

DIREITOS AUTORAIS: UMA ANÁLISE À CONTRAFAÇÃO E PLÁGIO

Heitor Amorim Silva Fernandes Teixeira ¹

Bruno Tavares Padilha Bezerra ²

RESUMO

O trabalho a seguir tem como escopo discutir os temas relacionados a violação dos Direitos Autorais, em uma análise especial à contrafação e o plágio. Um breve comentário é feito à Lei 9.610/98, e também se expõe uma evolução histórica e a propriedade intelectual como gênero. São abordados conceitos e problemas específicos desses ilícitos na esfera penal e civil, buscando as soluções possíveis e mostrando as devidas sanções. Este método de artigo científico original tenta resolver os problemas em pauta se baseando na doutrina e jurisprudência, bem como na legislação, afirmando a dificuldade em identificar e aplicar o direito em institutos tão complexos.

Palavras-chave: Resumo; Direitos Autorais; Violação; Contrafação; Plágio.

COPYRIGHTS: AN ANALYSIS TO COUNTERFEITING AND PLAGIARISM

ABSTRACT

The present study aims to discuss the themes related with copyright violation, in a special analysis to counterfeiting and plagiarism. A short comment about the law 9.610/98 was done, and also an exposure to historical evolution and the intellectual property how genre. Concepts and specific problems about these illicit in the criminal and civil sphere have been approached, searching possible solutions, and showing the appropriate penalties. This method of original scientific article attempts to solve the problems in question, based on doctrine and jurisprudence, as well as in the legislation, affirming the difficulty in identifying and applying the law in such complex institutions.

Keywords: Summary; Copyright; Violation; Counterfeiting; Plagiarism.

¹ Acadêmico do curso de Direito da UNI-RN. E-mail: heitor_amorim@hotmail.com

² Professor-orientador do curso de Direito da UNI-RN. E-mail: bruno@padilhaevasconcelos.com.br

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, cada vez mais nos deparamos com atos ilícitos ao que rege as leis de propriedade intelectual em se tratando de Direitos Autorais. São corriqueiras as situações em que observamos aos ambulantes nas ruas vendendo todo tipo de mercadoria falsificada, ao qual chamamos popularmente de “pirataria”, e também é muito comum, principalmente no meio acadêmico, a notícia de que alguém usou de má fé ao plagiar determinada obra ou invenção.

Pois bem, a esses tipos de violação aos direitos relacionados à criação intelectual do homem o Direito chama de contrafação e plágio. São esses, os dois métodos mais amplos e difundidos de utilizar e reproduzir sem autorização ou sem dar ao criador devida citação. Isso fere os princípios morais de paternidade e inédito do autor e seus conexos, como também auferir proveito econômico em detrimento do seu verdadeiro dono, causando um enorme ataque ao direito patrimonial que visa proteger o autor em relação aos seus bens artísticos, literários e científicos.

Expõe, em destaque, as problemáticas que envolvem tais crimes, em um contexto prático e de acordo com a realidade atual. Aborda-se tanto a questão da lei não ser tão abrangente quanto a real definição da contrafação usada por muitos aplicadores do Direito, como também afirma a responsabilidade solidária daquele que ajuda o contrafator a realizar tal enganação direta ou indiretamente, passando pela hipótese aplicada as execuções musicais, onde se pergunta em que condição está aquele artista que não pediu autorização para reproduzir uma canção, mas paga ao Ecad os devidos Direitos Autorais.

A este questionamento pouco se tem uma resposta da doutrina ou jurisprudência, sendo difícil a pesquisa acerca da situação, e se tal artista pode ser enquadrado como contrafator. Também depara-se a definição de plágio e em que ponto pode-se dizer que determinada obra foi plagiada, estabelecendo uma diferença entre este ilícito e a falsificação, cópia e imitação, utilizando da psicologia e de alguns casos para mostrar a possibilidade de haver uma coincidência fortuita, excluindo o crime de plágio daquele culpado. Por fim, aponta quais sanções penais e civis devem ser aplicadas a essas violações ao Direito Autoral.

