

DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À CULTURA

São Paulo, agosto de 2008

MESA 2

LIMITAÇÕES E EXCEÇÕES DA LEI

O SR. GUILHERME CARBONI (Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento):

Gostaria de agradecer o convite que me foi feito pelo Ministério da Cultura e aos professores da USP Leste, para participar deste evento. Para mim, é uma grande honra. Saúdo, aqui, os componentes da Mesa. O tema deste painel, a meu ver, é um dos temas mais críticos. É sempre o ponto nevrálgico do direito autoral, que é justamente a questão das limitações. As limitações são aquelas hipóteses, que são previstas pela lei, de livre utilização de uma obra, protegida, sem a necessidade de autorização do autor. Eu gosto bastante de colocar a questão das limitações numa esfera um pouco mais ampla, que diz respeito à própria função social do direito de autor. Ou seja, para que serve o direito de autor? Qual é a sua finalidade? O que justifica a existência do direito de autor, sob a perspectiva de um interesse público ou de um interesse coletivo? Então, antes, até, de falar da questão das limitações, eu gostaria só de tecer algumas palavras a respeito dessa função social. A função social do direito de autor, numa perspectiva de interesse público, seria a de promover o desenvolvimento cultural, econômico, tecnológico, mediante a concessão de um direito privado, que a gente chama de um direito exclusivo. Então, essa seria a função social do direito de autor, que não se confunde com as limitações. Até o tema da função social do direito de autor acabou sendo objeto de debate (acho que do penúltimo fórum de direitos autorais, do qual tive o prazer e a honra de participar também). As limitações de propriedade atingem o seu exercício e, com as limitações de direitos autorais, não deixa de ser diferente. Ela atinge o exercício desse direito, ao passo que a função social é muito mais ampla, pois constitui a própria substância do direito de autor ou, ainda, o seu fundamento, a sua justificação. Então, é por essa razão que, simplesmente (até como foi muito bem colocado, no painel anterior), nós, aqui, discutirmos uma alteração

de qual conceito que se deve dar à cópia privada ou a pequeno trecho, é uma parte do problema. Na verdade, com base nessa idéia de função social do direito de autor (ou seja, como sendo um instrumento que tenha de levar ao desenvolvimento cultural), a sua própria essência, a própria estrutura desse direito, teria de ser revista “de cabo a rabo”. Quer dizer, se qualquer ponto do direito autoral for contrário a essa idéia, a essa finalidade, que, em última instância, possui uma finalidade pública, ele teria de ser revisto. Então, as limitações, na verdade, são, simplesmente, uma parte dessa questão. Elas têm que ser examinadas nesse contexto. E eu fico bastante contente, bastante feliz de ter aqui, nesta Mesa, pessoas de fora do âmbito jurídico, porque, como até foi bem colocado, no painel anterior, pelo Laymert Garcia dos Santos, nós vivemos hoje em um momento em que as discussões não podem ficar, somente, em torno das definições jurídicas. Isso porque tais questões envolvem as novas relações sociais, questões econômicas, sociais, etc. Até nos colocaria aqui uma limitação de, como juristas, tentar resolver o problema das limitações sem recorrer a outros campos do conhecimento. Nós, juristas, temos de nos debruçar sobre essas questões econômicas, sociais, porque senão, fica difícil entender a profundidade das questões envolvidas, por exemplo, no conceito de “pequeno trecho”. Então, a função social do direito de autor, nessa perspectiva mais ampla, abrange uma revisão da própria estrutura do direito. E as limitações compõem uma parte dessa estrutura. As limitações, que nós vamos tratar neste painel, constituem uma das restrições ao direito de autor, que eu estou aqui chamando de restrições intrínsecas. O que são restrições intrínsecas? São restrições dentro do próprio sistema do direito de autor. Nessa perspectiva de função social do direito de autor, uma das restrições intrínsecas que teriam que ser revistas diz respeito ao próprio objeto da proteção. Quer dizer, se hoje nós vivemos uma situação em que o direito autoral vem ampliando, cada vez mais, os seus braços, a ponto de virar a grande “mãezona”, como já disseram, pois, quando não se sabe como proteger uma criação, joga-se para o direito de autor... Todos sabemos a aberração que é proteger o software pelo direito de autor... O mesmo se pode dizer com relação à base de dados, direitos conexos de empresas de radiodifusão. Então, essa ampliação do objeto do direito de autor tem que ser revista. O mesmo se diga com relação ao prazo. Existe uma limitação internacional, em matéria de

