

Direito Autoral e Lei
de Licitações

Página 2

Proponente pessoa
física pode receber

patrocínio?

Página 4

A direito AUTORAL

DISTRIBUIÇÃO INTERNA

Boletim informativo bimestral do escritório Azevedo, Cesnik
e Salinas Advogados Ano 3 / Nº 13 – novembro/dezembro 2000

– editorial –

Com esta edição fechamos o ano de 2000 e encerramos, como anualmente fazemos, para o retorno em março do ano próximo.

Especialmente nesse número trazemos algumas questões bastante polêmicas para aqueles que atuam em nossa área e acreditamos serem assuntos de grande interesse em face das inovações que trazem.

De início, como uma novidade ao leitor, o acordo entre a indústria fonográfica e o Napster. Depois de meses de absoluta guerra com o site, a indústria propôs um acordo, mediante algumas condições que estão expostas aqui. Vemos o processo como um avanço em nosso mercado sem precedentes.

Nas páginas centrais, temos a valiosa contribuição do procurador da Universidade de Brasília, Dr. Leandro Mota Oliveira, trazendo à discussão dispositivo da lei de licitações que determina a presunção de cessão de direitos autorais envolvidos no serviço contratado, sob a ótica da legislação autoral em vigência desde 1998.

Por fim, questão bastante polêmica nesses últimos meses no Ministério da Cultura, o debate sobre o patrocínio a projetos apresentados por pessoa física. Nesse ponto defendemos a manutenção do entendimento adotado pelo MinC desde então, ou seja, que pessoa física pode receber recursos advindos na modalidade de patrocínio, mas que encontra o risco de ser alterado em vista da manifestação da Consultoria Jurídica deste mesmo Ministério.

Napster e BMG fecham acordo

A nova tecnologia traz desafios para a preservação de direitos. Em matéria de internet, a propriedade intelectual é a que mais vem sofrendo o impacto.

Dentre os mecanismos tecnológicos mais polêmicos, está o Napster, que é um software capaz de encontrar músicas nos computadores dos internautas que o tenham instalado e assim permitir que eles troquem entre si músicas arquivadas em seus computadores em formato MP3. E mais: o Napster indica a conexão mais rápida para a transferência de determinada música.

É fantástica a facilidade da comunicação e troca de arquivos entre os internautas que tenham instalado o Napster em seus computadores, mas é inegável que esse mecanismo de cópia da obra musical pode ferir vários direitos.

A nossa Lei de Direito Autoral é expressa nesse sentido, e ainda cria mais restrições do que as existentes em outros países, pois sem autorização só é permitida a cópia de pequenos trechos da obra de terceiros e para fins privados.

Fora a discussão que possa surgir sobre se é possível e justo punir o particular que fizer cópia da obra musical integral para uso pessoal, vale enfatizar que a grande preocupação internacionalmente está em evitar que as obras musicais sejam copiadas para fins comerciais, ou seja, que isto permita a prática de "pirataria" de músicas.

Com base no argumento de que o Napster possibilita a prática de "pirataria", algumas gravadoras ingressaram com ação judicial contra o site que disponibiliza o software para os internautas, almejando o seu fechamento.

A Bertelsmann, grupo controlador da mega gravadora BMG, acaba de fechar acordo com o site do Napster para que este passe a funcionar mediante mecanismo de cobrança pela reprodução de suas músicas, em parâmetros comerciais ainda não divulgados.

Estamos diante de importante acontecimento na história fonográfica, até porque as gravadoras já estão se convencendo de que terão que se adaptar a esta realidade tecnológica, convivendo com as novas tecnologias ao invés de buscar impedi-las.

A lógica hoje passou a ser associar-se ao "inimigo", rendendo-se à força da simplificação e democratização do acesso a um bem cultural até agora comercializado legalmente somente por meio de compra e venda de CD's em lojas.

O Napster também prejudica os autores e intérpretes em música, que deixam de receber pela sua utilização, mas há dentre estes os que apreciam no Napster a vantagem da fácil divulgação de seu trabalho, que também pode reverter-se em novos rendimentos.

Dentre as novidades em matéria de internet para a proteção de autores e intérpretes musicais, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais - acaba de anunciar que, em breve, definirá o procedimento de cobrança pela execução de músicas na Web, valendo ressaltar que haverá polêmica também para definir sobre quais atividades incidirá a tarifação.

