais (parágrafo 14), para uso de obras em arquivos, bibliotecas e museus (parágrafo 16a), para cópias feitas para as pessoas com deficiência (parágrafo 17b), para radiodifusão (parágrafo 30), para transmissões de modo em que o usuário pode escolher o horário e o local de acesso da obra (parágrafo 32) e para retransmissão de obras radiodifundidas (parágrafo 34).

Também na Suécia, o capítulo 3 da lei de direitos autorais estabelece o efeito estendido a licenças coletivas³³⁰. No referido país o sistema é aplicável para realização de

³²⁸ VERRONEN, Vappu. Extended collective licence in Finland: a legal instruments for balancing the rights of the author with the interests of the user. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.49. n.4. p.1150. 2002.

³²⁹ NORUEGA. Lei de Direitos Autorais (Lei nº 2 de 12 de maio de 1961, como alterada até 22 de dezembro de 2006): “§ 36 Quando há um acordo com uma organização referida no parágrafo 38, que permite a utilização de uma obra como está especificado nos parágrafos 13b, 14, 16a, 17b , 30, 32 e 34, um usuário que está coberto pelo acordo, em relação aos titulares que não estão tão cobertos, têm o direito de usar no mesmo campo e nos mesmos tipos de obras previstos no acordo (licença colectiva alargada). A disposição só se aplica para usar em conformidade com os termos do acordo. A disposição não se aplica em relação aos direitos que os organismos de radiodifusão detêm em suas próprias emissões. No que se refere à retransmissão de obras nos termos do parágrafo 34, onde as negociações sobre um acordo, tal como referido no primeiro e segundo períodos do primeiro parágrafo, ou negociações com um organismo de radiodifusão relativas a um acordo, são recusadas ou nenhum acordo foi celebrado no âmbito de seis meses após o início das negociações, cada uma das partes pode exigir que a permissão e condições para a retransmissão seja determinada de forma vinculativa por uma comissão, nos termos do parágrafo 35.” (tradução livre a partir do texto em inglês obtido no site da KOPINOR) Disponível em: <<http://www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act>>. Acesso em 14 dez.2013.

³³⁰ SUÉCIA. Lei de Direitos Autorais (Lei 1960:729, como atualizada até 1º de Abril de 2011): Artigo 42a. Uma licença coletiva alargada, tal como referido nos artigos 42b a 42g se aplica à exploração de obras de uma maneira específica, quando foi celebrado um acordo relativo a tal exploração de obras com uma organização que representa um número significativo de autores suecos no domínio em causa. A licença coletiva alargada confere ao usuário o direito de explorar obras do tipo referido no acordo, apesar do fato de que os autores desses trabalhos não seja representados pela organização. Para um trabalho ser explorado nos termos do artigo 42c, o acordo deve ter sido celebrado com uma pessoa que realiza atividades educativas em formas organizadas. Quando um trabalho está sendo explorado nos termos do artigo 42e, o autor tem direito a remuneração. Quando um trabalho está sendo explorado nos termos dos artigos 42b , 42c , 42d , 42f, ou 42g, é aplicável o seguinte: As condições relativas à exploração do trabalho que decorrem do acordo são aplicáveis em relação à remuneração decorrente do acordo e em relação a outros benefícios da organização, que são, essencialmente, pagos através da remuneração, o autor deve ser tratado da mesma forma como os autores que são representados pela organização. Sem prejuízo, o autor, no entanto, sempre tem um direito a remuneração para a exploração, desde que ele ou ela encaminhe suas solicitações num prazo de três anos a partir do ano em que o trabalho foi explorado. As solicitações relativas a remuneração podem ser direcionadas apenas para a organização. Em face do usuário que utilizou um trabalho nos termos do artigo 42f, pedidos de remuneração podem ser encaminhadas apenas pelas organizações contratantes. Todas essas reivindicações devem transmitidas ao mesmo tempo. (Lei 2011:94).” (tradução livre a partir do texto em

cópias para uso interno de autoridades públicas, empresas e organizações (artigo 42b), para realização de cópias relacionadas a atividades educacionais (artigo 42c), para que arquivos e bibliotecas possam comunicar obras ao público (artigo 42d), para radiodifusão (artigo 42e), para a retransmissão de obras radiodifundidas (artigo 42f) e para a reutilização de obras em rádio ou televisão (artigo 42g).

Na Islândia, a lei de direitos autorais prevê em seus artigos 15a, 23, 23a e 45a hipóteses de licença coletiva estendida, ainda que não utilize tal denominação, nem contemple um artigo específico com as disposições em comum aplicáveis a todas as hipóteses. As hipóteses são referentes à fotocópias, radiodifusão e retransmissão de obras radiodifundidas, bem como a apresentação de obras de arte em programas de televisão³³¹.

Pode-se dizer que houve o reconhecimento da conveniência desse tipo de sistema com a Diretiva Europeia sobre transmissões via Satélite e à Cabo (Diretiva 93/83/CEE), que determinou a gestão coletiva obrigatória, o que foi considerado por Vappu Verronen como um “avanço no sentido de adoção de soluções práticas”³³², apesar da existência de opiniões em sentido contrário, tais como a de Pedro João Fialho da Costa Cordeiro. Para o autor português, se os titulares, inscritos ou não em uma entidade de gestão coletiva, tenham ou não outorgado mandato a essa entidade para os representar e mesmo se tiverem

inglês obtido no site do governo da Suécia) Disponível em: <<http://www.government.se/content/1/c6/01/51/95/c42a53bc.pdf>>. Acesso em: 14 dez.2013.

³³¹ Reproduziremos aqui, a título de exemplo, apenas o artigo referente à fotocópias, eis que é o artigo que traz regras mais detalhadas a respeito do assunto. ISLÂNDIA. Lei de Direitos Autorais (Lei 73, de 29 de maio de 1972, como atualizada até 21 de Abril de 2010): “Artigo 15-A - Qualquer pessoa que tenha obtido permissão para fazer fotocópias de obras ou reproduzi-las de forma semelhante para os negócios de acordo com as organizações de titulares de direitos de autor que agem no interesse de uma parcela significativa dos autores islandeses para esse fim e receberam o reconhecimento legal formal do Ministério da Educação, Ciência e Cultura para este fim, terão o direito de reproduzir as obras da mesma forma, sem a necessidade de o consentimento expresso do autor, em cada caso, mesmo que o autor não seja um membro da organização. Cada autor individual pode, por escrito, proibir a reprodução de suas obras, de acordo com este parágrafo. Organizações de direitos autorais, conforme referido no primeiro parágrafo, devem respeitar os estatutos adotados em consulta com o Ministério da Educação, Ciência e Cultura e sujeito à sua aprovação. As organizações têm o direito de realizar coleta geral de taxas para a reprodução, para aqueles autores que não são membros, bem como membros. Os estatutos da organização devem estabelecer que os autores, que não são membros da organização, gozarão do mesmo direito à remuneração pelo uso de suas obras, como se fossem membros. Organizações de direitos autorais, conforme referido no primeiro parágrafo, são responsáveis por todas as reivindicações que podem ser apresentadas por titulares de direitos autorais que não são membros da organização e que têm direito a remuneração para a reprodução, podendo tais reivindicações ser apresentadas apenas para as organizações. As reclamações referidas no presente parágrafo expirarão após quatro anos a partir do momento em que a reprodução foi realizada.” (tradução livre a partir do texto em inglês obtido no site do Ministério da Educação Ciência e Cultura da Islândia) Disponível em: <<http://eng.menntamalaraduneyti.is/media/MRN-pdf/he-Copyright-Act.pdf>>. Acesso em: 14 dez.2013.

³³² VERRONEN, Vappu. Extended collective licence in Finland: a legal instruments for balancing the rights of the author with the interests of the user. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.49. n.4. p.1150. 2002.

se oposto à sua representação pela entidade, são forçados a exercer os seus direitos através dela, há “uma mudança de natureza do próprio direito”. E continua: “[o] que era um direito exclusivo passa a ser um mero direito de remuneração, só que agora em favor de uma entidade de gestão colectiva.” O autor complementa sua opinião afirmando que a Convenção de Berna não permitiria que, sem o conhecimento dos titulares ou contra a sua vontade, fossem delegadas às chamadas sociedades de gestão coletiva decisões que só o poder soberano do país membro poderia tomar³³³. No mesmo sentido, também Alexandre Dias Pereira critica a falta de opção deixada aos titulares de direitos autorais portugueses, não apenas no caso da gestão coletiva obrigatória, mas na previsão de que a mera associação a uma sociedade de gestão coletiva implica em poderes de representação. Na opinião do autor, deveria haver uma forma de o titular “reservar a não atribuição desses poderes³³⁴”.

Já a Diretiva Europeia para harmonização dos direitos autorais (Diretiva 2001/29/UE) ressalva expressamente que nada em seu texto afeta os esquemas de licença coletiva estendida. A razão para tal ressalva é que esses sistemas asseguram de forma mais adequada os direitos de um titular não associado do que uma limitação. De fato, as licenças coletivas alargadas não devem ser vistas como uma limitação, mas como um *arranjo de gestão*. Assim, o preâmbulo (18) da referida Diretiva³³⁵ deve ser entendido como uma declaração geral que se aplica não apenas aos regimes de licenças coletivas alargadas já existentes, mas permite estabelecer novas hipóteses sob tal regime, ao contrário do que ocorre com as hipóteses de limitação, todas já definidas em uma lista exaustiva no artigo 5º da mesma Diretiva.

Sobre esse aspecto, vale trazer também a opinião de Olli Vilanka que, ao analisar as licenças coletivas na Finlândia, conclui que tais licenças não devem ser consideradas como restrições aos direitos autorais, mas apenas um meio para compensar o titular do direito. Para o autor, o direito à compensação deve ser aceito como regra, não havendo

³³³ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 58.

³³⁴ PEREIRA, Alexandre Dias. Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital. **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra. 2001, p. 382.

³³⁵ Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Diretiva 2001/29/UE: “(18) A presente directiva não prejudica as regras de gestão de direitos, existentes nos Estados-Membros como, por exemplo, as licenças colectivas alargadas.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em: 23 nov.2012.

nenhuma razão para entender o licenciamento coletivo como uma limitação³³⁶. O autor vai além e afirma ser irrelevante se os direitos são geridos sob uma licença compulsória ou contratual, pois, na prática, não haveria oportunidade para um indivíduo controlar o uso de suas obras. Assim, o autor defende que a licença coletiva é um sistema que coleta e distribui compensações aos titulares de direitos e afirma que, do ponto de vista de um indivíduo, uma licença contratual não seria diferente de uma licença compulsória quando se trata de exclusividade, já que ambas proporcionariam meramente a possibilidade de obter compensações³³⁷.

Conclui-se, portanto, que esse sistema não é uma limitação, mas uma construção legal para facilitar o licenciamento coletivo e proteger os usuários. A fim de deixar bem claro que esses sistemas não são limitações, a lei da Suécia, como visto, inseriu todas as disposições sobre licenças coletivas alargadas em um capítulo separado (e não, como antes, em artigos do capítulo referente às limitações).

Henry Olsson destaca que a licença coletiva alargada estabelece um equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos e os dos usuários. O autor menciona outras opções que poderiam chegar a resultado equivalente, tais como: i) a gestão coletiva obrigatória, citando como exemplo a França, onde a gestão coletiva obrigatória é usada em certos campos, sem qualquer possibilidade de reclamações individuais ou proibições; e ii) a licença compulsória, na qual não há possibilidade de recusar o uso ou negociar as condições para a sua utilização. Mas destaca as vantagens comparativas da licença coletiva alargada, pois, segundo o autor, esse sistema daria ao titular de direitos autorais uma posição melhor, reforçando que a licença coletiva alargada não é uma licença compulsória nem mesmo em relação aos titulares de direitos não representados pela associação de gestão coletiva, especialmente se esses titulares têm o direito de apresentar uma proibição contra o uso de suas obras (o que significaria que eles ainda teriam o controle sobre o uso de suas obras) ou se essa possibilidade de proibição for estipulada no contrato coletivo que é a base para o funcionamento do sistema³³⁸.

³³⁶ VILANKA, Olli. Rough Justice or Zero Tolerance? - Reassessing the Nature of Copyright in Light of Collective Licensing (Part I). **Universidade de Helsink**. 2010, p. 26. Disponível em: <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10227/661/vilanka.pdf>>. Acesso em 17 dez.2013.

³³⁷ *Idem, ibidem*. p. 32

³³⁸ OLSSON, Henry. **The extended collective licence as applied in the nordic countries**. Presentation by Henry Olsson at Kopinor 25th Anniversary International Symposium, Oslo, May 20, 2005. Disponível em: <<http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries>>. Acesso em 14 dez.2013.

No Canadá, único país além dos nórdicos em que localizamos a implementação de instituto assemelhado, há a possibilidade de titulares de direitos autorais não representados pela associação de gestão coletiva receberem remuneração por cópia privada³³⁹. Neste país, há ainda outras situações nas quais titulares que não tenham autorizado uma entidade de gestão coletiva a arrecadar *royalties* em seu favor têm direito de pleitear junto a tal entidade o recebimento de remuneração nos mesmos moldes aplicados aos titulares que tenham autorizado a arrecadação pela entidade. Essas situações são referentes à comunicação ao público de obra pela televisão e realização de gravação de fonograma ou execução pública de obra e estão previstas no artigo 76(1), (2) e (3) da lei de direitos autorais do Canadá.

O Brasil não prevê em sua lei de direitos autorais hipóteses de licença coletiva estendida, tampouco de qualquer outro instituto assemelhado às licenças compulsórias ou aos direitos de “justa remuneração”, como os previstos em diversos países europeus para a cópia privada. Na Parte II desta obra, mencionamos que o projeto de lei que deu origem à atual lei de direitos autorais previa a instituição de cobrança de uma “remuneração de natureza autoral” sobre a fabricação e a importação de suportes virgens para tentar solucionar a questão da cópia privada, mas a proposta foi excluída do projeto e esse tipo de cobrança nunca chegou a ser implementado no país. Vale destacar que o Anteprojeto de Reforma da LDA, apesar de ter previsto hipóteses de licença compulsória, como já citado,

³³⁹ CANADÁ. Lei de Direitos Autorais (Copyright Act R.S.C., 1985, c. C-42): “83. (1) Subject to subsection (14), each collective society may file with the Board a proposed tariff for the benefit of those eligible authors, eligible performers and eligible makers who, by assignment, grant of licence, appointment of the society as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf for that purpose, but no person other than a collective society may file any such tariff. (...) (11) An eligible author, eligible performer or eligible maker who does not authorize a collective society to file a proposed tariff under subsection (1) is entitled, in relation to (a) a musical work, (b) a performer’s performance of a musical work, or (c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a musical work, is embodied, as the case may be, to be paid by the collective society that is designated by the Board, of the Board’s own motion or on application, the remuneration referred to in section 81 if such remuneration is payable during a period when an approved tariff that is applicable to that kind of work, performer’s performance or sound recording is effective, subject to the same conditions as those to which a person who has so authorized that collective society is subject. (12) The entitlement referred to in subsection (11) is the only remedy of the eligible author, eligible performer or eligible maker referred to in that subsection in respect of the reproducing of sound recordings for private use. (13) The Board may, for the purposes of subsections (11) and (12), (a) require a collective society to file with the Board information relating to payments of moneys received by the society pursuant to section 84 to the persons who have authorized it to file a tariff under subsection (1); and (b) by regulation, establish the periods, which shall not be less than twelve months, beginning when the applicable approved tariff ceases to be effective, within which the entitlement referred to in subsection (11) must be exercised. (14) Where all the collective societies that intend to file a proposed tariff authorize a particular person or body to file a single proposed tariff on their behalf, that person or body may do so, and in that case this section applies, with such modifications as the circumstances require, in respect of that proposed tariff.” Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-42.pdf> >. Acesso em 13 nov.2013.

não previu direitos de remuneração ou licenças estendidas tais quais os analisados neste Capítulo.

Parte IV – As licenças compulsórias de obras intelectuais e o Direito Brasileiro

Inicialmente, esclarecemos que optamos por apresentar nosso estudo a respeito do Direito Brasileiro dividido pelos diferentes aspectos a serem analisados, não pelas várias fontes normativas que dão subsídio a tais temas, por entendermos que a análise concentrada de cada aspecto ficará mais coesa se feita deste modo. Assim, nesta Parte da obra, serão estudados a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁴⁰, o Código Civil³⁴¹, a Lei de Direitos Autorais e o Anteprojeto de Reforma da LDA, bem como outras leis ordinárias e, ainda, Declarações, Acordos, Tratados e Convenções Internacionais que tenham sido internalizados e integrados ao ordenamento jurídico brasileiro ou que, mesmo sem força vinculante, possam influenciar a conclusão a respeito da compatibilidade ou incompatibilidade do instituto das licenças compulsórias para obras intelectuais com o nosso ordenamento.

À primeira vista, as licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral podem parecer incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição Federal assegura aos respectivos autores o direito exclusivo sobre suas obras intelectuais. Nesse sentido, Silmara Juny de Abreu Chinellato afirma que as licenças compulsórias de obras intelectuais ferem a Convenção de Berna e a Constituição Federal³⁴².

Antes de podermos firmar nossa opinião a respeito, entendemos que a situação merece ser analisada sob vários aspectos, tais como o balanceamento de direitos constitucionais e o abuso de direito. Assim, entendemos conveniente lembrar que, apesar de a Constituição Federal também assegurar privilégio de uso aos inventores³⁴³, a LPI prevê a licença compulsória para patentes³⁴⁴. É certo que a proteção aos autores e a

³⁴⁰ Faremos referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por meio da expressão Constituição Federal ou CF/88.

³⁴¹ Faremos referência à Lei nº 10.406/2002 que instituiu o Código Civil por meio da expressão Código Civil ou CC/2002.

³⁴² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Anteprojeto de alteração da Lei de Direito Autoral – a proteção do autor e as licenças não voluntárias. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 253.

³⁴³ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, XXIX – “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

³⁴⁴ Lei n.º 9.279/96, “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.”, “Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses: I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra; II - o objeto da patente dependente constituir

proteção aos inventores têm diferenças conceituais importantes, já mencionadas na Parte I da presente obra. De toda forma, o que se pode verificar dessa comparação é que, mesmo havendo garantia constitucional de um direito, isso não impede a instituição de licença compulsória em determinadas situações. Como visto, no Direito de Patentes, a licença compulsória pode ser concedida em diversos casos específicos, tais como: abuso na exploração da patente; a patente concedida não seja explorada pelo titular ou explorada de maneira que não satisfaça às necessidades de nosso mercado interno; fique caracterizado o interesse público ou a emergência nacional; seja necessária a exploração de uma patente anterior para a exploração de nova patente (“dependente”) que represente progresso técnico em relação à anterior.

Outro ponto a ser analisado é que os direitos constitucionalmente previstos podem ter seus contornos dados por leis ordinárias. No caso do Direito Autoral, a legislação atualmente em vigor estabelece o alcance da proteção decorrente do direito previsto na Constituição Federal ao definir “obra intelectual”, ao indicar o que não é passível de proteção e ao enunciar as limitações aos direitos autorais³⁴⁵. Em tais limitações são contempladas várias hipóteses de usos livres e gratuitos de obras intelectuais. Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro admite situações de uso livre de uma obra intelectual, de forma gratuita, é provável que possa se admitir situações de uso de obras intelectuais independentemente de autorização de seus respectivos titulares, mediante justa remuneração.

Assim, ao longo desta Parte da obra, pretendemos analisar a questão sob diversos aspectos, que entendemos relevantes, e buscar demonstrar que existem elementos no Direito Brasileiro para permitir a recepção do instituto das licenças compulsórias para exploração de obras intelectuais.

substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.” e “Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996).

³⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. Art. 7, Art. 8, Art. 46, Art. 47 e Art. 48.

Capítulo I – Balanceamento de Princípios Constitucionais

Como mencionado acima, buscamos elementos no ordenamento jurídico brasileiro que permitam demonstrar a possibilidade de conciliação entre o reconhecimento constitucional do direito exclusivo aos autores e a instituição, em determinadas circunstâncias, de licenças compulsórias para exploração de obras intelectuais.

Inicialmente, ressalta-se que os incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal devem ser interpretados em conjunto com diversos outros dispositivos constitucionais. Isto em decorrência do princípio da unidade hierárquico-normativa³⁴⁶ da Constituição Federal, segundo o qual não há hierarquia entre as normas nela previstas. Em outras palavras, pode-se dizer que há necessidade da ponderação entre os direitos constitucionalmente previstos sempre que houver uma aparente colisão entre eles³⁴⁷.

Esse aparente conflito surgirá ao percebermos que, ao lado dos direitos autorais, a Constituição Federal assegura, por exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento; a liberdade de consciência e de crença; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o direito à honra e o direito à intimidade; o acesso à informação; o acesso à educação; a difusão e o acesso à cultura, bem como assegura o desenvolvimento econômico e tecnológico. Assim, pode-se dizer que os direitos autorais não são absolutos, pois apesar de a Constituição Federal não trazer um rol de exceções ou limitações a tais direitos, limita-os na medida em que os protege tanto quanto protege outros direitos.

Um direito constitucionalmente garantido que precisa ser destacado é a dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da nossa república no artigo 1º, inciso III,

³⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1183.

³⁴⁷ Sobre a ponderação de direitos constitucionalmente previstos, já tivemos a oportunidade de discorrer brevemente em outra obra. PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. **Voz e Direito Civil**. São Paulo: Manole, 2013. pp. 136-142. Traremos aqui alguns dos conceitos lá apresentados devidamente adaptados e complementados. Sobre o tema, além dos autores expressamente citados neste Capítulo, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005; DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press, 1977; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros, 2005 e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, p. 613, 2003.

eis que a realização está ligada ao desenvolvimento integral da pessoa humana; e a concretização do desenvolvimento humano pleno e integral passa pelo acesso aos bens culturais em geral, mormente os relacionados à informação, à cultura e à educação. Assim, no artigo 205, a Constituição Federal garante que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Ademais, a Constituição Federal prevê no artigo 215, que 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. Por sua vez, o artigo 220 da Constituição afirma que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, sendo vedada a censura e, respeitados o direito de livre manifestação do pensamento, a vedação ao anonimato, o direito de resposta, a liberdade de exercício de trabalho ou de profissão e o direito à informação.

A respeito da liberdade de expressão, José Afonso da Silva afirma que a Constituição Federal a reconhece em duas dimensões: no aspecto íntimo, pelo qual “prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII)”³⁴⁸ e no aspecto externo, pelo qual assegura “o exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento (...)”³⁴⁹. Especificamente quanto à liberdade de expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, o autor destaca que é assegurada no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal e afirma que as “manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento”, bem como “a atividade intelectual é especialmente vinculada ao conhecimento conceptual que abrange a produção científica e filosófica” que, “como todas as manifestações artísticas, está protegida pela liberdade de que estamos nos ocupando. Todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulgá-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja”³⁵⁰. O mesmo autor esclarece que “certas manifestações artísticas, contudo, ficam

³⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 242.

³⁴⁹ *Idem, ibidem*. p. 243.

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 253.

sujeitas a uma regulamentação especial”, citando, especificamente o artigo 220, da Constituição Federal que regula a comunicação social e indica alguns limites a serem respeitados³⁵¹. Em nossa opinião, ainda que não haja uma regra expressa, em algumas situações resta óbvio que um direito ou uma liberdade constitucional não pode ser invocado, pois diretamente conflitante com outro. Nesse sentido, por exemplo, “[...] parece inadmissível (...) que se pratique um assassinato no palco em nome da liberdade artística”³⁵².

Desse modo, Celso Ribeiro Bastos reconhece que as Constituições emanam muitos preceitos e que “[a] significação destes não é obtível pela compreensão isolada de cada um. É necessário também levar-se em conta em que medida eles se interpenetram. É dizer, até que ponto um preceito extravasa o seu campo próprio para imiscuir-se com o preceituado em outra norma.” O autor afirma, portanto, haver uma

Interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade³⁵³.

Ainda para o mesmo autor,

Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Prevalecerão, afinal, apenas até o ponto em que deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente³⁵⁴.

Nesse aspecto, Celso Ribeiro Bastos chega a reconhecer que, apesar da unidade hierárquico-normativa da Constituição Federal, pode-se identificar certas normas que “perdem densidade semântica” e “ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas”³⁵⁵. Talvez por essa razão, o autor afirma que “os preceitos constitucionais hão de ser interpretados

³⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 253-254.

³⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 375.

³⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 62.

³⁵⁴ *Idem, ibidem*.

³⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

segundo não só o que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram”³⁵⁶.

Nesse sentido, é muito importante levar em consideração não apenas o texto literal de cada preceito constitucional, mas a finalidade e a intenção neles contidas. Nas palavras de Luis Roberto Barroso, as “normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade”³⁵⁷.

Com efeito, apesar de a proteção assegurada aos autores pela Constituição Federal não estar expressamente relacionada ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país, como ocorre no caso da proteção assegurada aos inventores (artigo 5º, inciso XXIX), não resta dúvida de que essa relação pode ser implicitamente compreendida, especialmente se considerarmos o contexto internacional no qual o Brasil se insere. São exemplos de documentos internacionais vinculantes no Brasil que relacionam os direitos autorais ao desenvolvimento cultural os seguintes: Convenção de Berna, TRIPS e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁵⁸.

Como vimos na Parte II desta obra, a Convenção de Berna traz exceções e limitações aos direitos autorais desde sua constituição. Exemplificativamente, pode-se mencionar as passagens contidas no artigo 2 bis (2) e 10 bis (2) que se referem ao direito à informação e à passagem contida no artigo 10 (2), que se refere ao direito à educação.

Já no TRIPS as referências aos interesses sociais são mais explícitas, sendo relevante destacar os artigos 7 e 8 (1) do referido Tratado³⁵⁹, que afirmam o dever de contribuição para a “promoção da inovação”; o “benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento”; e a promoção do “o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio- econômico e tecnológico”.

³⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 63.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

³⁵⁸ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, cujo cumprimento no país foi decretado pelo Decreto nº 591 - de 6 de julho de 1992.

³⁵⁹ TRIPS: “Artigo 7 Objetivos - A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. Artigo 8 Princípios - 1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio- econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo”.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, determina, em seu artigo 15, que os países reconheçam a cada indivíduo um direito único composto de três vertentes: participar da vida cultural; desfrutar do progresso científico e se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes da produção de que seja autor³⁶⁰. Resta evidente, com isso, a total interdependência dos direitos ao desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico com os direitos autorais, ainda que na Constituição Federal essa interdependência não apareça de forma explícita.

Diante disso, tem sido reconhecida como função do Direito Autoral, além das funções de identificação e estímulo à criação intelectual - já consagradas no ordenamento brasileiro -, também a de promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, resumidamente referida por Guilherme Carboni como “função social”³⁶¹. Percebe-se, portanto, que a proteção aos direitos autorais não pode ser analisada de modo dissociado da proteção aos direitos de acesso à informação, à educação e à cultura, tampouco aos princípios da livre concorrência e do desenvolvimento nacional.

Ainda, devemos levar em conta a lição de Castanheira Neves, citado por Jorge Miranda, de que o sistema jurídico não tem sua unidade em uma coerência conceitual, tampouco em uma lógica de poder, mas a tem “na solidariedade dialéctica com que nós, homens-pessoas em diálogo comunitário, vivemos a nossa axiológico-social realização” e de que a unidade do sistema é “algo que se postula como intenção e a que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a”³⁶².

Assim, para Jorge Miranda, essa construção da unidade do sistema dependerá de se compreender que todas as normas constitucionais “desempenham uma função útil no ordenamento” e que a nenhuma delas “pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser”, sendo necessário conferir a cada uma “o máximo de capacidade

³⁶⁰ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Artigo 15 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: 1. Participar da vida cultural; 2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações; 3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. §3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. §4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.”

³⁶¹ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

³⁶² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 431-432.

de regulamentação” respeitadas as demais normas, mesmo aquelas de caráter programático, as quais, na visão do autor,

Desempenham o seu papel próprio, por um lado, incorporando precisos objetivos e valores e, por outro lado, propiciando ao legislador ordinário (...) uma margem maior ou menor de concretização e de variação consoante as conjunturas e opções políticas.

O autor português, como já bem resumido por Celso Ribeiro de Barros, defende que os “preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta”, mas ressalva que “a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia implícita, ou explícita, dos outros comandos” e conclui “ser conveniente considerar o modo como são aplicados na prática, em especial através da lei e das decisões dos tribunais” destacando que é “a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição”, e não o contrário³⁶³.

No caso dos dispositivos constitucionais brasileiros relevantes, é de se notar que os incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal remetem à lei os termos da proteção a ser efetivamente conferida aos autores. Por sua vez, os direitos de acesso à educação e à cultura constam de normas programáticas, cuja eficácia é limitada. Todavia, considerando a lógica já mencionada acima de que uma menor carga normativa confere maior força valorativa a determinado preceito, repete-se ser imprescindível a ponderação desses preceitos, os quais não podem ter sua relevância diminuída pelo mero fato de terem sido expressos na forma de normas programáticas.

Com efeito, como será visto com mais detalhes adiante, a Lei de Direitos Autorais incorpora, em alguns de seus artigos, o resultado dessa interpretação do aparente conflito entre os princípios constitucionais e já regula diversas hipóteses em que os direitos autorais cedem espaço para outros direitos fundamentais. Esse fato demonstra que a lógica da ponderação pode ser aplicada no âmbito do Direito Autoral.

Ao terem sido expressados na Lei de Direitos Autorais, tais resultados da ponderação entre os princípios constitucionais assumem o caráter de regras. Vale lembrar que, para Robert Alexy, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, por isso,

³⁶³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 451-452.

são mandamentos de otimização. Já as regras são normas que devem ser exatamente atendidas; nem mais, nem menos³⁶⁴. Segundo essa concepção, as regras são aplicadas por meio de subsunção e os princípios são aplicados por meio de ponderação³⁶⁵. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet explicam que a ponderação se realiza em três etapas. Primeiro, define-se a intensidade da intervenção. Em seguida, verifica-se a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. Por último, realiza-se a ponderação em sentido específico e estrito. Os autores lembram que Robert Alexy enfatiza que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”³⁶⁶.

Se já houve ponderação e intervenção nos direitos autorais resultante nas limitações atualmente previstas na Lei de Direitos Autorais, não basta clamar por ponderação, pois, como destacado por Robert Alexy, havendo necessidade de uma maior intervenção nos direitos autorais, devem ser apresentados fundamentos relevantes para tanto.

Apresentamos, então, fundamentos elaborados por diversos autoralistas no sentido de que o equilíbrio entre os direitos constitucionais em conflito ainda não atingiu o ponto ideal, bem como contrapontos de outros estudiosos do tema, para ao final do Capítulo podermos concluir se há ou não espaço em nosso ordenamento jurídico para uma nova intervenção nos direitos autorais, representada pela licença compulsória para exploração de obras intelectuais.

José de Oliveira Ascensão afirma, fundando-se em José Afonso da Silva, que existe em nosso ordenamento jurídico *um direito fundamental de acesso à cultura*³⁶⁷. O autor português explica também que, em princípio, poderia parecer que existiria uma coincidência funcional entre o direito de acesso à cultura e o direito de autor; que ambos fomentariam a cultura: um pelo estímulo à difusão das obras e o outro pelo estímulo à

³⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 90-91.

³⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 172.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 380.

³⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9.

criação das obras³⁶⁸. Todavia, continua o autor, o que se perceberia é que o fortalecimento excessivo do Direito Autoral teria reduzido o patrimônio cultural livre, deixando o acesso à cultura limitado a uma “cultura desatualizada”, o que definitivamente não seria a intenção da Constituição Federal, restando, portanto, a configuração do conflito entre os dois direitos (intelectual x acesso à cultura)³⁶⁹.

Avançando seu raciocínio, José de Oliveira Ascensão ainda esclarece: se todos os direitos “são justificados, há que se procurar o ponto ótimo de equilíbrio, em que cada direito alcança o máximo de satisfação com o sacrifício mínimo dos direitos que com ele estão em conflito”³⁷⁰. Para o autor, o estabelecimento de limites aos direitos autorais permitiria conciliá-los com os interesses gerais. Contudo, o fato de tais limites terem sido compreendidos como “exceções” tem impedido a ampliação dos limites a partir dos textos de lei já existentes³⁷¹. Além disso, Ascensão entende que, nesse aspecto, a LDA é “avarenta”, pois só concede o mínimo, não contemplando o interesse coletivo de acesso aos bens culturais³⁷². Com isso, roga por mudanças na lei, critica fortemente o “dogma do consentimento prévio do autor” e afirma não fazer sentido transformá-lo em soberania que possa excluir cegamente usos irrelevantes para a exploração econômica, citando o exemplo da leitura de livros em biblioteca pública, que se consubstancia em um uso livre e gratuito de obra e que nunca foi dependente de consentimento do autor³⁷³. De forma equilibrada, Ascensão defende que não se pode fechar o acesso a bens culturais, mas não pode o público exigir a gratuidade geral do acesso³⁷⁴. Afirma que a análise de situações típicas auxilia na busca pelo equilíbrio e menciona uma hipótese extrema em que um titular de direitos intelectuais, estando em posição dominante na exploração econômica da obra, teria recusado conceder licenças sem justificativa e, por essa razão, lesado as regras da livre concorrência. Fazendo um paralelo, Ascensão afirma ser possível, nessa hipótese, a configuração lesão ao direito de acesso à cultura e, eventualmente, a ocorrência de discriminação arbitrária, o que justificaria a imposição de uma licença compulsória³⁷⁵. O

³⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

³⁶⁹ *Idem, ibidem.* p. 12.

³⁷⁰ *Idem, ibidem.* p. 19.

³⁷¹ *Idem, ibidem.* p. 20.

³⁷² *Idem, ibidem.* p. 26.

³⁷³ *Idem, ibidem.* pp. 20-27.

³⁷⁴ *Idem, ibidem.* p. 36.

³⁷⁵ *Idem, ibidem.* p. 36.

autor também defende a aplicação de licenças compulsórias em casos de o titular deixar de reeditar uma obra esgotada³⁷⁶.

Manoel J. Pereira dos Santos, ao analisar a interface entre a liberdade de expressão e os direitos autorais, destaca o componente “liberdade de criar” como o mais relevante³⁷⁷. O autor explica que esse direito de gerar expressões intelectuais (obras literárias, artísticas ou de caráter técnico e científico) visa a assegurar um processo livre de criação intelectual e não poderia ser imotivadamente limitado, por exemplo, sendo sujeito à censura ou à necessidade de obtenção de licença, em respeito à dignidade humana³⁷⁸. Ele reconhece que, apesar de fundamental, a liberdade de criar não é um direito absoluto, como não o são os direitos autorais, eis que é necessário conciliar os diferentes interesses sempre que igualmente legítimos e tutelados³⁷⁹. O doutrinador ressalta que o ordenamento jurídico brasileiro há muito reconhece as liberdades de expressão e de informação como limites extrínsecos aos direitos autorais, citando como exemplos o direito de uso recíproco de notícias entre veículos jornalísticos; a permissão de reprodução de discursos proferidos em locais públicos; a paráfrase e a paródia³⁸⁰. Manoel J. Pereira dos Santos chama a atenção para o fato de que a LDA exige autorização prévia e expressa do titular de direitos autorais para toda e qualquer transformação de obras intelectuais preexistentes, sejam as transformações criativas ou não, e não concorda com essa vedação generalizada mesmo quando não haja reprodução parasitária da obra primígena³⁸¹. Tanto é assim que, com fundamento no equilíbrio entre o direito fundamental de “livre criação intelectual” e os direitos autorais, conclui ser necessário redefinir o raio de exclusividade do autor para que passe a ser permitido o uso de obras preexistentes como recurso criativo, se não houver prejuízo à exploração normal da obra, nem aos interesses legítimos dos autores³⁸².

Em opinião oposta à de Manoel J. Pereira dos Santos, Antonio Carlos Morato defende que buscar permitir o uso livre de obras preexistentes para situações de *mash-up* e *sampling*, por exemplo, seria equivocado, pois o “discurso da criatividade”, na verdade, tentaria apenas ocultar um interesse de lucro sobre o trabalho alheio e uma falta de talento

³⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³⁷⁷ SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos (coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

³⁷⁸ *Idem, ibidem*. p. 132.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*. p. 133.

³⁸⁰ *Idem, ibidem*. p. 137.

³⁸¹ *Idem, ibidem*. pp. 144-145.

³⁸² *Idem, ibidem*. p. 156.

para qualquer forma de manifestação artística³⁸³. O autor analisa o tema mais sob o enfoque da evolução tecnológica do que sob o do direito de criação intelectual e ressalta, citando Plínio Cabral, que os direitos autorais costumam ser condenados ao desaparecimento sempre que uma nova tecnologia aparece, mas têm resistido e devem continuar sendo respeitados³⁸⁴. O autor conclui que “usar o ‘recurso criativo’ como critério para estabelecer uma limitação aos direitos autorais não parece ser a melhor solução”, pois traria maior subjetividade ao conceito de “criação estética”³⁸⁵. Destaca-se, todavia, que Antonio Carlos Morato menciona dispositivos já contidos na LDA que permitem o uso de conteúdo preexistente como “recurso criativo”, tais como os incisos III e VIII do artigo 46 e o artigo 47, apesar de reconhecer que a abrangência de tais preceitos é restrita³⁸⁶.

Considerando a liberdade de criação como um componente da liberdade de expressão e o direito exclusivo do autor sobre a obra criada como uma decorrência do ato de criar, não é difícil de se reconhecer que, também no ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Autoral é intimamente ligado à liberdade de expressão e ao desenvolvimento cultural do país, ainda que o inciso XXVII do artigo 5º da Constituição não indique isso literalmente.

Guilherme Carboni afirma que “prevalece em nossa legislação a concepção subjetivista do direito de autor (primeira dimensão), o que, sem dúvida, representa um atraso, se considerarmos a evolução de outros direitos fundamentais” e destaca que a proteção constitucional dos direitos autorais “não está expressamente vinculada à sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país”³⁸⁷. Fundado em José Joaquim Gomes Canotilho, Guilherme Carboni defende ser necessário restringir-se o âmbito de proteção de um direito constitucional para que se consiga a conciliação com outros direitos igualmente protegidos pela Constituição³⁸⁸. Segundo o autor, a confirmação da validade de uma restrição a um direito fundamental deve ser precedida da análise quanto ao âmbito de proteção do direito; quanto ao tipo, natureza e finalidade da restrição, e quanto ao respeito aos limites da restrição. Assim, ele propõe a

³⁸³ MORATO, Antonio Carlos. As obras derivadas na sociedade da informação. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. pp. 42-43.