tratados, até onde se pode chegar, mas o prazo que nós temos hoje é um prazo que levaria a um desenvolvimento cultural? Ele é um prazo muito longo? Ele é um prazo muito curto? As restrições extrínsecas, que já foram colocadas no painel anterior, envolvem os conflitos do direito de autor com o direito do consumidor, o direito constitucional de acesso ao conhecimento e outros direitos constitucionais. Portanto, há outros direitos fundamentais que também seriam aplicados na interpretação do direito de autor. Agora, então, eu passo à análise de alguns conceitos técnico-jurídicos, sobre como poderiam ser interpretados os dispositivos dos tratados internacionais e da nossa legislação de direitos autorais, em matéria de limitações. A Convenção de Berna, que é o grande tratado em matéria de proteção internacional de direitos autorais, traz a chamada “regra dos três passos”. Basicamente, é o que reproduzido na tabela, e que diz o seguinte: “Fica reservada às legislações dos países da União, a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras”. E, então, nós temos os “três passos”, que teriam de ser atendidos. Não bastaria o atendimento de apenas um ou dois. Os três teriam que ser atendidos. O primeiro deles, diz que a limitação cabe em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra, nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Qual seria o sentido dessa frase, “certos casos especiais”? Como são princípios gerais, a interpretação permite muita coisa. Tradicionalmente, nós temos uma interpretação mais restritiva. Hoje, parte-se para uma interpretação mais aberta. Já existe uma certa movimentação nesse sentido. Eu vou até comentar, aqui, a respeito de um documento que vem sendo bastante discutido. Foi elaborado pelo Instituto Max Planck, de Munique, na Alemanha, que pretende fazer uma interpretação um pouco menos restritiva da “regra dos três passos”. Por “certos casos especiais”, nós podemos entender que as hipóteses de limitação não podem ser amplas e genéricas, ou seja, elas teriam que ser definidas e limitadas, o que não significa (e isso é importante; esse ponto até já foi colocado no painel anterior) que não se possa regular limitações por meio de cláusulas gerais. Falando de uma possível reforma da lei de direitos autorais, há que se verificar o melhor caminho para a regulamentação dessas limitações: se por meio de um rol taxativo ou se por meio de uma cláusula geral. E aí nós falamos, enfim, de forma de regulamentação. Na verdade, nós podemos ter até duas posições

semelhantes, no sentido, por exemplo, de uma abertura dessas limitações, mas de pessoas que entendem que a maneira de regular isso deva ser diferente. O “segundo passo” diz respeito a uma reprodução que não prejudique a exploração normal da obra. Aqui, nós cairíamos numa interpretação do que seria “normal”. O que é “normal”? Uma interpretação, vamos dizer assim, mais tradicional diria que exploração normal seria uma exclusividade de exploração que o autor espera, razoavelmente, poder realizar em condições normais, no momento de sua criação. E aí a idéia de “normal” como formas de exploração que tenham ou possam vir a ter considerável importância econômica ou prática. Dessa forma, não se poderia estabelecer uma limitação de fora que fosse injustificada a um mercado comercialmente relevante, exceto (aqui é importante frisar) se houver uma finalidade pública, quando, então, a limitação poderá ser imposta. Foi instaurado um painel pela OMC, que foi constituído para analisar as limitações do Digital Millennium Copyright Act, dos Estados Unidos, que é uma lei norte-americana em matéria de direitos autorais em meios digitais. Qual foi o resultado desse painel? As principais conclusões foram as seguintes. Essa decisão surpreende, porque abre, dá uma certa abertura, que nós já vamos comentar, que está nesse último parágrafo, aqui, que está mencionado na apresentação. Basicamente, a decisão foi no seguinte sentido: que se deveria levar em consideração, não somente usos então existentes da obra, mas também seus usos potenciais. Todas as formas de exploração de uma obra, que tenham ou, provavelmente, venham a ter importância econômica ou prática considerável, deveriam ser reservadas ao autor. Mas, aqui, o ponto importante que está na decisão, diz o seguinte: “Nem todos os usos comerciais de uma obra necessariamente conflitam com sua exploração normal”. Isso resta evidente no caso da cópia privada. Por quê? É possível defender que, em determinadas condições, a cópia privada não afeta a exploração normal da obra. Então, nós poderíamos dizer que, saber se uma utilização afeta ou não a exploração normal da obra significaria saber se tal utilização pode ser vista como substituta em relação à aquisição de um exemplar original. Então, a questão da cópia privada pode envolver uma série de situações (eu, aqui, elenquei algumas delas) em que não necessariamente nós poderíamos dizer que haja uma substituição à aquisição do exemplar original. Para citar alguns exemplos: cópias feitas a partir de um exemplar