Como consequência, encontra-se algumas resoluções dadas às partes supracitadas, no que couber. A contrafação possui uma interpretação maior do que

a lei lhe confere, sendo assegurada pela Lei 9.610/98 e Art. 184 do Código Penal, definindo aquele que reproduz sem autorização obra de outrem. Afirma ser responsável com o contrafator aquele que está em meio à contrafação, seja de forma passiva ou ativa, como o caso do que vende produtos falsificados. Para as obras musicais, a dúvida de sua execução não autorizada ser paga é uma questão intrigante, em que se tenta destrinchar por uma visão que opta à impossibilidade prática e a conduta diminuta perante uma obra já paga, excluindo com isso uma contrafação.

No plágio ver-se uma dificuldade por esta violação não estar elencada na legislação, tendo de ser enquadrada perante a situação. Resolve que o plágio não é a mesma coisa que falsificação ou cópia, muito menos uma imitação, na teoria e prática, diferente do que muitas pessoas costumam confundir. Apresenta a coincidência que pode existir entre as obras, e mostra exemplos reais, concluindo que é algo comum por causa de medidas que a psicologia reconhece sobre as tendências de criação do homem.

Esse trabalho procura conceituar os dois tipos de violação aos direitos do autor, assim como expor problemas típicos de cada um e debater uma solução, mesclando a observação à Lei de Direitos Autorais e o Código Penal com uma a posição da doutrina e jurisprudência. O objetivo para além da conclusão de curso é instigar o ambiente acadêmico e científico para pensar o assunto numa forma mais simples e objetiva, esclarecendo o tema em uma leitura fácil, tanto para o entendedor do Direito quanto para aquele leigo.

Torna-se importante o estudo aqui em questão, devido muito aos materiais escassos que se especificam a tratar do plágio e da contrafação no âmbito dos Direitos Autorais, visto a proteção de uma obra intelectual ser pouco lembrada em relação ao que o mercado realmente dá destaque. Vem oferecer tais pontos e contribuir para um acervo maior e mais atualizado sobre os dois crimes.

Organiza-se o artigo científico original aqui disposto em três capítulos que intitulam-se como contrafação, plágio e sanções aplicáveis, com subcapítulos divididos que propõe, cada um, a um problema já citado. Se usa o conceito de cada matéria, à luz da legislação específica e de doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, José Carlos Costa Neto e o professor Milton Fernandes, passando pelos

ensinamentos de Marcos Wachowicz, E Eugenio Raul Zaffaroni com José Henrique Pierangeli. Foi de suma importância a pesquisa na internet e em vídeo aulas, assim como o manual do Ecad e a jurisprudência sobre casos relacionados ou que se aproximam do tratado aqui.

Ao leitor vem o propósito de adicionar conhecimento, de maneira esclarecedora e sem rodeios, expondo bem minuciosamente os crimes abordados, somados a uma percepção ampla do assunto, que visa tornar pública a discussão de contrafação e plágio também ao meio não acadêmico. Boa leitura!

2 DIREITO AUTORAL – BREVES COMENTÁRIOS À LEI 9.610/98

Direito autoral é o conjunto de princípios que regula e protege as criações intelectuais do ser humano nas áreas literárias, artísticas e científicas, sendo área jurídica que disciplina as ideias de criação humana distintas de algo eminentemente técnico ou mecânico-funcional. É de natureza jurídica híbrida, por estar presente tanto nos direitos reais quanto nos direitos de personalidade, além de classificar-se em duas espécies: morais e patrimoniais.