³⁸⁴ MORATO, Antonio Carlos. As obras derivadas na sociedade da informação. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 57.

³⁸⁵ *Idem, ibidem*. pp. 58-59.

³⁸⁶ *Idem, ibidem*. pp. 42 e 51.

³⁸⁷ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 146.

³⁸⁸ *Idem, ibidem*. p. 149.

verificação da possibilidade de restrição aos direitos autorais com base nos institutos da função social da propriedade e dos contratos, bem como no instituto do abuso do exercício do direito de autor, além da própria extensão, da duração dos direitos autorais e das limitações previstas na LDA³⁸⁹. O autor também analisa os conflitos entre os direitos autorais e outros direitos constitucionais, tais como a liberdade de expressão, o livre acesso à informação e à cultura e ao desenvolvimento tecnológico. E conclui, baseado mais uma vez em José Joaquim Gomes Canotilho, que em casos concretos, havendo a devida ponderação e respeitado o princípio da proporcionalidade, tais direitos poderiam ser invocados para justificar a limitação aos direitos autorais em situações não previstas na Lei de Direitos Autorais³⁹⁰.

Contrariando Guilherme Carboni nesse aspecto, Cláudio Lins de Vasconcelos entende que a ponderação de direitos fundamentais “não se confunde com uma autorização constitucional para a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais” previstas na Lei de Direitos Autorais. Entende o autor que o Poder Judiciário poderia, mediante ponderação dos direitos envolvidos, considerar justificáveis algumas utilizações livres não expressamente previstas na Lei de Direitos Autorais, sem que isso, contudo, significasse “extensão ou restrição a qualquer dispositivo ou categoria de dispositivos em particular”³⁹¹.

Simone Lahorgue Nunes chama a atenção ainda para outro ponto: o fato de o regime jurídico do Direito Autoral já estar balizado pela Lei de Direitos Autorais, a qual, em tese, teria consagrado em alguns dispositivos específicos os princípios constitucionais de acesso à cultura, à informação, à educação, significaria que o balanceamento de valores já teria sido feito. A própria autora, entretanto, reconhece que outras situações de colisão podem acontecer, especialmente se a lei não refletir o equilíbrio buscado³⁹².

Bruno Lewick destaca que as limitações expressas pela Lei de Direitos Autorais refletem

³⁸⁹ *Idem, ibidem.* p. 154.

³⁹⁰ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 191-217.

³⁹¹ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In NALINI, José Renato (org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. pp. 75-76.

³⁹² NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 215-16 p.133.

Valores e princípios constitucionais, tais como o direito à informação, à educação, à cultura, a defesa da imagem, a integração das pessoas portadoras de deficiência, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica e o objetivo fundamental de desenvolvimento da nação

E defende uma releitura dessas limitações como forma de buscar uma solução para os “desequilíbrios” que hoje “atravancam” o desenvolvimento do Direito Autoral³⁹³. Segundo o autor, a releitura das limitações aos direitos autorais “impõe-se, de fato, como uma medida mais adequada do que a mera alteração legislativa que não seja acompanhada de uma mudança nas atitudes da doutrina e dos tribunais” e “pode garantir um equilíbrio maior entre os setores interessados”³⁹⁴. Para Bruno Lewick, deve-se abandonar o dogma de que as limitações teriam “caráter excepcional”, pois, na verdade, “elas integram a situação subjetiva autoral tanto quanto as faculdades morais e patrimoniais dispostas na lei”³⁹⁵. É importante mencionar que Bruno Lewick entende compatíveis com o nosso ordenamento jurídico soluções como as licenças compulsórias. E chama a atenção para o fato de que, em respeito ao direito dos usuários, não se poderia, sem a criação de uma lei específica, instituir-se a cobrança de uma remuneração por um uso que deveria ser livre e gratuito, considerada a releitura por ele proposta³⁹⁶.

Percebe-se, portanto, que independentemente de o legislador pátrio já ter exercido uma opção ao definir a esfera de proteção, os prazos aplicáveis e as limitações, não há impedimento no ordenamento jurídico para que novos contornos sejam dados aos direitos autorais, desde que tais novos contornos sejam fruto de balanceamento adequado dos princípios constitucionais.

Com isso, parece ser plenamente viável a instituição de regime de licenças compulsórias para exploração de obras intelectuais se tal regime for compatível com os direitos constitucionais já analisados.

Partindo-se do ensinamento de Miguel Reale, citado por Luís Roberto Barroso, no sentido que as normas “valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”³⁹⁷

³⁹³ LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor**: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. pp. 186 e 265.

³⁹⁴ *Idem, ibidem.* p. 275.

³⁹⁵ *Idem, ibidem.* p. 285.

³⁹⁶ *Idem, ibidem.* p. 276.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151.

e da noção de princípio como mandamento de otimização – que indica que a realização completa de um determinado princípio pode ser obstada pela realização de outro princípio – entendemos que, na atualidade, o sopesamento de todos os direitos constitucionais envolvidos resultará na clara possibilidade de se eliminar o pressuposto da “autorização prévia” do autor, mantido o direito de “justa remuneração”, em algumas circunstâncias específicas. Isso demonstra, desde logo, a compatibilidade da implementação de sistemas de licença compulsória para exploração de obras intelectuais com o ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se, para que não haja dúvidas, que esse resultado da ponderação precisa ser o melhor possível no caso concreto, eis que a não-satisfação dos direitos à cultura, à educação, à informação e ao desenvolvimento tecnológico está mais ligada à dificuldade de acesso a obras e à insegurança de que o uso privado de obras sem o consentimento do autor seja combatido do que à impossibilidade de os interessados arcarem com o pagamento de uma retribuição que venha a ser arbitrada como justa.

Capítulo II – Abuso de direito

O artigo 187 do Código Civil estabelece ser ilícito o exercício de um direito de modo a exceder os limites a ele impostos por seus fins econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se da figura conhecida pela doutrina como “abuso de direito”.

Segundo Rubens Limongi França, o abuso de direito se consubstancia em um ato cujo *objeto é lícito*, mas seu exercício é levado a cabo de maneira *irregular*³⁹⁸.

Silvio Rodrigues afirma que a teoria do abuso do direito “atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”³⁹⁹.

Antonio Menezes Cordeiro refere-se ao abuso de direito como “exercício inadmissível de posições jurídicas”, e defende que a teoria do abuso do direito “vincula o titular de situações favoráveis a exercê-las dentro do sistema”⁴⁰⁰.

Carlos Affonso Pereira de Souza afirma que o abuso do direito é uma construção moderna que busca impor limites ao livre exercício de um direito subjetivo⁴⁰¹. O autor conceitua o abuso “como o exercício do direito fora da função”, com base na análise funcional dos direitos em oposição à análise meramente estrutural, o que seria um conceito mais adequado para ser aplicado aos mais diversos campos do Direito⁴⁰².

Guilherme Carboni, após citar definição de abuso de direito de Pedro Baptista Martins, que destoa das anteriormente referidas por conter um grau maior de subjetividade⁴⁰³, menciona a existência de duas teorias sobre o abuso de direito: a

³⁹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. **Abuso de direito**. In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. II. p. 45.

³⁹⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** - Parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 1º. p. 311.

⁴⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio. A boa-fé nos finais do século XX. **Revista da Ordem dos Advogados**, Portugal, Ano 56, T.3, p. 896, 1996.

⁴⁰¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso de Direito nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 47.

⁴⁰² *Idem, ibidem*. p. 75.

⁴⁰³ Para referido autor, o abuso existe quando “o titular de um direito que, entre vários meios de realizá-lo, escolhe precisamente o que, sendo mais danoso para outrem, não é o mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas”.

subjetiva, que entende o abuso como ato amparado pela lei, mas praticado com intuito de prejudicar terceiros e; a objetiva, que entende o abuso como uso antifuncional do direito⁴⁰⁴.

A aplicação da teoria do abuso de direito ao Direito Autoral é plenamente possível e já foi objeto de estudo aprofundado pelo próprio Carlos Affonso Pereira de Souza, que reconhece ter havido demora na “percepção de que a tutela conferida ao autor poderia ser exercida de modo a prejudicar interesses extra-autorais”⁴⁰⁵. Obviamente afiliado à teoria objetiva do abuso de direito, o autor analisa as funções do Direito Autoral, reconhecendo a função promocional – “consubstanciada na existência de uma exclusividade temporária que se concede ao autor para exploração da obra” com o objetivo de “estímulo para que o mesmo possa continuar a criar, aumentando assim o patrimônio cultural nacional, enriquecendo o acervo de obras produzidas e contribuindo para o desenvolvimento do país”, e a função social – “identificada como a viabilização do acesso ao conhecimento”, eis que o Direito Autoral, por suas restrições inerentes, garante certos usos da obra sem que seja necessária a autorização ou qualquer pagamento ao seu autor, e limita a exclusividade a um período de tempo, ou seja, garante “os meios pelos quais terceiros poderão ter acesso às obras criadas, com um grau maior ou menor de liberdade”. E conclui afirmando que quanto maior equilíbrio houver entre ambas as funções, menor a chance de restar configurado o abuso do Direito Autoral⁴⁰⁶. O autor cita exemplo interessante a respeito da configuração de abuso por meio da invocação do Direito Autoral como motivo da recusa de negociar. Em suas palavras:

A utilização do direito autoral como razão para a recusa indevida de contratação também pode ser percebida como forma abusiva de gerir a exploração econômica da obra intelectual, contrariando os limites do relacionamento entre a função promocional e a função social dos direitos autorais⁴⁰⁷.

E explica que, nesses casos, o abuso ocorre pois a “finalidade de formação de um patrimônio intelectual que possa ser acessado por terceiros” deixa de ser atendida,

⁴⁰⁴ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 187 e 188.

⁴⁰⁵ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O Abuso do Direito Autoral nas Relações Contratuais. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 138.

⁴⁰⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso de Direito nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 100.

⁴⁰⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O Abuso do Direito Autoral nas Relações Contratuais. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 153.

especialmente se o interessado em utilizar a obra já tenha se disposto a “pagar preço justo pelo licenciamento e existe certa essencialidade na utilização da criação intelectual”⁴⁰⁸. Entretanto, também alerta para a possibilidade dessa caracterização de abusividade acabar beneficiando agentes mal intencionados – os por ele referidos como *free riders* - que “apenas procuram utilizar a criação intelectual alheia, ainda durante o seu prazo de proteção, de forma não contemplada no regime de limitações ao direito autoral e sem atender às demandas públicas da função social dos direitos autorais” e “sem que qualquer remuneração seja devida – ou ainda que ela seja o menos onerosa possível – ao seu criador ou aos titulares dos direitos autorais”⁴⁰⁹. O autor finaliza sua análise afirmando que, no Brasil, a aplicação da teoria do abuso de Direito Autoral “está aquém de todo o seu potencial”⁴¹⁰.

Guilherme Carboni, em análise mais objetiva, simplesmente afirma que o exercício abusivo de direitos autorais fere o ordenamento jurídico, eis que constitui desvirtuamento de sua finalidade social⁴¹¹.

É importante destacar que, apesar de a figura do abuso de direito não aparecer expressamente na Convenção de Berna, a interpretação do artigo 17 daquela Convenção permite o entendimento de que os países membros podem adotar as medidas que julgarem oportunas para restringir abusos de monopólios, especialmente relacionados a organismos de gestão coletiva de direitos autorais⁴¹².

O TRIPS, por sua vez, refere-se expressamente ao abuso em dois artigos de aplicação a todos e quaisquer direitos intelectuais. A primeira menção ao abuso consta do artigo 8 (2) do Tratado, o qual reconhece poderem ser tomadas medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos por seus titulares. A segunda menção consta do artigo 40 (2) e merece ser destacada na presente obra pois autoriza a adoção, pelos países membros, de

⁴⁰⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O Abuso do Direito Autoral nas Relações Contratuais. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 153.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso de Direito nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 109.

⁴¹¹ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 188.

⁴¹² Convenção de Berna: “Artigo 17 - As disposições da presente Convenção não podem prejudicar, seja no que for, o direito que tem o Governo de qualquer dos países da União de permitir, vigiar ou proibir, por medidas de legislação ou de polícia interna, a circulação, a representação ou a exposição de qualquer obra ou produção a respeito das quais a autoridade competente julgue necessário exercer esse direito.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. pp. 116 -117).

sistemas de licenças compulsórias como medida apropriada para evitar o abuso de direitos intelectuais (aí incluídos os direitos autorais)⁴¹³.

É nesse contexto que Sam Ricketson afirma poder ser a imposição de licenças compulsórias a “maneira mais eficaz de prevenir este tipo de abuso” e destaca que

Os direitos privados têm de ser exercidos em conformidade com as prescrições do direito público, e os direitos de autor não são exceção a este princípio geral. Tal como acontece com qualquer exercício de poder, este teria que ser o genuíno objetivo por trás da medida, e não apenas o pretexto para cerceando direitos que os Estados são obrigados a proteger no âmbito da Convenção⁴¹⁴.

Ainda que não pretendamos discorrer sobre o tema aqui, por fugir do escopo desta obra, há que se mencionar que a teoria do abuso de direito guarda também relação com o direito antitruste⁴¹⁵. De todo modo, destaca-se, ao menos, que a nova Lei de Antitruste (Lei nº 12.529/11) substituiu a expressão *patente* por *propriedade intelectual* em seu artigo 38, abrindo a possibilidade, ainda que remota, de instituição de licenças compulsórias inclusive no âmbito do Direito Autoral⁴¹⁶.

⁴¹³ TRIPS: “Artigo 8 (...) 2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia. (...) Artigo 40 (...) 2. (...) Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro.”

⁴¹⁴ RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. *Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003. p. 42. No original: “Nevertheless, in some circumstances, the imposition of compulsory licenses might be the most effective way of preventing this abuse. (...) All private rights have to be exercised in accordance with the prescriptions of public law, and authors’ rights are no exception to this general principle. As with any exercise of power, this would have to be the genuine purpose behind the measure, and not simply the pretext for abridging rights which states are obliged to protect under the Convention.”*

⁴¹⁵ A respeito do tema, NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴¹⁶ BRASIL. Lei nº 12.529/11: “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;”. Sobre o tema, LILLA destaca que a eficácia desse dispositivo no âmbito do Direito Autoral é reduzida, especialmente diante da inexistência de um órgão competente a quem o CADE pudesse direcionar sua recomendação. (LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos da Propriedade Intelectual e o Controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. pp. 260-263).

A menção à Lei de Antitruste é importante, também, em razão de o Anteprojeto de Reforma da LDA ter inserido um artigo específico a respeito do abuso no exercício do direito autoral quando o mesmo vier a gerar infrações à ordem econômica⁴¹⁷.

Vale também ressaltar, com Bruno Lewick, a enorme convergência entre abuso de direito e limitações aos direitos autorais. Para o autor aceitar a teoria de abuso de direitos autorais representaria “a negação da tese da ‘taxatividade’ das limitações, visto que qualquer uso que contrarie a função sócio-econômica de um instituto deve ser proscrito”⁴¹⁸.

Nessa mesma linha, Carlos Affonso Pereira de Souza entende haver

Uma verdadeira contradição entre admitir que o exercício do direito autoral possa ser abusado – ou seja, que ele pode ir contra os vetores da análise funcional, atendendo a interesses que não são legitimados por uma ponderação entre princípios constitucionais – e defender a taxatividade do rol das limitações e exceções constante da LDA⁴¹⁹.

Para finalizar a análise referente ao abuso de direito, destaca-se que Carlos Affonso Pereira de Souza, citando Mario Rotondi, lembra o caráter antecipatório desse fenômeno social que funciona como uma regra “ética” de avaliação de comportamentos em períodos de transição⁴²⁰.

Parece, portanto, oportuno o momento para a ampliação do uso dessa regra do abuso de Direito Autoral, eis que, indubitavelmente, encontramos-nos em um período de transição, em que a situação fática poderá demandar do Direito Autoral uma nova forma de se relacionar com os demais direitos fundamentais protegidos por nosso ordenamento jurídico, lançando mão, inclusive, de instituição de licenças compulsórias para exploração de obras intelectuais, para preservar o direito à justa remuneração dos autores, ainda que seu direito de autorizar (ou recusar) o uso de suas obras passe a ser considerado, em algumas circunstâncias, um desvio de suas funções precípuas.

⁴¹⁷ ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA. “Art. 110-A. O titular de direito autoral, ou seu mandatário, que, ao exercer seu direito de forma abusiva, praticar infração da ordem econômica sujeitar-se-á, no que couber, às disposições da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.” Ressalta-se que a referência à lei anterior é fruto do momento em que o anteprojeto foi divulgado, no primeiro semestre de 2011.

⁴¹⁸ LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor**: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 280.

⁴¹⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso de Direito nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 113.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*. p. 148.

Capítulo III – Estruturação atual do Direito Autoral no Brasil

Carlos Alberto Bittar já afirmava que a estruturação do Direito Autoral é marcada por duas matrizes – a exclusividade do autor e a delimitação no tempo –, noções que revelam as duas ordens de interesses conflitantes dos direitos autorais: o individual (do autor), voltado para a proteção; e o geral (da coletividade), voltado para a fruição da obra⁴²¹.

Eduardo Vieira Manso ressaltava que tanto a extensão das prerrogativas conferidas aos autores quanto as ressalvas e as exceções que a eles se impõem em relação a determinados usos são fundadas no papel cultural do Direito Autoral, revelando a mesma estruturação complexa indicada por Carlos Alberto Bittar⁴²².

A atual Lei de Direitos Autorais não explicita o conceito de que os direitos autorais devam ser ponderados e balanceados com outros direitos constitucionalmente previstos. De toda forma, tal entendimento decorre da própria Constituição. Como visto anteriormente, essas regras que dão os contornos aos direitos autorais no Brasil, definindo escopo, prazo e limites, indubitavelmente, são frutos de um balanceamento entre os direitos autorais e os direitos de acesso à informação, à educação, à cultura, entre outros também protegidos pela Constituição Federal.

Assim, a Lei de Direitos Autorais estabelece que o objeto de proteção do Direito Autoral se limita à forma criativa e original de expressar uma ideia. Além disso, a Lei de Direitos Autorais prevê prazos limitados para a proteção dos direitos patrimoniais, após os quais as obras caem em domínio público. Existe, ainda, uma área de exclusão da proteção e limites às proteções conferidas, na forma de rol taxativo, conforme entendimento majoritário da doutrina brasileira.

Nesse aspecto, dizemos que a ideia está no raio de exclusão da proteção. Também estão nesse mesmo raio de exclusão: procedimentos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos, esquemas, planos ou regras, textos de leis, calendários, nomes e títulos isolados. Vale esclarecer que a exclusão de proteção independe da situação fática.

⁴²¹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 124, jan./dez., 1985.

⁴²² MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 24-25.

Simplesmente, esse tipo de conteúdo não é protegido por Direito Autoral no Brasil. É diferente do que vemos no caso de obra intelectual que merece proteção como regra, mas que em casos especiais deixa de ser protegida por uma limitação imposta ao titular do direito de autor.

No Brasil, o estudo pioneiro sobre as limitações aos direitos autorais foi feito por Eduardo Vieira Manso. Em seu estudo, o autor usa a expressão *exceção* como *gênero* que conteria duas *espécies*: as derrogações e as limitações, sendo as primeiras as relacionadas à tutela de outros direitos conflitantes com os direitos autorais e as segundas relacionadas às tolerâncias impostas aos titulares de direitos quanto ao uso econômico de suas obras⁴²³.

Apesar de preferirmos usar o termo *exceções* para identificar as criações intelectuais que não são objeto de proteção por direitos autorais e o termo *limitações* para designar as limitações intrínsecas (como o prazo de proteção, por exemplo) e as limitações extrínsecas ao sistema (como a utilização de obra intelectual para produção de prova judiciária, por exemplo), é possível que esses termos sejam usados de modo intercambiado.

Nas claras palavras de Ivana Galdino Có Crivelli,

As criações não protegidas não alcançam o *status* de obra por ausência do preenchimento dos pressupostos à proteção autoral. São criações que não chegam a ser consideradas obras literárias, artísticas ou científicas, e, por isso não são protegidas. Enquanto que, o que ocorre com as ‘obras não protegidas’ é a suspensão da eficácia do sistema de Direito Autoral para elas, de acordo com princípios de ordem pública, que buscam harmonizar o ordenamento jurídico, que é composto por diferentes sistemas, para que este possa satisfazer as necessidades do ser humano em sua plenitude⁴²⁴. (grifo do autor)

Assim, pode-se dizer que nos artigos 7 (obras protegidas) e 8 (criações não passíveis de proteção) da Lei de Direitos Autorais está definido o objeto do Direito Autoral. Já nos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais estão as situações em que o direito conferido sofre algum tipo de limite.

É importante apresentar a opinião de José de Oliveira Ascensão no tocante à utilização do termo *limite*. O autor critica o uso dessa expressão em razão de compreender que todo o direito é constituído por regras positivas e negativas. Nas palavras do autor:

⁴²³ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 42-43.

⁴²⁴ CRIVELLI, Ivana Có Galdino. **Direito de autor**: exceções, com ênfase em normas técnicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 48. BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, pp.130-131, jan./dez., 1985.

“assim como não há que se falar de uma propriedade absoluta, também é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado”⁴²⁵. E acrescenta

A atribuição final resulta do jogo dessas regras, positivas e negativas. Não há motivo para considerar exceções as regras limitativas, como se o direito autoral fosse um absoluto do qual só por exceção se pudesse subtrair alguma faculdade; com a consequente aplicação aos limites do regime muito restritivo das regras excepcionais⁴²⁶.

Conclui-se, portanto, que a estruturação do Direito Autoral recorre em igual medida a regras positivas e a regras negativas, “para conciliar os interesses em presença numa unidade que sirva coerente e simultaneamente os interesses gerais, os dos titulares e os do público”⁴²⁷.

A discussão sobre a estruturação atual do Direito Autoral no Brasil e especialmente sobre as limitações já definidas na Lei de Direitos Autorais interessa ao nosso estudo na medida em que muitos autores tratam do tema das licenças compulsórias em conjunto com as limitações. Como será visto na próxima Parte da obra, nosso entendimento é de que as licenças compulsórias têm contornos próprios, não se confundindo com as limitações aos direitos autorais. De qualquer modo, o cenário das limitações já existentes no Direito Autoral Brasileiro indubitavelmente pode influenciar a decisão política de se optar ou não pela instituição de regimes de licença compulsória. Assim, passamos a fazer uma breve análise sobre a questão, tentando identificar em que medida os já mencionados direitos fundamentais constitucionalmente protegidos foram contemplados na atual estruturação das limitações aos direitos autorais, sem contudo pretender fazer uma sistematização criteriosa e completa, o que, aliás, para Bruno Lewick, dificilmente atende a qualquer utilidade prática⁴²⁸.

Sem muita dificuldade, identificamos que o direito à informação está contemplado na limitação contida no artigo 46, inciso I, alíneas a e b da Lei de Direitos Autorais, que

⁴²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 254. BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, pp.130-131, jan./dez., 1985.

⁴²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. pp. 42-43.

⁴²⁷ *Idem, ibidem*. pp. 42-43.

⁴²⁸ LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 110.

permite a reprodução, *pela imprensa*, de notícias, artigos informativos e discursos públicos. Notamos, contudo, juntamente com Guilherme Carboni, que o texto dos referidos dispositivos não é o mais adequado, tendo em vista a pluralidade de empresas e pessoas que atualmente se dedicam à divulgação de notícias⁴²⁹. Assim, seria conveniente que a redação desses dispositivos fosse mais precisa para não haver dúvida quanto à sua aplicação em relação a outros meios de comunicação de notícias além da imprensa tradicional escrita, evitando-se assim uma restrição indevida ao direito à informação.

Identificamos, também, que os direitos de acesso à educação e à cultura podem ser considerados contemplados nos incisos II, III, IV e VI do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, os quais permitem a reprodução de pequenos trechos de obras, a citação para fins de crítica ou polêmica, o apanhado de lições por alunos e a representação teatral para fins didáticos. Nesse aspecto, vale destacar que muitos autores concordam que o inciso II do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais não representa um balanceamento adequado, razoável e proporcional dos direitos constitucionais envolvidos. Por todos, vale mencionar a opinião de Bruno Carneiro Maeda, que ressalta a insuficiência “da atual legislação brasileira para o tratamento adequado da cópia privada, uma vez que, na intenção de coibir a pirataria, a definição da cópia privada acabou por deixar de fora uma série de situações que deveriam ser igualmente reconhecidas” e conclui que “a situação demanda claramente uma reforma legislativa”⁴³⁰.

Podemos reconhecer, ainda, no inciso VII do artigo 46 e nos artigos 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais, o balanceamento dos direitos autorais com o direito de liberdade de expressão artística, eis que todos esses dispositivos permitem o aproveitamento de obras preexistentes, de um ou de outro modo, em novas criações intelectuais, sem a necessidade de prévia autorização do autor da obra primígena. A esse respeito, todavia, é importante destacar que o balanceamento não resultou no equilíbrio ideal. Guilherme Carboni menciona, por exemplo, a ausência de indicação de que o direito de execução e/ou de exibição pública de obras preexistentes incluídas em novas obras com base no inciso VIII do artigo 46 também estaria limitado por esse mesmo inciso. Atualmente, apenas a reprodução é autorizada pelo inciso, resultando ser necessária a autorização do autor da

⁴²⁹ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 166.

⁴³⁰ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 169.

obra originária para que a nova obra contendo trechos da anterior possa ser executada ou exibida publicamente, o que evidencia a incompletude da hipótese⁴³¹.

Finalmente, destacamos não haver, na atual estruturação do Direito Autoral Brasileiro, nenhuma previsão de uso livre remunerado, como existe em diversos outros países, conforme apontado na Parte III desta obra.

Concluindo, mesmo que consideradas as demais hipóteses de usos livres e gratuitos previstos na Lei de Direitos Autorais não citadas nos parágrafos acima, parecem-nos, efetivamente, que a atual estruturação do Direito Autoral no Brasil não atende plenamente o relevante “papel cultural” a ele inerente.

Tanto é assim que, como visto, são diversos os estudos recentes a respeito do tema, havendo, inclusive decisão do Superior Tribunal de Justiça a ilustrar o momento de transição que se presencia. Em acórdão inovador a respeito da cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino reconheceu a necessidade de se assegurar a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos autorais e aplicou ao caso a regra dos três passos, disciplinada pela Convenção de Berna e pelo TRIPS⁴³².

Não é nossa intenção, contudo, defender a não taxatividade do rol de limitações contido na Lei de Direitos Autorais, posição essa que demandaria fundamentação aprofundada que ultrapassaria o escopo do presente estudo. Basta-nos a conclusão de que as hipóteses de limitação existentes não são suficientes e que há espaço no ordenamento

⁴³¹ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 170-171.

⁴³² STJ, REsp nº 964.404 - ES (2007/0144450-5), 3º Turma, DJe: 23/05/2011. Ementa: RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA. I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS. IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor". V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

jurídico brasileiro para adoção de nova estruturação de Direito Autoral, a qual poderá contemplar sistemas de licença compulsória para exploração de obras intelectuais.

Capítulo IV – Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos Autorais

O Ministério da Cultura realizou, entre os anos de 2007 e 2009, uma série de encontros denominada *Fórum Nacional de Direito Autoral*, da qual resultou um Anteprojeto de Reforma da LDA. O intuito era de atualizar e modernizar as regras de proteção aos direitos autorais no Brasil diante das mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas, especialmente a Internet. Já tivemos a oportunidade de afirmar que a divulgação de obras por meio da Internet não está excluída dos conceitos de publicação e comunicação ao público contidos na LDA⁴³³.

Nesse sentido, percebe-se que a intenção da reforma não era deixar claro que as previsões contidas nos capítulos da lei dedicados às sanções às violações dos direitos autorais se aplicam independentemente do meio utilizado para a violação. Ao contrário, a intenção era flexibilizar a proteção e tentar reconhecer a licitude de algumas práticas já instituídas pela sociedade ao arrepio da lei⁴³⁴. Parece ser justamente essa a preocupação de Ascensão quando diz que “a Lei n.º 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que regula actualmente os direitos autorais, quase desconhece a internet.”⁴³⁵.

Firme nesse propósito, em 2010, o Ministério da Cultura apresentou, para consulta pública, o Anteprojeto de Reforma da LDA. Após o período de consulta pública, o texto do Anteprojeto de Reforma foi alterado e novamente apresentado ao público para discussão em 2011. Ambas as versões do anteprojeto trataram, em geral, dos mesmos temas, ainda que de modo e com alcance diferentes, como veremos adiante.

A primeira versão do anteprojeto continha diversas alterações no rol de limitações previsto no artigo 46 da LDA. As principais alterações se referiam a uso privado ou finalidade didática e de acesso à informação. Nessa primeira versão do Anteprojeto, havia

⁴³³ PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. A reforma da Lei 9.610/98 e a responsabilidade de intermediários por violação de direitos autorais na Internet. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. pp. 105-108.

⁴³⁴ Sobre usos ilícitos comumente praticados pela grande maioria dos brasileiros: LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor**: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 254; BRANCO JUNIOR, Sérgio V. **Direitos Autorais na Internet e o uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1 e PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. A reforma da Lei 9.610/98 e a responsabilidade de intermediários por violação de direitos autorais na Internet. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 108.

⁴³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 41.

também sido incluída uma cláusula geral de limitação aos direitos autorais que previa uma espécie de regra dos três passos⁴³⁶.

Na segunda versão do Anteprojeto, o alcance da cláusula geral proposta foi restringido à possibilidade de o Poder Judiciário aplicá-la para, em um caso concreto, autorizar uma utilização de obras em casos análogos às hipóteses de uso livre previstas em lei, desde que atendidas cumulativamente as seguintes condições: não tivesse a finalidade comercial nem intuito de lucro direto ou indireto; não concorresse com a exploração comercial da obra; fossem citados o autor e a fonte, sempre que possível.

Não se tem informação se essa cláusula geral de escopo limitado permanecerá na versão final a ser encaminhada ao Congresso. Todavia, ressalta-se que, como visto no Capítulo I desta Parte da obra, autores como Guilherme Carboni e Bruno Lewick já entendem cabível a interpretação extensiva dos incisos listados no artigo 46 da LDA, com base nos argumentos de ponderação de direitos e de atendimento à função social do Direito Autoral.

Sobre o tema central de nosso estudo, vale mencionar que a primeira versão do Anteprojeto foi excessivamente abrangente, contendo diversas hipóteses de instituição de licenças compulsórias, nele referidas como “não voluntárias”. Com efeito, um mesmo artigo proposto, o artigo 52-B, tratava de hipóteses de concessão de licenças compulsórias para tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas por parte do Presidente da República⁴³⁷.

⁴³⁶ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 1ª Consulta Pública): “Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for: I - para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e II - feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

⁴³⁷ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA. (Versão 1ª Consulta Pública): “Art. 52-B. O Presidente da República poderá, mediante requerimento de interessado legitimado nos termos do § 3º, conceder licença não voluntária e não exclusiva para tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas, desde que a licença atenda necessariamente aos interesses da ciência, da cultura, da educação ou do direito fundamental de acesso à informação, nos seguintes casos: I – Quando, já dada a obra ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público; II – Quando os titulares, ou algum deles, de forma não razoável, recusarem ou criarem obstáculos à exploração da obra, ou ainda exercerem de forma abusiva os direitos sobre ela; III – Quando não for possível obter a autorização para a exploração de obra que presumivelmente não tenha ingressado em domínio público, pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular; IV - Quando o autor ou titular do direito de reprodução, de forma não razoável, recusar ou criar obstáculos ao licenciamento previsto no art. 88-A. (...)”

Inicialmente, é importante destacar que deixar a cargo do Presidente da República a concessão de licenças compulsórias para obras intelectuais desde sempre nos pareceu bastante inadequado. Como visto anteriormente, a concessão de licenças compulsórias é, na maioria dos países, delegada a uma autoridade administrativa vinculada ao Direito Autoral ou à Propriedade Intelectual.

O inciso I desse artigo proposto 52-B tratava de obra (que não de artes visuais e programas de computador) já dada ao conhecimento do público há mais de cinco anos e que não estivesse disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público.

Nesse sentido, é válido destacar que a expressão “quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público” era muito vaga, eis que dependendo do mercado a que se estiver pretendendo atender a “quantidade suficiente” poderá ser diferente. Especialmente para obras de nicho, cujas edições costumam ter número de exemplares inferior às edições de obras sobre temas mais genéricos e de *best sellers*, há a necessidade de se ter maior especificidade na regra para evitar a possibilidade de concessão de uma licença compulsória indevidamente. Há que se ponderar, ainda, a evolução tecnológica e a presença mais frequente de edições inesgotáveis, pois a impressão de cada exemplar é feita sob demanda ou o acesso à obra é eletrônico. Desse modo, o conceito de “quantidade” não seria mais adequado, sendo necessário que se construísse um parâmetro relacionado à *capacidade de atendimento do mercado*, independentemente de se falar em quantidade de exemplares disponíveis.

Além disso, seria muito importante que expressamente se indicasse como justificável o não abastecimento do mercado em razão de se encontrar a obra em fase de atualização, de preparação de nova edição ou de reimpressão, ainda que se limitasse o período de desabastecimento a dois anos contados a partir do momento em que o interessado em obter a licença tenha consultado os titulares e obtido resposta negativa por motivo de atualização, nova edição ou impressão.

No tocante às regras procedimentais para as licenças compulsórias que constavam dos parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do proposto artigo 52-B⁴³⁸, é importante destacar que

⁴³⁸ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA. (Versão 1ª Consulta Pública): “Art. 52-B (...) § 1º No caso das artes visuais, aplicam-se unicamente as hipóteses previstas nos incisos II e III. § 2º Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem

previam: o pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular, na forma de regulamento que seria definido; que a licença deveria ser requerida por pessoa com legítimo interesse, capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente da obra, que deveria destinar-se ao mercado interno; que o requerente deveria comprovar ter solicitado autorização para exploração da obra, a qual lhe teria sido recusada de modo não razoável; a impossibilidade de concessão da licença se houvesse conflito com os direitos morais do autor; e que o licenciado deveria obedecer ao prazo para iniciar a exploração da obra, sob pena de caducidade da licença.

Apesar de buscar delinear minimamente as condições para a concessão de licenças compulsórias, tais parágrafos faziam referência a expressões subjetivas como “recusa não razoável” e “usos e costumes do mercado” para a definição de remuneração por autorização para exploração da obra. É fato que obras diferentes e de autores diversos dificilmente costumam ser licenciadas por valores equivalentes. Assim, a premissa adotada parecia equivocada.

Algumas regras adicionais constavam dos artigos 52-C e 52-D da primeira versão do Anteprojeto⁴³⁹, das quais vale destacar a exigência de que o ato de concessão da licença

adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão. § 3º A licença de que trata este artigo só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente da obra, que deverá destinar-se ao mercado interno. § 4º Sempre que o titular dos direitos possa ser determinado, o requerente deverá comprovar que solicitou previamente ao titular a licença voluntária para exploração da obra, mas que esta lhe foi recusada ou lhe foram criados obstáculos para sua obtenção, de forma não razoável, especialmente quando o preço da retribuição não tenha observado os usos e costumes do mercado. § 5º Salvo por razões legítimas, assim reconhecidas por ato do Ministério da Cultura, o licenciado deverá obedecer ao prazo para início da exploração da obra, a ser definido na concessão da licença, sob pena de caducidade da licença obtida. (...) § 7º Fica vedada a concessão da licença nos casos em que houver conflito com o exercício dos direitos morais do autor.”

⁴³⁹ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA. (Versão 1ª Consulta Pública): “Art. 52-C. O Poder Executivo, observado o disposto nesta Lei, disporá, em regulamento, sobre o procedimento e as condições para apreciação e concessão da licença não voluntária de que trata o art. 52-B, com obediência aos preceitos do devido processo legal. § 1º O requerimento de licença não voluntária será dirigido ao Ministério da Cultura, acompanhado da documentação necessária, nos termos do regulamento. § 2º Caberá ao Ministério da Cultura, na forma do regulamento, oportunizar ao autor ou titular da obra o direito à ampla defesa e ao contraditório. § 3º Se não houver necessidade de diligências complementares ou após a realização destas, o Ministério da Cultura elaborará parecer técnico, não vinculativo, e o encaminhará, juntamente com o processo administrativo referente ao requerimento, para apreciação do Presidente da República. § 4º Da decisão que conceder a licença não voluntária caberá pedido de reconsideração, recebido apenas no efeito devolutivo, para que, no prazo de até quinze dias contado do recebimento desse pedido, seja proferida decisão definitiva. § 5º O ato de concessão da licença não voluntária deverá estabelecer, no mínimo, as seguintes condições, além de outras previstas em regulamento: I - o prazo de vigência da licença; II - a possibilidade de prorrogação; e III - a remuneração ao autor ou titular da obra pelo licenciado. § 6º O regulamento deverá estabelecer a forma de recolhimento e destinação dos recursos pagos pelo licenciado a título de remuneração, na hipótese de licença não voluntária decorrente do inciso III do art. 52-B. § 7º É vedada a cessão, a transferência ou o substabelecimento da licença não voluntária. § 8º As obrigações

compulsória deveria estabelecer: o prazo de vigência da licença; a possibilidade de prorrogação; e a remuneração ao autor ou titular da obra pelo licenciado. Além disso, estipulava-se que seria vedada a cessão da licença compulsória.

Com relação à compatibilidade dos propostos artigos 52-B, 52-C e 52-D com as Convenções Internacionais⁴⁴⁰, lembramos que os textos revisados da Convenção Universal e da Convenção de Berna, ambos de 1971, não excluíram a possibilidade de um país membro da Convenção Universal fazer uso do sistema de licenças compulsórias como originariamente previsto no artigo V da Convenção Universal, que se referia apenas à tradução. Lembramos, ainda, que as previsões do Anexo da Convenção de Berna e dos artigos *V-ter* e *V-quarter* da Convenção Universal somente podem ser instituídas em países em desenvolvimento, sendo certo que o Brasil nunca pleiteou tal *status* junto à OMPI e, caso viesse a pleitear, provavelmente não atenderia aos critérios estabelecidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Especificamente no tocante à tradução, portanto, essa hipótese constante do proposto artigo 52-B, inciso I, não estava de acordo com a Convenção Universal, por três razões. Primeiramente, referido inciso mencionava o prazo de cinco anos, ao invés de sete anos, conforme previsto no artigo V, parágrafo 2a da Convenção Universal. Além disso, o inciso não vinculava esse prazo ao momento em que a obra deixou de estar disponível, mas ao momento em que a obra havia sido publicada. Finalmente, não usava a expressão *esgotada*, e sim a expressão “não disponível em quantidade suficiente”, que é mais subjetiva.