Ana Carmo de Azevedo

Direito Autoral e Lei de Licitações

I- INTRODUÇÃO

Estabelece a Lei 8.666/93, Capítulo VI, destinado às disposições finais e transitórias, no caput do artigo 111, que a Administração somente poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Neste ponto da lei de concorrências tem-se a confluência de matéria relativa ao direito autoral, direito este que terá sua força normativa violada pela Administração Pública, caso continue sendo aplicado nos moldes propostos. É que pela Lei de Licitações há uma condicionante de cessão do autor dos direitos patrimoniais para contratar com o Poder Público. Aqui podemos entender todos os direitos, eis que se não determina expressamente quais serão cedidos e não abre ao Administrador possibilidade de atuar discricionariamente para limitar a cessão parcial.

Ao preceituar desta forma, viola a Lei 8.666/93 o direito do autor e os que lhe são conexos, Lei 9.610/98, pois não estabelece a possibilidade de cessão parcial à Administração. Tal violação somente poderia ser justificada

mediante tentativa de se buscar a prevalência do bem coletivo sobre o individual, quando ocorrer algum conflito entre os direitos do autor e os interesses públicos representados pela Administração Pública, mas ainda assim tal fundamento não encontra mais eco na lei autoral, senão vejamos:

A ilegalidade consubstancia-se desde o regulamento do concurso, que prevê cláusula determinante de cessão dos direitos autorais de cunho patrimonial advindos da criação, estendendo-se ao contrato firmado com o autor, que está necessariamente submetido ao edital.

II - DA VIOLAÇÃO PELA LEI 8.666/93 DOS DIREITOS DE AUTOR

Impõe, como dito acima, a Lei 8.666/93, como condição para a avença ou premiação de projeto, a cessão dos direitos patrimoniais a ele atinentes, que deverá constar já no ato convocatório do certamen e no contrato dele resultante. Para Marçal Justein Filho, "não se trata de enriquecer a Administração mediante a exploração de direitos imateriais", apenas "visa-se evitar que a omissão

propiciasse a manutenção dos direitos patrimoniais com o autor, importando dever de indenizá-lo por perdas e danos em caso de utilização."

Data venia, sob o ponto de vista dos direitos do autor, a imposição legal ao administrador é abusiva e ilegal, eis que determina a possibilidade de se remunerar injustamente o criador de obra intelectual, pois a cessão integral presumida por valor prefixado impõe pagamento dos direitos patrimoniais restrito. A ilegalidade consubstancia-se desde o regulamento do concurso, que prevê cláusula determinante de cessão dos direitos autorais de cunho patrimonial advindos da criação, estendendo-se ao contrato firmado com o autor, que está necessariamente submetido ao edital. Neste sentido, como fica o direito de seqüência caso a obra do autor venha a ser comercializada com mais valia pela Administração Pública? Com amparo na Lei 8.666/93, já se encontraria qualquer obrigação por parte da Administração Pública resolvida.

III - DA CORRETA RETRIBUIÇÃO PELOS DIREITOS PATRIMONIAIS

Como não poderia deixar de ser, a lei refere-se somente à

clipes cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques

Lei amplia arrecadação do Fundo Nacional de Cultura

A lei nº 9.999, de 30 de agosto de 2000, altera o inciso VIII do artigo 5º da Lei Rouanet (8313) e aumenta de 1 para 3% o valor destinado ao Fundo Nacional de Cultura da "arrecadação bruta dos concursos de prognósticos e loterias federais e similares cuja realização estiver sujeita a autorização federal, deduzindo-se este valor do montante destinado aos prêmios". Estima-se que a arrecadação do FNC para 2001 seja, pelo menos, três vezes maior.

Conferência Diplomática da OMPI

A OMPI convocou para o período de 07 a 20 de dezembro uma conferência diplomática para a adoção de um novo pacto mundial para a proteção dos direitos conexos atinentes às interpretações e/ou execuções audiovisuais. A proposta apresentada pelo Estados Unidos quer permitir a transferência automática dos direitos para os produtores, por presunção. A União Européia tem posição distinta. Maiores informações no site da OMPI: <http://www.wipo.int>

Responsabilidade fiscal e incentivo à cultura

A nova lei de responsabilidade fiscal (Lei complementar nº 101 de 04/05/2000) não impede a concessão pela União, Estados e Municípios do incentivo fiscal à cultura. Os administradores devem ficar atentos ao artigo 14 da referida legislação que torna imperiosa a apresentação do estudo de impacto orçamentário-financeiro no exercício que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, além de atender ao disposto na LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias.

clipes cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques cliques

transferência dos direitos patrimoniais com afetação no ajuste prévio, eis que os direitos morais ou, como prefere denominar o Prof. José de Oliveira Ascensão, os direitos pessoais, são inalienáveis e irrenunciáveis, não podendo convolar-se com o intuito de apreciação econômica.