Sobre os direitos morais e patrimoniais, ensina Coelho (2011, p. 302, 303) que:

Os direitos morais são, por exemplo, os relacionados à paternidade, preservação da integridade da obra e outros. Já os direitos patrimoniais ligam-se à exploração econômica da propriedade intelectual. Os direitos morais são legalmente inalienáveis. Por isso, o titular sempre será pessoa física responsável pela autoria da obra intelectual, ou, em alguns casos, os seus sucessores. Em relação ao direitos patrimoniais, o autor é forçosamente o *primeiro* titular [...] Contudo, por meio de negócio jurídico (posterior ou anterior a criação), é possível que a titularidade de direito patrimonial venha a ser transferida a pessoa jurídica.

São características fundamentais dos direitos autorais: a proteção da forma, suportes físicos, temporalidade dos direitos patrimoniais e o registro com função comprobatória. O ilustre doutrinador supracitado resume:

As características fundamentais dos direitos autorais são quatro: (I) não se protege a ideia, mas apenas a forma pela qual ela é

exteriorizada; (II) à obra sempre se liga um suporte físico, do qual, no entanto, é independente como objeto do direito; (III) os direitos patrimoniais do autor são temporários, ao passo que os morais se eternizam; (IV) os direitos do autor nascem do ato de criação e independem de qualquer registro ou outra sorte de formalidade. (COELHO, 2011, p. 294)

Outrossim, importante é destacar o conceito de autor na matéria dos direitos autorais. A Lei 9.610/98, Art. 11 (Brasil, 1998) dita que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, o tratando sempre como núcleo do direito autoral, pois a ele é exclusivo o ato de criar, mesmo sendo menor ou interdito. A pessoa jurídica ou os entes despersonalizados nunca serão autores, visto não terem meios materiais para imaginar qualquer ideia, sobrando-lhes apenas a possibilidade de receber a titularidade dos direitos no âmbito patrimonial.

Não se pode confundir, em nenhuma hipótese, autor com titular de direitos autorais. Nem sempre o autor é o único titular desses direitos, quando existe também o sucessor e o cessionário, cada um podendo ser titular em determinadas situações. O primeiro, em caso de morte do autor, passa a titular os direitos patrimoniais e alguns direitos morais. Já o outro sujeito pode receber somente os direitos patrimoniais, transferidos por declaração de vontade, do autor ou de seu sucessor. Desse modo, em síntese, entende que a pessoa jurídica só é titular na condição de cessionário. Existe também os direitos conexos ao do autor, no caso do artistas, interpretes, executantes ou qualquer outro que acrescente valor à obra, resguardando os direitos que lhe são devidos.

A lei 9.610/98 (Brasil, 1998) estabelece os parâmetros legais para consolidar os direitos autorais e conexos no Brasil, substituindo a Lei 5.988/73 (Brasil, 1973) após quase 20 anos de um lento processo legislativo. Contudo, o tempo transcorrido entre sua redação inicial e sua efetiva publicação, se operou num contexto pré-digital, e por isso instaurou-se a crítica acerca de sua efetividade numa era cada vez mais moderna. Em suma, a lei já nascia defasada, principalmente pelo fato da antiga legislação de direitos autorais ter se perdurado por anos e sem acompanhar a evolução literária, artística e científica.

Entre 2005 e 2010 foi ampliado o debate sobre uma reforma da Lei de Direitos Autorais, havendo dezenas de encontros com notória participação da

sociedade civil e, inclusive, o apoio do Ministério da Cultura, que posteriormente elaborou um Projeto de Lei para tais alterações, apresentado em 14 de junho de 2010.

Em 2011, a gestão da Ministra Ana de Holanda apresenta um Anteprojeto de Lei (APL) com rumos e contextos diferenciados, numa revisão de aperfeiçoamento ao texto do Projeto de Lei de 2010. Na data de 15 de julho de 2011 o texto do APL foi enviado pelo Ministério da Cultura à Casa Civil da Presidência da República, para seu encaminhamento ao Congresso Nacional, onde está até o presente momento (novembro de 2015).