Havia, ainda, discrepância nas questões relativas aos critérios para a fixação da remuneração, eis que não eram mencionados os costumes internacionais, nem a exigência de que a remuneração fosse justa. Prevvia-se, ao contrário, que o interesse público fosse ponderado, dando a impressão de que o valor da remuneração devia ser substancialmente inferior ao que seria definido em caso de licença obtida por meio de negociação entre as partes.

remuneratórias do licenciado para com o autor ou titular cessam quando a obra cair em domínio público. Art. 52-D. Durante o período de sua vigência, a licença não voluntária poderá ser revogada quando: I - o licenciado deixar de cumprir com as condições que o qualificaram; ou II - houver descontinuidade do pagamento da remuneração ao autor ou titular da obra. Parágrafo único. A revogação da licença poderá ser de ofício ou mediante requerimento do autor ou titular da obra ou do Ministério Público, na forma definida em regulamento.”

⁴⁴⁰ As regras previstas nas Convenções Internacionais a respeito de licenças compulsórias foram estudadas detalhadamente na Parte III dessa obra.

Apesar de o artigo em questão mencionar genericamente a vedação da concessão da licença em caso de conflito com os direitos morais do autor, não constava expressamente, como consta da Convenção Universal, que: a tradução da obra deveria ser correta; que o título original e o nome do autor da obra deveriam constar nos exemplares traduzidos e que a licença não poderia ser concedida se o autor tivesse retirado de circulação os exemplares da obra original. Vale lembrar que, mesmo se estivesse totalmente de acordo com a Convenção Universal, o inciso I do artigo proposto 52-B somente poderia ser invocado para tradução de obras não protegidas pela Convenção de Berna.

Entendemos ter sido louvável a intenção de transportar para a legislação nacional o instituto das licenças compulsórias para tradução já consagrado na Convenção Universal. Contudo, faltou discussão a respeito do tema e houve falhas na técnica de redação do artigo 52-B, que era demasiadamente abrangente e previa o instituto em relação a outros direitos de autor além do próprio direito de tradução. Ademais, os artigos 52-B, 52-C e 52-D não especificavam que a licença compulsória para tradução só poderia ser concedida para que obras estrangeiras escritas em idiomas diferentes do português fossem traduzidas para esse idioma, que é de uso geral no Brasil. Silmara Juny de Abreu Chinellato indica, inclusive, esse ponto da aparente abrangência de obras nacionais e estrangeiras em um mesmo artigo como uma das falhas de redação do anteprojeto⁴⁴¹.

De fato, ao analisarmos os incisos II, III do artigo proposto 52-B, percebemos que pretendiam tratar de hipóteses totalmente distintas entre si e da até aqui analisada⁴⁴².

O inciso II do referido artigo previa a possibilidade de instituição de licença compulsória se o titular de direitos autorais, de forma não razoável, recusasse ou criasse obstáculos à exploração da obra, ou ainda se exercesse de forma abusiva os direitos sobre ela.

Essa hipótese não parece se limitar a obras estrangeiras, ao contrário, parece realmente dizer respeito a obras e autores nacionais, em moldes semelhantes aos previstos no artigo 6º da Lei de Propriedade Intelectual da Argentina. Lá, contudo, a lei delimitou

⁴⁴¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Anteprojeto de alteração da Lei de Direito Autoral – a proteção do autor e as licenças não voluntárias. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013. p. 250.

⁴⁴² Vale destacar que o inciso IV do referido artigo 52-B tratava de mais um tema diferente, ligado à reprografia. Contudo, a análise desse inciso será feita juntamente com a análise da questão da reprografia ao final deste Capítulo.

adequadamente a hipótese, o que permite concluir se tratar de caso em que os interesses dos titulares de direitos autorais e os interesses do público de fazer uso do patrimônio cultural colidem⁴⁴³. Vale destacar, ainda, que na Argentina a hipótese está limitada a abuso por parte dos herdeiros, não se referindo a atitudes do próprio autor.

Na hipótese do anteprojeto brasileiro (que não se limitava a atos praticados pelos herdeiros do autor), além da já criticada subjetividade da expressão “recusa não razoável”, a falta de especificação dos *tipos de obra* abrangidos e dos *tipos de exploração* para os quais a licença poderia ser obtida dificultava também a interpretação do que seria considerado exercício abusivo por parte dos titulares de direitos autorais. Ainda que sejamos favoráveis ao combate do abuso de direito, como já mencionamos anteriormente, entendemos que essa hipótese de licença compulsória precisaria ser muito bem delineada, para que, mesmo sem decorrer diretamente do interesse coletivo no desenvolvimento cultural e no acesso à informação dos cidadãos do país, fosse compatível com as Convenções Internacionais⁴⁴⁴.

Já o inciso III do proposto artigo 52-B do Anteprojeto tratava das obras órfãs, apesar de não se referir expressamente a essa nomenclatura. Para que não paire dúvidas, é importante distinguir obra órfã da obra anônima: na primeira há impossibilidade de localização do autor ou do titular dos direitos; na segunda há o desconhecimento da identidade do autor⁴⁴⁵. Como explica Denis Borges Barbosa, existem duas situações diferentes. A primeira ocorre quando “não se sabe quem é o autor; tem-se aí o artigo 40, que diz: tratando-se de obra anônima ou pseudônima caberá a quem publicar o exercício de direitos patrimoniais de autor. Se o autor aparecer, ele assumirá o exercício de direitos patrimoniais (...)” e a segunda, quando não se sabe quem é o titular. Sabe-se quem é o autor, mas não se sabe a quem pedir autorização⁴⁴⁶.

Percebe-se, assim, a extrema importância de se redigir cuidadosamente um dispositivo legal que pretenda tratar de tema tão complexo quanto o das obras órfãs. Ora, nos Estados Unidos o tema tem demandado estudos por mais de uma década sem que se

⁴⁴³ VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. **Limitaciones al derecho de autor en la Ley de derecho de autor argentina nº 11.723**. p. 110 Disponível em <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/93a122_limitaciones.pdf>. Acesso em 16 jun. 2012.

⁴⁴⁴ Os parâmetros que entendemos adequados para definir se uma hipótese de licença compulsória respeita ou não os Tratados Internacionais serão analisados mais adiante nesta obra.

⁴⁴⁵ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 153.

⁴⁴⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Domínio público e obras órfãs**. pp. 2-3. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

chegue a uma definição. Na Europa, após muita discussão, chegou-se apenas a um consenso parcial sobre o assunto, já que a Diretiva 2012/28/UE trata somente do uso de obras órfãs para fins educacionais e de disseminação cultural⁴⁴⁷. Como visto na Parte III desta obra, sequer há uma tendência no direito estrangeiro em se tratar o tema das obras órfãs apenas por meio da instituição de licenças compulsórias, havendo situações que o uso livre e gratuito é considerado justificável.

Com isso, pareceu-nos falha a redação do inciso III do referido artigo 52-B do Anteprojeto, ao não definir se a licença compulsória para obras órfãs abrangeria todo e qualquer uso de tais obras, ou se seria limitada a usos com finalidade comercial, bem como ao deixar de distinguir propriamente a impossibilidade de se localizar o *autor* da obra da impossibilidade de se identificar ou localizar o *titular de direitos* sobre a obra. Ademais, como a hipótese estava prevista em um inciso inserido em artigo que tratava de diversas outras hipóteses de licença compulsória, questões específicas relacionadas às obras órfãs haviam sido omitidas, tais como a exigência de comprovação de busca diligente por parte do requerente da licença em relação ao titular da obra e a indicação das consequências no caso de reaparecimento do titular.

Já na segunda versão do Anteprojeto, divulgada em 2011, as hipóteses de licenças compulsórias inicialmente previstas conjuntamente em um único artigo (52-B) foram divididas em três dispositivos diferentes, tendo sido excluída a hipótese mais abrangente contida no inciso I. Foram também excluídos os artigos 52-C e 52-D, tendo sido mantidas algumas das regras procedimentais neles previstas apenas para a hipótese de licença compulsória para obras órfãs, como será visto adiante.

Manteve-se o artigo 52-B apenas para a hipótese de abuso de direito⁴⁴⁸, antes prevista no inciso II do artigo 52-B da primeira versão. O novo texto do artigo 52-B prevê que o Poder Judiciário, não mais o Presidente da República, poderá autorizar o uso de obras literárias ou de artes visuais se herdeiros ou sucessores do autor da obra excederem os limites de seus direitos e prejudicarem o acesso ou fruição da obra por parte da

⁴⁴⁷ O tema das obras órfãs foi estudado com mais detalhes na Parte III dessa obra.

⁴⁴⁸ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA. (Versão 2ª Consulta Pública): “Art. 52-B. O Poder Judiciário poderá autorizar o uso de obras literárias ou de artes visuais sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o herdeiro ou sucessor do autor da obra exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, prejudicando o seu acesso ou fruição pela sociedade. § 1º A autorização prevista no caput presume-se onerosa, cujo valor será arbitrado pela autoridade judicial competente. § 2º Os legitimados para propositura das ações previstas no art. 5º da Lei no 7347, de 24 de julho de 1985, poderão pleitear a autorização prevista no caput sempre que houver lesão, ou ameaça de lesão, a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.

sociedade. O parágrafo primeiro do referido artigo afirma que a autorização será onerosa e que o valor será arbitrado pela autoridade judicial competente. O parágrafo segundo faz referência à possibilidade de a autorização ser pleiteada por entidades legitimadas a propor ação civil pública quando estiver caracterizada lesão, ou ameaça de lesão, a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Destaca-se que o artigo deixou de fazer referência ao instituto da licença compulsória e passou a tratar a hipótese como simples autorização. Chama-se a atenção também para o fato de o dispositivo limitar a possibilidade de autorização para casos de abusos praticados por herdeiros ou sucessores do autor da obra, em oposição à previsão anterior que permitia a alegação de abuso em face dos próprios autores de uma obra.

Em nossa opinião, o novo artigo 52-B, se transformado em lei, não traria grande inovação ao ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, com base na ponderação de direitos constitucionais e na teoria do abuso de direito, já é possível levar ao Poder Judiciário situações de conflito com herdeiros e sucessores de autores e, uma vez demonstrado o excesso deles no exercício de seus direitos sobre uma obra, obter a declaração judicial de que o uso que se pretende fazer, mediante a remuneração oferecida, é plenamente lícito. Há, inclusive, mecanismos judiciais que permitem o depósito dos valores junto à vara competente, se houver dificuldade para a realização do pagamento diretamente aos titulares. No tocante à menção feita pelo parágrafo segundo do artigo, acreditamos também ser redundante em razão da previsão expressa dos “bens e direitos de valor artístico e estético” no artigo 1º, inciso III da própria Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 e da abrangência da expressão “cumprimento de obrigação de fazer” contida no artigo 3º daquela lei, que já engloba eventual pedido de obrigação de autorizar a exploração de uma obra.

De toda forma, há que se ressaltar a importância desse tipo de dispositivo para que haja maior conscientização a respeito da necessidade de que também os direitos autorais sejam exercidos de forma regular, sem abusos. Nesse aspecto, ainda que mereça elogios a ideia de se trazer parâmetros para o delineamento do que pode ser considerado abuso no exercício de direitos patrimoniais, o texto do novo artigo 52-B poderia ter feito uma simples remissão ao artigo 187 do Código Civil.

Ainda a respeito do novo artigo 52-B, é de se ressaltar que nele são mencionadas expressamente as obras literárias e as de artes visuais, o que confirma a ideia de que a licença compulsória não havia realmente sido imaginada para as obras musicais, ainda que

a Convenção de Berna permita a instituição de licenças compulsórias para gravação e radiodifusão, como já visto.

A questão das obras órfãs, que havia sido tratada de modo muito superficial na primeira versão do Anteprojeto (inserida no inciso III do artigo 52-B), mereceu mais atenção na segunda versão. Há, agora, um capítulo específico sobre o tema, devidamente denominado “DA OBRA ÓRFÃ”, do qual consta o artigo 52-D⁴⁴⁹. O referido artigo prevê que a exploração de obra presumivelmente não caída em domínio público, cuja autorização de uso não se consiga obter pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular, será objeto de uma licença compulsória. Destaca-se aqui a manutenção da redação pouco clara a respeito da impossibilidade de se localizar o autor e identificar ou localizar o titular. É preciso sempre ponderar se não se consegue identificar o autor porque a obra é anônima ou pseudônima, já que nesses casos a LDA indica que cabe a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor (artigo 40 da LDA), sendo desnecessário se buscar a identificação do autor, desde que se conheça e se localize o responsável pela publicação. Também é importante avaliar se o autor é desconhecido nos termos do artigo 45 da LDA, o que significaria que a obra pertenceria ao domínio público. Por essas razões, em nossa opinião, o artigo 52-D não deveria ter mencionado a palavra autor ou deveria ter mencionado apenas a questão da não localização do autor, e não a questão da não identificação do autor, para evitar a duplicação de regulamentação a respeito de situações já contempladas pela LDA.

O artigo 52-D estabelece que a licença será concedida pelo Ministro da Cultura, que pode ser considerado uma autoridade administrativa vinculada ao Direito Autoral,

⁴⁴⁹ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 2ª Consulta Pública): “Art. 52-D. A exploração de obra que presumivelmente não tenha ingressado em domínio público, cuja autorização de uso não se puder obter pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular, deve ser objeto de uma licença não exclusiva a ser concedida pelo Ministro da Cultura, mediante requerimento de interessado, em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela. § 1º O requerente deverá comprovar que fez uma busca razoável e de boa fé pelo autor, quando identificável, ou apresentar provas da incapacidade de identificá-lo. § 2º A licença a ser concedida sujeita-se ao pagamento de remuneração arbitrada pelo Poder Público, observado os usos e costumes. § 3º O licenciado será depositário do valor referente à remuneração prevista no § 2º e deverá repassá-lo: I - ao autor ou titular, quando da sua identificação e localização; e II – ao Fundo Nacional de Cultura, após decorridos 10 anos da concessão da licença § 4º É vedada a cessão, a transferência ou o substabelecimento da licença prevista neste artigo; § 5º O licenciado ficará investido de todos os poderes para agir em defesa da obra. § 6º Durante o período de sua vigência, a licença poderá ser revogada quando: I – o licenciado deixar de cumprir com as condições que o qualificaram; II – o autor ou titular for identificado e localizado; III - houver descontinuidade do pagamento da remuneração prevista no § 2º; ou IV – a obra cair em domínio público. § 7º As disposições deste capítulo não se aplicam a programas de computador.”

portanto, uma opção mais sensata do que a anteriormente prevista (Presidente da República). Estabelece, também, ser vedada a transferência da licença em questão, mantendo, para as obras órfãs, a regra antes prevista no artigo 52-C e válida para todas as hipóteses de licenças constantes da primeira versão do artigo 52-B.

A respeito dos requisitos para a concessão da licença compulsória, a redação do artigo 52-D parece ter sido feliz, eis que contemplou a exigência de comprovação de busca razoável e de boa fé pelo autor (quando identificável) ou de provas da incapacidade de identificá-lo. Apenas seria conveniente, nos termos do que já foi esclarecido acima, a substituição da *busca pelo autor* por *busca pelo titular*.

A redação do artigo também parece ter sido adequada ao indicar como hipóteses para revogação da licença: a) a falta de qualificação superveniente do licenciado (ainda que a lei não indique claramente quais são as condições que o qualificam); b) a identificação e localização do titular ou do autor (nesse caso a manutenção das duas figuras – titular e autor – parece salutar), e o ingresso da obra em domínio público (sendo óbvio que, se a queda da obra em domínio público for previsível no momento da concessão da licença, esta já deveria ser concedida apenas pelo prazo remanescente de vigência dos direitos autorais).

Há, contudo, uma das hipóteses de revogação que merece um comentário mais detido: a descontinuidade do pagamento da remuneração estipulada⁴⁵⁰. Ora, o parágrafo 3º do artigo 52-D determina que o licenciado será depositário do valor referente à remuneração e somente deverá repassá-lo ao autor ou ao titular, quando da sua identificação e localização, sendo que, se após 10 anos da concessão da licença o autor ou o titular ainda não tiverem sido localizados, o valor deverá ser transferido ao Fundo Nacional de Cultura. Desse modo, percebe-se que a hipótese de revogação em tela somente ocorrerá se a remuneração já tiver que ser transferida, ou após a primeira transferência, tiver que ser paga periodicamente ao Fundo Nacional da Cultura, pois se ainda não tiverem passado os 10 primeiros anos da concessão da licença e o autor ou o titular forem localizados, a revogação ocorrerá não pela hipótese de descontinuidade de pagamento, mas pela hipótese de identificação e localização do autor.

⁴⁵⁰ Essa hipótese de revogação já constava do texto do artigo 52-D da primeira versão do Anteprojeto, juntamente com a hipótese do descumprimento das condições que qualificam o requerente, sendo certo que as outras duas hipóteses (localização do autor ou do titular e queda da obra em domínio público) não constavam inicialmente desse artigo. Talvez por essa razão a redação final tenha ficado um pouco confusa, merecendo os esclarecimentos que passamos a fazer.

Sobre a questão da remuneração, é relevante destacar que o artigo 52-D estabelece que ela será arbitrada pelo Poder Público, observado os usos e costumes; porém não há exigência de que a remuneração seja *equitativa*. Assim, seria conveniente esse pequeno ajuste no parágrafo 2º do referido artigo.

Em resumo, a nova versão proposta de licenças compulsórias para obras órfãs parece mais adequada do que a anterior, mas ainda necessitaria de algumas modificações para evitar dificuldades em sua implementação. Além disso, seria importante que fossem também consideradas outras formas de solução para a questão das obras órfãs, especialmente se o uso que se pretenda fazer da obra não for comercial, hipótese em que se poderia imaginar mais propícia uma solução que independesse de remuneração pelo período em que o titular e o autor não se fizeram localizáveis.

Esse tipo de abordagem está contemplada nas propostas em estudo nos Estados Unidos e na Diretiva 2012/28/UE. No Brasil, Denis Borges Barbosa já apresentou sugestão de texto legal seguindo essa mesma linha de pensamento⁴⁵¹, a qual, porém, parece não ter sido considerada pelos elaboradores do Anteprojeto.

A especificação dos tipos de obra e dos usos para os quais a licença compulsória poderia ser pleiteada também seriam convenientes para tornar o sistema proposto definitivamente compatível com as Convenções Internacionais.

Analisadas as duas primeiras hipóteses de licenças compulsórias previstas na segunda versão do Anteprojeto (artigos 52-B e 52-D), resta-nos avaliar a terceira hipótese, a qual está relacionada à tentativa de solucionar a questão da reprografia, retirada do inciso

⁴⁵¹ BARBOSA, Denis Borges. **Domínio público e obras órfãs**. pp. 2-3. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013. Nesse texto, o autor faz a seguinte sugestão de alteração na LDA: “Art. 45-A - O interessado na exploração de obra de que não se saiba o titular, após tentar, de boa fé e através dos meios razoavelmente disponíveis, determinar a quem cabe dar a autorização prevista no art. 29: I - solicitará ao órgão de registro designado na forma do art. 17 da Lei 5.998/73 que consigne seu interesse em assento específico, para efeitos de publicidade, procedendo-se conforme dispuser o regulamento; II – Após noventa dias da publicidade prevista no inciso anterior, poderá iniciar a exploração nos termos deste artigo. § 1o. – A exploração da obra a que se refere o caput, efetuada pelo interessado que tiver notificado sua intenção de explorar, não configurará ilícito penal, nem fará incidir as sanções civis do Título VII desta Lei, enquanto se mantiver em boa fé. § 2o. - Aplicar-se-á também o regime deste artigo aos casos previstos no art.40, e ao autor desconhecido referido no art.45, II, quando o interessado na exploração optar pela notificação de sua intenção de explorar. § 3o - A exploração efetuada na forma deste artigo, em relação a obra que deixou de ser inédita há mais de cinquenta anos, só será obstada por decisão judicial transitada em julgado. § 4o. – Ao titular que suscitar seus direitos em face de obra explorada na forma deste artigo será assegurada justa remuneração, nos termos do art. 57, por quem dela tenha feito uso comercial, ressalvados os direitos adquiridos por terceiros, inclusive o acesso do público às obras derivadas. § 5o. – O órgão a quem couber o assento, no caso de fundada dúvida quanto à satisfação dos requisitos do caput, poderá fazer as exigências previstas no regulamento, ou submeter a questão ao Juiz competente, aplicando-se o art. 156 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973”.

IV do artigo 52-B da primeira versão do Anteprojeto e transferida para o artigo 88-B da segunda versão.

Destaca-se que, na primeira versão do Anteprojeto, o tratamento dado à questão da reprografia era pouco técnico, pois parecia reconhecer aos titulares apenas um direito de remuneração, conforme inciso I do artigo 88-A⁴⁵². Todavia, o inciso II e os parágrafos daquele artigo, em vez de estipularem as regras para a definição da remuneração, apenas trataram de sua arrecadação e distribuição⁴⁵³. Desse modo, a atividade comercial de reprodução de obras literárias, artísticas e científicas, realizada por meio de fotocopiadora ou de processos assemelhados continuava dependente de autorização e negociação de valores com os titulares das respectivas obras. Tanto é assim que o inciso IV do artigo 52-B da primeira versão do Anteprojeto estabelecia a possibilidade de licença compulsória caso a autorização fosse recusada de forma não razoável ou fossem criados obstáculos ao licenciamento voluntário previsto no artigo 88-A.

Já a segunda versão do Anteprojeto aprimorou a técnica legislativa dada ao tema da reprografia, concentrando nos artigos 88-A e 88-B as questões sobre direitos (autorização, remuneração e fiscalização) e sobre a possibilidade de instituição de licença compulsória em caso de abuso por parte dos titulares, remetendo as questões de

⁴⁵² BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 1ª Consulta Pública): “Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas e científicas, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, deve observar as seguintes disposições: I - A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29.”

⁴⁵³ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 1ª Consulta Pública): “Art. 88-A. (...) II - Os estabelecimentos que ofereçam serviços de reprodução reprográfica mediante pagamento pelo serviço oferecido deverão obter autorização prévia dos autores ou titulares das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os representem; § 1º Caberá aos responsáveis pelos estabelecimentos citados no inciso II do caput manter o registro das reproduções, em que conste a identificação e a quantidade de páginas reproduzidas de cada obra, com a finalidade de prestar tais informações regularmente aos autores, de forma a permitir-lhes a fiscalização e o controle do aproveitamento econômico das reproduções; § 2º A arrecadação e distribuição da remuneração a que se refere este capítulo serão feitas por meio das entidades de gestão coletiva constituídas para este fim, as quais deverão unificar a arrecadação, seja delegando a cobrança a uma delas, seja constituindo um ente arrecadador com personalidade jurídica própria, observado o disposto no Título VI desta Lei; § 3º Cabe ao editor receber dos estabelecimentos previstos no inciso II do caput os proventos pecuniários resultantes da reprografia de obras literárias, artísticas e científicas e reparti-los com os autores na forma convencionada entre eles ou suas associações, sendo que a parcela destinada aos autores não poderá ser inferior a cinquenta por cento dos valores arrecadados; § 4º Os titulares dos direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à entidade a que estiverem filiados.”

arrecadação e de distribuição da remuneração para o Título VI da LDA, que já tratava de associações de gestão coletiva de direitos autorais⁴⁵⁴.

De acordo com o novo artigo 88-A⁴⁵⁵, portanto, a atividade comercial de reprodução de obras somente poderá ser realizada mediante autorização prévia dos autores e titulares de direitos das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os represente, sendo exigido dos estabelecimentos a manutenção do registro das reproduções, em que conste a identificação e a quantidade de páginas reproduzidas de cada obra, com a finalidade de prestar tais informações regularmente aos autores, de forma a permitir-lhes a fiscalização e o controle do aproveitamento econômico das reproduções. Pelo artigo 88-B introduzido na segunda versão do Anteprojeto, o Poder Judiciário poderá autorizar a reprografia de obras literárias quando ficar caracterizado o abuso do titular de direitos ou da gestão coletiva que o represente. Vale destacar, como já mencionado em nossa análise a respeito do artigo 52-B, que o artigo 88-B reproduziu todos os parâmetros para a definição do abuso contidos no artigo 187 do Código Civil, o que poderia ter sido substituído por uma mera referência a esse artigo.

A respeito da opção feita pelos elaboradores do Anteprojeto em tratar a questão da reprografia com base apenas nas situações de configuração de abuso por parte dos titulares,

⁴⁵⁴ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 2ª Consulta Pública): “Art. 99-B. A arrecadação e distribuição da remuneração a que se refere o artigo 88-A será feita por meio das associações de gestão coletiva constituídas para este fim, as quais deverão unificar a arrecadação, seja delegando a cobrança a uma delas, seja constituindo um ente arrecadador com personalidade jurídica própria. §1º - A entidade de gestão coletiva responsável pela cobrança, ou o órgão arrecadador criado pelas entidades, atuará em juízo e fora dele em seu próprio nome como substituto processual dos titulares de direitos a ele vinculado. § 2º - A parcela destinada aos autores não poderá ser inferior a cinquenta por cento dos valores arrecadados pela entidade arrecadadora prevista no **caput**, deduzida as despesas de administração” (grifo no original).

⁴⁵⁵ BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LDA (Versão 2ª Consulta Pública): “Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas ou científicas que não estiverem em domínio público, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, somente poderá ser realizada mediante autorização prévia dos autores e titulares de direitos das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os represente, observadas as seguintes disposições: I - A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29; e II - Caberá aos responsáveis pelos estabelecimentos que ofereçam serviços de reprodução reprográfica nos termos definidos no caput manter o registro das reproduções, em que conste a identificação e a quantidade de páginas reproduzidas de cada obra, com a finalidade de prestar tais informações regularmente aos autores, de forma a permitir-lhes a fiscalização e o controle do aproveitamento econômico das reproduções. Art. 88-B. O Poder Judiciário poderá autorizar a reprografia de obras literárias sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o titular dos direitos de reprodução ou a respectiva associação de gestão coletiva exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou impeça o exercício do direito constitucional à educação. § 1º A autorização prevista no caput presume-se onerosa, cujo valor será arbitrado pela autoridade judicial competente. § 2º Os legitimados para propositura das ações previstas no art. 50 da Lei no 7347, de 24 de julho de 1985, poderão pleitear a autorização prevista no caput sempre que houver lesão, ou ameaça de lesão, a direitos Difusos, coletivos ou individuais homogêneos.”

é importante lembrar que, na década de 1970, Carlos Alberto Bittar se debruçou sobre o tema, quando a reprografia era o mais grave desafio ao direito exclusivo de reprodução de obras intelectuais. Diante da situação complexa, o autor sugeriu que fosse tomado “um conjunto de medidas, consubstanciadas em fixação de princípios, regras e fórmulas de práticas, partindo da instituição de licença legal, dada a verdadeira indiscriminada avalanche de reprodução que se fazem a cada passo, em todas as partes do mundo”. Como sugestões para enfrentar a situação, o autoralista enunciava: a) a fixação da necessidade de participação do Autor ou titular dos Direitos de exploração econômica da obra (editor, concessionários e outros) na reprodução, por qualquer processo, de sua produção intelectual; b) a possibilidade de instituição de regime de licença legal para a reprografia (incluindo-se microfilmagem, computação, gravação), em que se conciliariam os interesses dos titulares com a difusão da cultura; c) o controle das cópias extraídas, mediante: registro das máquinas reprodutivas e das instituições que as possuírem ou locarem; d) fixação da remuneração do Autor por folha extraída e de conformidade com os preços previamente fixados pela entidade controladora, depois de estudos específicos em cada setor (livros, fitas, discos etc); e) instituição de formulário especial para anotação de pedidos de cópias, com a indicação da obra, do Autor, do número de cópias reproduzidas e remuneração devida, cobrada na fonte pela entidade extratora; f) recolhimento mensal através de documentos próprios ao órgão ou entidade arrecadadora (estatal ou privada, conforme o caso); g) atribuição de competência a uma entidade (estatal ou privada) para a arrecadação e a distribuição desses Direitos a seus titulares; e h) destinação do produto da arrecadação a fundo Especial para Assistência a Autores (a exemplo do fundo de Direito Autoral existente entre nós: Lei 5.988/73, art. 199 e 120) quando desconhecido ou não encontrado o autor ou titular de Direitos, quando do domínio público a obra⁴⁵⁶.

Parece-nos, portanto, que a opção adotada pelo Anteprojeto foi um pouco tímida, frente às possibilidades já estudadas no Brasil e que têm sido adotadas em outros países pois, dada a ponderação dos direitos envolvidos, seria plenamente justificável a instituição de um sistema de licença compulsória ou mesmo de licença legal, como defendido por Carlos Alberto Bittar, o qual poderia ser considerado compatível com as Convenções Internacionais se se limitasse a certos casos especiais e não causasse prejuízos injustificados aos titulares de direitos autorais.

⁴⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. pp. 29-30.

Essa não pareceu ser a opinião de Simone Lahorgue Nunes ao se posicionar frente ao capítulo de licenças compulsórias incluído na primeira versão do Anteprojeto de reforma da LDA, tendo chegado a afirmar que o capítulo estava em total descompasso com as disposições dos Tratados Internacionais relacionados a Direito Autoral dos quais o Brasil faz parte. A autora alega, para fundamentar sua opinião, que a jurisprudência europeia e norte-americana restringe a utilização de licença compulsória a situações especiais em que determinados bens intelectuais (*softwares* e bases de dados) se apresentam como instrumentos indispensáveis para que se estabeleça a concorrência em certo mercado relevante ou para coibir prática abusiva por parte do titular de tais bens⁴⁵⁷. Da forma como delimitamos o tema e o apresentamos, na Parte III desta obra, pudemos perceber uma abrangência maior do que a citada pela autora, dada a existência de diversas situações em que os ordenamentos jurídicos estrangeiros lançam mão das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral.

Reconhecemos a complexidade do tema e a dificuldade de se identificar as hipóteses realmente justificáveis de serem contempladas por sistemas de licenças compulsórias. Antes de tomar uma decisão a respeito, seria conveniente que os elaboradores do Anteprojeto revisassem todo arcabouço internacional e estrangeiro a respeito desse instituto e apenas adotassem o regime para os casos em que, balanceados todos os princípios constitucionais relevantes, *o benefício ao público fosse evidente*, sem que isso representasse uma afronta aos titulares de direitos autorais.

Também é importante ter em conta a verdadeira natureza jurídica do instituto para que todos os parâmetros internacionais possam ser adequadamente analisados. Assim, na próxima Parte desta obra, buscamos indicar a natureza do instituto.

⁴⁵⁷ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 244.

Parte V – Contornos das licenças compulsórias de obras intelectuais

Capítulo I – As licenças compulsórias como resultado do conflito entre o interesse privado e o interesse público

Já vimos que as licenças compulsórias resultam, em geral, de compromissos políticos que procuram prever a possibilidade de uso de obras intelectuais sem a necessidade da autorização do titular para casos em que normalmente seriam exigidas licenças negociadas ou autorização do autor⁴⁵⁸. Pode-se dizer que elas ficam entre a rigidez da exclusividade dos direitos autorais e a limitação a tais direitos, pois fixam a remuneração equitativa, mas retiram do autor ou do titular de direitos autorais a faculdade de autorizar ou de proibir o uso de uma obra.

Apesar de apresentar algumas nítidas diferenças em relação às limitações aos direitos autorais, o instituto das licenças compulsórias é geralmente inserido pelos doutrinadores no estudo dessas limitações. A razão para esse fenômeno é possivelmente a seguinte: a justificativa histórica e social mais comumente usada para a instituição das licenças compulsórias é a mesma usada para as limitações, qual seja, o interesse público no acesso à informação e à cultura⁴⁵⁹. Carlos Alberto Bittar, por exemplo, afirma que todas as limitações aos direitos autorais se relacionam com os objetivos de difusão de conhecimentos e de disseminação da cultura, como um tributo devido em favor da coletividade, por ter retirado elementos para as suas criações intelectuais do acervo geral da humanidade⁴⁶⁰.

Em artigo específico sobre o tema, Ricardo Enrique Antequera e Ricardo Antequera Parilli mencionam que as limitações aos direitos autorais podem se apresentar

⁴⁵⁸ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 220.

⁴⁵⁹ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 171; MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 23 e BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: RT, 1992. p. 123.

⁴⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 124, jan./dez., 1985.

como “licenças não voluntárias”, “direitos de remuneração” e “usos livres e gratuitos”⁴⁶¹. Afirmam que são consideradas licenças não voluntárias aquelas que são estabelecidas por algumas leis, em relação a determinados usos, os quais em princípio deveriam ser autorizados ou proibidos pelo autor, que vê essa sua faculdade substituída pelo simples direito de exigir o pagamento de uma remuneração equitativa por parte do explorador da obra⁴⁶². Os autores venezuelanos merecem o reconhecimento de terem voltado a tratar do tema das licenças compulsórias que, há algum tempo, não era explorado pelos estudiosos de Direito Autoral na América Latina. Porém, não deixam muito clara a diferença conceitual entre todos esses institutos – limitações, direitos de remuneração e licenças compulsórias.

Sam Ricketson analisa as limitações previstas na Convenção de Berna e afirma que, mesmo não havendo previsão expressa de que algumas delas poderiam ser implementadas por meio de licenças compulsórias, em princípio, considera mais fácil que o uso remunerado seria compatível com a Convenção do que o uso gratuito. O autor se refere, ainda, à quantidade do uso como um critério que poderia ser levado em conta para que os países membros decidam optar por um regime de limitação propriamente dita (uso livre e gratuito) ou por um regime de licença compulsória. Nas palavras do autor: “a quantidade copiada também será um fator relevante, principalmente quando um grande número de cópias é feito para uso individual por alunos em sala de aula. A remuneração por tais usos sob uma licença compulsória pode, portanto, fazer o uso mais justificado.” E o autor conclui ser evidente que as limitações decorrentes do Artigo 9 (2) da Convenção de Berna podem tomar a forma de usos livres e gratuitos ou de usos remunerados mediante licença compulsória, conforme o caso⁴⁶³.

⁴⁶¹ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, pp. 5-6, 2009.

⁴⁶² ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, pp. 5-6, 2009. .

⁴⁶³ RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. *Standing Committee on Copyright and Related Rights*. Wipo, 2003. pp. 13-27. Reproduz-se para pronta referência os trechos mais relevantes no original: “*There is no mention in Article 10(1) of the possibility of uses taking place pursuant to a compulsory license, but in principle where a use by way of quotation is remunerated and “does not exceed that justified by the purpose”, this should more readily satisfy the requirement of compatibility with fair practice than would a free use. (...) In this regard, the amount copied will also be a highly relevant factor, particularly where large numbers of copies are made for individual classroom use by students. Remuneration for such uses under a compulsory license may therefore make the use more ‘compatible with fair practice’.* (...) National laws may impose more rigorous

Sam Rickteson cita ainda as críticas feitas pelos autores franceses, como Henri Desbois, no sentido de que a licença compulsória significaria uma solução intermediária de difícil diferenciação em relação à limitação propriamente dita, e que a escolha mais correta teria sido simplesmente manter apenas as duas opções: permissão ou proibição⁴⁶⁴.

No Brasil, ainda que se reconheça a necessidade de equilíbrio entre os direitos autorais e a coletividade, e que se afirme existir justificativa social para as limitações e para as licenças compulsórias, raros são os estudiosos do tema que aceitam tranquilamente a instituição de licenças compulsórias em nosso ordenamento jurídico. Essa situação parece decorrer do temor do desconhecido, já que o tema das licenças compulsórias no âmbito de Direito Autoral não chegou a ser profundamente analisado no país. Nesse sentido, por um lado, é válido mencionar que Antonio Chaves faz críticas ao uso excessivo das limitações aos direitos autorais e à instituição desenfreada de licenças legais, afirmando existir, em alguns casos, uma forma de confisco dos direitos autorais⁴⁶⁵. Por outro lado, é importante destacar o estudo de Carlos Alberto Bittar a respeito das licenças legais como uma possível solução às dificuldades decorrentes da reprografia⁴⁶⁶.

Bruno Lewick chega a destacar que o uso de obras intelectuais poderia ser “compulsoriamente permitido, mas mediante pagamento”, e cita a possibilidade da “desapropriação dos direitos intelectuais” como solução já existente e as “licenças compulsórias” como uma “interessante solução”, mas alerta que “a legislação brasileira em vigor não as acolheu”⁴⁶⁷.

limitations than those set by Article 10bis(1), or may refuse to allow any derogations whatsoever in these cases. The only condition to be complied with under the Article is that the source of the Article must be indicated (see further below). There is also no reason why a country invoking Article 10bis(1) should not make such uses subject to the payment of a compulsory license fee: this, after all, would be a lesser derogation than that which the provision allows. (...) This is not a mandatory requirement, but is simply left as a matter for national legislation. In providing for the uses detailed in Article 10bis(2), a Union member could make one of the conditions for this to occur the payment of remuneration under a compulsory license. It would also be open to a Union member not to provide for any of these uses. (...) As the conditions under which the uses covered by Article 2bis(2) may occur are left to national legislation, it is likewise open to Union members to make them subject to compulsory licenses and the payment of remuneration. It is therefore clear that exceptions under Article 9 (2) may take the form of either free uses or compulsory licenses, depending essentially on the number of reproductions made.”

⁴⁶⁴ RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003. p. 27.

⁴⁶⁵ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 174.

⁴⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. pp. 14 a 30.

⁴⁶⁷ LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 182.

Não há dúvidas, portanto, quanto à relevância de estudos aprofundados sobre o tema no Brasil, especialmente neste momento em que a discussão sobre o necessário equilíbrio entre os direitos dos titulares de direitos autorais e o interesse da coletividade ressurgiu em virtude das inovações tecnológicas que continuam a instigar o uso cada vez mais frequente de obras protegidas independentemente do prévio e expresso consentimento de autores e de titulares de direitos autorais. Ora, se a licença compulsória é, geralmente, instituída como um compromisso político para trazer o equilíbrio dos interesses envolvidos, e esse instituto consegue manter o respeito aos direitos morais do autor e garantir remuneração equitativa aos autores e/ou aos titulares de direitos, parece-nos que não há razões para repudiá-lo sem, ao menos, estudá-lo com cuidado.