Vista desta forma, a lei é plenamente viável. Não há nenhum óbice legal que os direitos patrimoniais possam ser transmissíveis, por formas as mais variadas, e de forma plena, permanecendo, porém, os direitos pessoais intransferíveis e inabdicáveis. O que se critica é a Administração promover concursos e somente contratar mediante a previsão legal de que se não houver cláusula de cessão total por parte do autor, serão considerados cedidos os direitos patrimoniais sem nenhuma distinção de quais e sem nenhum limite protetivo.

A Constituição Federal de 1988 concede ampla proteção ao autor ao determinar que lhe pertence o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de sua obra, assegurando-lhe, ainda, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, alínea b).

Destarte, plenamente viável segundo a Carta Política, que a Administração Pública venha indenizar patrimonialmente o autor, mesmo depois da retribuição levada a efeito no concurso. Aproveitar-se a Administração Pública para se presumir concedidos em caso de omissão contratual é violar o direito dos cidadãos que mediante sua atividade intelectual buscam enriquecer a sociedade.

Os artigos 28 e 29 da Lei 9.610/98, seguindo a esteira constitucional, determinaram que os direitos patrimoniais do autor baseiam-se nos atributos exclu-

sivos do criador intelectual de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização e fruição por terceiros. Depende de autorização expressa do autor a utilização de obra, por quaisquer modalidades; no sentido negativo, a propriedade, caracteriza-se por não admitir a ingerência alheia no seu exercício.

O objetivo visado pelo direito que protege os autores é a garantia de justa recompensa financeira pela utilização ou exploração econômica de sua obra criativa. A restrição imposta por lei à Administração apresenta-se como violadora deste princípio (...)

IV – DA NECESSIDADE DE PREVISÃO ESPECÍFICA DA EXTENSÃO DA CESSÃO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL

Nada obstante o preceito legal determinado na norma de licitação, a Lei 9.610/98 dispôs, ainda, em seu artigo 49, inciso II, que somente se admitirá a transmissão total e definitiva dos direitos patrimoniais mediante estipulação contratual escrita. Logo, mesmo sendo possível a cessão total de direitos patrimoniais, deverá constar do instrumento jurídico em particular a especificação de quais direitos patrimoniais estão sendo cedidos. E poderá o autor ceder apenas parte de seus direitos à Administração, e não necessariamente todos, sendo certo ainda que se a Administração vier a utilizar-se de tal cessão fora do pactuado, deverá indenizar o autor.

O objetivo visado pelo direito que protege os autores é a garantia de justa recompensa financeira pela utilização ou exploração econômica de sua obra criativa. A restrição imposta por lei à

Administração apresenta-se como violadora deste princípio, vez que a remuneração pelo serviço pode estar limitada a subutilização da obra, sobretudo se não houver, no instrumento autorizativo, cláusula específica do autor para esta utilização.

O inciso VI do mesmo artigo da Lei de Direito Autoral adita tal determinação, eis que traz normatizado que não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada a utilização a apenas uma forma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

A prevalência do interesse público sobre o privado, estipulado quando do interesse conflitante entre essas duas categorias jurídicas, não deve prevalecer nesta questão. É expressa a determinação legal, inserta no § 2º do artigo 50 da Lei de Direitos Autorais, que deverão constar ainda do instrumento de cessão, como elementos essenciais, seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço. O administrador que contrata serviço artístico sabe de antemão que a inexigibilidade de licitação (art. 25, III, da Lei 8.666/93) para esta modalidade de serviço, distingue-o em muito dos demais, devendo inclusive prever estas determinações legais no edital, sob pena de não se encontrar posteriormente sob o pálio da lei aplicável à espécie.

A matéria autoral tem seu deslinde nos contratos entre as partes. Às diferentes formas de utilização dos bens patrimoniais advindos da obra intelectual correspondem vários tipos de instrumentalização desta utilização por intermédio de contratos.

*Leandro Mota Oliveira
Procurador Federal da
Universidade de Brasília*