Como reformas parciais da Lei de Direitos Autorais, até o momento, Wachowicz (2015, p. 542) lista:

As principais mudanças ocorreram em dois planos:

- (i) no plano constitucional: com a Emenda n. 48, de 2015, que alterou e complementou o art. 215 da Constituição Federal, e
- (ii) no plano infra - constitucional: com a publicação em 14 de agosto de 2013 da Lei nº 12.853, que alterou os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98 -A, 98 - B, 98 - C, 99 - A, 99 -B, 100 - A, 100 - B e 109 - A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências.

Historicamente, em 1886, na Suíça, surge a Convenção da União de Berna, que convocou vários países participantes para tratar do patrimônio intelectual, mas dessa vez no âmbito da proteção das obras literárias, artísticas e científicas, que hoje nossa legislação protege nos direitos autorais. A União de Berna e a de Paris, eram entidades internacionais preponderantemente jurídicas e com secretarias permanentes.

2.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO GÊNERO

A propriedade intelectual é uma expressão dada ao ramo do direito relativo as criações em todos os domínios da atividade humana e direitos respectivos ao seu titular. Divide-se em Direitos Autorais e Propriedade Industrial, sendo a primeira referente as obras literárias, artísticas e científicas; já a segunda diz respeito a patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais,

as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem. São indispensáveis a ênfase e o estudo dessa divisão, visto que a propriedade intelectual nada mais é do que a soma dos direitos relacionados à autoria e propriedade de indústria. Nesse caso, pode-se falar em gênero, pois é algo mais abrangente, inseridas duas espécies que definem todo o conceito do que vem a ser propriedade intelectual.

O mencionado gênero inclui-se normalmente dentro dos direitos reais, se estendendo ao direito de propriedade, o qual aplica-se sobre bens imateriais. Existe uma discussão em que especialistas do direito autoral consideram a propriedade intelectual um direito de personalidade, como o direito à imagem e à privacidade. Ainda que se observe pelo aspecto patrimonial, e os direitos do autor sejam uma forma de propriedade pela criação, existe uma ramificação do direito de autor, chamados direitos morais de autor, que taxativamente classificam-se como direitos de personalidade. Também compete ao autor como pessoa os direitos à integridade da obra, o direito de inédito, o direito de ligar o nome à obra ou de tirá-la de circulação.

A propriedade industrial também é atingida por essa interferência com relação ao direito de personalidade, porque nos direitos do inventor encontram-se presentes o direito de inédito e o direito de ter seu nome de criador mencionado na patente, estes estão no rol do direito de personalidade. Sob a ótica desse debate doutrinário, conclui-se que deve-se tratar a propriedade intelectual levando em consideração não apenas sua classificação como um direito patrimonial, mas também de personalidade.

3 CONTRAFAÇÃO

Considera-se a hipótese de um artista que teve seu desenho de renome estampado na embalagem de um produto sem o seu consentimento; ou aquele que reproduziu um livro através de cópias xerográficas e o comercializou; bem como o ambulante que vende vídeos pirateados em meio a um ambiente público.

Os casos acima ilustrados, são, por demais, corriqueiros exemplos de crimes de contrafação. Entende-se por contrafação, nos termos da lei, o ato ilícito civil e

criminal de reprodução não autorizada de obras artísticas, científicas e literárias. Essa cópia pode ser de reprodução e divulgação total ou parcial, e nunca interfere nos direitos de paternidade do autor, ferindo apenas os direitos patrimoniais. À contrafação interessa o proveito econômico auferido pela reprodução, embora o objetivo de lucro não seja característica indispensável. Com isso, reforça Afonso (2009 p. 122), que “atenta contra a individualidade da obra alheia, visando obter ilicitamente vantagem econômica. O contrafator não pretende ser reconhecido como autor da obra contrafeita”.