É importante avaliar, sem preconceitos, a possibilidade de um instituto já conhecido internacionalmente e utilizado pontualmente em alguns sistemas jurídicos, para algumas situações específicas, passar a integrar de forma definitiva o ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, e no contexto do que é analisado nesta obra, faz-se necessário, ainda, diferenciar o instituto das licenças compulsórias de outros institutos que também são comumente utilizados para buscar o equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse da coletividade no âmbito do Direito Autoral, o que passará a ser feito em seguida.

Capítulo II – O distanciamento das licenças compulsórias em relação às limitações aos direitos autorais

Como visto na Parte II desta obra, as licenças compulsórias surgem no contexto internacional em paralelo às limitações apresentadas para conciliação dos interesses dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Carlos Alberto Bittar esclarece que, desde a época da estipulação da Convenção de Berna, o interesse público era trazido como justificativa para reivindicações de limitações aos direitos autorais. O autor explica que algumas limitações aos direitos autorais podem se revestir de caráter institucional (decorrente da própria conceituação desse direito – como a limitação no tempo dos direitos patrimoniais de autor), ao passo que outras se aliam a exigências da cultura (tais como discursos, notícias de jornais e certas inserções em publicações periódicas), da censura (controle de comunicações), do ensino (coletâneas e antologias, por exemplo) e da crítica científica (tais como as citações)⁴⁶⁸.

De acordo com Eduardo Vieira Manso, a expressão *limitação* está relacionada a tolerâncias impostas aos titulares de direitos quanto ao *uso econômico* de suas obras⁴⁶⁹. Assim, em nosso entendimento, o termo *limitações aos direitos autorais* deve ser utilizado para designar limitações intrínsecas (como o prazo de proteção, por exemplo) e limitações extrínsecas ao sistema de direito de autor (como a utilização de obra intelectual para produção de prova judiciária, por exemplo). De toda forma, entendemos que apenas podem ser designadas como *limitações propriamente ditas* as hipóteses em que o interesse social ou de terceiros justifica um uso de uma obra intelectual, sem a necessidade de autorização ou de remuneração do titular de direitos autorais.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Bruno Lewick afirma não se poder imaginar que as limitações dispensem a autorização, mas impliquem alguma espécie de pagamento. Para o autor, a gratuidade das limitações é de sua essência, sendo impossível conciliá-las com qualquer pagamento aos autores. Segundo ele, “as limitações representam justamente condutas que não traduzem infrações” e “ou aqueles insumos podem ser livremente usados naquelas circunstâncias, ou tal uso é vedado na modalidade gratuita”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, pp.130-131, jan./dez., 1985.

⁴⁶⁹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. p. 43.

⁴⁷⁰ LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor**: releitura na perspectiva do direito civil

Delia Lipszyc e Carlos A. Villalba incluem as licenças compulsórias entre as limitações aos direitos autorais, afirmando existirem basicamente dois tipos de limitações: as exceções (que permitem utilização livre e gratuita) e as licenças compulsórias (que estão sujeitas a compensações econômicas). Os autores entendem que quando são instituídas licenças compulsórias o direito exclusivo do autor ficaria limitado a um simples direito de remuneração⁴⁷¹.

Em estudo feito para a OMPI, Sam Ricketson inclui as licenças compulsórias na análise relativa às limitações e exceções aos direitos autorais, indicando-as como um terceiro grupo, a ser considerado separadamente dos dois mencionados anteriormente por ele composto por regras que permitem o uso de obras protegidas mediante compensação ao titular dos direitos autorais⁴⁷².

Carlos Alberto Bittar destaca que, em geral, as limitações se referem a *certos casos especiais*, não devem prejudicar a *utilização normal da obra* por seu titular, tampouco causar *prejuízos injustificados* aos seus interesses, fazendo referência à regra dos três passos prevista na Convenção de Berna⁴⁷³.

Esse ponto é relevante, pois o regime de licenças compulsórias não segue tão perfeitamente a regra dos três passos e, portanto, em nossa opinião, não pode ser equiparado a uma limitação aos direitos autorais. Na verdade, o fato de haver remuneração equitativa pode inclusive significar que está havendo uma exploração normal da obra.

Diversamente, Ricardo Enrique Antequera e Ricardo Antequera Parilli afirmam que a modalidade de “direitos de remuneração”, muitas vezes instituída por meio de uma licença legal, deve ser implementada respeitando-se a regra dos três passos, pela qual uma “limitação ao direito exclusivo do autor deve circunscrever-se a casos especiais, que não

contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 182.

⁴⁷¹ VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor en la Argentina**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. pp. 191-192.

⁴⁷² “3. By provisions that allow a particular use of copyright material, subject to the payment of compensation to the copyright owner. These are usually described as “compulsory” or “obligatory licenses,” and specific dispositions permitting them are found in Articles 11bis(2) and 13, and the Appendix of the Paris Act of Berne. It is also possible that such licenses may be allowable under other provisions of this and the other conventions listed above, where certain conditions are met. (...) In the third category of cases, the author’s rights continue to be protected but are significantly abridged: public interest still justifies the continuance of the use, regardless of the author’s consent, but subject to the payment of appropriate remuneration.” (RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment**. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003. p. 4).

⁴⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 132, jan./dez., 1985.

atentem contra a exploração normal da obra, nem causem prejuízo injustificado ao titular do direito”⁴⁷⁴. Os próprios autores venezuelanos, todavia, ao tentarem exemplificar sua opinião, se contradizem ao relatar que, com amparo na regra dos três passos, vários países haviam permitido “a reprodução de uma obra para fins exclusivamente pessoais” (inclusive a título gratuito), sendo certo que, em dado momento, perceberam que “o volume de cópias era tal que já não respeitava a regra dos três passos”, evidenciando que a única solução seria a substituição da limitação de “utilização livre e gratuita” pela instituição de “um direito de remuneração aos titulares do direito”⁴⁷⁵. Ora, se a solução proposta para a situação acima narrada é a *substituição* de uma limitação aos direitos autorais pela implementação de um direito de remuneração, resta óbvio que esse direito de remuneração não estaria condicionado ao respeito da regra dos três passos.

Em nosso entendimento, a regra dos três passos deve ser integralmente respeitada para a aplicação das *limitações*. Já a instituição de uma licença compulsória, ou de um direito de remuneração, pode decorrer justamente da insuficiência (para os autores ou para a coletividade) da mera aplicação de uma limitação que siga a regra dos três passos.

Assim, repete-se que, em nossa opinião, *o regime de licenças compulsórias não precisa, obrigatoriamente, respeitar a regra dos três passos*, justamente em razão do fato de que o autor será adequadamente remunerado, isto é, receberá a devida compensação por eventuais prejuízos que poderia ter em razão de dificuldades na normal exploração de sua obra.

Aprofundando um pouco mais a questão, pode-se dizer que existem dois tipos distintos de licença compulsória consagrados pela Convenção de Berna: (i) aqueles previstos no Anexo da referida Convenção e cujo fundamento é claramente o interesse público da disseminação do conhecimento e da cultura em países subdesenvolvidos; e (ii) aqueles decorrentes da necessidade de compatibilizar os avanços tecnológicos (radiodifusão e gravações sonoras) com as regras existentes.

⁴⁷⁴ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p.10, 2009. No original: “por la cual toda limitación al derecho exclusivo del autor debe circunscribirse a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado al titular del derecho.”

⁴⁷⁵ *Idem, ibidem.*

Em ambos os tipos de licença compulsória, tendo em vista a clara exigência de garantia de remuneração equitativa aos autores, o cumprimento da regra dos três passos é desnecessário.

Indubitavelmente, licenças compulsórias do segundo tipo, ou seja, aquelas instituídas em decorrência da necessidade de compatibilizar as regras existentes com os avanços tecnológicos, parecem-nos ainda mais distantes do que se costuma reconhecer como limitações aos direitos autorais, e nos lembram estruturas legítimas para a cobrança dos direitos patrimoniais.

De todo modo, alguns autores, como Eduardo Vieira Manso⁴⁷⁶ e Antonio Chaves, incluem o sistema de licenças compulsórias no escopo das limitações aos direitos autorais. Esse último autor, por exemplo, discorre sobre referido sistema em relação à radiodifusão em tópico denominado “Limitações ao direito de autor em matéria de radiodifusão: a ‘licença legal’”⁴⁷⁷. Ainda assim, vale notar que o autor não trata de qualquer outra limitação propriamente dita nesse mesmo tópico de sua obra. Além disso, o autor menciona ser o sistema das licenças compulsórias aquele por meio do qual resta estabelecida a favor da coletividade “a cessão de determinados direitos que deveriam caber ao autor”⁴⁷⁸. Ora, se há *cessão* de um determinado direito, não se pode dizer haver *limitação* ao feixe de direitos autorais como um todo. Entretanto, o descontentamento de Antonio Chaves com a possibilidade de implementação desse sistema parece não ter permitido a ele compreender a licença compulsória como uma forma legítima de condicionar o exercício do direito exclusivo de autor que não se confunde com as limitações, preferindo o doutrinador afirmar simplesmente que tal sistema enfraquecia as prerrogativas dos autores⁴⁷⁹.

A distância entre a licença compulsória e as limitações aos direitos autorais pode também ser vislumbrada no exemplo trazido por Carlos Alberto Bittar: o doutrinador afirma que a própria Convenção de Berna (artigo 11-*bis*, alínea 2), logo após assegurar ao autor direitos referentes à comunicação pública da obra por radiodifusão, possibilita a “substituição desse direito” pelo regime de licenças compulsórias, mediante a remuneração

⁴⁷⁶ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 194-214.

⁴⁷⁷ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. pp. 181-184.

⁴⁷⁸ *Idem, ibidem*. p. 182.

⁴⁷⁹ *Idem, ibidem*. pp. 186-187.

equitativa e o respeito aos direitos morais⁴⁸⁰. Vale notar que o autor não menciona limitação ao direito, mas *substituição* do direito.

A mesma observação é válida para a possibilidade de licenças compulsórias para gravação de obras musicais já fixadas uma primeira vez, preservada a faculdade do autor de obter remuneração (artigo 13, alínea 1 da Convenção de Berna)⁴⁸¹, eis que o próprio Guia da Convenção de Berna refere-se à situação como uma permissão dada aos países membros para *substituir* o direito exclusivo de autorizar pelo sistema de licenças compulsórias⁴⁸².

Especialmente nesses casos em que o instituto da licença compulsória se relaciona a mecanismos de reprodução e de representação de obras intelectuais que a técnica de comunicação introduziu e aperfeiçoou ao longo do século XX e início do século XXI, entendemos tratar-se mais de uma expropriação específica do direito de autorizar ou de proibir determinado uso de uma obra do que uma limitação aos direitos autorais genericamente compreendidos.

No entendimento de Henri Desbois, as licenças compulsórias, especialmente as por nós incluídas nessa segunda categoria relacionada ao desenvolvimento tecnológico, se situam *entre* o direito exclusivo e o domínio público⁴⁸³. Para Desbois, a previsão direta de tais licenças compulsórias na Convenção de Berna seria paradoxal, eis que o direito exclusivo dos autores também previsto na Convenção pressuporia o direito de autorizar o uso de uma obra. Assim, entende o autor que deixar a cargo de cada país a instituição ou não de licenças compulsórias nos casos admitidos na Convenção foi a solução mais adequada⁴⁸⁴.

A respeito da questão, Hermano Duval entende que a adoção do sistema de licenças compulsórias não significaria uma negação aos direitos autorais, mas uma *regulamentação das condições de exercício desses direitos*, o que não seria contraditório com o princípio da exclusividade⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 132, jan./dez., 1985.

⁴⁸¹ *Idem, ibidem*. p. 132.

⁴⁸² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978. p. 93.

⁴⁸³ DESBOIS, Henri. **Le Droit D’auteur**. Paris: Dalloz, 1950. p. 460.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*. pp. 460-469.

⁴⁸⁵ DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956. p. 50.

Henri Desbois faz, ainda, um alerta no sentido de que não se deve confundir o sistema de licenças compulsórias com qualquer situação em que seja reconhecida a possibilidade de livre exploração da obra, pois nessa última hipótese o autor não pode exigir nenhuma remuneração. Ele explica, também, que a hipótese de livre exploração ocorre apenas em determinadas situações, em relação a certas obras e de acordo com as mesmas condições que ocorreriam se a obra pertencesse ao domínio público⁴⁸⁶.

Assim, concluimos, com fundamento no até aqui apresentado, que a real *natureza das licenças compulsórias não é de limitação*. Mais adiante buscaremos indicar qual a natureza jurídica das licenças compulsórias.

⁴⁸⁶ DESBOIS, Henri. **Le Droit D’auteur**. Paris: Dalloz, 1950. p. 470.

Capítulo III – A distinção entre as licenças compulsórias e o domínio público remunerado

Uma vez afirmado que a natureza jurídica das licenças compulsórias no âmbito do Direito Autoral não é de limitação a tais direitos, é importante distinguir as licenças compulsórias de outro instituto em que também há garantia de remuneração, sem necessidade de autorização. Trata-se do domínio público remunerado.

Segundo Antonio Chaves, o domínio público é definido como a possibilidade de utilização econômica de uma obra intelectual por qualquer pessoa, após o vencimento do período de proteção concedido pela lei ao seu autor, sucessores ou cessionários⁴⁸⁷. E continua o autor afirmando que a intenção do legislador ao estipular o domínio público é viabilizar a utilização dessas obras a fim disseminar a arte e a cultura⁴⁸⁸.

Sérgio Branco, por sua vez, afirma que o domínio público “representa o fim dos direitos patrimoniais do autor”⁴⁸⁹ e apresenta razões sociais, econômicas e jurídicas para o domínio público⁴⁹⁰. No tocante às primeiras, o autor explica que a possibilidade de obras serem comercialmente utilizadas independentemente de autorização do autor deve ser entendido como uma devolução à sociedade daquilo que “a própria sociedade propiciou” em razão das influências que os criadores das obras intelectuais recebem da sociedade⁴⁹¹. Quanto às razões econômicas, Sérgio Branco informa que poucas obras conservam relevância comercial por muitas décadas após publicadas; que, sendo pequeno o interesse do público sobre uma obra mais antiga, dificilmente existe interesse em republicá-la mediante remuneração; e que “não fosse o domínio público, a oferta de acesso à obra seria ainda menor”⁴⁹². Acrescenta, ainda, que, se os direitos autorais fossem perpétuos, a produção cultural não seria tão abundante, em razão da “dificuldade de encontrar o titular

⁴⁸⁷ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. LXXX, p. 48, jan/dez, 1985.

⁴⁸⁸ *Idem, ibidem*. p. 49.

⁴⁸⁹ BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

⁴⁹⁰ *Idem, ibidem*. pp. 56 a 86.

⁴⁹¹ *Idem, ibidem*. p. 58.

⁴⁹² *Idem, ibidem*. p. 62.

dos direitos autorais” e do “custo de seu licenciamento”, pois seria necessário “pagar pela utilização de qualquer obra criada desde que o ser humano aprendeu a se expressar”⁴⁹³.

Sobre as razões jurídicas para o domínio público, Sergio Branco, depois de discorrer longamente a respeito de cada uma, sintetiza-as afirmando que o domínio público permite a efetivação plena de diversos preceitos constitucionais, como o direito de acesso à informação, à educação, à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana⁴⁹⁴.

Rodrigo Moraes apresenta, além da dificuldade de se encontrar os herdeiros de um autor falecido após determinado tempo e do fato de os autores criarem sempre a partir de um acervo cultural preexistente, uma outra justificativa para o domínio público, qual seja: o fato de que as obras intelectuais são bens não-rivais, não-competitivos. Isto é, o fato de uma pessoa ter acesso à obra, não impede que outra pessoa também tenha, especialmente quando se considera a total desnecessidade de suporte físico, característica dos tempos de Internet. Com isso, os custos de reprodução e de circulação de obras não são mais justificativa para a perpetuação dos direitos autorais⁴⁹⁵.

A natureza jurídica do domínio público também é estudada pela doutrina. Antonio Chaves indica que o domínio público pode ser entendido como uma limitação temporal aos direitos autorais e destaca a importância de se compreender que, se pertencente ao domínio público, uma obra possui importância para a coletividade e deverá ter sua integridade protegida pelo Estado⁴⁹⁶.

A respeito do tema, Sérgio Branco esclarece que, na França, a natureza do domínio público no direito autoral foi indicada como propriedade pública. Para o autor, todavia, tal natureza não se sustenta no Brasil, pois as obras em domínio público não pertencem ao Estado, ainda que caiba a este a sua defesa⁴⁹⁷.

Continua o autor, afirmando que, se obras em domínio público podem ser usadas por todos, desde que respeitadas determinadas regras (que compõem a estrutura e a função do domínio público), a qualificação das obras em domínio público deve ser a de “bens de

⁴⁹³ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 63.

⁴⁹⁴ *Idem, ibidem*. p. 86.

⁴⁹⁵ MORAES, Rodrigo. **Por que obras Protegidas pelo Direito Autoral Devem Cair em Domínio Público?** Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309.

⁴⁹⁶ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, p. 52, jan/dez, 1985.

⁴⁹⁷ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159.

uso comum do povo” (ainda com determinadas peculiaridades em relação aos demais bens de uso comum do povo, especialmente a sua não alienabilidade)⁴⁹⁸.

A partir do conceito de domínio público, surgiu, como uma evolução, a ideia do *domínio público remunerado*, que foi adotada em diversos países. Pelo instituto do domínio público remunerado, a obra caída em domínio público permanecia à disposição dos interessados em utilizá-las economicamente, mas mediante o pagamento de uma remuneração⁴⁹⁹. A justificativa para a cobrança da remuneração seria essencialmente o fato de que obras caídas em domínio público raramente estavam disponíveis a preços razoáveis, eis que os editores que as exploravam ficavam com margens maiores ao invés de baixar os preços ao público. Nesse sentido, Delia Lipszyc afirma que a gratuidade do domínio público gerava uma concorrência desleal às obras de domínio privado que precisavam ser remuneradas⁵⁰⁰.

Antonio Chaves menciona que, nos países em que o instituto foi adotado, a remuneração devida pelo uso de obras caídas em domínio público é recolhida pelas sociedades de autores que utilizam os valores para finalidades culturais ou para auxiliar autores ou famílias de autores. França, Itália, Portugal, Argentina e Chile são alguns dos exemplos citados pelo autor de países em que o domínio público seria remunerado⁵⁰¹.

Historicamente, Sérgio Branco informa que, na França, em 1777, foi estabelecido um verdadeiro domínio público remunerado, ao se definir que, expirado o prazo de proteção conferido aos editores de livros novos, a obra poderia ser reproduzida mediante pagamento dos valores devidos, sem que houvesse, contudo, exclusividade no direito de reprodução⁵⁰².

Jean Vilbois, por sua vez, afirma que a ideia do domínio público remunerado foi inicialmente preconizada na França em razão de sucessivas prolongações dos direitos

⁴⁹⁸ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

⁴⁹⁹ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, p. 54, jan/dez, 1985.

⁵⁰⁰ *Idem, ibidem*. p. 55.

⁵⁰¹ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, pp. 63-64, jan/dez, 1985. Nossa pesquisa revelou que esse instituto caiu em desuso, não tendo sido localizado na legislação atual de nenhum desses países.

⁵⁰² *Idem, ibidem*. p. 93.

autorais exigidas pelas famílias e herdeiros de autores⁵⁰³. O autor discorre longamente sobre as discussões travadas ao final do século XIX e início do século XX na tentativa de que fosse adotado algum sistema que pudesse garantir um auxílio às famílias dos autores, sem tirar dos usuários a possibilidade de usufruir das obras caídas em domínio público. Nas palavras do autor, a noção de domínio público remunerado inspirou outros institutos considerados por ele como derivados do domínio público remunerado, tais como as licenças legais e obrigatórias⁵⁰⁴.

No Brasil, a Lei 5.988 de 1973 (LDA 73), em seu artigo 93 parágrafo único, chegou a instituir o domínio público remunerado condicionando o recolhimento, ao Conselho Nacional de Direito Autoral, de importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra em caso de utilização com intuito de lucro⁵⁰⁵.

O Conselho Nacional de Direito Autoral estabeleceu uma resolução instituindo as regras para o domínio público remunerado, porém, após polêmica discussão em que participaram importantes personagens políticos da época, o CNDA afirmou que não mais cobraria pelo uso de obras já em domínio público, tendo sido o instituto expressamente revogado em 1983⁵⁰⁶.

Sobre o assunto, José de Oliveira Ascensão afirma que o

Domínio público remunerado é uma reivindicação das sociedades de autores. Pretendem elas, desta maneira, que a obra desprotegida não faça concorrência à obra protegida; que os utentes não se sintam tentados a recorrer a obras do domínio público para fugir ao pagamento dos direitos que gravam as obras protegidas. E, coerentemente, pretendem que as obras do domínio público sejam taxadas com o mesmo rigor que as outras⁵⁰⁷.

O autor, continuando a análise do instituto, indaga se haveria uma extinção do direito de autor, ou o direito de autor passaria ao Conselho Nacional de Direito Autoral após o prazo de proteção em benefício ao criador. E afirma que, apesar de parecer existir

⁵⁰³ VILBOIS, Jean. **Du domaine public payant en matiere de droit d'auteur**: théorie, pratique et législation comparée. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 53.

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem*. p. 239 a 285.

⁵⁰⁵ BRASIL. Lei. 5.988/1973: “Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral. Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento”.

⁵⁰⁶ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, pp. 59 e 65, jan/dez, 1985.

⁵⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 207.

um “exclusivo de utilização conferido ao Estado, em paralelo com as outras utilizações reservadas”, esse entendimento estaria em contradição com a própria lei, já que o domínio público não seria a “manutenção do exclusivo em titular diferente, mas justamente a situação em que o exclusivo deixou de se verificar”⁵⁰⁸. O autor conclui, citando Eduardo Vieira Manso, que a natureza do pagamento a título de domínio público remunerado seria tributária, não autoral, bem como a “autorização” do Conselho Nacional de Direito Autoral seria relativa apenas *ao valor a ser pago*, não *à utilização em si*⁵⁰⁹.

A respeito da experiência portuguesa, José de Oliveira Ascensão afirma que o domínio público remunerado também buscava justificativa em objetivos de defesa cultural, mas o valor estabelecido em contrapartida da “autorização” de utilização era destinado ao Fundo de Fomento Cultural e ao Fundo de Assistência aos Autores, sendo, portanto, um sistema misto. Por ter sido predominantemente mal recebido, o instituto foi reformulado para deixar de se falar em autorização e para estabelecer que a quantia arrecadada seria exclusivamente destinada a finalidades públicas. Porém foi abolido antes mesmo de vigorar na prática⁵¹⁰.

Para Sérgio Branco, é difícil justificar a figura do domínio público remunerado, pois se o domínio público existe para que o direito de exploração exclusiva da obra cesse, não se poderia apenas mudar o titular da exclusividade⁵¹¹.

De fato, enquanto esteve vigente no Brasil, o domínio público remunerado foi muito discutido, especialmente quanto à necessidade de autorização por parte do CNDA para a utilização da obra caída em domínio público e quanto à legitimidade das associações de autores receberem os valores recolhidos, eis que a natureza jurídica do valor cobrado não poderia ser entendida como contraprestação ou pagamento pelo uso de obras ainda protegidas por direitos autorais, mas mera contribuição exigida pelo Estado.

É justamente essa a *diferença essencial* entre os institutos: no *domínio público remunerado* não há mais direitos autorais patrimoniais a serem pagos; na *licença compulsória*, a obra intelectual ainda goza de proteção e, portanto, o *valor pago* tem

⁵⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 209.

⁵⁰⁹ *Idem, ibidem*. p. 210.

⁵¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. A questão do domínio público. **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público**. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Coord. Marcos Wachowicz e Manoel J. Pereira dos Santos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br>>. Acesso em 30 nov. 2013.

⁵¹¹ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 174.

natureza de direito patrimonial. Ainda que a licença compulsória no âmbito do Direito Autoral possa ter historicamente derivado da ideia inicial do domínio público remunerado, como mencionado por Jean Vilbois, percebe-se que os institutos não se confundem.

Capítulo IV – As diferenças entre as licenças compulsórias e a desapropriação

Em continuidade ao verificado nos dois Capítulos anteriores, é preciso analisar a diferença entre o instituto da desapropriação e o instituto da licença compulsória.

O instituto da desapropriação é típico do direito administrativo. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”⁵¹². O autor cita como limites à possibilidade de desapropriação de bens algumas situações que tornam impossível a desapropriação, agrupando-as em duas categorias: as impossibilidades jurídicas e as impossibilidades materiais. Para ele,

Impossibilidades jurídicas são aquelas que se referem a bens que a própria lei considere insuscetíveis de determinado tipo de desapropriação. (...) De outro lado, impossibilidades materiais são aquelas pelas quais alguns bens, por sua própria natureza, se tornam inviáveis de ser desapropriados. São exemplos dessas impossibilidades (...) os direitos personalíssimos, como a honra, a liberdade, a cidadania (...)⁵¹³.

Em princípio, pareceria natural afirmar que a desapropriação de direitos autorais se enquadrasse entre as impossibilidades jurídicas, pois não se poderia desapropriar algo que não constitui propriedade.

Todavia, o artigo 216 da Constituição Federal prevê que as formas de expressão, os modos de criar e as criações científicas, artísticas e tecnológicas constituem o patrimônio cultural brasileiro, estipulando que esse patrimônio cultural será promovido e protegido pelo Poder Público, por meio de várias formas de preservação, citando expressamente a desapropriação entre tais formas⁵¹⁴.

Assim, é possível defender que o Decreto-Lei 3.365/41, ao tratar de desapropriações por utilidade pública e mencionar em seu artigo 5º, itens “k”, “l” e “o”,

⁵¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 626. José dos Santos Carvalho Filho prossegue com o tema, ao informar: “[como] regra, a desapropriação pode ter por objeto qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valoração patrimonial. Deve-se, por conseguinte, incluir nessa expressão os bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos.

⁵¹³ *Idem, ibidem*. pp. 630-631.

⁵¹⁴ BRASIL, Constituição Brasileira, artigo 216 (...) §1º - “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

criações passíveis de proteção por Direito Autoral⁵¹⁵, estaria em linha com o previsto na Constituição Federal e, portanto, com o ordenamento jurídico brasileiro.

Esse entendimento pode ser corroborado pela opinião de Hermano Duval e Philadelpho Azevedo, citados por Antonio Chaves, que, para combaterem a ideia de um “domínio público” de obra de autor vivo (situação que na época decorria do art. 32 da Lei nº 5.492/28, pela falta de edição de obra após seis anos de cessão do autor ao editor), com base na então “nova lei de desapropriações de 21 de julho de 1941” – destacando especificamente o art. 5, letra “o” do Decreto nº 3.365 – ressaltavam não ser mais a falta de edição “sancionada com a severa pena do domínio público, mas com a de desapropriação do direito autoral; se, antes, o titular não cumpriu o preceito cominatório da União ou Estado para reeditá-la”⁵¹⁶.

Vale lembrar, contudo, a lição de Antonio Chaves no sentido de que a previsão de desapropriação de obra para republicação violaria o direito moral de arrependimento reconhecido aos autores⁵¹⁷. Nesse mesmo sentido é a opinião de Silmara Juny de Abreu Chinellato, que destaca também a violação ao direito moral de inédito e entende somente ser viável a desapropriação de obra para reedição nos casos em que a recusa não tenha sido fundamentada nos direitos morais de inédito ou de arrependimento⁵¹⁸. Já Guilherme Carboni ressalta a possibilidade de aplicação da desapropriação ao componente patrimonial dos direitos autorais, com base no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal e no artigo 1.228 do Código Civil, § 1º e § 3º, ressaltando a necessidade de se garantir a não violação dos direitos morais de inédito e de arrependimento⁵¹⁹.

Assim, entendemos que, para poder ser considerado realmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-Lei 3.365/41 deve ser interpretado como aplicável apenas nas situações em que não ferir os direitos morais de inédito e de arrependimento, previstos no artigo 24, incisos III e VI da Lei de Direitos Autorais.

⁵¹⁵ BRASIL, Decreto 3.365/41, “artigo 5º (...) k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos (...) l) a preservação e a conservação adequada de (...) bens móveis de valor histórico ou artístico; (...) o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;”

⁵¹⁶ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, pp. 53-54, jan/dez, 1985.

⁵¹⁷ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 444.

⁵¹⁸ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Domínio do Estado e Direito de Autor. **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Salvador, Bahia, 1987. p. 350.

⁵¹⁹ CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 227 e 228.

De todo modo, ressaltamos nossa opinião de que, mesmo quando fundamentada nos direitos morais de inédito ou de arrependimento, uma *recusa* à publicação para divulgação ou reedição de obra intelectual pode vir a ser considerada *abuso de direito* e prejudicial ao interesse coletivo no direito à informação e difusão da cultura, nos termos do artigo 187 do Código Civil. Todavia, nesse caso, haveria justificativa para se instituir uma *licença compulsória*, não para a *desapropriação* da obra – daí a relevância da distinção desses dois institutos.

Com base na interpretação sistemática dos diversos dispositivos constitucionais e legais acima mencionados, no caso de *desapropriação* de uma obra intelectual pode-se dizer que o autor ou titular de direitos autorais seria privado do bem intelectual, isto é, ele *deixa de ter os direitos de exploração econômica sobre a obra*, os quais passariam ao Poder Público, em razão da necessidade de promover ou preservar aquela obra. Vale notar que a desapropriação não acarretaria o ingresso da obra em domínio público, mas tão-somente a transferência de titularidade dos direitos patrimoniais para o Poder Público, o que, em última instância, não significa nenhuma permissão automática para uso ou exploração da obra por parte de qualquer indivíduo.

Essa privação de titularidade não ocorreria na hipótese de instituição da licença compulsória, pela qual o autor ou o titular de direitos autorais manteria todos os seus direitos sobre a obra, com exceção do específico direito de autorizar ou de proibir uma determinada exploração econômica, que seria decorrência lógica da própria licença.

Outra diferença importante é que no caso de *desapropriação* deve haver *indenização prévia* ao autor. Já na hipótese de instituição de *licença compulsória*, a *remuneração equitativa* a ser fixada não tem natureza indenizatória em relação à perda do direito de autorizar ou de proibir a exploração econômica da obra, mas natureza de *direito patrimonial de autor*, devido justamente em razão da utilização da obra.

Capítulo V – As diferenças entre as licenças compulsórias e a requisição

Seria possível pensar, ainda, as licenças compulsórias como uma figura mais próxima da *requisição*, em que o titular de um bem pode ser privado desse bem para uso do poder público em casos de “iminente perigo público”, conforme estipulado na Constituição Federal⁵²⁰ e no artigo 1.228, parágrafo 3º do Código Civil que trata da desapropriação.

Na explicação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “nos termos da Constituição, no caso de iminente perigo público a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano (art. 5, XXV)”⁵²¹.

Nota-se que, ao contrário da desapropriação, na requisição não há transferência da titularidade sobre o bem, mas apenas o uso do bem, que é justamente a intenção da licença compulsória. Além disso, a requisição independe da atuação obrigatória do Poder Judiciário e o pagamento será posterior ao uso. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que

Tendo em vista a sua natureza e destinação, a requisição não pressupõe a atuação inicial do Poder Judiciário, configurando ato autoexecutável da autoridade administrativa competente, na forma da lei. (...) Diferentemente, pois, da desapropriação, a requisição de bens supõe o pagamento ulterior de indenização, em caso de prejuízo, e independente de intervenção judicial para imissão na posse⁵²².

É claro que o pagamento, na hipótese de requisição, ocorre apenas se houver dano; assim, seria necessário sempre equiparar a exploração de uma obra sem a correspondente retribuição a um dano aos titulares, para, então, justificar o recebimento do pagamento da compensação equitativa.

Analisando a natureza jurídica do instituto no âmbito do Direito de Patentes, Denis Borges Barbosa diferencia a natureza jurídica das licenças justificadas pela

⁵²⁰ BRASIL. Constituição Federal: “art. 5º, XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁵²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 495.

⁵²² *Idem, ibidem*. p. 495.

necessidade de correção de um abuso ou pela exigência de adequação à finalidade do direito daquelas licenças decorrentes do interesse público. Assim, apenas a respeito dessas últimas, afirmando a prevalência de uma necessidade ou utilidade pública sobre o interesse privado, aponta ser a licença compulsória “caso específico de requisição” e cita a explicação de Pontes de Miranda a respeito do instituto:

A requisição é instituto parecido com o da desapropriação. (...) É o estado policial de necessidade (...) se não se retira ao dono, ou titular do direito, a propriedade do bem, se o ato estatal não produz a perda, não há pensar-se em desapropriação. Se é preciso destruir muro, ou parede, ou cais, ou tirar água ou usar o automóvel, ou servir-se da entrada privada, não há desapropriação: tudo se passa no terreno fáctico; daí ser preciso requisitar-se, se há tempo⁵²³.

Esse instituto foi objeto, por exemplo, no Decreto-lei 2/1966, que permitia a requisição de bens essenciais ao abastecimento da população e da Lei 6.439/1977, que autorizava a requisição de bens em casos de calamidade pública e de perigo público iminente, hipóteses que em nada se relacionam ao Direito Autoral ou ao patrimônio cultural. Não conseguimos imaginar uma hipótese de iminente perigo público que justifique a licença de uma obra intelectual. Ademais, lembramos que a licença compulsória não está restrita a ser concedida ao poder público, podendo ser requerida por particulares interessados em explorar uma determinada obra intelectual.

Assim, em nossa percepção, *apesar de as licenças compulsórias se aproximarem mais da requisição do que da desapropriação, também o instituto da requisição não reflete exatamente a natureza da licença compulsória para exploração de obras intelectuais.*

⁵²³ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 465.

Capítulo VI – As licenças compulsórias como parte do sistema de Direito Autoral

Diante dos parâmetros apresentados nos Capítulos anteriores, *defendemos que a licença compulsória deve ser entendida como um instituto inerente e integrante ao próprio sistema de Direito Autoral*, não como uma limitação a ele. Pode-se entender as licenças compulsórias como parte das “regras negativas” mencionadas por José de Oliveira Ascensão que, em conjunto com as “regras positivas”, conformam a estruturação do Direito Autoral.

Assim, apresentamos neste Capítulo os contornos desse instituto.

As *licenças compulsórias* podem ser *licenças obrigatórias* ou *licenças legais*. Nas *licenças obrigatórias*, a lei determina que uma *autoridade competente* tenha a incumbência de processar as requisições de licença e de conceder, se cumpridos os requisitos definidos em lei ou regulamento, a autorização de exploração da obra, fixando a remuneração (que pode ser padronizada por tipo de uso ou definida caso a caso). Nas *licenças legais*, a *lei concede a autorização diretamente* para um determinado tipo de uso e para um certo grupo de usuários. Nesse último caso há uma dificuldade específica, que é definir quem fixa a remuneração.

São características comuns às licenças obrigatórias e legais: a não exclusividade, a intransferibilidade, o respeito ao direito moral de autor, o fato de assegurarem remuneração ao titular, e o fato de terem os efeitos limitados ao país específico em que sejam instituídas.

Ricardo Enrique Antequera e Ricardo Antequera Parilli afirmam que as licenças obrigatórias são aquelas em que a autorização para o uso de uma obra precisa ser concedida por uma autoridade governamental administrativa, de acordo com as condições previstas em lei. Ressaltam que, em alguns casos, a legislação pode permitir que a autorização seja concedida por uma sociedade de gestão coletiva de direitos autorais. Os autores entendem, também, que as licenças legais são aquelas em que a lei diretamente autoriza o uso da obra, em casos específicos e de um modo determinado. Chamam a atenção para a diferença entre os dois tipos de licenças compulsórias, destacando que, no caso das licenças legais, não há necessidade de se solicitar a concessão de licença a ninguém, tampouco de se notificar alguém. Como semelhanças, destacam o fato de ambos os tipos de licenças compulsórias conferirem ao licenciado um direito não exclusivo de

explorar a obra, serem intransferíveis e exigirem tanto o respeito ao direito moral do autor quanto uma remuneração equitativa ao autor⁵²⁴.

Carlos Alberto Bittar também distingue as licenças legais das licenças obrigatórias, entendendo existirem as primeiras quando há permissão legal para a utilização, e as segundas quando a licença depende de decisão administrativa ou de ato de negociação⁵²⁵.

Antonio Chaves, citando Jean Vilbois, reconhece que a licença legal é um regime de proteção dos direitos autorais a medida que condiciona a liberdade de todos de reproduzir ou de representar uma obra intelectual já publicada ao pagamento de uma remuneração; remuneração essa pertencente ao titular, apesar de fixada pela lei⁵²⁶.

Sobre a licença obrigatória, o autor explica que muitas vezes o instituto sequer chega a ser aplicado, pois a mera ameaça faz com que o autor ou o titular de direitos autorais acabe reduzindo suas pretensões e permita a exploração da obra por terceiros. De qualquer modo, se as partes não chegarem a um acordo, o assunto é levado a uma autoridade que avaliará os fatos específicos e arbitrará a remuneração que entender legitimamente devida⁵²⁷.

Eduardo Vieira Manso diferencia a licença obrigatória da licença legal afirmando que a primeira respeita a vontade do autor ou titular dos direitos autorais no tocante ao ajuste da remuneração, enquanto a segunda não dá qualquer oportunidade para o autor ou titular de direitos autorais manifestar sua vontade, nem para conceder a autorização, tampouco para ajustar a remuneração⁵²⁸.

Antonio Chaves analisa separadamente a questão da licença específica para a indústria de instrumentos mecânicos de reprodução sonora, a qual também denomina de licença obrigatória, mas reconhece, nesse caso, a necessidade de um ato de vontade do autor ou de seu representante para a primeira adaptação da obra a esses instrumentos mecânicos. O doutrinador traz, ainda, uma sugestão de diferenciação entre a licença

⁵²⁴ ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, p. 6, 2009.

⁵²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, p. 134, jan./dez., 1985.

⁵²⁶ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, p. 70, jan/dez, 1985.

⁵²⁷ *Idem, ibidem*. pp. 72-73.

⁵²⁸ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushasky, 1980. pp. 345-346.

obrigatória (que seria uma autorização de aproveitamento de uma obra, na forma pela qual ela já foi entregue ao público e nas mesmas condições anteriormente obtidas pelo autor) e a licença legal (que seria a autorização de aproveitamento de uma obra, sob qualquer forma, mediante uma remuneração fixada por algum mecanismo, na falta de acordo). Ele afirma que a licença obrigatória seria uma extensão de um acordo já existente e a licença legal um negócio jurídico novo⁵²⁹. Essa diferenciação feita por Antonio Chaves não nos parece se sustentar, eis que a licença compulsória pode ser concedida por uma autoridade, independentemente da existência prévia de qualquer acordo entre as partes envolvidas.