original legitimamente adquirido pelo copista. Então, a pessoa que compra um CD e faz algumas cópias: uma, para deixar no carro; a outra, para deixar num outro lugar. Enfim, para não ter que transportar a obra original. Quer dizer, até que ponto isso substituiu a aquisição do original? Um outro exemplo: a obra que não esteja sendo, efetivamente, explorada e que esteja esgotada. Ao se fazer uma cópia, é impossível adquirir o original, porque ele está esgotado. Reprodução para preservação do original, que é uma hipótese que, cada vez mais, vem crescendo, nesses projetos de digitalização de acervos, quando se digitaliza discos em vinil e a digitalização de acervos de maneira geral. Qual é o intuito aqui? O intuito é preservação. Por incrível que pareça, nossa lei de direitos autorais, no capítulo das limitações, não tem um inciso sequer falando da possibilidade de reprodução quando a finalidade é a preservação do suporte, muitas vezes porque ele vai se deteriorar. Reprodução para utilização em outros formatos. Quem compra um CD e precisa fazer uma reprodução num outro formato, para que ele seja lido por um determinado aparelho. Então, em todas essas situações, não existe a substituição do original. Desculpem. Eu pulei, aqui, o “terceiro passo”, que é o prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. O que seria “prejuízo injustificado”? A justificativa, para uma reprodução, sempre teria de vir, de certa forma, de um interesse público. Se houver um interesse público, isso deixa de ser injustificado e passaria a ser justificado, o que nos leva, portanto, aqui, a uma questão que eu considero bastante importante, que é esse ponto do interesse público, que vai, de certa forma, sempre permear os “três passos” que nós vimos. Até existe um guia interpretativo, da Convenção de Berna, que foi editado pela OMPI. Eu destacaria, aqui, um dos aspectos que foram abordados. É um guia interpretativo bastante restritivo. Tem um determinado ponto, que até está em destaque, que diz o seguinte: que não se deve, simplesmente, levar em consideração se o autor sofre ou não prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado. A justificativa, portanto, seria sempre uma questão de interesse público. Comentando, aqui, rapidamente, aquele documento que eu disse que está sendo discutido, que foi elaborado por diversos professores da Europa e vem sendo divulgado pelo Instituto Max Planck... O que esse documento, na verdade, diz, que pode ser algo bastante importante, no sentido de uma ampliação maior, dentro da interpretação da “regra dos três passos”?