O art. 184, Código Penal, prevê o crime de contrafação:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1940)

O uso privado e sem pretensão de lucro direto ou indireto não caracteriza crime, mas não exclui a violação na esfera cível, como esclarece o Art. 46, II, da Lei 9.610/98 (Brasil, 1998):

Art. 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais:

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

A expressão “pequenos trechos”, no artigo supracitado, configura uma interpretação subjetiva, e estabelece uma confusão quanto a números quantitativos de exemplares reproduzidos e a questão das limitações ao Direito Autoral. Em caso relativo, decidiu o imbróglio a 4ª Turma do STJ, em acórdão de 2013, onde julgaram o Recurso Especial nº 1.217.567, interpretando o Art. 46, VIII, da Lei 9610/98 (Brasil, 1998), que trata de limitação semelhante. (REsp 1.217.567/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE 18.06.2013)

A Lei 9.610/98, Art. 5º, VII, (Brasil, 1998) estabelece “VII – Contrafação - a reprodução não autorizada” sendo assegurada pela Constituição Federal, Art. 5º, XXVII (Brasil, 1988), que diz: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Reprodução é uma cópia de obra original, através de impressão, reprografia, gravação fonográfica ou fotografia, presumindo ser sempre legal.

3.1 LEGISLAÇÃO NÃO-ABRANGENTE

Ao tratar da violação, o legislador denominou de contrafator aquele que viola direitos autorais, tratando-se de um termo amplo aos crimes, e ao mesmo tempo, estabeleceu um conceito à contrafação como sendo reprodução não autorizada. O que nos leva a entender que a violação aos direitos autorais somente existe no objeto de reprodução, quando na verdade há diversas formas de violar o direito de autor, como reproduzir num número de cópias maior que o autorizado, a modificação da obra sem consenso e até o plágio.

O legislador agiu equivocadamente quando conferiu a lei tratar de conceito, algo que é eminente ao ofício e discussão da doutrina. Em contramão ao erro, encontra-se na legislação objetos além da reprodução que são protegidos da violação, mostrando não ser só esse o interesse de defesa aos atos lesivos. Desta forma, o legislador deveria utilizar a contrafação de forma mais abrangente,

eliminando a definição dúbia que força a confusão a nortear-se à interpretação da doutrina e jurisprudência.

3.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Sabemos que a responsabilidade solidária é instrumento onde há uma pluralidade de sujeitos que respondem solidariamente a atos praticados por terceiro, se concorrerem em danos e violação, havendo provas de que são responsáveis no que acontecer. Encontra-se explícito no Art. 942, parágrafo único, do Código Civil (Brasil, 2002), que diz: “São solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas no art. 932.”

Há de se destacar a responsabilidade solidária nos casos de violação por contrafação aos direitos autorais, quando aquele vendedor, por exemplo, se responsabiliza pelo produto ilícito que oferece ao consumidor. A Lei Autoral vigente em seu Art. 110 trata dessa questão:

Art. 110: Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos. (BRASIL, 1998)

Encontra-se o atual artigo em texto menos abrangente que a antiga legislação, a Lei 5988/73, Art. 124, comparemos:

Art. 124: Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes e, se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão como contrafatores o importador e o distribuidor. (BRASIL, 1973)

Também o Código Civil (Brasil, 2002) dispõe do tema pelo seu Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Já o Art. 924, parágrafo único, retrata:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Conclui-se que, a responsabilidade em matéria de violação autoral constitui um ato referente a todos aqueles que se encontram correlacionados com o contrafator, e de algum jeito auferem valor econômico do que foi fraudado, mesmo que não tenha igual interesse ao do infrator.