Além disso, parece-nos que a *licença legal* resume-se, na verdade, em um *direito de remuneração estipulado em lei*, a respeito do qual não há que ser celebrado qualquer negócio jurídico direto entre o usuário e o titular da obra intelectual. É exemplo desse tipo de direito de remuneração o previsto pela legislação portuguesa que garante ao autor uma remuneração pela comunicação pública de obra radiodifundida, nos termos facultados pelo artigo 11 *bis* (2) da Convenção de Berna, como visto na Parte III desta obra. Também são exemplos os direitos de remuneração relacionados à cópia privada, dependendo da estrutura definida para arrecadação e distribuição da remuneração, eis que as tarifas cobradas sobre equipamentos e suportes utilizados para a realização da cópia não parecem corresponder exatamente à ideia de remuneração por licença legal, estando mais próximos de uma taxa.

Já a *licença obrigatória* nos moldes das licenças previstas no Anexo da Convenção de Berna, também estudados na Parte III desta obra, sem dúvida, deverá ser formalizada mediante *negócio jurídico* entre as partes, intermediado pela *autoridade competente*.

Verificada a inexistência de impedimentos em nosso ordenamento jurídico para a implementação de sistemas de licenças compulsórias, tanto do tipo licença legal, quanto do tipo licença obrigatória, em nossa opinião, o Brasil poderia buscar instituir previsões de licença compulsória para obras nacionais, nos seguintes casos: a) tradução de obras literárias estrangeiras, nos termos da Convenção Universal e apenas para as obras que não estejam sob proteção da Convenção de Berna, como também defendido por Eduardo

⁵²⁹ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. LXXX, p. 74, jan/dez, 1985.

Lycurgo Leite⁵³⁰; b) reprodução de obras literárias nacionais ou estrangeiras, cujos titulares optassem, deliberadamente e sem fundamento em direito moral, por não abastecer o mercado após determinado período de tempo de notificação específica para esse fim e outros casos que caracterizem abuso de direito; c) uso privado; d) uso de bibliotecas; e) usos comerciais de obras órfãs, inclusive para obras fotográficas e musicais.

Em todos os casos, a instituição de um regime de licenças compulsórias deveria ser precedida de alteração legislativa que previsse os requisitos e os procedimentos para a concessão da licença, sempre limitada *a casos especiais* e desde que a situação *não cause prejuízos injustificados ao autor*.

Esse nosso entendimento decorre das seguintes constatações, já apresentadas em detalhes anteriormente: a) os Tratados Internacionais admitem a previsão de novos usos livres e gratuitos de obras intelectuais (*limitações*), desde que respeitada a regra dos três passos⁵³¹; b) licenças compulsórias são menos gravosas aos autores e aos titulares de obras intelectuais do que os usos livres e gratuitos; c) se os Tratados Internacionais permitem algo mais gravoso, não haveria razão para que algo menos gravoso fosse considerado proibido, a não ser quando expressamente indicado; d) licenças compulsórias para obras intelectuais não têm natureza de limitação aos direitos autorais, portanto, não precisam respeitar a regra dos três passos; e) o respeito aos direitos exclusivos previstos nos Tratados Internacionais implica a necessidade de se definir parâmetros para que países membros desses tratados possam instituir regimes de licenças compulsórias não expressamente previstos internacionalmente em suas legislações nacionais, sem que isso seja considerado um desrespeito às obrigações internacionais por eles assumidas; f) os dois parâmetros acima citados (*casos especiais* e *não prejuízo injustificado ao autor*) compõem a regra dos três passos, internacionalmente utilizada para o balizamento das aplicações de limitações aos direitos autorais; g) não faz sentido utilizar o terceiro parâmetro que compõe tal regra internacional (*não colisão com a normal exploração da obra*) para balizar a compatibilidade de sistemas de licenças compulsórias com os Tratados Internacionais, eis

⁵³⁰ O autor entende que a licença compulsória para tradução, se adequadamente prevista, permite que uma determinada sociedade possa beneficiar-se de obras e da cultura estrangeira sem privar o autor ou o titular dos direitos autorais da obra original de uma justa remuneração (LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 234).

⁵³¹ É certo que originalmente essa regra tinha aplicação circunscrita à Convenção de Berna, mas, na medida em que estava imediatamente à mão, como uma fórmula pronta para uso no momento das negociações do TRIPS, acabou se tornando um teste geral inserido em convenções posteriores.

que a remuneração equitativa pela exploração pretendida será garantida aos titulares de direitos autorais.

Em resumo, entendemos que, para as licenças compulsórias, deve-se usar um parâmetro atenuado, originado na mesma regra internacionalmente aceita⁵³².

Portanto, reiteramos nosso entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se ponderarmos os direitos à educação e ao acesso à cultura com o direito do autor (já que todos são garantidos constitucionalmente), *é compatível com a instituição de licenças compulsórias*, desde que o regime que as institua seja bem delineado, em lei específica ou em artigo a ser inserido na Lei de Direitos Autorais, e que respeite os tratados internacionais.

⁵³² Uma outra forma de analisar a situação é a que defende a aplicação da regra dos três passos de acordo com uma interpretação mais restritiva. A esse respeito, destaca-se o entendimento de que a aplicação da regra deve levar em consideração o objetivo e o fundamento da própria proteção dos direitos autorais, como expressado no preâmbulo do TRIPS (“a necessidade de se conservar um equilíbrio entre os direitos dos autores e os interesses do grande público, particularmente, os pertinentes à educação, pesquisa e acesso à informação”) e permitir reconhecer como favorável aos titulares ou, pelo menos, “não colidente com a normal exploração da obra” a implementação de regimes de licenças compulsórias que condicionam o uso da obra ao pagamento de uma compensação adequada. Esse é o sentido da Declaração de Interpretação a respeito da regra dos três passos publicada pelo Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual de Munique na Alemanha, segundo a qual: “(...)3. A restrição do Teste às limitações e exceções dos direitos de exclusivo a certos casos especiais não impede, quando possível no sistema legal a que se vinculam: (a) os legisladores de introduzirem limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou (b) os tribunais de aplicar limitações e exceções enunciadas em lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares, ou estabelecer novas limitações ou exceções. 4. Limitações e exceções não conflitam com a exploração normal da matéria protegida, (...) particularmente quando compensação adequada for assegurada, seja ou não por meios contratuais. 5. Ao se aplicar o Teste dos Três Passos, devem-se tomar em consideração os interesses dos titulares originários de direitos, assim como os dos titulares subsequentes de direitos. 6. O Teste dos Três Passos deve ser interpretado de maneira a respeitar os interesses legítimos de terceiras partes, inclusive interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais; (...) e outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento econômico” (Versão da Declaração revisada por Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_portuguese1.pdf>. Acesso em 01.10.2013.)

Parte VI – Veiculação de obras intelectuais pela Internet e licenças compulsórias

Capítulo I – A Sociedade da Informação

O conceito de sociedade em rede, proposto por Manuel Castells, visava a caracterizar a estrutura social emergente na Era da Informação, que substituiria gradualmente a sociedade da era industrial. Para o Castells, a sociedade em rede é global, mas com características específicas para cada país, de acordo com sua história, sua cultura e suas instituições. O autor ressalta que a sociedade em rede não surge por causa da tecnologia, mas devido a imperativos de flexibilidade de negócios e de práticas sociais. Reconhece, porém, que sem as tecnologias informáticas tal sociedade não poderia existir. Destaca as transformações inevitáveis decorrentes de uma sociedade em que todos estão em contato constante e, referindo-se ao pilar da cultura, afirma que na Era da Informação, graças às novidades trazidas pela tecnologia, ocorreu uma difusão de culturas pelo mundo, tornando-o cada vez mais virtualizado, fazendo que se aumentasse a velocidade que a informação é repassada. Segundo o autor, essas mudanças se refletiram também nas formas de consumo e em tudo que hoje representa a cultura globalizada⁵³³.

Nesse contexto, a relação entre essa Sociedade da Informação e o Direito Autoral é recheada de paradoxos. Por exemplo: se por um lado há a facilidade de tornar público um trabalho artístico independentemente de muitos investimentos financeiros, por outro lado não se pode negar a rapidez que se propagam obras intelectuais reproduzidas sem autorização. A Internet influencia como, quando e onde as pessoas usufruem de obras intelectuais na atualidade. Não se pode negar que a Internet representou uma nova revolução na forma que as pessoas usufruem as criações de seus artistas favoritos.

Não importa se nos referimos a obras literárias, a obras musicais, a obras audiovisuais e até a mesmo a obras de artes plásticas. Quase tudo, hoje, é passível de ser transformado para o formato digital e ser veiculado por meio da Internet. É certo que nem todos trocarão as formas tradicionais de aproveitamento de obras intelectuais pelas novas formas existentes. Porém, as pessoas nascidas na era digital já não se conformam em ficar sujeitas aos formatos anteriores e demandam soluções lícitas para que possam compartilhar

⁵³³ CASTELLS, Manuel. **The Network Society. A Cross-cultural perspective**. Northampton, MA: Edward Elgar. 2004, *passim*.

músicas em redes sociais, converter o formato de uma obra audiovisual adquirida legalmente para outro formato compatível com um novo equipamento tecnológico, efetuar pesquisas acadêmicas consultando trechos de livros online e fazer uma visita virtual a um museu localizado a muitos quilômetros de sua cidade.

Diante dessa realidade da Sociedade da Informação, o Direito Autoral tem sido objeto de diversos estudos. Em geral, depara-se com dois opostos: ou clama-se pela excessiva proteção aos direitos autorais, ou pela total liberação do uso e da exploração de obras intelectuais acessíveis por meio da Internet. Poucas vezes trata-se da necessidade de equilíbrio entre a proteção aos direitos autorais e a proteção aos direitos culturais e, quando se menciona a necessidade de equilíbrio, não se avalia como seria possível se chegar a ele. Simplesmente afirmar que a Internet permite acesso às obras intelectuais e que em razão disso todos os autores devem abrir mão de seus direitos não é convincente. Dizer que há exemplos históricos de autores que não tiraram sua inspiração da remuneração por suas criações⁵³⁴ é insuficiente. Em razão disso, decidimos avaliar profundamente os interesses atuais e as possibilidades tecnológicas e tentar oferecer aos sujeitos envolvidos (autores, titulares de direitos e público) opções mais concretas e mais graduais. Assim, identificamos a licença compulsória como um dos meios que pode permitir acomodar os interesses de todos os envolvidos e, pretendemos, nesta Parte, indicar os requisitos para que esses usos, hoje não legitimados, passem a ser considerados lícitos, desde que garantida a justa remuneração aos autores e titulares.

Antes disso, contudo, destacaremos brevemente algumas características importantes do cenário atual de criação, divulgação e fruição de obras intelectuais. A tecnologia influenciou de tal modo a criação intelectual que muitas das concepções que inspiraram o texto das Convenções Internacionais e das legislações nacionais sobre a proteção às criações não são mais perfeitamente aplicáveis.

Diversas obras intelectuais criadas atualmente são muito diferentes das obras que costumavam ser criadas na origem dos sistemas de Direito Autoral. Com efeito, hoje existem tipos de obras que não podiam sequer ser imaginados no final do século XIX, tais como as obras audiovisuais e as obras multimídia. Uma característica comum a esses tipos mais recentes de obras é a contribuição de diversas pessoas (algumas vezes dos próprios

⁵³⁴ BRANCO JUNIOR, Sérgio V. **Direitos Autorais na Internet e o uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167. Sobre o assunto, também PATRY, William. **Moral Panics and the Copyright Wars**. Oxford University Press/USA, 2009.

destinatários da obra) para o resultado final. Assim, atualmente são frequentes as situações de criação colaborativa e coautoria em razão da interatividade entre público e autores, bem como a existência de obras em constante evolução, cujos autores muitas vezes não são identificáveis e cujas contribuições não podem ser cindidas⁵³⁵.

Esse fenômeno, característico da Sociedade da Informação, leva a discussões a respeito dos conceitos de autoria e de titularidade dos direitos autorais, já que pode haver confusão dos tradicionais papéis de “autor” e “leitor”, e se pode cogitar a existência de uma autoria coletiva⁵³⁶.

Nesse sentido, Pierre Lévy comenta que

A nova escrita hipertextual ou multimídia certamente estará mais próxima da montagem de um espetáculo do que da redação clássica, na qual o autor apenas se preocupava com a coerência de um texto linear e estático. Ela irá exigir equipes de autores, um verdadeiro trabalho coletivo⁵³⁷.

Os autores da Sociedade da Informação são, em geral, pessoas com características diferentes das pessoas que viviam no final do século XIX. O ritmo de vida, a tecnologia, o crescimento demográfico e a comunicação intensa influenciam todas as pessoas, inclusive os autores. Portanto, ao lado dos autores que dedicam todo o seu tempo para a elaboração de algumas poucas obras e nelas imprimem suas respectivas personalidades, constata-se um aumento significativo do número de autores que trabalham em equipe, sob a coordenação de outras pessoas, com um objetivo pré-determinado, sobre o qual a personalidade deles pouco pode influenciar. Pode-se dizer que os autores desses tipos de obras da atualidade são menos apegados às suas criações, já que a todo momento estão participando de novos projetos de criação. O que importa para eles é a devida remuneração de seu trabalho e o reconhecimento de sua contribuição para o resultado final da obra. Com essas alterações de cenário, é importante prever soluções práticas para garantir essa adequada remuneração.

No tocante à distribuição de obras intelectuais, é interessante lembrar a existência dos denominados novos modelos de negócios surgidos com a Sociedade da Informação,

⁵³⁵ Um exemplo são os artigos disponíveis na Wikipedia, enciclopédia *online* cujos verbetes são escritos pelos próprios usuários, adotando um sistema de revisão e moderação constante. Disponível em <www.wikipedia.org>. Acesso em 05 mai.2012.

⁵³⁶ CARBONI, Guilherme. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 82 e p. 168.

⁵³⁷ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 2000. p. 108.

tais como o oferecimento para *download* de obras musicais por serviços lícitos como o *iTunes*, o oferecimento de obras literárias em formato digital para leitura em equipamentos diversos, tais como *Kindle* e *Kobo*, a possibilidade de comprar ou alugar obras audiovisuais em serviços como o *Google Play*, ou de assistir a transmissões sob demanda em serviços como o *Netflix*. Nenhuma dessas opções era viável na década de 1990, quando a Lei de Direitos Autorais foi promulgada.

A própria reprodução de obras intelectuais foi demasiadamente facilitada com as tecnologias digitais. Além de serem obtidas de maneira rápida, as cópias digitais são também de qualidade idêntica (ou quase) à versão original. Com isso, não há muito incentivo para as pessoas pensarem em obter a versão original da obra, já que, além de não haver perda significativa de qualidade, usufruir de músicas e de filmes ilegalmente reproduzidos não gera reprimendas sociais, dada a complacência de grande parte da sociedade com a violação aos direitos autorais, diferentemente da estigmatização quanto ao uso de roupas e acessórios falsificados, por exemplo.

É certo que a digitalização de livros e a cópia de CDs e DVDs - legitimamente adquiridos - para uso privado, pela legislação em vigor, são reproduções não autorizadas pelo titular dos direitos e não previstas no rol de limitações aos direitos autorais. Ainda que sejam feitas como mera cópia de segurança ou para que a obra possa ser usufruída independentemente de a pessoa estar no mesmo local em que o suporte original (mediante o armazenamento da obra em sistemas de computação em nuvem, por exemplo), essas reproduções, hoje, no Brasil, são claras violações de direitos autorais.

Especialmente quando se pensa na facilidade de distribuição de arquivos contendo obras protegidas por direitos autorais, por meio de redes *peer to peer*, há que se avaliar o potencial de prejuízo aos autores e à indústria cultural como um todo, já que o trabalho dos envolvidos nessa cadeia produtiva precisa ser remunerado de alguma forma. Esse uso poderia render frutos aos autores e titulares de direitos autorais se houvesse algum mecanismo que viabilizasse a devida arrecadação de retribuições por parte dos usuários.

A respeito da fruição das criações intelectuais, também não há qualquer dúvida quanto à enorme alteração sentida a partir da consolidação da Sociedade da Informação. Essas alterações são esperadas. Vale lembrar que no início do século XX, com a criação do gramofone, as pessoas antes acostumadas a comparecer a apresentações ao vivo mudaram seu comportamento e começaram a adquirir discos que podiam ser escutados quantas vezes quisessem em qualquer horário. Logo em seguida, com o desenvolvimento das rádios, mais

uma vez as pessoas puderam alterar seu comportamento e passar a fruir das obras musicais mediante a simples sintonização de uma emissora em seus aparelhos captadores.

Outra alteração na forma de fruição das obras durante o século XX ocorreu quando surgiu a fita-cassete (para as músicas), o videocassete (para as obras audiovisuais) e as máquinas reprográficas (para os trabalhos impressos). Todas essas inovações permitiram que os usuários reproduzissem para seu uso privado obras disponíveis, fazendo suas próprias coletâneas e apostilas, garantindo a possibilidade de aproveitar as obras fora dos horários em que elas são disponibilizadas pelas rádios, televisões, bibliotecas, museus e arquivos públicos. A reação da indústria à situação foi a de tentar aumentar as sanções civis e buscar a criminalização das atitudes dos usuários, bem como a de criar campanhas educativas por meio de ações de *marketing*. Levou algum tempo para a indústria assimilar as novas tecnologias e também tirar proveito delas.

A Internet sintetiza e retrata essas evoluções ocorridas ao longo do século XX, pois ela permite a difusão, a escolha do consumidor, a distribuição direta pelo músico. Mas algumas diferenças importantes existem: não há perda de qualidade; a quantidade de pessoas é maior e a velocidade da disseminação é tremenda. A Internet permitiu a transferência de poder, antes concentrado nas indústrias, para os criadores, os novos empreendedores e os usuários⁵³⁸. De fato, artistas amadores ou em início de carreira, hoje, podem divulgar e distribuir suas obras a um baixo custo, sem a intervenção de empresários nem de outros intermediários tradicionais, e conseguem atingir um patamar de reconhecimento junto ao público. Essa possibilidade é extensível a todas as áreas artísticas. São diversos os escritores que hoje independem de editora ou de jornais e revistas para publicarem seus artigos e textos. Por exemplo, os *blogs*, dos mais amadores aos mais profissionais, permitem essa divulgação independente. A área das artes visuais também ganhou fôlego, eis que são vários os *sites* em que se divulgam quadros e esculturas para venda online.

Também editoras, gravadoras, revistas, jornais e outros, têm buscado se adaptar às alterações trazidas pela Sociedade da Informação. Para as editoras de livros, há as possibilidades de oferta *online* de seu catálogo de livros impressos, de oferecer serviços de impressão sob demanda e, mais recentemente, de oferecer livros em formato eletrônico. Para revistas e jornais, decidir entre o modelo gratuito e o de assinatura para sua versão

⁵³⁸ LOSSO, Fábio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 155.

eletrônica tem sido o desafio mais importante. Se nenhum conteúdo relevante estiver à disposição, o interesse dos anunciantes é menor, pois o tráfego de pessoas naquele determinado portal tende a diminuir. Porém, se nada ficar restrito e condicionado à assinatura, a receita se torna muito baixa, pois os anunciantes têm preferido espaços publicitários em que haja uma definição mais personalizada da audiência. Geralmente, jornais de grande circulação ou revistas semanais de notícias não propiciam tal depuração. Cada vez mais os anunciantes preferem inserir anúncios em espaços que permitam personalização com base nas preferências e interesses demonstrados pelo usuário. No campo das gravadoras, vale destacar a atuação da “Trama Virtual” que, além de divulgar os artistas de seu catálogo, chegou a desenvolver um interessante método de pagamento de direitos autorais denominado “*download* remunerado”, que consiste no patrocínio, por parte de sociedades empresárias interessadas, de valores que determinam e que são repartidos entre os músicos pelo número de *downloads* efetuados no *site* divididos proporcionalmente pelo número de *download* de músicas dos artistas⁵³⁹.

Mais do que ressaltar o esforço dos intermediários tradicionais da indústria cultural em tentarem transpor para o âmbito da Internet os mesmos formatos de negociação existentes há tempos, interessa destacar aqueles que têm apresentado os denominados novos modelos de negócios. São exemplos: o *Netflix*, que por uma assinatura mensal permite o acesso a um acervo relevante de obras devidamente licenciadas junto aos seus titulares; o *Spotify*, catálogo online de músicas oferecidas via *streaming*, que atua de duas formas, uma mediante cobrança da assinatura e outra inserindo publicidade entre músicas escutadas pelo usuário. Há que se destacar, a respeito de ambos os exemplos, a questão da diferença dos acervos e da impossibilidade de acesso de todos os lugares do mundo, em decorrência de dificuldades de negociação com titulares dos direitos autorais das obras a serem disponibilizadas.

É da essência da Sociedade da Informação, como vimos, o relacionamento por meio de redes informáticas. Assim, apesar de todos os problemas comportamentais que o uso exagerado dessas redes pode gerar⁵⁴⁰, é fato que, atualmente, essa forma de

⁵³⁹ LOSSO, Fábio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 158.

⁵⁴⁰ Sobre a influência da Internet e das redes sociais na cultura da sociedade atual e no comportamento humano, NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001; CARR, Nicholas. **The Shallows: What the Internet Is Doing to Our Brains**.

relacionamento parece ter sido assimilada por grande parte da população mundial⁵⁴¹. Essa nova forma de convívio social levou a uma nova forma de usufruir criações intelectuais. Pode-se imaginar que, se as pessoas deixam de se encontrar fisicamente (ou o fazem com menor frequência) para conviver virtualmente, o que antes era conversado e comentado ao vivo, passa agora a ser compartilhado por meio da Internet. Assim, se antes era comum chamar os amigos para ouvirem a mais nova música de sua banda favorita em uma tarde de sábado, agora as pessoas simplesmente incluem um *link* para o arquivo contendo a música ou o videoclipe da música em seus perfis das redes sociais, com comentários sobre o que mais gostam naquela música.

Vale notar que, para que esse compartilhamento seja possível, a criação deve estar hospedada em algum outro servidor conectado à rede. Assim, ou a pessoa faz o *upload* de uma obra contida em seu computador ou busca o *link* em plataformas digitais, tais como *YouTube* e *Vimeo*. Se as obras já estiverem disponíveis *online* por vontade dos próprios titulares, a questão deve ser avaliada de um modo; se foi o próprio usuário que reproduziu o arquivo e o disponibilizou na rede, a questão deve ser avaliada de outro modo, como se verá adiante. Independentemente disso, a atitude isolada de compartilhar parece justificada, pois reflete a nova forma de um amigo apresentar a outro uma obra da qual gosta e que recomenda. Porém, ao se analisar o todo, percebe-se que essas obras intelectuais divulgadas pela Internet são, em geral, comunicadas ao público, e ficam acessíveis a todos aqueles que se conectarem à rede. Muitas pessoas, atualmente, não sentem mais a necessidade de comprar CDs, DVDs, tampouco arquivos digitais contendo música de seus artistas favoritos. Simplesmente escutam o que está disponível *online*. Trata-se de mais um reflexo da sociedade atual, em que as pessoas vivem em espaços pequenos e precisam organizar seus arquivos eletrônicos sob pena de se perderem no meio de tanta informação gerada e compartilhada. Parece bastante razoável que as pessoas prefiram ter apenas o direito de acessar a obra intelectual, já que a disponibilidade é praticamente imediata, desde que garantida uma conexão de qualidade à Internet. Em questão de segundos consegue-se acessar a rede, buscar o conteúdo por palavra-chave, nome do autor, título da obra, e começar a usufruir da obra. Possivelmente esse processo é muito mais rápido do

New York: W. W. Norton & Company, 2010 e TURKLE, Sherry. **Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other**. New York: Basic Books, 2011.

⁵⁴¹ Em estimativa apresentada em maio de 2012, as principais redes sociais somariam 901 milhões de usuários. USER Activity Comparison Of Popular Social Networking Sites. **Infographic by GO-Gulf.com**. Disponível em: <<http://www.go-gulf.com/blog/social-networking-user>>. Acesso em 14 jun. 2012.

que localizar um CD na prateleira e colocá-lo para tocar, e mais rápido também do que tentar localizar uma música em um tocador de MP3. Assim, parece-nos que o ponto a ser analisado sob o enfoque do Direito Autoral não é o compartilhamento em si, mas sim a disponibilização de obras por meio da Internet sem a autorização e sem a garantia remuneração aos titulares. Se a obra está legitimamente disponível, o compartilhamento deveria ser entendido como uso justificado, bastando, para tanto, que haja a devida remuneração aos autores.

Especialmente no caso de inclusão de *links* e de inserção de vídeos já legitimamente disponíveis em outros *sites*, é importante entender que não há reprodução, apenas a indicação de que a pessoa ouça, assista ou leia o material ali disponível. Esse novo acesso será computado como um acesso na plataforma original e será remunerado por meio daquela plataforma. Outros serviços *online* que apenas permitem a inserção do conteúdo disponibilizado pela plataforma original (procedimento conhecido como *embedding*) não precisam ser cobrados.

A Sociedade da Informação oferece, ainda, novos meios de financiamento para a criação de obras intelectuais. Ronaldo Lemos menciona exemplos de artistas que conseguiram arrecadar fundos para produção de seus novos trabalhos por meio da venda de produtos em seus respectivos *sites*⁵⁴². Mais interessante, atualmente, são as plataformas de financiamento colaborativo (*crowdfunding*) que permitem a apresentação de projetos culturais para receberem micro aportes financeiros do público que acredita e gosta daquele determinado projeto. Exemplo de sucesso desse modelo no Brasil é o *site* CATARSE que, em um ano de existência, propiciou que mais de um milhão de reais fossem arrecadados para diferentes projetos⁵⁴³.

Toda essa efervescência cultural existente na Sociedade da Informação cria expectativas muito altas em todos os envolvidos. Os usuários entendem ser direito deles poder usufruir de toda a criação disponível. Os criadores e os titulares de direitos autorais, por sua vez, desejam evitar que a fruição dessas obras se dê de modo descontrolado e independentemente de qualquer remuneração. De todo modo, é importante destacar que, se há novas formas de oferecer a obra e se o público prefere essas novas formas de usufruí-la,

⁵⁴² LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>>. Acesso em 20 jun. 2012. p.184.

⁵⁴³ Sobre o tema, SERRANO, Felipe. **Catarse completa um ano**. Caderno Link. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/filipe-serrano/catarse-completa-um-ano/>>. Acesso em 15 jul. 2012.

essa evolução não pode ser ignorada. Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, ao tratar de tema análogo, ressalta a ubiquidade da radiofonia e reconhece que o Direito teve de se adaptar à realidade e não o inverso⁵⁴⁴. Nesse sentido, Simone Lahorgue Nunes afirma que as constantes inovações que revolucionam as estruturas econômicas destroem ininterruptamente o antigo, criando o novo, constituem a base essencial do capitalismo. Esse processo, chamado de “destruição criativa”, incentiva o progresso por meio da eliminação de agentes e de produtos ultrapassados, dando lugar às inovações, sejam elas uma nova tecnologia ou um novo meio de oferecer um serviço⁵⁴⁵.

Feita essa breve análise da influência das novas tecnologias na criação, divulgação e fruição das obras intelectuais, passa-se a delinear, do ponto de vista jurídico, o que deve ser levado em conta ao se buscar soluções para esse constante conflito de interesses entre os criadores, os titulares e o público.

⁵⁴⁴ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 23.

⁵⁴⁵ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 215-16.

Capítulo II – Controle e remuneração de obras intelectuais divulgadas pela Internet

Sem se referir à nomenclatura Sociedade da Informação, Carlos Alberto Bittar já ponderava que

Da fotografia ao cinema, do rádio à televisão e ora aos satélites (...), o homem moderno tem assistido a uma notável expansão dos meios de comunicação, que lhe invadem a privacidade, mudam-lhe conceitos e impõem-lhe novos hábitos, influenciando, pois, de modo indelével, na sua vida e no seu modo de ser⁵⁴⁶.

O autor destacava a indissociabilidade entre a informática e a telecomunicação e mencionava expressamente a implantação do “videotexto, que se obterá pelo acoplamento de linha telefônica ao televisor doméstico” e a possibilidade de o telespectador receber por esse sistema informações e dados de interesse, fornecidos por jornais, revistas, editores e as próprias emissoras de televisão⁵⁴⁷. O autor reconhecia que a evolução tecnológica propicia a “racionalização dos serviços, economia de tempo, de verbas e de espaço físico, para o progresso geral do País”⁵⁴⁸. Previa que a vida na Terra seria “controlada pela tecnologia” e ao computador estaria reservada “a mais importante tarefa na condição desse processo”⁵⁴⁹. E concluía que a tecnologia expõe o homem a perigos que põem em risco a sua própria segurança e a sua privacidade⁵⁵⁰. O autor também destacava a influência da tecnologia no conflito entre as forças criativas e o capital que as movimenta, bem como no choque entre os interesses individuais e os coletivos o que introduzia novas questões a serem analisadas pelo ramo do Direito Autoral⁵⁵¹.

Percebe-se que, apesar de o autor ter pouco vivido a Era da Informação, ele conseguiu antever situações cuja relevância e complexidade jurídicas não foram até hoje completamente dissecadas. A Internet tem causado nos juristas especializados em Direito Autoral desconforto semelhante ao causado pela radiodifusão no início do século XX e pela reprografia nas últimas décadas do século XX. Como já comentamos, o estágio de desenvolvimento atual da tecnologia digital e das redes de comunicação permite que atos

⁵⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. p. 14.

⁵⁴⁷ *Idem, ibidem*. p. 66.

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem*. p. 67.

⁵⁴⁹ *Idem, ibidem*. p. 67.

⁵⁵⁰ *Idem, ibidem*. p. 67.

⁵⁵¹ *Idem, ibidem*. p. 14.

de reprodução e de difusão de obras intelectuais sejam realizados diretamente pelos próprios criadores e usuários, sem a necessidade da intermediação tradicionalmente existente na indústria cultural. Essa situação acarreta um menor controle no tocante à circulação das obras intelectuais, bem como uma sensação de enorme perda financeira por parte dos titulares de direitos autorais.

Apesar de existirem recursos tecnológicos para que as criações intelectuais possam ser identificadas e terem o seu uso controlado, sabe-se, hoje, que o uso desses recursos conhecidos como *Digital Rights Management* – DRM mostrou-se preponderantemente inócuo, ao menos para impedir a cópia desautorizada dos arquivos digitais, dada a facilidade com que *crackers* conseguiam burlar a proteção tecnológica. Mostrou-se, também, pouco aceito pelo grande público, eis que o uso abusivo deles impedia, em certos casos, a fruição da obra e, inclusive, a realização de cópias legítimas. Assim, atualmente, é mais comum o uso de recursos tecnológicos para a marcação (identificação) da criação intelectual, facilitando o monitoramento de sua circulação por meio da Internet. Com o uso adequado desse tipo de tecnologia, é possível saber se, quando e como uma obra foi divulgada pela Internet. Esses elementos informativos facilitam a gestão dos direitos autorais, mas não são capazes de garantir a adequada remuneração por todo uso identificado. Sobre o tema, Pedro João Fialho da Costa Cordeiro afirma que

As utilizações que sejam feitas na rede digital só por controlo electrónico podem ser verificadas. Fala-se de ‘data stamping’ ou ‘impressão electrónica digital’ (...) sistemas anticópia ou assinatura digital, como meios de proceder a essa triagem - se alguém recebe uma obra para ver é algo de completamente distinto de a receber para a reproduzir num exemplar para uso privado o que, por sua vez, é bem diverso de a partir de uma primeira reprodução iniciar a distribuição electrónica da cópia efectuada ou a edição em papel da obra em questão. Cada um dos usos em causa tem, necessariamente, um valor distinto⁵⁵².

Uma outra forma de proteção pode ser obtida por mecanismos contratuais, afirma Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, “através dos quais os titulares de direitos antecipadamente prevejam esquemas de defesa e retribuição das respectivas situações jurídicas”⁵⁵³.

Em nossa opinião, quando o principal interesse dos criadores ou titulares é a

⁵⁵² CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 336-373.

⁵⁵³ *Idem, ibidem*.

circulação de obras intelectuais pela Internet, e não a remuneração, a adoção de licenças públicas é uma opção para deixar claro que aquela circulação é lícita. Originariamente surgidas no âmbito do movimento denominado *Copyleft* para a disseminação de *software* livre, as licenças públicas existem também para outros tipos de obras. São exemplos: as licenças para documentação, como a *GNU Free Documentation License (GFDL)*, a qual estipula que as cópias devem ser distribuídas sempre sob a mesma licença e devem indicar os nomes dos autores do documento. A *Wikipedia*, por exemplo, foi desenvolvida com base nesse modelo. Existem licenças para artes, tais como a *Free Art License*, que autoriza copiar, distribuir e transformar livremente a obra intelectual, permitindo o uso criativo do trabalho artístico, desde que respeitados os direitos morais dos autores. Para obras musicais existe a *Open Audio*, que é uma licença específica para regulamentar o uso de obras musicais, permitindo a cópia, distribuição e modificação das músicas, apenas requerendo a indicação de autoria das canções⁵⁵⁴. A mais conhecida licença pública é a *Creative Commons*, que tem entre seus principais objetivos facilitar e assegurar o compartilhamento de obras como uma maneira de proteger uma cultura de liberdade⁵⁵⁵. Christiano Lacorte, ao comentar sobre o uso de licenças públicas para obras criadas na esfera dos órgãos públicos, afirma que elas devem ser criadas de acordo com os interesses da sociedade, de modo que alguns usos das obras sejam permitidos, “desde que sejam observadas condições determinadas pela própria licença, situações em que não seriam necessárias as solicitações de autorização ao detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra.” O autor esclarece que “a obra não fica em domínio público ao ser colocada à disposição por meio de uma licença pública – todos os direitos permanecem com o titular que, entretanto, permite determinados usos da obra sob determinadas circunstâncias”⁵⁵⁶.

Entretanto, quando os autores e os titulares têm interesse em ser remunerados pela circulação de obras intelectuais pela Internet, o simples monitoramento e a adoção de licenças públicas não é suficiente para garantir a adequada arrecadação e distribuição dos valores arrecadados. É preciso mais do que monitorar e delinear as regras sob as quais cada

⁵⁵⁴ MEDEIROS, Mabel Rodriguez. **La difusión de las creaciones en la era digital**: El Copyleft para distribuir creaciones en la era digital. pp. 11-13. Disponível em: <http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol15_1_07/aci08107.htm>. Acesso em 12 abr. 2012.

⁵⁵⁵ A respeito da licença *Creative Commons*, por todos, LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>>. Acesso em 20 jun. 2012. p. 85.

⁵⁵⁶ LACORTE, Christiano. **Órgãos, Domínio e Licenças Públicas**. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 118.

obra poderá circular pela Internet. É necessário que haja a conjunção de “técnicas dos gêneros contratuais, negociais, legais e tecnológicas para assegurar que os conteúdos que circulam na rede sejam pagos”⁵⁵⁷.

Nesse contexto, são importantes as ferramentas de identificação de conteúdo que permitam a tomada de medidas por parte dos titulares em caso de discordarem do uso feito de suas obras intelectuais. Um bom exemplo desse tipo de ferramenta é o *Content Id*, desenvolvido pelo *Google*, que permite a verificação das obras que estão sendo divulgadas no *YouTube* e faculta ao titular o bloqueio do *upload* de uma obra intelectual que esteja sendo disponibilizada por qualquer pessoa não autorizada ou o monitoramento detalhado dos acessos feitos à obra mantida na plataforma, permitindo um compartilhamento de receitas publicitárias entre a plataforma e o titular da obra. A tecnologia da família *ECAD Tec Cia* também é um ótimo exemplo do que tem sido feito, no Brasil, para viabilizar a identificação de obras utilizadas. Segundo informações da própria entidade, o *ECAD Tec Cia radio* é capaz de captar, gravar, gerar um DNA de cada obra musical, para posteriormente, mediante cruzamento desses dados com aqueles armazenados em seu banco de dados identificar com até 95% de certeza as músicas executadas por emissoras de rádio⁵⁵⁸. Há previsão de que esse mesmo tipo de tecnologia passe a ser utilizado para conteúdos audiovisuais e para obras veiculadas pela Internet.

Outro importante passo para o aprimoramento do controle das obras intelectuais que circulam pela Internet seria a criação de bases de dados com o registro das informações sobre obras intelectuais publicadas. A base de dados do ECAD, por exemplo, está atualmente disponível para consultas pela Internet mediante cadastro dos interessados na plataforma ECADNET. Vale mencionar, também, o registro unificado de obras sugerido pelo Ministério da Cultura, que não teria como escopo a “concessão do direito”, mas teria o objetivo de reunir de forma organizada em uma única plataforma, de acesso público, as informações referenciais sobre obras brasileiras. Essa base poderia ser integrada a outras plataformas, inclusive das associações de gestão coletiva. O registro permitiria imaginar um sistema de licenças públicas com as especificidades da circulação

⁵⁵⁷ LOSSO, Fábio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 220.

⁵⁵⁸ Informações obtidas no *site* do ECAD e em vídeo promocional disponível divulgado pelo *YouTube*. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/tecnologia/Paginas/default.aspx>> e <<http://www.youtube.com/watch?v=y8746eHa2aU>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

em meio digital, a serem definidas pelo próprio autor ou pelos detentores dos direitos no ato de cadastro de sua obra. Segundo o próprio Ministério:

Uma vez implantada, a plataforma de registro unificado com licença pública poderá prover a necessária segurança jurídica para que a obra seja explorada por diferentes arranjos negociais, e oferecer condições de gerar os indicadores para a avaliação de desempenho destes novos modelos, gerando informações valiosas para futuros investimentos no meio digital⁵⁵⁹.

Para Fabio Malina Losso, nesse tipo de cenário, os titulares de direitos autorais lançariam os dados de obras sob sua titularidade no banco de dados governamental, que também seria acessado pelos sistemas dos usuários que exploram as obras, e, automaticamente, os valores definidos para tal licenciamento seriam pagos à entidade responsável que, por sua vez, faria o repasse aos titulares, depois de descontadas taxas para serviço⁵⁶⁰.