Seria o seguinte: ele reconhece que os tribunais vêm aplicando essas regras, de forma bastante restrita; que a aplicação da regra dos três passos deveria atender à função social (isso foi mencionado expressamente pelo documento) do direito de autor; que a promoção do desenvolvimento cultural, ou seja, o interesse público à “regra dos três passos” não deveria ser um empecilho para que os países adotassem limitações com base em princípios gerais, desde que as hipóteses de incidência desses princípios possam ser razoavelmente previstas (e normalmente são), para a criação de novas limitações, desde que tivesse por base o interesse público. A “regra dos três passos” deveria ser interpretada de forma a não colidir com direitos fundamentais, como, por exemplo, direito à educação e outros que já foram aqui mencionados, e com a questão de interesse público, especialmente com relação ao desenvolvimento científico e cultural. Eu passaria aqui, rapidamente (porque meu tempo já está se esgotando), para a questão da nossa lei. Nós não temos, aqui, tempo de entrar em detalhes de cada inciso das limitações na nossa lei de direitos autorais. O que eu acho relevante é o seguinte: essas hipóteses de limitação constituem um rol taxativo. São hipóteses que não deixam margem para interpretação. Não foram feitas na base de um princípio geral. Não existe, também, na nossa legislação um inciso que permita uma livre reprodução em casos envolvendo educação, pesquisa, ciência e qualquer coisa semelhante, da mesma forma como não existe um artigo que diga que o impacto econômico da reprodução deva ser levado em consideração. Mas nós temos de lembrar que a “regra dos três passos”, da Convenção de Berna, foi “internalizada” pelo nosso sistema jurídico. Então, dessa forma, é possível fazer uma interpretação desse rol taxativo das limitações, com base na “regra dos três passos”. Quer dizer, a “regra dos três passos” tem de funcionar, também, como orientação, no momento da interpretação das limitações estabelecidas pela nossa legislação. Existem algumas questões a respeito da cópia privada, que me parece o inciso mais polêmico da lei de direitos autorais. Eu vou falar aqui muito rapidamente. Algumas associações vêm interpretando a questão da cópia privada. [*Vêm interpretando*] o inciso, porque, na verdade, nós não temos a permissão da cópia privada, aqui no Brasil; na verdade, nós tínhamos isso na nossa lei anterior, que dava possibilidade de se fazer uma cópia integral de um único exemplar, sem intuito de lucro. Quando vem a lei de 1998, ela fala apenas de

“pequenos trechos”, ou seja, da possibilidade de se fazer cópias apenas de “pequenos trechos”. Há toda uma polêmica, que já foi até levantada no painel anterior, de qual seria a extensão de “pequenos trechos”. Há algumas tentativas de quantificação, inclusive projetos de lei trabalhando nessa linha da quantificação do “pequeno trecho”. Há outras tentativas de interpretar isso de forma bastante restrita, como, por exemplo, quando a lei fala que a cópia teria de ser feita pelo copista (uma interpretação bastante restritiva, no sentido de que só o copista é que poderia fazer essa cópia). Ou seja, num país como o Brasil, onde a cópia normalmente é feita por empresas, pequenas empresas, localizadas nas universidades, de xerox, isso não seria permitido, isso violaria, não estaria de acordo com esse inciso da lei de direitos autorais. Contra essa questão, eu gostaria de mencionar que o IDCID, que é o Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, do qual eu fiz parte... Nós tivemos um projeto, que, inclusive, foi financiado pela Fundação Ford, em que nós movemos uma ação civil pública contra uma dessas instituições, pelo abuso na interpretação, que levou a esta situação que nós temos hoje: de uma proibição total da cópia. Total. Nem de pequenos trechos. Nessa ação, o que se pedia era que a lei fosse respeitada e um pouco mais: com base nessa interpretação de que a “regra dos três passos” seria aplicada diretamente, aqui no país, juntamente com o rol taxativo das limitações, que a população considerada carente, do País, que representa mais de 60% (ou seja, nós estamos aqui falando de uma população que não teria condições de se alimentar e, ao mesmo tempo, comprar livros) ficasse liberada da reprodução integral, porque é uma parcela da população que está fora do mercado. Se um dos princípios da “regra dos três passos” é, justamente, a questão do impacto econômico, e reprodução integral, por parte dessa população, principalmente num país em desenvolvimento, como o Brasil, não representa um impacto econômico para os titulares de direitos autorais. Existem alguns projetos de lei tratando de limitações. Um deles foi proposto pela ABPI, há alguns anos. O caminho que foi sugerido, naquele momento, era de princípios gerais. A intenção era aumentar as hipóteses de limitação, regulando-as por meio de princípios gerais. Trata-se de um projeto que foi bastante discutido. Existem outros projetos de lei. Um deles, tentando quantificar o pequeno trecho. Eu não lembro agora qual é o percentual. Não lembro se é 15% ou 20%. Existe,

também, um projeto de lei, bastante avançado, do Deputado Júlio Lopes, que simplesmente proíbe qualquer tipo de cópia nas universidades. Então, com isso, eu gostaria de encerrar esta apresentação, novamente chamando a atenção para essa questão do conteúdo das limitações, que é uma questão bastante importante. Também, com relação aos possíveis caminhos que poderiam ser seguidos, em termos de formas de regulamentação: se por meio de princípios gerais ou de um rol taxativo. Obrigado.