Costa Netto (2008) esclarece que:

O direito de autor, consagrado na Constituição Federal como o atributo exclusivo do autor de utilização de sua obra e regulado pela lei federal 9610, de 19/2/1998, harmoniza-se, quanto ao princípio de sua violação resultar na caracterização da obrigação de indenizar, com o Código Civil de 2002, especialmente seus artigos 186 e 927. Enfocando-se a matéria tanto no plano genérico obrigacional civil quanto no especial do direito de autor, chegamos aos quatro pressupostos da responsabilidade civil, ou culpa: a) a ação ou omissão do agente; b) o seu dolo ou culpa; c) a relação de causalidade; e) o dano alia-se a estes o requisito da violação de direito (caracterização do ato ilícito) para a exigibilidade reparatória. (Direito autoral no Brasil, FTD, 2ª;. Ed;,. Atualizada, 2008)

3.3 CONTRAFAÇÃO EM CONFLITO NA EXECUÇÃO MUSICAL

Antes de expor a problemática em questão, se faz mister definir execução pública de obras musicais. Em síntese, o art. 68, § 2º, da LDA, (Brasil,1998) considera execução pública a utilização de obras musicais, em locais de frequência coletiva, estendendo o uso aos fonogramas e audiovisuais. Esclarece Júnior (2005, p. 63) que “a execução sempre pressupõe a utilização de aparelhos ou instrumentos”, e continua:

Executar alguma coisa é realizá-la, apresentá-la ao mundo quer em forma pública ou particular, exercer uma interpretação, uma forma de comunicação coletiva, para além da órbita do seu criador intelectual. A execução, é assim, a modalidade mais importante de

materialização dos direitos patrimoniais de autor na sociedade moderna. (JÚNIOR, 2005, p. 63)

Vejamos o que diz o legislador no art. 68, § 2º, da LDA:

Art. 68: Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 2º: Execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. (BRASIL, 1998)

Aos locais de frequência coletiva, o art. 68, §3, da LDA (Brasil, 1998) contempla extensamente, mas não exaustivo, os ambientes de execução e transmissão de música.

Art. 68, § 3º:

Os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. (BRASIL, 1998)

O professor Fernandes (1967, p. 60) denomina “direito de apresentação pública” como sugestão a um gênero, cujo a distinção das espécies “execução pública” e “representação pública”, relativas às obras de músicas e de teatros, respectivamente, daria uma maior abrangência e segurança à definição de local de frequência coletiva.

Visto isso, à execução de obras musicais encontra-se instaurada uma discussão, pouco elucidante, acerca de um fato bastante comum no mercado fonográfico, em especial devido ao amadorismo profissional e a inclusão digital cada vez mais extensa, cominados à prática de ilícitos sem o conhecimento do direito autoral. Discute-se sobre a ilicitude ou não, e se pode definir como contrafação, o fato do artista executar uma obra alheia sem a autorização ou sequer o conhecimento do autor, mas pagando os direitos autorais devidos a este através do Ecad (órgão de gestão coletiva dos direitos autorais na música).

É importante lembrar que, em sendo essa atitude uma simples execução com intuito de angariar público, atendendo ao gosto musical destes, a questão toma um contexto diferente, mesmo incidindo proveito econômico sob a situação. Trata-se de uma impossibilidade prática o artista ter de procurar autor daquela obra sempre que desejar a executar, visto também a dificuldade de conhecer e acessar a autoria devida.

Em partes, entende-se não se tratar de uma contrafação. No dicionário contrafação é o ato de contrafazer no sentido de falsificar, o que seria muito abrangente, só que pra fins legais, a própria lei define como tão somente a reprodução com ausência de autorização. Reprodução não é verbalização, mas sim a execução por instrumento como de áudio ou vídeo, sendo o segundo o ato de se expressar através de palavras, o que, ao vermos, englobaria a ação de cantar.

Há de se falar, no sentido penal, em atipicidade material da conduta, que direciona o conflito para o entendimento. Ao executar uma canção em uma casa de show, para um número restrito de pessoas, o artista oferece uma lesão diminuta e inofensiva ao direito de paternidade e à originalidade do autor, conferindo uma atipicidade material da conduta, contudo, sendo ínfima a ofensa ao bem jurídico tutelado, e aqui pode-se falar em princípio da insignificância.