É necessário avaliar se essa conjunção de tecnologias será suficiente para permitir a cobrança individualizada dos direitos autorais, ou se ainda será conveniente uma arrecadação generalizada com a subsequente distribuição aos titulares vinculados à determinada associação. José de Oliveira Ascensão menciona a que a “impossibilidade prática de o autor conhecer as utilizações das suas obras feitas por terceiros” o obrigou “a recorrer às entidades de gestão colectiva e submeter-se às sua exigências”, e destaca que tal situação poderia se alterar significativamente diante da possibilidade de identificação das obras, o que permitiria ao autor conhecer “directamente quais as utilizações efectivamente realizadas” e retomar o controle podendo “em vários casos dispensar até o recurso às entidades de gestão colectiva”⁵⁶¹.

Por enquanto, as ferramentas que conseguem identificar o uso e consolidar de modo estatístico as utilizações realizadas de uma obra demandam um alto investimento, e, portanto, apesar de facilitarem e melhorarem a gestão coletiva de direitos, ainda não permitem a gestão individual dos direitos.

Percebe-se que o assunto relacionado ao controle de veiculação de obras pela

⁵⁵⁹ HOLLANDA, Ana de; MAMBERTI, Sergio. **Direito autoral frente ao paradigma digital**. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/2012/02/06/direito-autoral-frente-ao-paradigma-digital/>>. Acesso em 22 jun. 2012.

⁵⁶⁰ LOSSO, Fábio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 222.

⁵⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação. In: **Revista da Sociedade Informação**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999. p. 182.

Internet e remuneração dos titulares é bastante complexo e passa, necessariamente, pela compreensão de características relevantes e específicas da Internet, diferentes do que já havia se estudado anteriormente. É óbvio que em razão do alcance global da Internet e da velocidade com que as obras podem ser difundidas, a gestão coletiva de direitos ainda é a opção mais viável, como também ocorre nos casos de radiodifusão.

No Brasil, como comentamos no Capítulo IV da Parte III desta tese, há previsão de gestão coletiva, especialmente para execução pública de obras musicais, tendo prevalecido a regra do mandato presumido para as associações de gestão coletiva. Assim, pode-se dizer que há certa aproximação do sistema de gestão coletiva com o sistema de licença compulsória, eis que a gestão individual é, na prática, impossível, restando ao autor apenas a possibilidade de se associar e, compulsoriamente, “abandonar” o seu direito de autorizar previamente o uso de sua obra musical no tocante à execução pública. Essa aproximação dos sistemas fica mais nítida nos países em que a gestão coletiva passa a ser obrigatória para determinado tipo de exploração de obras intelectuais. Esse fenômeno, por exemplo, ocorre no caso da Diretiva Europeia a respeito da Radiodifusão (Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993). Tal Diretiva prevê que a retransmissão de programas por cabo depende de autorização de todos os titulares de direitos em relação a cada trecho de programa retransmitido e que essas autorizações devem ser concedidas contratualmente, determinando a eliminação dos sistemas de licenças legais eventualmente existentes. Em contrapartida, a Diretiva institui a obrigação de recurso a entidades de gestão, prevendo apenas “o exercício colectivo do direito de autorização”. Como já vimos no Capítulo VI da Parte III desta obra, a obrigatoriedade da gestão coletiva incomoda autoristas defensores do princípio da necessidade de autorização prévia e expressa para a exploração de obras intelectuais, como Pedro João Fialho da Costa Cordeiro⁵⁶² e Alexandre Dias Pereira⁵⁶³. O próprio José de Oliveira Ascensão, defensor de um Direito Autoral mais flexível, reconhece que a gestão coletiva obrigatória, “na ordem jurídica portuguesa, traz problemas de constitucionalidade”⁵⁶⁴. Tratando do assunto no Brasil, o mesmo doutrinador afirma:

⁵⁶² CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 336-339.

⁵⁶³ PEREIRA, Alexandre Dias. Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: 2001. p. 382.

⁵⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação. In: **Revista da Sociedade Informação**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999 p. 163-176.

Encontra-se aqui a gestão coletiva obrigatória. Há um único escritório central, como vimos (artigo 99 [da LDA]). O titular fica assim desapropriado das faculdades que a lei parecia atribuir, até porque então só quem age é o escritório central. O autor musical, esse, ou adere ou não terá nada⁵⁶⁵.

Em visão diferente sobre o tema, Roberto Corrêa de Mello afirma que, no Brasil há um sistema “*sui generis*”, pelo qual

Os titulares filiam-se às associações de direitos de autor, que, juntas, administram o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, ao qual incumbe à arrecadação unificada dos direitos de autor e dos que lhes são conexos, permitindo uma integridade absoluta do sistema arrecadacional, sendo tal entidade um mandatário tácito dos titulares de quem as associações são mandatárias expressas⁵⁶⁶.

Carlos Alberto Bittar, em uma terceira forma de analisar a questão, menciona que os sistemas existentes ao redor do mundo podiam ser divididos em dois grandes grupos: “o de fixação de preço pelo Autor, dependente de autorização do titular; e o de determinação do Poder Público, em face de licença legal para execução”⁵⁶⁷. Ele explica que, no Brasil, vigora o sistema da fixação do preço pelo autor, mesmo que indiretamente, por meio das associações⁵⁶⁸.

De toda forma, há tempos se sabe que a “complexidade das relações da vida moderna” impõe aos titulares de direitos autorais a representação de seus interesses por entidades de gestão coletiva⁵⁶⁹. Ainda que a afirmação de Antonio Chaves tenha sido feita no contexto de seu estudo sobre a radiodifusão, é certo que, mesmo diante de toda a tecnologia atual, ao menos por enquanto, não há a possibilidade de gestão individualizada das obras intelectuais veiculadas pela Internet. Também do ponto de vista dos usuários de obras intelectuais, a gestão coletiva é preferida. Como citado por Sávio de Aguiar Soares, Vanisa Santiago entende que a gestão coletiva de “guichê único” (*one-stop shop*),

⁵⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O ECAD e a cobrança de direitos por execução de música integrada. In: **Revista da ABPI**, nº 115, p. 60, nov/dez 2011.

⁵⁶⁶ MELLO, Roberto Corrêa. ECAD e Internet: Como arrecadar direitos na rede – o uso compartilhado – a natureza jurídica da relação que se estabelece. **Revista de Direito Autoral**. Ano I, n. 2, pp.65-77, fev-2005 São Paulo: Lumen Juris, 2005. p. 75.

⁵⁶⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. p. 99.

⁵⁶⁸ O autor desenvolve análise detalhada sobre as associações de autores e sobre a gestão coletiva. (*Idem*, *ibidem*. pp. 99-110).

⁵⁶⁹ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. p. 388.

caracterizada pela “emissão de licenças para o uso das obras intelectuais de natureza diversas”, seria a mais adequada para o mundo digital, eis que garantiria a proteção dos titulares e facilitaria o acesso às obras. Nesse tipo de sistema, o “produtor de uma obra multimídia que necessite da autorização do autor de um texto poético, do autor de uma música e do autor de um desenho” pode obter essas autorizações por meio de uma só organização que conceda licenças centralizadas para várias espécies de obras⁵⁷⁰.

Com isso, parece-nos que as opções para a gestão dos direitos autorais relativos à veiculação de obras intelectuais por meio da Internet se resumem à gestão coletiva, à instituição de regimes de licença compulsória, ou alguma combinação desses dois sistemas. A fim de que se possa definir qual desses caminhos seria o mais adequado, é necessário analisar algumas características juridicamente relevantes da Internet que não podem ser esquecidas. São importantes: a avaliação da possibilidade de equiparação da veiculação de obras intelectuais por meio da Internet à radiodifusão; a compreensão da questão da interatividade; a ponderação quanto a sua ubiquidade; e o reconhecimento de que o uso de obras por meio da Internet pode ser compreendido como uma categoria inteiramente nova que não necessariamente se amolda aos direitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público já conhecidos.

No tocante às semelhanças entre o fenômeno da radiodifusão e o da Internet, como já visto na Parte III desta obra, a radiodifusão pode ser equiparada à execução pública porque não se dirige a uma pessoa específica, mas a todos que possam captar com seus aparelhos as ondas emitidas⁵⁷¹. A indeterminação dos ouvintes próximos aos aparelhos receptores em funcionamento no momento da transmissão era compensada pelo fato de que os ouvintes reuniam-se “pelo menos no tempo” para escutar a execução, dando a ela, por isso, o caráter de pública⁵⁷². No caso da Internet, essa equiparação nem sempre se confirma, eis que o público não está limitado a ouvir ou a assistir, naquele determinado momento, uma seleção de conteúdo previamente definida pelas emissoras. Portanto, em relação a diversos conteúdos disponíveis na Internet, não há a reunião de público indefinido (nem no espaço, nem no tempo), que possam ser considerados receptores de

⁵⁷⁰ SOARES, Sávio de Aguiar. Direitos autorais da utilização pública da obra musical. In: **Revista ABPI** 96, p. 27, set/out 2008.

⁵⁷¹ CHAVES, Antonio. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952. pp. 116 e 117.

⁵⁷² *Idem, ibidem*. p. 117.

determinada difusão. Assim, não parece viável considerar o conceito de transmissão de todos os conteúdos via Internet como execução pública.

Opinião contrária a essa foi expressada por Gloria Braga. Para a autora, a análise sistemática do artigo 5º, incisos II, IV, V, do artigo 29, inciso VII e do artigo 68, § 2º, todos da Lei de Direitos Autorais, demonstra que o legislador manteve ligado à execução pública o conceito de transmissão, o que permitiria concluir que na Internet “por meio das mais variadas formas de transmissão, as obras musicais serão disponibilizadas, comunicadas ao público, e, conseqüentemente, executadas publicamente”⁵⁷³. A autora afirma, também, que qualquer utilização de música na Internet “se dá por meio de transmissões” e que não é necessário que a música seja ouvida, bastando que ela seja disponibilizada por essas transmissões para restar caracterizado o direito de execução pública musical⁵⁷⁴.

Em princípio, discordamos desta opinião. Primeiramente, em razão de que o conceito de transmissão é técnico, não jurídico. O efeito jurídico desse conceito técnico (possibilidade de que um número indeterminado de pessoas tivesse acesso, em um dado momento, a uma seleção específica de obras intelectuais compostas por sons e/ou imagens) foi equiparado ao conceito de execução pública. Assim, *não é a transmissão em si* que define a execução pública, mas o fato de a execução ser *acessível a qualquer pessoa naquele dado momento*. Analisando-a sob outro ângulo, Antonio Chaves explica que a execução possibilita uma forma de aproveitamento público e contemporâneo de uma obra⁵⁷⁵. Nesse mesmo sentido, Gustavo Carrelli afirma que a execução não sobrevive, senão no exato momento em que ocorre, mencionando que apenas quem estiver naquele determinado lugar, naquele instante poderá usufruir da obra executada⁵⁷⁶. Portanto, entendemos que a mera existência de transmissão não pode ser usada para caracterizar a ocorrência de execução pública.

Ainda que assim não fosse, a Internet não poder ser compreendida como um mero meio de comunicação social. De fato, a Internet pode funcionar tanto como meio de

⁵⁷³ BRAGA, Gloria. O direito de execução pública musical e as novas tecnologias: Ringtones, Internet. In: **Revista de Direito Autoral**. ABDA. São Paulo: Lumen Juris, ano II, n. 3, pp. 22-23, ago/2005. xx

⁵⁷⁴ *Idem, ibidem*. p.25

⁵⁷⁵ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Direitos Autorais. **Revista Forense** comemorativa, 100 anos. Rio de Janeiro, tomo II, p. 784, 2007.

⁵⁷⁶ CARRELLI, Gustavo. L'esecuzione pubblica di opere radiodiffuse. In: **Il diritto di Autore**, Milano: Giuffrè, 1934. p. 494.

comunicação social, quanto como meio de comunicação privado⁵⁷⁷. Além disso, a Internet também pode servir como plataforma para que atividades de diversas outras naturezas sejam oferecidas. Com isso, ao contrário do ocorrido com conceitos técnicos anteriores, como o da radiodifusão, entende-se que não se deve inserir todas as comunicações por meio da Internet no conceito de comunicação pública.

Essa dificuldade foi experimentada por juristas especializados no assunto e refletiu-se nas discussões travadas no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual quando da elaboração dos Tratados conhecidos como Tratados da Agenda Digital⁵⁷⁸. Nesses Tratados, que não foram ratificados pelo Brasil, houve o reconhecimento do direito de colocação à disposição do público, de forma que o usuário da obra possa escolher o local e o momento para usufruí-la. Esse direito novo, no tocante aos autores, foi inserido sob o conceito de comunicação pública, pela conveniência de se utilizar estruturas jurídicas já conhecidas e de se garantir que não se estava constituindo um novo direito, mas apenas o declarando. Essa opção, contudo, foi criticada por José de Oliveira Ascensão justamente pelo fato de inserir no âmbito da comunicação ao público um direito que prescinde da simultaneidade na recepção da comunicação, o que não havia ocorrido nas extensões anteriores ao direito de comunicação ao público⁵⁷⁹.

Talvez este motivo tenha inspirado Gloria Braga a defender a existência de execução pública em todas as transmissões via Internet. Ocorre que essa não parece ter sido a opção do legislador brasileiro, eis que decidiu adaptar esse conceito de disponibilização ao público transformando-o em algo mais próximo de uma distribuição digital, conforme introduzido no artigo 29, inciso VII da Lei de Direitos Autorais. Por esse dispositivo da lei brasileira, o autor tem o direito de autorizar a distribuição de sua obra por sistemas que permitam ao usuário definir o tempo e o lugar em que quer recebê-la. Nesse sentido, Manoel J. Pereira dos Santos afirma ser impossível defender que, no Brasil, toda e qualquer obra disponibilizada pela Internet seja considerada como abrangida pelo direito

⁵⁷⁷ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

⁵⁷⁸ Os Tratados da Agenda Digital são dois: *Wipo Copyright Treaty* ou Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e o *Wipo Performances e Phonograms Treaty* ou Tratado da OMPI sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas. Ambos foram celebrados no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual em 1996 e não foram ratificados pelo Brasil. Ressaltamos que em português a sigla para referir-se ao Tratado sobre Direito de Autor é TODA e ao Tratado sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas é TOIEF. Nesta obra, contudo, os tratados serão referenciados, respectivamente, pelas siglas WCT e WPPT.

⁵⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 115.

de comunicação ao público. Para ele, é necessário avaliar a atividade de cada provedor no caso concreto para se definir qual é o regime jurídico aplicável⁵⁸⁰.

De fato, a Internet oferece diversas formas de acesso a um conteúdo e, a princípio, parece-nos que esse acesso pode ser resultante de uma distribuição ou de uma comunicação ao público. As transmissões e as reproduções da obra intelectual distribuída ou comunicada ao público (prévias à real distribuição ou comunicação ao público por meio da Internet) devem ser entendidas como inerentes e imprescindíveis para o uso final, o qual deverá ser, necessariamente, autorizado e remunerado. E não se diga que a Lei de Direitos Autorais não faz para a transmissão a mesma ressalva que faz para a reprodução no artigo 30, § 1º, eis que *tal ressalva não é necessária*, tendo em vista que a legislação em momento algum consagra um direito exclusivo de transmissão, mas apenas o direito exclusivo de comunicação ao público, sendo a transmissão uma das técnicas que podem ser usadas para atingir esse objetivo.

Analisando a questão da transmissão relacionada a obras disponibilizadas ao público, José de Oliveira Ascensão entende ser inadmissível imaginar que essa transmissão dependeria de nova autorização do autor quando já exista a autorização para a colocação da obra à disposição do público. Segundo o autor, com a primeira autorização já se deveriam compreender como autorizadas as transmissões necessárias à sua concretização, tudo de acordo com a teoria da disposição funcional, que enaltece a obtenção do fim prático pretendido pelo negócio jurídico⁵⁸¹.

Alexandre Dias Pereira afirma que os Tratados da OMPI (WCT e WPPT) são mais amplos do que o TRIPS, pois estabelecem regras quanto ao direito de distribuição (direito de autorizar a colocação à disposição do público do original ou de exemplares por meio de venda de objetos tangíveis - exemplares) e quanto ao direito de comunicação ao público (direito exclusivo de autorizar toda a comunicação ao público por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público de maneira que cada um possa ter acesso no local e no momento por si individualmente escolhidos). Para o autor, “essa solução de incluir a transmissão em linha a pedido (interativa ou ponto a ponto) no direito de comunicação ao público, embora distinta da radiodifusão, corresponde à proposta

⁵⁸⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais. **Revista da ABPI**, nº 103, p. 58, nov./dez. 2009. p. 58.

⁵⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 116.

comunitária”, que não queria o enquadramento como direito de distribuição ou de aluguel⁵⁸².

Segundo Alexandre Dias Pereira,

Os novos contornos do direito de autor foram desenhados em função deste paradigma do acesso condicional, quer no que respeita ao conteúdo dos direitos (a transmissão digital interactiva), quer no que respeita às suas formas de proteção (proibição de produção e distribuição de dispositivos que tenham por finalidade neutralizar, suprimir ou contornar sistemas técnicos de proteção). Esses sistemas tornam possível ou pelo menos facilitam a prática de baixos custos de transações relativos aos conteúdos digitais disseminados na *www*, permitindo o surgimento de novos mercados para estes conteúdos no quadro destes serviços⁵⁸³.

Alexandre Dias Pereira discorre sobre as razões que teriam levado à inclusão do direito de colocação à disposição do público sob o guarda-chuva da *comunicação ao público*, mencionando que a dificuldade de se exercer um controle sobre a circulação posterior da obra, especialmente além das fronteiras europeias, em conjunto com o problema do *esgotamento internacional* teriam levado à opção de manter tal direito como comunicação ao público. Todavia, essa opção implica uma leitura diferenciada do que seria *o público*. Para o autor “o público terá que ser interpretado como pessoas que possam receber as transmissões em momentos diferentes e segundo a sua conveniência (...) [, pois] não há recepção ao mesmo tempo”⁵⁸⁴.

Trata-se, possivelmente, de uma *forma diferente de comunicação ao público*, caracterizada pela *interatividade*. Assim, não se confunde com a radiodifusão. Essa exatamente a conclusão apresentada por Pedro João Fialho da Costa Cordeiro que afirma ser a “capacidade para uma comunicação por duas vias” a distinção essencial entre a comunicação por rede digital e a radiodifusão⁵⁸⁵. O autor menciona que, apesar das claras diferenças entre a radiodifusão e a comunicação por rede digital, não se pode ignorar a íntima ligação existente entre ambas, eis que a qualidade da difusão tornada possível pela radiodifusão digital e, conseqüentemente, a qualidade das cópias das obras difundidas que o consumidor pode eventualmente realizar, justifica a preocupação do setor fonográfico,

⁵⁸² PEREIRA, Alexandre Dias. Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: 2001. pp. 77-78.

⁵⁸³ *Idem, ibidem*. p. 446.

⁵⁸⁴ *Idem, ibidem*. p. 557.

⁵⁸⁵ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 345.

dos produtores de filmes e dos artistas e intérpretes em garantir um direito exclusivo de autorizar ou proibir a radiodifusão digital de suas obras. E essa busca por um direito exclusivo se traduziu no direito de colocação à disposição do público para as designadas *transmissões interativas*, pelas quais

Não existe qualquer emissão no sentido comum do termo. Os membros do público, agora não como grande massa variável, mas individualmente considerados, podem aceder ao material assim disponibilizado e podem interagir sobre ele, alterando-o, reduzindo-o, misturando-o, etc. (...) o receptor deixa de ser um mero sujeito passivo, intervindo na escolha e conteúdo daquilo a que acede a pedido (*on demand*)⁵⁸⁶.

O autor ressalta que a noção de transmissão deve ser entendida diferentemente, pois na “transmissão interativa” não há iniciativa do emissor de enviar os sinais para serem captados por quem pretenda; ao contrário, “é o utilizador que promove os actos necessários ao aproveitamento pretendido. É um direito completamente novo, que não se confunde com nenhuma realidade preexistente”⁵⁸⁷. O autor conclui, portanto, que a “palavra chave é interactividade” e que a sua presença “dá um carácter completamente inovador ao próprio direito e supõe a criação dum regime específico que lhe dê um enquadramento adequado”. E, ainda, explica que organismos de radiodifusão podem também praticar atos de colocação à disposição do público. Ou seja, as transmissões por meio da Internet podem se caracterizar como radiodifusão ou como colocação à disposição ao público “dependendo do modo como se concretizam”⁵⁸⁸. Mais adiante, o autor afirma que a radiodifusão digital estará sujeita à teoria da comunicação (recepção), enquanto que a colocação à disposição interativa ficará sujeita à lei do país onde a obra foi colocada à disposição do público, pois, no primeiro caso, o ato relevante ocorre no país de recepção e, no segundo caso, o ato relevante é tornar acessível a obra a qualquer membro do público, o que ocorre no local onde o servidor permite esse acesso⁵⁸⁹.

Essa clareza de conceitos trazida pelo autor português é bastante relevante para o presente estudo, eis que no Brasil ainda há certa confusão sobre o tema. Segundo Roberto Corrêa de Mello, a escuta de obra musical pelo usuário final por meio da Internet

⁵⁸⁶ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 485.

⁵⁸⁷ *Idem, ibidem.* p. 355.

⁵⁸⁸ *Idem, ibidem.* p. 357.

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem.* p. 368.

(*streaming*) pode ser expandida a fim de que a audição da obra se dê em *espaços coletivos*. E, de acordo com ele, por essa razão é que o *streaming* determinaria

O pagamento de remuneração autoral pelo ofertante pela simples disponibilização da obra por meios eletrônicos, na medida em que a expansão de uso consubstancia verdadeira execução pública, de audição lata, coletiva, configurando verdadeiro processo de comunicação ao público⁵⁹⁰.

Em nossa opinião, contudo, não é a possibilidade de audição em ambientes de frequência coletiva que torna o *streaming* sujeito ao pagamento de remuneração autoral a título de execução pública, mas a própria característica da transmissão digital, se não for interativa. Isto porque, mesmo quando o usuário faz a reprodução da obra para seu acervo pessoal (*downloading*), ele poderá, em seguida, executar publicamente a obra. Assim, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, citado por Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, nessa hipótese a obra torna-se “objecto de um espectáculo” e “o autor goza de um novo direito”⁵⁹¹. Mais uma vez com Pedro João Fialho da Costa Cordeiro, vale lembrar que a “comunicação ao público pressuporia uma transmissão que permitisse a recepção por destinatários sem que estes tenham possibilidade de escolha dos conteúdos transmitidos”⁵⁹². Não é isso que acontece na colocação à disposição do público, pela qual o público é livre para escolher acessar ou não as obras disponíveis.

Para o nosso estudo, tem grande importância a clara compreensão desses dois direitos, pois a inclusão da *colocação à disposição ao público* sob o “guarda-chuva” da *comunicação ao público* (como ocorreu no WCT) implica a possibilidade de implementação de licenças compulsórias nos termos do artigo 11 *bis* (2) da Convenção de Berna também para esse direito. Apesar de convidativa, essa não é a interpretação mais aceita da situação. De fato, entende-se, predominantemente, que o artigo 8 do WCT cuida apenas da *colocação à disposição do público por meios interativos* e tem regime diferente ao da *comunicação ao público em geral*. Nas palavras de Pedro João Fialho da Costa Cordeiro:

⁵⁹⁰ MELLO, Roberto Corrêa. ECAD e Internet: Como arrecadar direitos na rede – o uso compartilhado – a natureza jurídica da relação que se estabelece. **Revista de Direito Autoral**. Ano I, n. 2, pp.65-77, fev-2005 São Paulo: Lumen Juris, 2005. p. 67.

⁵⁹¹ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 470.

⁵⁹² *Idem, ibidem*. p. 147.

O direito de comunicação ao público seria o direito base que depois seria delimitado negativamente retirando-se o interactivo para um direito próprio e ficando a comunicação pública não interactiva e a radiodifusão como restantes espécies do género⁵⁹³.

Ao olhar de Jane C. Ginsburg, a Convenção de Berna cuida imperfeitamente do direito de comunicação ao público, mencionando um emaranhado de direitos redundantes e às vezes contraditórios, tais como: execução pública, comunicação ao público e radiodifusão. E mais, aplica proteções de extensão diferente dependendo do tipo de obras. Para a autora, o WCT buscou racionalizar essa proteção estabelecendo uma proteção geral para todos os tipos de obra no tocante à comunicação ao público e introduzir uma nova designação para a comunicação de obras por meio da Internet: a colocação à disposição. A autora discute em seu artigo se esse direito seria algo novo e diferente ou apenas um detalhamento dos direitos que já eram previstos pela Convenção de Berna. Para Jane C. Ginsburg, se se tratar de um direito novo, um país membro da Convenção de Berna, que não tenha ratificado o WCT (exatamente como é o caso do Brasil), não estaria internacionalmente obrigado a assegurar tal proteção aos autores. A autora também destaca a importância da correta caracterização do direito de colocação à disposição no tocante à aplicação ou não das licenças compulsórias permitidas pelo artigo 11 *bis* (2) da Convenção de Berna⁵⁹⁴. A autora lembra, ainda, que a Convenção de Berna não especifica se o público para o qual uma obra é comunicada poderia recebê-la separadamente tanto no tocante ao *espaço*, quanto no tocante ao *tempo*. Ademais, menciona que o artigo 11 *bis* (2) refere-se às tecnologias do tipo *push*, isto é, aquelas em que o público recebe passivamente o conteúdo emitido por uma entidade transmissora. O conteúdo e o momento da comunicação são definidos pela entidade. A autora destaca, todavia, que a terminologia usada no artigo 11 *bis* da Convenção de Berna não descartaria tecnologias do tipo *pull*, em que a escolha do momento de acesso ao material colocado à disposição seria do usuário. Mesmo assim, a autora reconhece que seria muito ousado afirmar que esse artigo obrigaria os países membros da Convenção a classificar as transmissões *on-demand* como

⁵⁹³ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. p. 147.

⁵⁹⁴ GINSBURG, Jane C. The (New?) Right of Making Available to the Public. Intellectual Property in the new millennium. Essays in honour of William R. Cornish. David Vaver, Lionel Bently, eds., pp. 234-47, Cambridge University Press, 2004. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=602623>>. Acesso em 14.dez.2013. pp. 2-3.

comunicação ao público⁵⁹⁵. Em suas conclusões, a autora afirma que o conceito de *colocação à disposição* não pode ser referido como uma reafirmação, nem como uma novidade em relação ao que já era previsto pela Convenção de Berna, mas sim como um esclarecimento no sentido de que o direito à comunicação ao público pode incorporar tanto tecnologias *pull*, quanto tecnologias *push*⁵⁹⁶.

Para nosso estudo, a principal consequência deste entendimento é a de que transmissões sem fio *on demand* poderiam ser consideradas sujeitas ao regime de licenças compulsórias previsto no artigo 11 *bis* (2) da Convenção de Berna. Jane C. Ginsburg ressalta que o regime de licenças compulsórias poderia ser aplicável apenas a transmissões sem fio. Segundo ela, as transmissões *on demand* por fio não poderiam ser sujeitas a esse tipo de regime⁵⁹⁷. Levando-se em conta o grande avanço das tecnologias *wireless* e *mobile*, a opinião da autora americana pode ser relevante no sentido de admitir a criação de sistemas de licenças compulsórias para alguns tipos de comunicação ao público feitas por meio da Internet, desde que a partir de conexões sem fio.

Analisadas as questões relativas à caracterização do direito de colocação à disposição ao público, inclusive sob o ponto de vista da interatividade (que distancia tal direito do direito de comunicação ao público em geral), vale analisar a situação do ponto de vista da ubiquidade da Internet.

Nesse contexto, destacamos uma proposta desenvolvida por Alan R. Kabat no sentido de se criar uma *Worldwide Internet Collecting Society*, que seria administrada pela OMPI e seguiria os *standards* previstos na Convenção de Berna. Segundo o autor, a aplicação do sistema poderia ser exigida por meio de sistemas de solução de disputas conduzido pela OMPI e, se necessário, por meio de imposição de sanções comerciais em nome de todos os membros via OMC. O autor justifica suas proposições afirmando que a fragmentação dos direitos autorais e a existência de muitas sociedades arrecadadoras fazem com que um *site* multimídia tenha que negociar com várias delas para poder usar uma obra e isso para cada país em que pretender atuar. Uma Sociedade Arrecadadora Mundial englobaria todos os direitos autorais que são largamente reconhecidos internacionalmente,

⁵⁹⁵ GINSBURG, Jane C. The (New?) Right of Making Available to the Public. Intellectual Property in the new millennium. Essays in honour of William R. Cornish. David Vaver, Lionel Bently, eds., pp. 234-47, Cambridge University Press, 2004. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=602623>>. Acesso em 14.dez.2013. pp. 4-8.

⁵⁹⁶ *Idem, ibidem.* p. 8.

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem.* p. 12.

e representaria uma *one-stop licensing shop*, cobrindo reprodução, criação de obras derivadas, distribuição de obras pela Internet, execução de obras no *site*, e exposição passiva de obras no *site*. O autor reconhece a deficiência de sua sugestão em alguns aspectos, especialmente no tocante aos direitos morais, mas afirma que a ideia poderia ser viável se se conseguisse exigir dos membros ao menos o respeito aos direitos morais de paternidade e integridade. Alan R. Kabat afirma que seria necessário um controle relativamente sofisticado, mas acredita que o desenvolvimento de recursos tecnológicos de monitoramento (DRM) poderia solucionar a questão. A parte mais surpreendente do estudo de Alan R. Kabat é a sugestão da combinação de dois tipos de licença. De fato, o autor sugere que seja usado um duplo sistema: a) uma licença modificada, derivada do modelo usado pelas entidades de gestão já existentes, tais como a BMI e SESAC, a qual seria de grande interesse de usuários gigantes (que pretendem usar um número enorme de músicas e que querem ter lucro sobre o uso das obras). Para esses usuários gigantes, o valor das licenças não seria apenas baseado no faturamento, mas na proporção do *site* ocupada pelas obras. O valor poderia ser acordado por um comitê coordenado (composto por usuários e por titulares de direitos autorais), e b) uma licença seria negociada, de acordo com cada obra ou direito, bem como com a extensão do uso e o tipo de direito invocado e, ainda, com a natureza do usuário interessado. Essa licença seria vantajosa para pequenos *websites* que usam poucas obras e poderia funcionar bem para fotos, pois, nesses casos, geralmente, o interessado pretende usar apenas uma obra⁵⁹⁸. Apesar de a proposta de uma sociedade arrecadadora única parecer utópica, as ideias do autor merecem alguma consideração, tendo em vista as dificuldades que têm sido enfrentadas pela Europa para adaptar a sistemática de gestão coletiva à realidade da Sociedade da Informação.

A respeito das questões de gestão coletiva na Europa, vale destacar interessante estudo feito por Giuseppe Mazziotti sobre os novos modelos de licenciamento para serviços de música *online* no mercado europeu, no qual o autor relata a complexidade enfrentada por usuários comerciais que pretendem desenvolver e lançar serviços pan-europeus de conteúdo *online* e as tentativas de solucionar as ineficiências econômicas decorrentes das restrições territoriais na gestão coletiva de direitos autorais⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ KABAT, Alan R. Proposal for a Worldwide Internet collecting society: Mark Twain and Samuel Johnson licenses. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.45. n.3. p.329-53. 1998.

⁵⁹⁹ MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer,

Giuseppe Mazziotti afirma que, para o mundo digital, a distinção entre as categorias de direitos autorais e direitos conexos é menos relevante e que, na prática do mercado, já existe uma categoria referida como *direitos online*, mas isso ainda não está refletido nas legislações de direitos autorais. O autor explica que, desde 2004, a Comissão Europeia começou a se concentrar em aspectos cruciais da gestão coletiva transfronteiriça, tendo lançado uma Recomendação, em 2005, visando ao estabelecimento de uma política de licenciamento multiterritorial correspondente à ubiquidade do ambiente *online*, para o benefício de novos usuários comerciais, tais como os prestadores de serviços de música *online*, tentando evitar que tais usuários fossem forçados a negociar em cada país membro e com cada uma das respectivas organizações de gestão coletiva⁶⁰⁰.

Tal Recomendação sugeria que os titulares de direitos autorais pudessem autorizar a gestão dos direitos para serviços *online* em um âmbito territorial da sua escolha, a uma sociedade de gestão coletiva da sua escolha, independentemente da sua nacionalidade e residência. Além disso, convidava os países membros a proibir todas as restrições territoriais criadas por acordos de representação recíproca de sociedades de gestão coletiva e a permitir a gestão dos direitos *online* para todo o território da União Europeia, independentemente da residência dos titulares que cada sociedade representava e da localização econômica dos utilizadores comerciais. E ainda, a Recomendação também estabelecia um conjunto de práticas sugeridas com vista a aumentar o grau de eficiência e transparência das sociedades de gestão coletiva, tais como: a distribuição equitativa e coleta de *royalties*, sem discriminação em razão da residência, nacionalidade ou categoria de titular⁶⁰¹.

A ideia de que a exploração de obras por meio da Internet pode ser monitorada a distância é a base do entendimento de que não há razões para que sociedades de gestão coletiva não possam prestar serviços de modo transfronteiriço com base em seus próprios repertórios, sem a necessidade de acordos de representação, que acabam por implicar em uma exclusividade territorial fática. A Comissão Europeia esperava com essa mudança que

2011.

⁶⁰⁰ MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 762, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011.

⁶⁰¹ Jornal Oficial da União Europeia de 21.10.2005 (L 276/54 a L 276/57): RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO de 18 de Maio de 2005 relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:276:0054:0057:PT:PDF>>. Acesso em: 23 nov.2013.

a simplificação proposta reduzisse os custos de transação e fortalecesse a concorrência e a inovação em nível de gestão de direitos de música e em nível de ofertas comerciais de música digital, para o benefício dos titulares de direitos autorais, dos usuários comerciais e dos consumidores europeus. Todavia, afirma Giuseppe Mazziotti, as mudanças acabaram gerando uma polarização e pioraram a situação de pequenas sociedades de gestão coletiva e também de grandes usuários⁶⁰².

Segundo Giuseppe Mazziotti, a própria Comissão Europeia, em 2009, teria reconhecido que os serviços de música *online* continuavam incipientes na Europa, apesar da mudança do sistema de licenças multirrepertório concedidas em bases nacionais para o sistema de licenças monorrepertório amplo. Uma das razões para essa situação seria a dificuldade de se conseguir concentrar em uma única sociedade de gestão coletiva a representatividade de direitos autorais e de direitos conexos relativas a repertórios anglo-americanos e da Europa continental, o que está diretamente relacionado com a falta de harmonização das regras existentes em cada país membro. Assim, até hoje poucas entidades licenciadoras conseguiram os direitos necessários para criar um *balcão único* para os serviços europeus de música *online*. Na opinião do autor, a reestruturação da gestão de direitos *online*, por um lado, facilitou as práticas de negócios e acomodou as necessidades econômicas dos principais grupos internacionais de música em sua luta de longa duração com as sociedades de gestão coletiva nacionais. Por outro lado, o autor destaca que a retirada dos direitos *online* referentes ao repertório anglo-americano dos mandatos conferidos às sociedades arrecadadoras locais constitui uma ameaça potencial para tais sociedades e implica riscos concretos de marginalização dos repertórios locais, especialmente os de países menores, como Grécia, Portugal, Holanda e Bélgica. Já em relação aos grandes usuários comerciais de música digital (capazes de conceber e lançar serviços pan-europeus), que deveriam ter sido os principais beneficiários da reestruturação da gestão de direitos na União Europeia, as alterações parecem não ter agradado tanto, eis que o autor menciona o descontentamento de vários usuários com a fragmentação dos repertórios que os obriga a negociar e celebrar vários acordos de licenciamento com diversas entidades, enquanto que no sistema antigo eles poderiam facilmente obter todas as

⁶⁰² MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011. pp. 770-771.

autorizações necessárias através de uma *blanket license* monoterritorial de cada sociedade de gestão coletiva nacional. O autor relata que os usuários temem, ainda, a insegurança jurídica do novo sistema, pois muitas organizações de gestão coletiva de direitos, acostumadas com a prática de concessão de licenças para acesso ao repertório mundial de música, são incapazes de fornecer dados detalhados do repertório licenciado.⁶⁰³ Giuseppe Mazziotti chega a afirmar que “os cenários descritos acima mostram uma realidade inegável do caos, a nível jurídico e sob a perspectiva do mercado. Um grau insuportável de incerteza ainda caracteriza componentes cruciais da nova arquitetura de gestão de direitos para a música digital”⁶⁰⁴.

Para Giuseppe Mazziotti, uma mudança radical como a pretendida deveria ter sido precedida de uma harmonização legislativa no tocante aos contratos de direitos autorais e à constituição e regulamentação das atividades das sociedades de gestão coletiva nos países membros. Assim, o autor propõe que sejam feitas as alterações legislativas necessárias e sugere (em contraposição ao modelo de radiodifusão que adota o princípio do país de recepção) o uso do *princípio do país de origem*⁶⁰⁵ para todos os tipos de serviço de música *online* e que uma licença multirrepertório obtida no país de origem cubra automaticamente toda a Europa. Finalizando sua análise sobre o tema, o autor afirma que a distinção entre direitos de reprodução e direitos de execução pública já não se justifica, nem legalmente nem economicamente. Em sua opinião, manter essa distinção em vigor no ambiente *online* tem sido prejudicial para o desenvolvimento de um mercado *online* maduro de conteúdos criativos. Assim, Giuseppe Mazziotti defende a interpretação do direito de colocação à disposição de modo a cobrir serviços de *streaming* e de *downloads*. Apesar de reconhecer que a Diretiva Europeia 2001/29 não deixa claro se a única limitação obrigatória nela contida (cópia efêmera) seria suficiente para tornar legítima a transmissão *online* sob

⁶⁰³ MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011. pp. 776-795.

⁶⁰⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 800.

⁶⁰⁵ O autor esclarece que esse princípio é um princípio de direito internacional privado e já foi adotado pela Directiva Satélite e Cabo de 1993 e, mais recentemente, pela Directiva de Audiovisual de 2010. A lógica da adoção desse princípio é a de evitar a aplicação cumulativa de várias legislações nacionais a um único ato de exploração comercial de uma obra intelectual, definindo um critério que identifica uma única lei aplicável. (MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011, p. 802.)

demanda e, que a aplicação concomitante do direito de reprodução tem sido considerada necessária, o autor defende a tomada de medidas urgentes, a fim de remover essa incerteza e de impor uma interpretação economicamente viável e moderna do direito exclusivo de colocação à disposição. Segundo ele, idealmente, esse direito deveria ser o único a cobrir transmissões por meio da Internet e, como resultado, o único tipo de direito a ser obtido pelos prestadores de serviços de música *online*, independentemente das técnicas (por exemplo, *streaming*, *download*, etc.) e independentemente da sistemática (se *on demand* ou não), reconhecendo-se expressamente que as reproduções digitais são tecnicamente inerentes e economicamente inseparáveis dos atos de tornar o conteúdo disponível para o público⁶⁰⁶. O próprio autor admite que a interpretação acima mencionada demandaria esforços enormes e acaba por afirmar que, mais realisticamente, o mesmo objetivo pode ser alcançado com uma reforma legislativa que reconheça o caráter autônomo do direito de colocação à disposição para transmissões *online*⁶⁰⁷.

A complexidade do assunto explica, inclusive, a consulta pública instituída pela Comissão Europeia para revisar as normas de direito autoral da União Europeia prevista para o período de 5 de dezembro de 2013 e 5 de fevereiro de 2014, cujos principais temas em debate são a acessibilidade de conteúdos em serviços *online* de qualquer ponto da Europa e a definição do que precisa e do que não precisa de autorização em termos de transmissões digitais além da revisão das hipóteses de limitações aos direitos autorais na Europa.⁶⁰⁸

Para nosso estudo, interessam principalmente duas questões tratadas por Giuseppe Mazziotti: o claro reconhecimento de que uma solução para os desafios enfrentados pelo Direito Autoral na Sociedade da Informação dependem da máxima harmonização possível entre os sistemas protetivos de todos os países, e a ousada interpretação dada ao direito exclusivo de colocação à disposição ao público como um direito único para a exploração de obras por meio da Internet, aplicável a sistemas tradicionais de comunicação ao público e a sistemas de transmissão *on demand*.

⁶⁰⁶ MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011, p. 802 - 807.

⁶⁰⁷ *Idem, ibidem.* p. 808.

⁶⁰⁸ Informações disponíveis em: <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm>. Acesso em 14 dez.2013.

No tocante à necessidade de harmonização dos sistemas de proteção, ressaltamos os trabalhos conduzidos pelas Comissões Permanentes da OMPI, especialmente a *Standing Committee on Copyright and Related Rights* - SCCR que foi criada no biênio de 1998-1999 para analisar questões relacionadas à harmonização no campo dos direitos autorais e conexos. Essa Comissão Permanente é composta por representantes de todos os países membros da OMPI e da Convenção de Berna e conta também com a participação de observadores de alguns membros da ONU (que não são membros da OMPI) e, ainda, de organizações não governamentais. Atualmente, as limitações e as exceções aos direitos autorais são temas centrais de estudo dessa comissão, sendo que eventuais recomendações formuladas poderão ser submetidas à Assembleia Geral da OMPI⁶⁰⁹. Percebemos, aqui, a convergência do pensamento expressado por Lorenzo Ferrero⁶¹⁰, com o qual concordamos integralmente, no sentido de que qualquer proposta de solução para as questões atuais de Direito Autoral precisa ser discutida em nível internacional, dado o caráter mundial da Internet.

Com relação à proposta de interpretação do direito de colocação à disposição do público como inserido integralmente no contexto da comunicação ao público tradicionalmente reconhecida, entendemos ser uma solução ousada, mas passível de ser adotada, se precedida de algumas cautelas. De fato, não há razão para se insistir na incidência de dois tipos de direitos diferentes sobre o mesmo ato de divulgação de uma obra por meio da Internet. Por isso, parece-nos inadmissível que uma determinada empresa que tenha obtido junto aos respectivos titulares de direitos a autorização para veicular obras musicais ou audiovisuais sob demanda por meio da Internet seja compelida a recolher direitos autorais a título de execução pública das obras musicais apenas pelo fato de elas estarem disponíveis para acesso pelo público em momento de sua escolha.

Como já vimos, as questões técnicas relacionadas à transmissão das obras ou a mera hipótese de que tais obras venham a ser exibidas ou executadas em um local de frequência pública não são motivos suficientes para justificar tal entendimento. Ora, ainda que a LDA garanta ao autor, em seu artigo 31, o direito de autorizar as diferentes

⁶⁰⁹ Informações obtidas no site da OMPI. Disponível em: < <http://www.wipo.int/policy/en/sccr/> >. Acesso em 04 nov.2013.

⁶¹⁰ Opinião expressada no evento denominado “O Direito Autoral e Marco Civil da Internet”, realizado em 20 de junho de 2012, sob a coordenação do Comitê Nacional de Cultura e Direitos Autorais (CNCDA). Lorenzo Ferrero é o atual diretor executivo do Conselho Internacional dos Compositores de Música da CISAC (CIAM). Cf. *Cisac Annual Report 2011*, p. 17. Disponível em: <<http://www.cisac.org/CisacPortal/cisacDownloadFile.do?docId=23787>>. Acesso em 11 nov 2012.

modalidades de utilização de uma obra, a lei não autoriza uma cobrança duplicada pelo mesmo tipo de uso. Explica-se: ou se diferenciam os direitos e as situações de fato e, em razão disso, criam-se sistemas diferentes para cada hipótese; ou se juntam os direitos sob o mesmo guarda-chuva da comunicação ao público e aproveitam-se das estruturas e das regras já existentes. Não se pode concordar, contudo, com o aproveitamento de brechas regulatórias para se tentar arrecadar duas vezes direitos autorais em razão do mesmo ato.

É nesse sentido que discordamos da posição do ECAD, por exemplo, em exigir remuneração de direitos autorais de *sites* que mantenham hospedadas obras intelectuais devidamente licenciadas perante seus respectivos titulares ou espontaneamente publicadas por usuários que declarem a licitude do conteúdo para que o público possa acessar tais conteúdos em momento oportuno; ou em exigir remuneração de direitos autorais para disponibilização de *podcasts* a serem acessados ao tempo e lugar em que o usuário decidir; ou, ainda, em exigir remuneração de direitos autorais de *sites* que inserem links para outros *sites* que hospedem obras intelectuais licitamente disponibilizadas que poderão ser acessados pelos usuários quando e onde lhes parecer mais conveniente. Ora, em nosso entendimento, nenhuma dessas situações poderia ser considerada uma comunicação ao público no sentido tradicional, nos termos da legislação brasileira, se dependeram de prévia negociação com os respectivos titulares para a colocação das obras à disposição. Portanto, todas elas estariam fora do âmbito de competência do escritório de arrecadação.

Assim, o entendimento expressado por Giuseppe Mazziotti no sentido que as cópias digitais feitas para viabilizar um serviço *on demand* poderiam ser compreendidas como *cópias de caráter meramente técnico*, cujo objetivo final seria a *comunicação da obra ao público*, é coerente. A própria LDA (artigo 30) já contempla a ressalva de que a reprodução com o propósito de tornar a obra perceptível em meio eletrônico no curso de uso devidamente autorizado pelo autor não é resguardada pelo direito exclusivo de reprodução. Essa interpretação ousada feita por Giuseppe Mazziotti, se aplicada no Brasil, permitiria que todos os serviços de comunicação ao público de obras musicais por meio da Internet pudessem ser submetidos ao regime de gestão coletiva previsto para execução pública de obras musicais, passando a ser dispensável a negociação individualizada junto aos titulares para cada inserção de obras intelectuais na rede, desde que recolhida a contribuição à entidade arrecadadora. É claro que a aplicação de tal interpretação demandaria ao menos uma alteração na LDA, no sentido de incluir o direito de colocação à disposição do público sob o guarda-chuva da comunicação pública, eis que, como já

mencionamos no início deste Capítulo, nossa lei o inseriu no âmbito do direito de reprodução, como uma distribuição digital.

Por mais ousada que pareça, a interpretação feita por Giuseppe Mazziotti tem o mérito de buscar unificar a exploração de obras por meio da Internet sob um único direito. Essa unificação já foi defendida também nos Estados Unidos. Patrick McKay relata que o melhor sistema de licença compulsória já proposto naquele país foi o constante de uma proposta de reforma da Seção 115 da Lei de direitos autorais⁶¹¹ em 2006, que teria criado uma *blanket license* para cobrir todos os direitos necessários para reprodução e distribuição digital. Por essa proposta, um potencial licenciado poderia notificar um agente de determinado titular de direitos autorais e iniciar a distribuição digital de todas as obras musicais já publicadas daquele determinado titular mediante o pagamento de uma tarifa (que seria definida pelo *Copyright Royalty Board*) para uma entidade de gestão coletiva⁶¹². Essa proposta era defendida, inclusive pelo *Copyright Office*, especialmente em razão da reconhecida dificuldade e dos altos custos envolvidos na negociação com os titulares de direitos autorais, em oposição à relativa simplicidade de se obter as licenças junto às entidades gestoras de direitos de execução pública de interpretações. A representante do *Copyright Office* afirmou, na época, que parecia lógico criar um sistema de licenças para os direitos de distribuição equivalente ao já existente sistema de licença de direitos de execução pública de interpretações e reuni-los sob uma única *blanket license*. Como vantagens para os titulares de direitos autorais, mencionava-se a diminuição dos custos associados à arrecadação de direitos e a potencial diminuição de serviços gratuitos não autorizados⁶¹³. Patrick McKay, além de defender que uma proposta equivalente à de 2006 deveria ser retomada, afirma também que o Congresso americano deveria considerar a regulamentação quanto a conteúdo gerado por usuários de plataformas digitais. O autor afirma serem muito populares, nesse tipo de plataforma digital, os vídeos criados por adolescentes cantando músicas e os vídeos amadores em que os usuários inserem músicas de sua preferência. O autor destaca a possibilidade de tais vídeos serem considerados

⁶¹¹ Como detalhadamente explicado no Capítulo III da Parte III desta obra, a Seção 115 da Lei de direitos autorais dos Estados Unidos prevê uma licença compulsória para que qualquer pessoa possa gravar seu fonograma com uma obra musical, cujo titular de direitos autorais já tenha autorizado anteriormente a distribuição de fonogramas, desde que cumpra os requisitos e pague a taxa estipulada pelo *Copyright Office*.

⁶¹² MCKAY, Patrick. Ending the Power to Say No: The Case for Extending Compulsory Licensing to Cover Digital Music Reproduction and Distribution Rights. (October 14, 2010). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1692336>>. p. 12.

⁶¹³ *Idem, ibidem*. p. 13.

violações a direitos autorais e sua retirada do ar ser exigida pelos titulares dos respectivos direitos. Para o autor, portanto, seria conveniente que a licença prevista na Seção 115 da Lei de direitos autorais dos Estados Unidos também fosse ampliada para cobrir a sincronização de músicas em obras audiovisuais criadas por usuários dessas plataformas digitais⁶¹⁴.

Ainda em relação aos Estados Unidos, vale lembrar já existir naquele país uma hipótese de licença compulsória para a transmissão de gravações sonoras por meio de serviços de Internet que não sejam interativos. As regras do referido sistema são complexas e constam da Seção 114(d) da Lei de direitos autorais daquele país, a qual é uma das seções mais áridas de toda a lei, pois traz diversas condicionantes e muitas definições de expressões que geram dúvidas aos mais dedicados estudiosos. Sobre esse regime adotado nos Estados Unidos, é importante compreender os seguintes pontos: a) a licença compulsória refere-se apenas ao direito sobre o *sound recording* ou fonograma, não aos direitos sobre as obras fixadas no fonograma, e b) a licença está disponível apenas para serviços não interativos, em que não seja possível ao usuário saber com antecedência quais obras serão transmitidas e desde que a entidade transmissora respeite o *sound recording performing complement*.⁶¹⁵

⁶¹⁴ MCKAY, Patrick. Ending the Power to Say No: The Case for Extending Compulsory Licensing to Cover Digital Music Reproduction and Distribution Rights. (October 14, 2010). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1692336> >. p. 17.

⁶¹⁵ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “§ 114 (2) *Statutory licensing of certain transmissions.*— *The performance of a sound recording publicly by means of a subscription digital audio transmission not exempt under paragraph (1), an eligible nonsubscription transmission, or a transmission not exempt under paragraph (1) that is made by a preexisting satellite digital audio radio service shall be subject to statutory licensing, in accordance with subsection (f) if— (A)(i) the transmission is not part of an interactive service; (ii) (...) the transmitting entity does not automatically and intentionally cause any device receiving the transmission to switch from one program channel to another; and (iii) (...), the transmission of the sound recording is accompanied, if technically feasible, by the information encoded in that sound recording, if any, by or under the authority of the copyright owner of that sound recording, that identifies the title of the sound recording, the featured recording artist who performs on the sound recording, and related information, including information concerning the underlying musical work and its writer; (B) in the case of a subscription transmission not exempt under paragraph (1) that is made by a preexisting subscription service in the same transmission medium used by such service on July 31, 1998, or in the case of a transmission not exempt under paragraph (1) that is made by a preexisting satellite digital audio radio service — (i) the transmission does not exceed the sound recording performance complement; and (ii) the transmitting entity does not cause to be published by means of an advance program schedule or prior announcement the titles of the specific sound recordings or phonorecords embodying such sound recordings to be transmitted; and (C) in the case of an eligible nonsubscription transmission or a subscription transmission not exempt under paragraph (1) that is made by a new subscription service or by a preexisting subscription service other than in the same transmission medium used by such service on July 31, 1998— (i) the transmission does not exceed the sound recording performance complement, except that this requirement shall not apply in the case of a retransmission of a broadcast transmission if the retransmission is made by a transmitting entity that does not have the right or*

As definições relevantes para a compreensão da referida Seção constam de seu item (j). Ali a expressão *sound recording performing complement* está definida como

A transmissão, durante qualquer período de 3 horas, em determinado canal usado por uma entidade transmissora, de não mais de 3 diferentes gravações de sons de um fonograma legalmente distribuído nos Estados Unidos, desde que não mais de 2 dessas gravações sejam transmitidas em sequência; ou 4 diferentes gravações de sons do mesmo artista ou de uma mesma compilação de fonogramas distribuídos legalmente nos Estados Unidos, desde que não mais de 3 dessas gravações sejam transmitidas em sequência⁶¹⁶.

Assim, percebe-se a preocupação em se limitar a opção pela licença compulsória a situações em que não chegariam a ser consideradas como uma substituição da compra de

ability to control the programming of the broadcast station making the broadcast transmission, (...) (ii) the transmitting entity does not cause to be published, or induce or facilitate the publication, by means of an advance program schedule or prior announcement, the titles of the specific sound recordings to be transmitted, (...) (iii) the transmission— (I) is not part of an archived program of less than 5 hours duration; (II) is not part of an archived program of 5 hours or greater in duration that is made available for a period exceeding 2 weeks; (III) is not part of a continuous program which is of less than 3 hours duration; or (IV) is not part of an identifiable program in which performances of sound recordings are rendered in a predetermined order, other than an archived or continuous program, (...); (iv) the transmitting entity does not knowingly perform the sound recording, as part of a service that offers transmissions of visual images contemporaneously with transmissions of sound recordings, (...); (v) the transmitting entity cooperates to prevent, to the extent feasible without imposing substantial costs or burdens, a transmission recipient or any other person or entity from automatically scanning the transmitting entity's transmissions alone or together with transmissions by other transmitting entities in order to select a particular sound recording to be transmitted to the transmission recipient, (...); (vi) the transmitting entity takes no affirmative steps to cause or induce the making of a phonorecord by the transmission recipient, (...); (vii) phonorecords of the sound recording have been distributed to the public under the authority of the copyright owner or the copyright owner authorizes the transmitting entity to transmit the sound recording, and the transmitting entity makes the transmission from a phonorecord lawfully made under the authority of the copyright owner, (...); (viii) the transmitting entity accommodates and does not interfere with the transmission of technical measures that are widely used by sound recording copyright owners to identify or protect copyrighted works, and that are technically feasible of being transmitted by the transmitting entity without imposing substantial costs on the transmitting entity or resulting in perceptible aural or visual degradation of the digital signal, (...) ; and (ix) the transmitting entity identifies in textual data the sound recording during, but not before, the time it is performed, including the title of the sound recording, the title of the phonorecord embodying such sound recording, if any, and the featured recording artist, in a manner to permit it to be displayed to the transmission recipient by the device or technology intended for receiving the service provided by the transmitting entity, (...)". Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>>. Acesso em 05 nov.2013.

⁶¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Lei de Direitos Autorais (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq.): “The “sound recording performance complement” is the transmission during any 3-hour period, on a particular channel used by a transmitting entity, of no more than— (A) 3 different selections of sound recordings from any one phonorecord lawfully distributed for public performance or sale in the United States, if no more than 2 such selections are transmitted consecutively; or (B) 4 different selections of sound recordings— (i) by the same featured recording artist; or (ii) from any set or compilation of phonorecords lawfully distributed together as a unit for public performance or sale in the United States, if no more than three such selections are transmitted consecutively: Provided, That the transmission of selections in excess of the numerical limits provided for in clauses (A) and (B) from multiple phonorecords shall nonetheless qualify as a sound recording performance complement if the programming of the multiple phonorecords was not willfully intended to avoid the numerical limitations prescribed in such clauses.” Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>>. Acesso em 05 nov.2013.

um exemplar das obras transmitidas, tanto no tocante à interatividade, quanto no tocante à quantidade.

A remuneração pela licença compulsória deve ser determinada por negociação voluntária, que, se infrutífera, será seguida de uma arbitragem conduzida pela Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos. A arrecadação resultante da licença compulsória deve ser dividida, tendo sido determinado que 50 por cento seria da gravadora, 45 por cento dos artistas destacados, 2,5 por cento dos músicos executantes não indicados e 2,5 por cento de vocalistas não indicados⁶¹⁷.

Apesar de sua complexidade, o sistema nos parece razoavelmente conveniente e adequado às exigências da Sociedade da Informação, destacando-se que a previsão em tela não viola quaisquer obrigações internacionais do país, eis que a licença compulsória foi estabelecida para situações equivalentes à radiodifusão, não para os serviços interativos que poderiam ser entendidos como não abarcados pelo artigo 11*bis* (2) da Convenção de Berna.

Tal sistema, todavia, foi alvo de críticas, especialmente no tocante à definição das tarifas exigidas dos *small webcasters*. A esse respeito, importa destacar que, no início dos anos 2000, quando foram estabelecidas, pela primeira vez, as tarifas referentes às licenças compulsórias para performances digitais baseadas na Seção 114 da Lei de direitos autorais dos Estados Unidos, eles afirmaram que seriam obrigados a encerrar suas atividades em razão dos valores excessivamente altos das tarifas. Após acordo entre a indústria fonográfica e os representantes dos *small webcasters*, ficou definido que seria pago um percentual de sua receita bruta (de 8 a 12 por cento dependendo do ano e do valor da receita) ou um valor mínimo fixo, o que fosse maior. O acordo também definia os critérios para ser considerado um *small webcaster*, estabelecendo que seriam assim entendidos aqueles *websites* que tivessem receita bruta menor do que quinhentos mil dólares em 2003 e menor do que um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares em 2004. Essa fórmula pareceu mais conveniente do que o critério anteriormente definido que era baseado na quantidade de execuções, o que obrigava os *sites* a pagarem valores altos mesmo antes de terem uma boa audiência e receitas de anunciantes. É importante mencionar que o episódio

⁶¹⁷ PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 8. Thomson Reuters/West, 2012. p. 36-38.

dos *small webcasters* demonstra que o formato usado para a definição das tarifas de licenças compulsórias nos Estados Unidos pode merecer uma reforma⁶¹⁸.

Vale destacar, ainda, que serviços inovadores como o *Spotify* não são elegíveis para fazer uso da licença compulsória prevista na Seção 114 da Lei de direitos autorais dos Estados Unidos em razão de sua clara interatividade por permitirem que seus usuários façam o *streaming on demand* das músicas ali disponibilizadas, e, portanto, teriam sido beneficiados se a proposta de reforma da Seção 115 da Lei de direitos autorais dos Estados Unidos tivesse sido aprovada.

Ainda que seja importante levar em consideração os históricos diferentes de cada país, bem como a diferença da forma de proteção aos *sound recordings* e aos direitos de reprodução nos Estados Unidos, os exemplos da Seção 114 e 115 da Lei de direitos autorais daquele país demonstram que a existência de um direito exclusivo, não impede a implementação de sistemas de licenças compulsórias para algumas situações que se mostrem muito difíceis de serem resolvidas mediante o princípio da exigência da autorização prévia e expressa com cada um dos titulares de direitos autorais.

Finalmente, importa também ressaltar que os desafios apresentados ao Direito Autoral pela veiculação de obras intelectuais por meio da Internet poderiam, eventualmente, ser resolvidos de modo mais fácil se se reconhecesse a existência de um novo e único direito de exploração *online*, como sugerido por Giuseppe Mazziotti e por Patrick McKay.

⁶¹⁸ PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vol. 1. Thomson Reuters/West, 2012. p. 405.

Capítulo III – Proposta de instituição de licença compulsória com relação a obras intelectuais disponibilizadas pela Internet

Como já mencionado, a disponibilização de obras pela Internet é atualmente uma situação corriqueira. Algumas vezes, tal disponibilização ainda se dá de forma ilícita, outras vezes é precedida de longas e custosas negociações para que a obra seja licitamente disponibilizada.

No Brasil, o ponto crucial dessa análise é justamente o consolidado princípio da *obrigatoriedade de autorização do autor*, para cada modo de comunicação da obra. Carlos Alberto Bittar já afirmava que “nenhuma representação, ou reprodução de obra intelectual pode ser feita sem anuência de seu autor, prévia e explícita, a fim de que possa exercer o controle sobre o respectivo aproveitamento econômico”⁶¹⁹. Nas palavras de Bruno Carneiro Maeda: “formas de utilização de uma obra são inteiramente independentes entre si” e “determinada forma de utilização de uma obra não presume que outras modalidades de uso sejam automaticamente permitidas” destacando que em nosso sistema jurídico “qualquer utilização de uma obra não autorizada pelo titular de direitos autorais é considerada uma violação a estes direitos”⁶²⁰. Já Antonio Chaves destacava a importância do fato de que “o interesse do escritor e do artista, ao criar a obra, é essencialmente o da comunicação ao público, condição primordial para que eles possam obter a remuneração”, complementando que o “autor é árbitro absoluto da conveniência, do modo e do lugar da divulgação da obra”⁶²¹. O autor conclui que “vigora, em matéria de publicação, a independência das formas, no sentido de que o autor, que tenha escolhido um determinado meio, não perde o direito exclusivo a uma publicação diferente” mencionando inclusive a lei italiana de 1941 como exemplo da confirmação desse princípio⁶²².

Contudo, como reconhecido por Carlos Alberto Bittar, o Direito Autoral

⁶¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. pp. 16-17.

⁶²⁰ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 36.

⁶²¹ CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Direitos Autorais. **Revista Forense** comemorativa, 100 anos. Rio de Janeiro, tomo II, p. 780, 2007.

⁶²² *Idem, ibidem*. p. 783, 2007.

Está ligado, umbelicalmente, desde o seu surgimento, às formas de comunicação, cuja evolução acompanha, influenciando-as e sofrendo a sua ingerência, em um processo contínuo e inelutável de mútua independência, que, a um passo, propicia o extraordinário desenvolvimento desse Direito e, paradoxalmente, cria óbices, às vezes intransponíveis, para a sua preservação e, mesmo, para a sua concretização prática⁶²³.

Em nosso entendimento, estamos em um desses momentos em que há óbices intransponíveis para a preservação do princípio da obrigatoriedade da autorização prévia e expressa do autor para a veiculação de obras por meio da Internet, sendo mais conveniente aos autores e titulares de direitos autorais a evolução do ramo do Direito Autoral para uma sistemática em que a exigência de autorizações seja substituída pelos sistemas de gestão coletiva ou de licenças compulsórias do que a inviabilidade prática de se fiscalizar individualmente os usos tidos atualmente como indevidos.

Como vimos, ao estudar a questão da reprografia, Carlos Alberto Bittar sugeriu a instituição de licença legal⁶²⁴. Também Antonio Chaves considerou a licença obrigatória como o único meio viável de solução para a questão da reprografia, reconhecendo que o sistema facilitaria o acesso às obras, com “abstração do consentimento do titular do direito de autor para o aproveitamento de obra sua anteriormente divulgada, contanto que a divulgação se processe pelo mesmo sistema, mediante remuneração e completa salvaguarda dos seus direitos morais”. O autor ressalta, inclusive que

Se até há poucos anos a sua [do autor] *aquiescência* era considerada *indispensável*, caso por caso, a facilidade, a rapidez e a multiplicação dos meios pelos quais se opera a multiplicação tornam *impraticável* o sistema. Terá que abrir mão da possibilidade de regatear o preço ou de obter melhores condições, recebendo, em troca, a *segurança de um pagamento* não inferior ao que é comumente aceito pelas obras congêneres, redundando a facilidade com que é obrigado a conceder na multiplicação dos proventos que, de resto, *por outra forma não receberia*⁶²⁵. (grifos nossos)

Analisando a situação da cópia privada em momento mais recente, Bruno Carneiro Maeda afirmou que

⁶²³ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. p. 18.

⁶²⁴ *Idem, ibidem*. pp. 29-30.

⁶²⁵ CHAVES, Antonio. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. LXXX, pp. 74-75, jan/dez, 1985.

Em situações em que tal uso cause prejuízos, substanciais aos titulares de direitos autorais e não possa ser monitorado ou controlado de forma efetiva pelo titular de direitos autorais (...) seria simplesmente tolerado, tendo em vista os danos causados serem reduzidos e os custos associados ao seu controle serem elevados⁶²⁶.

Para o autor, se o exercício dos direitos exclusivos do autor colidir com interesses da coletividade, “o direito patrimonial do autor sofreria uma limitação, tal como ocorre qualquer outro direito que deve ser limitado e equilibrado em caso de conflito com outros direitos e interesses igualmente protegidos no sistema jurídico”⁶²⁷. Ele ressalva que se existirem prejuízos substanciais, “a utilização da obra poderia continuar a ser permitida, ensejando, no entanto, alguma forma de retribuição aos autores e titulares de direitos” e continua afirmando que esse uso “não seria entendido como um uso livre”, sendo certo que o “direito patrimonial do autor continuaria a existir, apenas não sendo exercido no que diz respeito à prerrogativa de autorizar ou proibir determinado uso”⁶²⁸. Uma das justificativas usadas por Bruno Carneiro Maeda para a admissão da cópia privada, com previsão de remuneração para o autor é que “o direito de autor deve ponderar outros do sistema em sua aplicação, notadamente a privacidade” sendo que “o autor não pode invadir a privacidade dos outros para garantir esse controle”⁶²⁹. Outro ponto destacado pelo autor é que a tecnologia altera o “equilíbrio entre os direitos exclusivos de autores e titulares de direitos autorais e o público em geral, fazendo com que utilizações realizadas no âmbito privado assumam importância fundamental na exploração de obras intelectuais”, e complementa seu pensamento afirmando que “(...) na medida em que usos privados adquirem importância comercial, extrapolaram a esfera unicamente privada do copista e entram na esfera exclusiva do autor de exploração econômica da obra”, concluindo que a “análise dos efeitos econômicos da cópia privada é um dos elementos essenciais”, sendo necessário reconhecer “não ser possível que o autor controle todas as formas de utilização de sua obra”⁶³⁰. O autor ainda menciona que a aparição de

⁶²⁶ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 48.

⁶²⁷ *Idem, ibidem*. p. 48.

⁶²⁸ *Idem, ibidem*. p. 48.

⁶²⁹ *Idem, ibidem*. p. 52.

⁶³⁰ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. pp. 56-57.

Meios modernos, rápidos e relativamente econômicos de reprodução de obras audiovisuais e musicais e literárias faz com que as cópias de todas elas, ainda privada, multipliquem-se até a saciedade, de tal modo que a soma das mesmas incide, de maneira inclusive preocupante, na normal exploração das obras copiadas, não se configurando, ditas cópias na condição de inócuas, em modo algum.

E que os

Custos de transação associados à contratação, ao monitoramento e ao exercício de direitos autorais com relação a usuários individuais tende a ser consideravelmente reduzido pelo uso de sistemas de gerenciamento de direitos e medidas tecnológicas de proteção⁶³¹.

Bruno Carneiro Maeda pondera, ao final, que

O fato de uma nova tecnologia de reprodução causar prejuízos aos titulares de direitos autorais depende de como a indústria autoral responda ao desenvolvimento tecnológico. Muito se tem afirmado que a indústria cultural demora a responder ao avanço da tecnologia e ao surgimento de novos mercados e possibilidades, preferindo manter seus mercados originais e combatendo novas tecnologias, ao invés de se adaptar a elas e procurar alternativas de negócios. Não cabe aqui analisar tais argumentos, mas apenas chamar a atenção de que desenvolvimento de novas formas de reprodução não necessariamente representa prejuízos⁶³².

Este também é o nosso entendimento, no sentido de que a Internet pode ser considerada como mais uma plataforma para a divulgação de obras intelectuais e que a justa remuneração aos autores pode depender de um ajuste no princípio da obrigatoriedade da anuência prévia e expressa, o qual poderia ser substituído, em certas hipóteses, por um regime de licenças compulsórias.

Diversas situações têm sido objeto de estudo: o compartilhamento de obras por meio de redes *peer to peer*, o uso privado em larga escala, o uso de obras localizadas por meio da Internet como fonte de pesquisa e material para atividades educacionais, o uso de obras disponíveis pela Internet em obras novas, as vantagens de se poder digitalizar e disponibilizar por meio da Internet obras constantes em arquivos e bibliotecas, para fins de preservação de acervo e difusão cultural, o uso de obras por terceiros e divulgadas em plataformas digitais e redes sociais, entre tantas outras.

⁶³¹ MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. pp. 62-63.

⁶³² *Idem, ibidem*. p. 67.

Sobre o assunto, José de Oliveira Ascensão comenta que “várias obras estão actualmente disponíveis em rede sem criptagem, de tal modo que qualquer um a elas pode aceder.” E o autoralista português indaga: “Qual a situação de direito de autor, em relação a essas obras? A colocação na Internet significará a renúncia do autor (a supor que tenha sido lá colocada pelo autor) aos seus direitos sobre aquela obra?” Ascensão entende que qualquer um pode acessar livremente obras que tenham sido disponibilizadas pela Internet sem proteção tecnológica, mas que a colocação da obra em rede sem recursos tecnológicos de proteção não implica a renúncia aos direitos autorais e que “a ninguém será possível editá-la, sem autorização do autor”. Para o português, o “acesso não remunerado de qualquer um às obras (ou quaisquer outros conteúdos) disponíveis em rede evita-se através da criptagem ou codificação das mensagens”⁶³³. Esse é o espírito da lei de direitos autorais do Canadá que permite, por exemplo, o uso de obras disponíveis pela Internet, por entidades educacionais, desde que tais obras não tenham sido disponibilizadas de forma protegida⁶³⁴.

As dificuldades para se tentar solucionar cada uma das situações acima mencionadas são agravadas pela globalidade da Internet em contraste com a existência de sistemas de Direito Autoral nacionais não compatíveis entre si.

Uma análise profunda sob o assunto demanda divisão do tema de acordo com o tipo de obra e o tipo de uso. Desse modo, comentaremos, inicialmente, as questões relacionadas ao uso privado e ao compartilhamento de obras por meio de redes *peer to peer*. Vale destacar que, em sua origem, o compartilhamento afetou primordialmente obras musicais. Porém, sabe-se que, atualmente, obras audiovisuais e cópias digitais de obras gráficas também são compartilhadas pela Internet em maior ou menor escala. Com isso,

⁶³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação. In: **Revista da Sociedade Informação**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999 p. 176.

⁶³⁴ CANADÁ. Lei de Direitos Autorais (Copyright Act R.S.C., 1985, c. C-42): “30.04 (1) *Subject to subsections (2) to (5), it is not an infringement of copyright for an educational institution, or a person acting under the authority of one, to do any of the following acts for educational or training purposes in respect of a work or other subject-matter that is available through the Internet: (a) reproduce it; (b) communicate it to the public by telecommunication, if that public primarily consists of students of the educational institution or other persons acting under its authority; (c) perform it in public, if that public primarily consists of students of the educational institution or other persons acting under its authority; or (d) do any other act that is necessary for the purpose of the acts referred to in paragraphs (a) to (c).* (3) *Subsection (1) does not apply if the work or other subject-matter — or the Internet site where it is posted — is protected by a technological protection measure that restricts access to the work or other subject-matter or to the Internet site.*” Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-42.pdf>>. Acesso em: 13 nov.2013.

não faremos diferença aqui ao tipo de obra, apenas ao tipo de uso, que em nossa opinião deve ser compreendido como uso privado.

É importante destacar que, em princípio, apenas o *uso* de obras disponíveis pela Internet deve ser considerado como privado, sendo que a disponibilização de obras deveria ser entendida como um ato de *distribuição*, dependente de autorização prévia de seus titulares. De qualquer modo, já houve decisão no sentido de que o *upload* de obras intelectuais também não poderia ser considerado como violação ao direito de distribuição, especialmente se desacompanhado de atos de divulgação a respeito da disponibilidade da referida obra para acesso e *download*⁶³⁵.

Em nossa opinião, se a obra já está disponível pela Internet e o usuário não tem razão para considerar que a obra tenha sido disponibilizada sem a autorização de seu titular, os usos privados subsequentes da obra poderiam ser considerados como lícitos. Nesse aspecto, dois pontos relevantes devem ser analisados: a) como um usuário poderia ter a convicção de que uma obra não foi disponibilizada pela Internet ilicitamente?; e b) o uso privado poderia englobar a divulgação do resultado desse uso por meio da Internet?

Não há dúvida de que as situações são complexas e que há muitas opiniões diferentes a respeito de cada uma delas. Em razão disso, seria necessária a clara previsão em lei a respeito do assunto, seja sob a forma de um uso livre e gratuito, seja sob a forma de um uso livre mediante remuneração. O que não se pode mais insistir é que esse tipo de uso dependa da prévia e expressa autorização do autor, pois isso inviabilizaria o fluxo de informações e prejudicaria o desenvolvimento humano. Os usuários da Internet fazem uso da tecnologia disponível e, muitas vezes, sequer imaginam que poderiam estar cometendo um ato ilícito. Nas palavras de Sávio de Aguiar Soares, esse tipo de situação demanda “um tratamento específico e suficiente para o equacionamento dos interesses dos criadores intelectuais e dos usuários das obras disponibilizadas no meio virtual” sendo essencial lembrar que a Internet exerce um “papel de canal de comunicação do século XXI”. Portanto, a circulação das obras intelectuais pela Internet pode ser considerada um pressuposto do acesso à cultura⁶³⁶.

⁶³⁵ PESSACH, Guy. **An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions**. Disponível em: <<http://www.vanderbilt.edu/jotl/2012/08/an-international-comparative-perspective-on-peer-to-peer-file-sharing-and-third-party-liability-in-copyright-law/>>. Acesso em 12 nov. 2013. p. 17.

⁶³⁶ SOARES, Sávio de Aguiar. Propriedade intelectual e direito de acesso aos bens culturais na sociedade da informação. In: **Revista Jurídica Cesumar.- Mestrado**, v. 9, n. 2, p. 479, jul./dez. 2009.

Apesar de concordarmos com a necessidade de equilíbrio entre os direitos de acesso à informação e à cultura com os direitos autorais, em nossa opinião, fundada nos estudos aqui já apresentados de Carlos Alberto Bittar e de Bruno Carneiro Maeda, o uso privado pode chegar a gerar prejuízos injustificáveis aos titulares de direitos autorais, especialmente diante do estágio atual do desenvolvimento tecnológico. Com isso, somos favoráveis à instituição de uma previsão de uso livre remunerado para o aproveitamento lícito de obras disponibilizadas pela Internet. A forma de arrecadação dessa remuneração deve ser profundamente discutida para que se adapte aos sistemas já existentes hoje no país, mas ao mesmo tempo aproveite o que já tem sido instituído, por exemplo, nos países europeus, nos Estados Unidos e no Canadá.

Idealmente, a arrecadação e a distribuição dessa remuneração deveria ser proporcional ao uso feito das obras. Entretanto, a criação das estruturas administrativas e das tecnologias necessárias para que uma obra disponibilizada pela Internet possa ser monitorada e tenha seus dados de uso registrados em uma base de dados confiável leva tempo e demanda recursos humanos e financeiros. Com isso, entendemos que poderia ser instituído um sistema transitório de tarifação sobre os dispositivos tecnológicos e sobre as estruturas de conexão à Internet para que, com parte dos valores arrecadados por esse sistema transitório, se conseguisse atingir o estágio mais avançado de desenvolvimento das estruturas administrativas e das bases de dados necessárias para que o sistema definitivo, fundado na identificação e no monitoramento das obras intelectuais, pudesse ser completamente implementado. Não haveria como se fugir ao controle estatal sobre tal sistema, sendo imprescindível que uma autoridade administrativa, nos moldes do CNDA, voltasse a existir no Brasil.

Vale mencionar que já foi desenvolvida uma sugestão de projeto de lei para tornar lícito o compartilhamento de obras pela Internet, a qual poderia ser usada como ponto de partida para esse sistema transitório acima sugerido. Trata-se da proposta feita pela organização conhecida como Compartilhamento Legal que sugere a inclusão de um novo artigo na LDA, para legalizar o compartilhamento de arquivos digitais. Por tal proposta, seria criado o artigo 88-B da LDA que estabeleceria uma licença remunerada para o compartilhamento exclusivamente pessoal de arquivos digitais de obras protegidas por direitos autorais legalmente adquiridas. Com isso, o usuário estaria autorizado a colocar à disposição para compartilhamento seus arquivos digitais de obras protegidas, bem como a acessar outras obras, exclusivamente para sua fruição pessoal, sem qualquer tipo de

benefício econômico. O valor seria cobrado pelos provedores de conexão à Internet, de acordo com a banda de conexão oferecida ao usuário. O valor da remuneração a ser paga mensalmente pelos usuários seria definido em lei, assim como as regras básicas para a distribuição dos valores arrecadados⁶³⁷.