Por outro lado, a questão de pedir autorização expressa para a obra é uma medida desarrazoada, visto a extensão do país e o desconhecimento de uma autoria criativa, diante da impossibilidade prática. Estenderia, com isso, o argumento de encaixe ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Pode-se falar também na música como um meio à cultura, e a esta é dada toda a liberdade para expressão e domínio do patrimônio artístico, científico e literário da nação, se sobrepondo, nesse contexto, ao interesse individual do autor.

Com efeito, Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 535) destacam que:

A partir da premissa de que o direito penal somente tipifica condutas que têm certa "relevância social", posto que do contrário não poderiam ser delitos, deduz-se, como consequência, que há condutas que, por sua "adequação social", não podem ser consideradas como tal (Welzel). Esta é a essência da chamada teoria da "adequação social da conduta": as condutas que se consideram "socialmente adequadas" não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade.

Caso se fosse tratado como semelhante à pirataria, a essa conduta de reprodução não autorizada poderia, por vezes, ser negado o argumento da adequação social. Contudo esse tipo de reprodução sem qualquer autorização, além da possibilidade de pagar direitos autorais, seria consuetudinário na aceitação da sociedade e até mesmo daquele autor, que ao não se manifestar, estaria cometendo uma aceitação tácita.

Por último, o Ecad é um escritório de gestão coletiva, sendo conferido a ele a titularidade de agir em nome do autor, como se fosse seu procurador. Quando ele vai a um espetáculo, identifica o promotor ou contratante responsável e lhe pede uma planilha com todas as informações referentes aos fonogramas que ali serão executados, mesmo que de maneiras diferentes de se exteriorizar. É sua a responsabilidade de conferir a reprodução daquelas obras listadas, coletar a cobrança em cima do lucro da casa, fazer um cálculo próprio e identificar os autores que ali foram reproduzidos, para, assim, distribuir os direitos autorais. Por tanto, se o Ecad vai aquele local e ali foram pagos os direitos de cada compositor, compreende-se que este aceitou sua obra ser tocada, pois conferiu ao escritório tal dever, subentendendo a autorização.

Outra coisa seria o autor não aceitar sua obra ser reproduzida por determinado artista, mesmo que recebendo os direitos autorais deste. Ai se encontra uma questão pessoal, de o autor se sentir desconfortável com aquela versão ou intérprete, seja por qualquer motivo. A essa violação, o autor encontra respaldo também na LDA, nos direitos morais do autor, com relação à integridade, em seu Art. 24, IV e VI, § 2º e § 3º, que diz:

Art. 24: São direitos morais do autor:

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

VI – O de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

§ 2º - Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§3º - Nos casos dos incisos V e VI, ressalmam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem. (BRASIL, 1998)

4. PLÁGIO

O direito define como plagiador aquele que reproduz parcial ou integralmente, sem apontar autoria, criação intelectual de qualquer natureza, afim de se apropriar maldosamente, com o intuito de prover lucro ou mesmo reconhecimento. Existe dele o objetivo de fraudar, sem utilizar do esforço criativo, simulando uma licitude para enganar os outros. A doutrina costuma denominar o plágio como “furto literário”.

Fazendo um resumo, o doutrinador Nucci (2009, p. 223) observa:

A transgressão ao direito autoral pode dar-se de várias formas, desde a simples reprodução não autorizada de um livro por fotocópias até a comercialização de obras originais, sem a permissão do autor. Uma das mais conhecidas formas de violação do direito de autor é o *plágio*, que significa tanto assinar como sua obra alheia, como também imitar o que outra pessoa produziu. O plágio pode dar-se de maneira total (copiar ou assinar como sua toda a obra de terceiro) ou parcial (copiar ou dar como seus apenas trechos da obra de outro autor).