Não é nossa intenção apresentar uma proposta completa e totalmente adequada para solucionar a questão do uso privado e do compartilhamento de obras por meio da Internet, mas podemos afirmar que alguns ajustes na proposta feita pela referida organização seriam convenientes. Em nossa opinião, o tratamento legal poderia ser exclusivo para o uso privado e para o compartilhamento de obras por meio da Internet, ao

⁶³⁷ Proposta apresentada pela Organização Compartilhamento Legal de inclusão de artigo na LDA para legalizar o compartilhamento de obras intelectuais por meio da Internet: “Artigo 88-B Fica estabelecida uma licença pública remunerada para o compartilhamento exclusivamente pessoal de arquivos digitais de obras protegidas por direitos autorais legalmente adquiridas. Parágrafo Primeiro: A licença dada nos termos deste artigo autorizará o usuário, através de seu provedor de acesso, a colocar à disposição para compartilhamento os seus arquivos digitais de obras protegidas, bem como permitirá ao mesmo acessar outras obras, exclusivamente para sua fruição pessoal, sem qualquer tipo de benefício econômico. Parágrafo Segundo: O valor será cobrado dos provedores de acesso sobre todas as conexões de banda larga domiciliar e móvel, considerando o número de conexões e a velocidade da conexão disponibilizada. Parágrafo Terceiro: Os provedores de acesso não poderão recusar o pagamento dos valores referentes à licença, devendo informar, no máximo, a cada três meses o número de assinantes e a velocidade da conexão das assinaturas para o cálculo dos valores devidos a título de direitos autorais. Parágrafo Quarto: O valor máximo a ser cobrado com relação a cada conexão domiciliar e móvel a título de direitos autorais poderá variar de acordo com a velocidade máxima da conexão por assinatura, e deverá ser módico, não devendo ultrapassar o valor unitário de R\$ [] por conexão, que será monetariamente atualizado, conforme estabelecido em regulamento. Parágrafo Quinto: Os valores serão arrecadados e distribuídos, de forma proporcional à circulação aferida, por entidade de gestão coletiva constituída pelos setores de música, audiovisual, artes visuais e texto, especialmente criada para estes fins e que atenderá aos critérios de transparência, publicidade, moralidade e eficiência. Parágrafo Sexto: A entidade de gestão coletiva utilizará mecanismos de aferição capazes de registrar com a maior precisão possível cada conteúdo circulado. Parágrafo Sétimo: É vedada a utilização de qualquer mecanismo para a aferição da circulação dos arquivos digitais aqui tratados que viole a privacidade e dados dos assinantes de internet banda larga. Parágrafo Oitavo: Os valores devidos pelos provedores de acesso deverão ser integralmente repassados à entidade de gestão coletiva de que trata este artigo, e distribuídos diretamente por esta aos titulares de direitos autorais e conexos das obras protegidas por direitos autorais. Parágrafo Nono: Caberá a cada um dos setores integrantes da entidade de gestão coletiva definir internamente os percentuais para distribuição da remuneração devida entre os seus representados, titulares de direitos autorais e/ou conexos, quando houver, ressalvado a destinação mínima de 50% aos autores e artistas, calculados sobre valores destinados aos titulares. Parágrafo Dez: Ao menos 20% dos valores arrecadados pela entidade de gestão coletiva de que trata este artigo deverão ser destinados para a produção e promoção da diversidade de conteúdo, conforme regulamento. Parágrafo Onze: A União deverá, dentro do prazo de seis meses contados da vigência desta lei, regulamentar: (i) a velocidade de conexão mínima a partir da qual será devida remuneração em razão da troca de arquivos digitais de obra protegida por direitos autorais; (ii) o valor a ser cobrado com relação a cada conexão domiciliar, considerando a velocidade da conexão, devendo obedecer ao critério de modicidade e prever a atualização monetária dos valores; (iii) os documentos e informações das entidades de gestão coletiva que deverão ser públicos; (iv) a repartição de receitas entre os diversos tipos de obra, na ausência de acordo entre as associações representativas dos titulares quanto à repartição das receitas no prazo desta lei; (v) os critérios de aplicação dos recursos destinados à produção e promoção da diversidade de conteúdo, conforme estabelecido no Parágrafo Dez deste artigo; (vi) outras situações que se mostrarem necessárias ou relevantes.” Disponível em: <<http://www.compartilhamentolegal.org/>>. Acesso em 10.nov.2013.

menos nessa fase transitória em que a solução seria mais próxima de uma tarifação genérica do que propriamente uma licença compulsória. Como já mencionamos, entendemos que essa não deva ser uma solução definitiva, eis que submete todos os usuários de Internet a uma tarifa, sendo óbvio que muitos usuários que dispõem de conexão à Internet não a utilizam para compartilhar obras intelectuais protegidas. Essa falta de equidade foi o que levou ao reconhecimento da inadequação da fórmula de direito de remuneração por cópia privada que havia sido adotada na Espanha, fazendo com que uma nova previsão tivesse que ser desenvolvida⁶³⁸. O tema é polêmico e pode sofrer alterações em nível europeu também, eis que as soluções até agora adotadas não foram completamente satisfatórias. Lembramos que soluções baseadas na imposição de ônus gerais para legalizar o compartilhamento de obras intelectuais pela Internet foram sugeridas por Willian W. Fischer⁶³⁹ e Neil Weinstock Netanel⁶⁴⁰, mas até hoje não foram implantadas nos Estados Unidos.

Nesse aspecto, ainda que a ideia seja a de se tentar buscar uma compensação equitativa aos titulares de direitos autorais, esse tipo de sistema depende de uma organização e uma fiscalização bastante rigorosa para que algum sucesso seja atingido. As percepções geralmente são opostas: enquanto titulares de direitos autorais entendem que o sistema não os remunera adequadamente, os usuários da Internet, especialmente aqueles

⁶³⁸ ESPANHA. El País. El nuevo canon digital ya somos todos. Disponível em: <http://cultura.elpais.com/cultura/2012/12/07/actualidad/1354869889_535078.html>. Acesso em 31.out.2013.

⁶³⁹ FISCHER, Willian W. **Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment**. Stanford: Stanford University Press, 2004. pp. 199-258, sugerindo um “governmentally administered reward system”, que funcionaria da seguinte forma: “A creator who wished to collect revenue when his or her song or film was heard or watched would register it with the Copyright Office. With registration would come a unique file name, which would be used to track transmissions of digital copies of the work. The government would raise, through taxes, sufficient money to compensate registrants for making their works available to the public. Using techniques pioneered by American and European performing rights organizations and television rating services, a government agency would estimate the frequency with which each song and film was heard or watched by consumers. Each registrant would then periodically be paid by the agency a share of the tax revenues proportional to the relative popularity of his or her creation. Once this system were in place, we would modify copyright law to eliminate most of the current prohibitions on unauthorized reproduction, distribution, adaptation, and performance of audio and video recordings. Music and films would thus be readily available, legally, for free”.

⁶⁴⁰ NETANEL, Neil Weinstock. Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 17, n. 1 Fall 2003, *passim*, e especialmente p. 43, onde detalha a sua ideia de implementação de uma tarifação para usos não comerciais: “The NUL would be levied upon commercial providers of all consumer products and services whose value is substantially enhanced (as determined by the Copyright Office) by P2P file sharing. In addition to commercial suppliers of P2P software and services, the NUL would be imposed on Internet Service Providers, computer hardware manufacturers, manufacturers of consumer electronic devices (including CD burners, MP3 players, and digital video recorders) used to copy, store, perform, or transmit digital files, and manufacturers of storage media.”

que não fazem uso de obras protegidas, sentem-se injustiçados por terem que arcar com o pagamento de algo do qual não tiram proveito. Marcel Leonardi destaca, ainda, outro ponto a ser ponderado antes de se adotar esse tipo de solução: não se pode admitir que “o pagamento de uma taxa autorize a prática de atos ilícitos”⁶⁴¹. O ponto a ser esclarecido por meio de legislação, portanto, é que o uso privado, incluído o compartilhamento de obras intelectuais pela Internet, não é ato ilícito, mas uso justificado, desde que mediante remuneração.

Em resumo, essa opção não pode deixar de ser considerada ao se tentar solucionar a situação, pois, ainda que isoladamente possa não ser a via ideal, certamente pode ser mais conveniente do que outras soluções anteriormente imaginadas que já se mostraram inadequadas, como aquelas baseadas na análise do tráfego de pacotes de dados trocados por usuários, e na implementação de um sistema de “resposta gradual”, que culminaria com o encerramento dos serviços de conexão à Internet de usuários infratores. Esse sistema, que chegou a ser previsto em leis da Espanha, da Inglaterra e da França, não foi bem aceito, diante da inegável violação à privacidade dos usuários e da desproporcionalidade da resposta, eis que permitia a restrição do uso da Internet para quaisquer fins, partindo do pressuposto que os usuários infratores nunca utilizariam sua conexão para finalidades lícitas.

Portanto, para fins de transição, ou de forma associada a outros tipos de soluções, entendemos que a previsão de um direito de remuneração generalizado pode se justificar. Como bem resumido por William Patry, as soluções disponíveis para que os titulares de direitos autorais sejam remunerados são basicamente quatro: as negociações individualizadas, as licenças compulsórias, a estipulação de tarifas sobre equipamentos e a gestão coletiva⁶⁴².

Considerando a clara inviabilidade de se negociar individualizadamente para autorizar os usos privados, e as desvantagens acima apontadas a respeito da imposição de uma tarifa sobre o valor cobrado pelos provedores de conexão à Internet, resta-nos a licença compulsória ou sua combinação com a gestão coletiva, por meio das opções de licenças coletivas alargadas, já estudadas no Capítulo VI da Parte III desta obra. Vale destacar que esse tipo de solução pode ser viável, inclusive para facilitar o uso comercial

⁶⁴¹ LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280.

⁶⁴² PATRY, William. **Moral Panics and the Copyright Wars**. Oxford University Press, USA, 2009. Loc. 2515-32.

de obras por parte de empresas que têm criado estratégias comerciais conhecidas como “novos modelos de negócios”.

Nesse contexto, além das preocupações já indicadas no início do presente Capítulo, vale lembrar, também, as questões apontadas por José de Oliveira Ascensão, como as relativas às recusas infundadas de autorização para colocação de obras à disposição ao público e à possível monopolização de obras obtida por uma empresa em relação a outras. E quanto ao tema, o autor sugere se

Se considerasse que o direito de autorizar a colocação em rede à disposição do público ficava esgotado com a primeira autorização dada passando a haver apenas um direito de remuneração, já o risco de monopolização desapareceria. Qualquer empresa poderia exercer o mesmo poder de colocação em linha.

E lembra, como já vimos na Parte II desta obra, ter sido este o espírito “que esteve na origem das ‘licenças legais’ de gravação e de radiodifusão”⁶⁴³. Seguindo esse mesmo raciocínio e levando em conta os estudos apresentados no Capítulo II desta Parte da obra, concluímos ser conveniente uma reformulação abrangente da regulamentação das questões de comunicação ao público de obras no Brasil, bem como ser importante a regulamentação expressa a respeito da exploração de obras intelectuais por meio da Internet, priorizando a gestão coletiva para esses direitos em lugar da exigência de autorização prévia e expressa dos titulares de direitos autorais para algumas hipóteses.

Com base em nossos estudos a respeito do sistema vigente para viabilizar a autorização e a arrecadação da remuneração dos autores, em que, nas palavras de Carlos Alberto Bittar, para

Tornar possível essa exploração (...) têm-se unido os titulares, por áreas ou não, em associações, que, a um só tempo, negociam, administram e defendem os respectivos interesses, os quais incumbem de contratar com empresários do setor os usos compatíveis, recebendo a remuneração ajustada e repassando-a aos associados, descontada a taxa de administração fixada⁶⁴⁴.

E ainda dependem da interligação das associações nacionais com “entidades de outros países, facultando-se, assim o uso extranacional das criações e o consequente

⁶⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação. In: **Revista da Sociedade Informação**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999 p. 176.

⁶⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Direito do autor: sistemas vigentes e sugestões para respectivo aprimoramento. **Revista dos Tribunais**. Vol. 703, ano 83, p.11, maio de 1994.

carreamento, aos titulares, de direitos gerados e percebidos fora do país de origem”⁶⁴⁵, entendemos que o sistema se mostra incompatível com a rapidez e agilidade dos fluxos de informação hoje existentes em razão da Internet.

Diante disso, consideramos importante que as discussões a respeito da reforma da LDA contemplem estudos aprofundados sobre os dois grandes grupos de licenças compulsórias apresentados nesta obra: aquele diretamente decorrente do balanceamento de direitos constitucionalmente previstos, que seguem o modelo previsto no Anexo da Convenção de Berna e aquele, também mediatamente decorrente da ponderação de direitos, mas fruto da necessidade prática de se solucionar impasses gerados pelo desenvolvimento tecnológico.

No tocante ao primeiro grupo, como já mencionamos, consideramos importante buscar garantir a tradução e a publicação de obras estrangeiras no Brasil para fins educacionais, mesmo que isso demande um esforço internacional para a reformulação do Anexo à Convenção de Berna para simplificar os complexos requisitos ali previstos e, especialmente, para permitir o uso de tais sistemas não apenas por países em desenvolvimento, como também por países que tenham uma relevante parcela da população em condições econômicas e educacionais menos privilegiadas.

A proposta de solução para os desafios existentes em decorrência da veiculação de obras intelectuais por meio da Internet situa-se no segundo grande grupo de licenças compulsórias, pois fruto da inviabilidade prática de concessão de autorização individualizada por parte dos autores para os usos de obras uma vez disponibilizadas pela rede. Nesse contexto, existem duas situações diferentes: a dos usos não comerciais ou privados, e a dos usos comerciais. Para os usos não comerciais, como já comentamos, acreditamos ser possível se implantar um sistema transitório que imponha a todos os usuários da Internet um ônus generalizado, a ser cobrado pelos provedores de conexão à Internet, sendo que parte do valor arrecadado deveria ser investido na criação das estruturas administrativas e dos recursos tecnológicos necessários para o desenvolvimento de uma solução definitiva, nos moldes da sugestão de Carlos Alberto Bittar para a reprografia⁶⁴⁶, com as necessárias adaptações.

⁶⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Direito do autor: sistemas vigentes e sugestões para respectivo aprimoramento. **Revista dos Tribunais**. Vol. 703, ano 83, p.11, maio de 1994. p. 11.

⁶⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. pp. 29-30.

Sobre esse tipo de sistema de ônus geral, José de Oliveira Ascensão afirma que o defende por entender ser uma fatalidade:

Se tudo estiver disponível em linha, todos terão de pagar para aceder. Poderá ser um sistema de assinatura ou outro: em qualquer caso, todos pagam. Se todos pagam, ainda que uma quantia pequena, o resultado será o amontoar de somas muito vultuosas. Mas reciprocamente, para reunir somas muito altas, basta que cada utilizador pague muito pouco por cada acesso. Este pode ser tão barato que o utilizador nem o sinta. Podemos comparar ao envio dum e-mail. Ninguém deixa de o fazer hoje com a preocupação do custo. É dispiciendo: manda-se sempre⁶⁴⁷.

De toda forma, o sistema de ônus geral, por suas inconveniências, não deve ser mantido definitivamente; apenas por um curto período até que se consiga definir e aprovar o sistema mais complexo de licença legal para o uso privado, mediante estabelecimento de princípios e regras que reconheçam: a) a licitude da cópia integral de obras para uso privado, bem como de outros usos privados e não comerciais que se considerarem adequados; b) o prejuízo injustificado aos titulares de direitos autorais diante da qualidade e da quantidade das cópias privadas, especialmente as digitais; c) o direito dos titulares de direitos autorais de receberem remuneração equitativa pelos usos privados que lhe causam prejuízo injustificado; d) a necessidade de utilização de recursos tecnológicos para o controle das cópias e outros usos feitos de cada obra; e) importância de que a remuneração dos titulares de direitos autorais guarde relação com a quantidade e os tipos de uso feitos de suas obras; f) a necessidade de fixação adequada das tarifas por tipo de uso e tipo de obra baseados em estudos específicos e acolhimento das opiniões dos representantes dos setores interessados; g) a necessidade de definição dos responsáveis pelo pagamento das tarifas para cada tipo de uso; h) a exigência de criação e atribuição de competência à entidade administrativa especificamente para o fim de estabelecer as tarifas para a concessão das licenças, arrecadar e distribuir os valores; i) a obrigação de que o produto da arrecadação seja distribuído de modo ágil e conforme regras transparentemente estabelecidas.

Já para os usos comerciais, entendemos que a situação pode ser solucionada por meio do uso de um sistema conjugado de licenças legais e de licenças coletivas estendidas.

⁶⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 66.

De fato, dado o entendimento de que a presunção de mandato para as associações de gestão coletiva contida na LDA representa, na prática, um abandono ao direito exclusivo de autorizar o uso de suas obras, consideramos mais conveniente deixar a situação claramente prevista, nos moldes dos artigos 11 *bis* (2) e 13 da Convenção de Berna, mediante a instituição de licenças obrigatórias para gravação de obras musicais e para radiodifusão, conforme detalhado nos Capítulos III e IV da Parte III desta obra. Para os demais usos de obras que não possam ser considerados como inseridos nos mencionados artigos da Convenção de Berna, entendemos que seria possível a definição de um sistema de licença coletiva estendida, definindo que as negociações coletivas que estipulassem tarifas para determinados usos e tipos de obra por meio da Internet seriam aplicáveis também a titulares não associados, desde que tais associados não se manifestassem no sentido de recusarem a aplicação das referidas tarifas às suas obras. Entendemos que essa solução não representaria qualquer violação aos tratados internacionais (tanto que adotadas nos países nórdicos, como visto anteriormente) e, tampouco violaria o ordenamento jurídico interno, eis que o valor da tarifa não seria imposto, mas negociado e que o direito de recusa do titular preservaria seus direitos constitucionais. Nesse sentido, vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro já contempla hipóteses em que efeitos contratuais atingem terceiros que não figuram como partes do negócio jurídico, fenômeno referido por Claudio Luiz Bueno de Godoy como *eficácia social* do contrato, a respeito do qual apresenta como exemplos as questões do seguro obrigatório e da tutela externa do crédito, bem como a figura do *bystander* do direito do consumidor⁶⁴⁸. Tratando da questão da expansão da eficácia dos contratos e da coligação de contratos, o autor afirma existir

Uma gama de novas situações que reclamam diferente compreensão da relatividade dos efeitos do contrato, sempre ao pressuposto de que esses ajustes não são atomizados entre as partes mas, antes, inserem-se no seio das relações sociais, por isso que projetando efeitos externos, *ultra partes*, como já se disse, destarte alargando, mesmo fora de hipóteses típicas, ou tipificadas pelo registro, o campo da sua oponibilidade⁶⁴⁹.

É certo que os sistemas de licenças compulsórias e licenças estendidas merecem críticas de diversos autores, as quais também devem ser cautelosamente avaliadas antes

⁶⁴⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 135-137.

⁶⁴⁹ *Idem, ibidem*. p. 155.

que o Poder Legislativo defina pela implementação de regimes que excluam a necessidade de autorização prévia e expressa dos titulares de direitos autorais.

Mencionamos aqui, brevemente, a preocupação de Simone Lahorgue Nunes, no sentido de se evitar os “*free riders*”. A expressão *free riding* é usada também por Robert Levine, crítico feroz de plataformas digitais que se utilizam de conteúdo protegido de terceiros para fazer fortunas na indústria da Internet⁶⁵⁰.

De fato, entendemos que a legislação deve prever os critérios adequados para que a remuneração aos titulares dos direitos autorais seja equitativa, distribuída de modo transparentemente definido e preveja sanções proporcionais para aqueles usuários que insistirem em burlar o sistema e evitar o devido pagamento. Com isso, temos a sensação de que as vantagens de um regime como o ora proposto se sobressairão em relação às possíveis desvantagens.

⁶⁵⁰ LEVINE, Robert. **Free Ride**: how digital parasites are destroying the culture business, and how the culture business can fight back. Doubleday. 2011.

CONCLUSÃO

Nossos estudos a respeito do instituto das licenças compulsórias de obras intelectuais pretendiam, inicialmente, apenas demonstrar a inadequação do texto do Anteprojeto de Reforma da LDA. Ao longo da pesquisa, constatamos que o instituto, apesar de pouco estudado aqui no Brasil, tem sido indicado com frequência como uma possível solução para os desafios enfrentados pelo Direito Autoral em razão do desenvolvimento tecnológico.

A primeira e a segunda Partes desta obra buscaram apresentar uma introdução a respeito do tema e um panorama histórico do instituto das licenças compulsórias para obras intelectuais. Esclarecemos que o instituto, da forma como nos propusemos a estudá-lo, abrange dois tipos de licenças. Um deles se refere àquelas licenças surgidas a partir de exigências feitas por países em desenvolvimento, especialmente para cópias e traduções de obras literárias e científicas impressas, justificadas pela necessidade de desenvolvimento cultural e educacional desses países.

Internacionalmente, esse primeiro tipo de licença está prevista no Anexo da Convenção de Berna, como detalhamos nos Capítulos I e II da Parte III desta obra. Também a Convenção Universal contém previsões a respeito desse tipo de licença, com regras bastante alinhadas às previstas pelo Anexo da Convenção de Berna, já que as redações foram fruto de uma revisão conjunta de ambas as convenções ocorrida em 1971 em Paris. Essas regras para a obtenção de licença compulsória para tradução e para reprodução de obras são complexas e o instituto não tem sido muito bem explorado pelos próprios países que demandaram sua criação. Na verdade, mesmo subutilizado pelos países em desenvolvimento, o Anexo da Convenção de Berna continua a ser o único mecanismo de acesso em massa a obras intelectuais em direito internacional.

Assim, concordamos com Ruth L. Okediji no sentido de que tem sido dada pouca atenção ao Anexo da Convenção de Berna como uma ferramenta de acesso a obras intelectuais para os países em desenvolvimento, especialmente porque o Anexo não foi negociado para abranger obras veiculadas em ambiente digital. Segundo a autora, seria importante rever o Anexo para simplificar os seus termos de uso, bem como para

determinar como o Anexo poderia ser utilizado de forma significativa no contexto do ambiente digital.⁶⁵¹

O segundo tipo de licença compulsória para obras intelectuais previsto internacionalmente é o decorrente da necessidade de alguns setores da indústria cultural que, ao constatarem a impossibilidade de obtenção de autorização individualizada de todos os titulares de direitos autorais sobre as obras que pretendiam explorar, conseguiram viabilizar seus novos negócios mediante o instituto. Surgido inicialmente para atender a indústria fonográfica, sob o argumento de que as obras musicais não poderiam ser utilizadas exclusivamente por um único fabricante de discos, e, em seguida, para as emissoras de rádio, em razão da importância da divulgação e difusão cultural, esse segundo tipo de licença compulsória toma muitas vezes a forma de uma licença legal (na qual as condições de uso e de remuneração dos titulares já estão previstas na lei e não precisam ser submetidas à análise de uma autoridade competente, nem dependem de negociação prévia infrutífera com os titulares ou seus representantes). A possibilidade de licença compulsória para gravação de obras musicais e para a radiodifusão de obras consta da Convenção de Berna e é bastante utilizada em diversos países, como foi detalhadamente explicado nos Capítulos III e IV da Parte III desta obra.

Paralelamente a esses dois grupos de licenças compulsórias, estudamos, ainda na Parte III da obra, a situação da obra órfã, que em alguns países tem sido enfrentada mediante a instituição de licenças compulsórias, como no Canadá. Analisamos, também, institutos assemelhados às licenças compulsórias, como os chamados “direitos de remuneração” pela cópia privada, aplicados em diversos países da Europa, e as licenças coletivas estendidas ou alargadas, bastante desenvolvidas e em pleno funcionamento nos países nórdicos.

Na Parte IV dessa obra, procuramos demonstrar as razões pelas quais as licenças compulsórias para obras intelectuais podem ser consideradas compatíveis com o nosso ordenamento jurídico, especialmente se as considerarmos uma forma de balanceamento de direitos igualmente protegidos pela Constituição Federal e, eventualmente, uma forma de combater eventuais abusos de direito por parte dos titulares de direitos autorais. Levamos

⁶⁵¹ OKEDIJI, Ruth L. **The international copyright system: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries**. Issue Paper n. 15. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Março 2006. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteipc200610_en.pdf>. Acesso em 20 dez.2013.

em consideração as obrigações internacionais assumidas pelo país ao fazer parte da Convenção de Berna, da Convenção Universal e do TRIPs, já que ambos também são parte de nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, demonstramos que a redação proposta ao artigo 52-B da primeira versão do Anteprojeto de Reforma da LDA não era adequada, pois tratava amplamente de hipóteses diferentes, sem a necessária especificação para deixá-la compatível com as exigências dos tratados internacionais. Também analisamos a segunda versão do Anteprojeto de Reforma da LDA e, novamente, concluímos que ainda seriam necessários ajustes para que as hipóteses ali previstas pudessem ser plenamente compatíveis com nosso ordenamento.

Destacamos ser muito relevante apurar qual a natureza jurídica do instituto para realmente podermos definir quais os parâmetros dos tratados internacionais que devem ser observados. Na Parte V da obra, então, buscamos apresentar as licenças compulsórias como parte do sistema de Direito Autoral, distinguindo-as das limitações, do domínio público remunerado, da desapropriação e da requisição. Chegamos, assim, à percepção de que, por não serem limitação aos direitos autorais, mas sistemas de gestão dos direitos autorais, as licenças compulsórias não precisam obedecer exatamente à regra dos três passos prevista na Convenção de Berna e no TRIPs, especialmente no tocante à normal exploração da obra, já que a licença compulsória garante a justa remuneração aos titulares pela exploração que se vier a fazer. Com isso, ao final da Parte V desta obra afirmamos que o Brasil poderia buscar introduzir na legislação nacional regimes de licença compulsória para tradução de obras literárias estrangeiras, nos termos da Convenção Universal e apenas para as obras que não estejam sob proteção da Convenção de Berna e para reprodução de obras literárias nacionais ou estrangeiras, cujos titulares optassem, deliberadamente e sem fundamento em direito moral, por não abastecer o mercado após determinado período de tempo de notificação específica para esse fim, o que caracterizaria abuso de direito autoral. Afirmamos, ainda, que a instituição desse tipo de regime deveria ser precedida de detalhamento legal que previsse os requisitos necessários para que as hipóteses fossem compatíveis com todo o arcabouço jurídico brasileiro e internacional.

Nesse aspecto, entendemos que, se os Tratados Internacionais admitem a previsão de novos usos livres e gratuitos de obras intelectuais (*limitações*) e se as licenças compulsórias são menos gravosas aos titulares de obras intelectuais do que os usos livres e gratuitos, não há razão para que algo menos gravoso seja considerado incompatível com as

regras internacionais. Todavia, em respeito aos direitos exclusivos previstos nos Tratados Internacionais, há a necessidade de se definir parâmetros para que regimes de licenças compulsórias não previstos internacionalmente possam ser implementados. Indicamos, ao final, dois parâmetros (*casos especiais e não prejuízo injustificado ao autor*) como adequados para balizar a compatibilidade de sistemas de licenças compulsórias com os Tratados Internacionais.

Portanto, reiteramos nosso entendimento de que não há um impedimento intransponível para a instituição de licenças compulsórias no Brasil e que esse instituto poderia ser bem aproveitado como uma forma de solução aos desafios mais recentes enfrentados pelo Direito Autoral. Com base nesse ponto, nos propusemos a tentar formatar soluções para a veiculação de obras pela Internet, como apresentado na Parte VI dessa obra. Nossa proposta diferencia usos não comerciais de usos comerciais e tira proveito de diversos institutos estudados ao longo da obra, conjugando a necessidade de uso de recursos tecnológicos, com a instituição de um ônus geral transitório até que se pudesse estabelecer uma licença legal definitiva para usos não comerciais e um sistema duplo para usos comerciais, mediante a instituição de licenças obrigatórias para as hipóteses autorizadas pela Convenção de Berna e de licenças coletivas estendidas para as demais hipóteses de usos comerciais.

Entendemos que nossas propostas são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e com as obrigações internacionais, bem como estão de acordo com estudos realizados por especialistas no tema, dentre os quais destacamos Pedro João Fialho da Costa Cordeiro que reconhece:

Face à rede digital e às utilizações massivas e diversificadas que a mesma comporta, a tendência é, nitidamente, no sentido do enfraquecimento dos direitos exclusivos, em favor de negociações gerais e estereotipadas que acentuam, cada vez mais, neste âmbito, uma caminhada em direcção aos direitos de remuneração que muitos teimam em combater.

E que a “proliferação de um número cada vez maior de direitos exclusivos” pode “ser paralisante para o funcionamento do mundo digital” e gerar “problemas sócio-políticos graves”⁶⁵².

⁶⁵² CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 373 - 378.

Concluimos assim o presente trabalho, sem a pretensão de ter esgotado o tema no tocante a possíveis implementações de regimes de licenças compulsórias, ou ter sugerido soluções para todas as situações decorrentes da veiculação de obras por meio da Internet, mas confiantes de que nossas ideias a respeito do assunto contribuem originalmente para a ciência jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

ACEBEY, Pedro Carlos. **Derecho de Autor**. Buenos Aires: Troquel, 1967.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTEQUERA, Ricardo Enrique; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual. **Revista Jurídica de Propiedad Intelectual**, Guayaquil, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura**: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

_____. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O ECAD e a cobrança de direitos por execução de música integrada. In: **Revista da ABPI**, nº 115, p. 60, nov/dez 2011.

_____. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Sociedade da Informação. In: **Revista da Sociedade Informação**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999.

_____. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Domínio público e obras órfãs**. p. 1. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Licença compulsória de patente como meio de balanceamento constitucional entre interesses público e privado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 54, n.339, p. 59, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Direito de autor e novas mídias. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.1, n.3, p.95-109, jul./set. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Autonomia Científica do Direito de Autor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 89, pp. 87-98, 1994.

_____. O direito de autor e o impacto das novas técnicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.83, n. 701, p.13-6, mar., 1994.

_____. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: RT, 1992.

_____. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989.

_____. Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.80, pp.119-56, jan./dez., 1985.

BRAGA, Gloria. O direito de execução pública musical e as novas tecnologias: Ringtones, Internet. In: **Revista de Direito Autoral**. ABDA. São Paulo: Lumen Juris, ano II, n. 3, pp. 22-23, ago/2005.

BRANCO JUNIOR, Sérgio V. **Direitos Autorais na Internet e o uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro, uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CARR, Nicholas. **The Shallows: What the Internet Is Doing to Our Brains**. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

CARRELLI, Gustavo. L'esecuzione pubblica di opere radiodiffuse. In: **Il diritto di Autore**, Milano: Giuffrè, 1934. p. 494.

CASTELLS, Manuel. **The Network Society. A Cross-cultural perspective**. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.

CHAVES, Antônio. Publicação, Reprodução, Execução: Diretos Autorais. **Revista Forense** -comemorativa, 100 anos. Rio de Janeiro, tomo II, p. 784, 2007.

_____. Domínio público no Brasil: aspectos patrimoniais, domínio público remunerado, licença legal e licença compulsória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. LXXX, jan/dez, 1985.

_____. **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: RT, 1952.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Anteprojeto de alteração da Lei de Direito Autoral – a proteção do autor e as licenças não voluntárias. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Direito de autor e direitos da personalidade**: reflexões à luz do código civil. Tese para concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

_____. Domínio do Estado e Direito de Autor. **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Salvador , Bahia, 1987.

CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. **Direito de autor e radiodifusão**: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008.

_____. Direitos autorais sobre as obras musicais na era digital. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 53, p.40-43, jul/ago, 2001.

CRIVELLI, Ivana Có Galdino. **Direito de autor**: exceções, com ênfase em normas técnicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

CRUGNOLA, Paola. **Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo**. In: Il diritto di autore. Milano: Giufre, 1976.

DEBEER, Jeremy F.; BOUCHARD, Mario. Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Owners and the Copyright Board. Oxford University. **Commonwealth Law Journal**, Vol. 10, No. 2, p. 215, 2010. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1916840>>. Acesso em 07 jul. 2012.

DELPECH, Horacio Fernandez. **Manual de Derechos de Autor**. Buenos Aires: Heliasta, 2011.

DESBOIS, Henri. **Le Droit D'auteur**. Paris: Dalloz, 1950.

DUVAL, Hermano. **Direitos Autorais nas invenções modernas**. Rio de Janeiro: Andes, 1956.

DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press, 1977.

EMÉRY, Miguel Angel. **Propiedad intelectual: Ley 11723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales**. Buenos Aires: Astrea, 2009.

FAVALE, Marcella et al. **Copyright and the regulation of orphan works: a comparative review of seven jurisdictions and clearance simulation**. Independent research report commissioned by the UK Intellectual Property Office, (July 2013), pp. 1-2. Disponível em: <<http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

FISCHER, Willian W. **Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Abuso de direito**. In Enciclopédia Saraiva de Direito. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1977.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação**. São Paulo: LTr, 2008.

GINSBURG, Jane C. Contracts, Orphan works, and copyright norms: what role for Berne and TRIPS? **Columbia Public Law Research Paper**, No. 09-200, p. 13, feb.2009. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1357503>>. Acesso em 20 nov. 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HANSEN, David R. et al. Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Vol. 37, No. 1, sep. 2013.

HOLLANDA, Ana de; MAMBERTI, Sergio. **Direito autoral frente ao paradigma digital**. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/2012/02/06/direito-autoral-frente-ao-paradigma-digital/>>. Acesso em 22 jun. 2012.

KABAT, Alan R. Proposal for a Worldwide Internet collecting society: Mark Twain and Samuel Johnson licenses. **Journal of the Copyright Society of the USA**. New York. v.45, n.3, p.329-53, 1998.

LABRUNIE, Jacques. Licença obrigatória e caducidade de patentes: as modificações geradas pelo texto de Estocolmo da Convenção de Paris. **Revista da ABPI**, ano II, nº 7, pp. 17-18, 1993.

LACORTE, Christiano. **Órgãos, Domínio e Licenças Públicos**. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (orgs). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e outros estudos de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direitos autorais nas mídias digitais. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 49, p.03-21, nov/dez 2000.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>>. Acesso em 20 jun. 2012.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**, São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVINE, Robert. **Free Ride: how digital parasites are destroying the culture business, and how the culture business can fight back**. Doubleday, 2011.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 2000.

LEWICK, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos da Propriedade Intelectual e o Controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

LOSSO, Fábio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MAEDA, Bruno Carneiro. **A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)**. São Paulo: José Bushasky, 1980.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade Intelectual e Interesse Público. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, BFD, n. 79/294-354, pp.305-306, 2003.

MAZZIOTTI, Giuseppe. Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management. In: **Columbia Journal of Law & The Arts**, 757-808, 34 Colum. J.L. & Arts 757, Summer, 2011.

MCKAY, Patrick. Ending the Power to Say No: The Case for Extending Compulsory Licensing to Cover Digital Music Reproduction and Distribution Rights. (October 14, 2010). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1692336>>.

MEDEIROS, Mabel Rodriguez. **La difusión de las creaciones en la era digital: El Copyleft para distribuir creaciones en la era digital.** pp. 11-13. Disponível em: <http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol15_1_07/aci08107.htm>. Acesso em 12 abr. 2012.

MELLO, Roberto Corrêa. ECAD e Internet: Como arrecadar direitos na rede – o uso compartilhado – a natureza jurídica da relação que se estabelece. **Revista de Direito Autoral**. Ano I, n. 2, pp.65-77, fev-2005 São Paulo: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. A boa-fé nos finais do século XX. **Revista da Ordem dos Advogados**, Portugal, Ano 56, T.3, p. 896, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Walter. **Questões de Direito de Autor**. São Paulo: RT, 1977.

MORAES, Rodrigo. **Por que obras Protegidas pelo Direito Autoral Devem Cair em Domínio Público?** Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. As obras derivadas na sociedade da informação. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NETANEL, Neil Weinstock. Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 17, n. 1 Fall 2003.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

OKEDIJI, Ruth L. **The international copyright system: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries**. Issue Paper n. 15. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Março 2006. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteipc200610_en.pdf>. Acesso em 20 dez.2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Ginebra, 1978.

PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. **Voz e Direito Civil**. São Paulo: Manole, 2013.

_____. A reforma da Lei 9.610/98 e a responsabilidade de intermediários por violação de direitos autorais na Internet. In NALINI, José Renato (org). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013.

PATRY, William. **Patry on Copyright**. Vols 1 e 8. Thomson Reuters/West, 2012.

_____. **Moral Panics and the Copyright Wars**. Oxford University Press/USA, 2009.

PEREIRA, Alexandre Dias. Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: 2001.

PESSACH, Guy. **An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions**. Disponível em: <<http://www.vanderbilt.edu/jotl/2012/08/an-international-comparative-perspective-on-peer-to-peer-file-sharing-and-third-party-liability-in-copyright-law/>>. Acesso em 12 nov. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XVI. Capítulo VI, parágrafo 1880. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

REESE, R. Anthony. Copyright and Internet music transmissions: existing law, major controversies, possible solutions. **University of Miami Law Review**, v. 55, n.2, p.242, jan. 2001.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RICKETSON, Sam. **Wipo study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital enviroment**. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** - Parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 1º.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, vol. 2, n.7, pp. 40-41, jul/set, 2004.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (2010). **Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira**. Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Disponível em < http://www.direitoautor.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf>. Acesso em 28 set. 2012.

_____. Direito de autor e liberdade de expressão. In SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos (coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais. **Revista da ABPI**, nº 103, p. 58, nov./dez. 2009.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SERRANO, Felipe. **Catarse completa um ano**. Caderno Link. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/filipe-serrano/catarse-completa-um-ano/>>. Acesso em 15 jul. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, p.613, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Newton; SANTOS JR, Walter Godoy dos. Propriedade Intelectual e Liberdade. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 142, pp. 12-14, 2006.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direitos autorais da utilização pública da obra musical. In: **Revista ABPI 96**, p. 27, set/out 2008.

_____. Propriedade intelectual e direito de acesso aos bens culturais na sociedade da informação. In: **Revista Jurídica Cesumar. -Mestrado**, v. 9, n. 2, p. 479, jul./dez. 2009.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso de Direito nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TABELA DE Notificações apresentadas por diversos países à Organização Mundial da Propriedade Intelectual ao longo dos anos de 1971 a 2012. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=1971&end_year=2012&search_what=N&treaty_id=15>. Acesso em 01 nov. 2012.

TURKLE, Sherry. **Alone Together**: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other. New York: Basic Books, 2011.

USER Activity Comparison Of Popular Social Networking Sites. **Infographic by GO-Gulf.com**. Disponível em: <<http://www.go-gulf.com/blog/social-networking-user>>. Acesso em 14 jun. 2012.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In NALINI, José Renato (org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: RT, 2013.

VILBOIS, Jean. **Du domaine public payant en materie de droit d'auteur**: théorie, pratique et législation comparée. Paris: Recueil Surey, 1929.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor en la Argentina**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. **Limitaciones al derecho de autor en la Ley de derecho de autor argentina nº 11.723**. p. 110 Disponível em <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-4/93a122_limitaciones.pdf>. Acesso em 16 jun. 2012.

WIPO Updated Report on the Questionnaire on Limitations and Exceptions prepared by the Secretariat. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Wipo. 2010, p. 9. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_21/sccr_21_7.pdf>. Acesso em 03.nov.2013