A legitimidade para agir, discutir ou levar ao judiciário, em se tratando de plágio, é tão somente do autor, e ele precisa se sentir lesado por outrem, independente da consequência que vai insurgir ao ato de plagiar, que existe pelo fato da natureza ilícita.

O plágio não está definido na lei e nem sequer previsto na Lei 9.610/98 (Brasil, 1998) de Direitos Autorais de forma expressa, muito embora seja um conceito jurídico e uma forma de violação aos direitos autorais. A lei 9610/98, art. 7, caput, diz que: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (Brasil, 1998).

O tema não caracteriza um plagio, visto alguém não poder se apoderar de uma história de conhecimento público, mesmo sendo esta criada por uma obra de cunho literário, artístico ou científico, de autor já conhecido e tendo feita de modo inédito. É o exemplo de temas musicais como o amor, traição e bebida, que sempre

estão entre as composições mais tocadas nas rádios. A versão traduzida ou modificada de uma obra, por conexo e autorizada, também não insurge em plágio, pois houve um acordo com o autor original.

4.1 DISTINÇÃO DE CÓPIA, IMITAÇÃO E FALSIFICAÇÃO

É comum muita gente associar o objeto de plágio à cópia, dizer que foi uma imitação, ou até acusar de aquilo ser falsificado. Esses adjetivos caíram na graça popular como sinônimos de definição, muito por utilizarem da mesma plataforma de atuação, num mercado informal e de concorrência desleal, atribuindo esse ilícito à mão-de-obra barata e austeridade fiscal branda de países como China e Paraguai. A semelhança entre eles talvez seria a má fé em ludibriar o comprador por meio de mecanismos que tentam se fazer por verdadeiros.

Em termos, a cópia é uma reprodução de obra original, legal ou ilegal, por meio de alguma técnica de impressão, reprografia, gravação fonográfica ou fotografia, consistindo em multiplicar e distribuir os exemplares de um produto. Já a falsificação é, como na contrafação, ato de reproduzir ou adulterar cópia de um produto sem autorização, porém visa dar aparência verdadeira ao que não é, se importando muito mais em enganar e tornar idêntico do que simplesmente reproduzir. O Código Penal, Art. 297, caput, (Brasil, 194) é um dos poucos que apresenta a palavra: “Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro.”

Na imitação há uma mera tentativa de se igualar aquela obra, podendo ser feita com o intuito de ter ganhos econômicos ou não, mas observando e fazendo uma réplica. Pode ser analisada, também, como um método educacional de aprendizagem observacional, intrínseca ao comportamento do ser humano nas artes e na ciência, levando em consideração mais a inspiração ao fazer ou refazer uma obra ou invento.

4.2 COINCIDÊNCIA FORTUITA

Considera-se muito difícil identificar o que seria exatamente plágio, visto que não existe normatização que a defina. Um método específico, chamado “Métodos de Paralelas”, procura identificar um plágio através de diferenças, de uma forma completa, considerando o caso da coincidência fortuita. Essa coincidência se conceitua quando duas ou mais obras são idênticas ou parecidas, mas ali houve um mero acaso. Entretanto, é preciso comprovar um dos autores que não aconteceu o acesso à obra equiparada. Inclusive, existem precedentes jurídicos, com jurisprudência e embasamento à doutrina sobre essa exceção. A psicologia esclarece a possibilidade dessa coincidência existir cada vez mais nas invenções humanas, devido ao ensinamento em repetição e o comportamento de tendências criativas ser estereótipo.

Caso que ilustra, aconteceu nas redações do jornal The Telegraph, no Reino Unido, quando a foto enviada pela fotógrafa Sarah Scurr ganhou o concurso de fotos semanal chamado “The Big Picture”. Se tratava da imagem de um iceberg feita em 2006 na costa do Chile, durante um cruzeiro. Após 6 anos, a chilena Marisol Ortiz Elfeldt acusou Sarah de ter feito plágio de sua fotografia, alegando que ela havia pego a foto em sua página de Facebook, alterado o filtro, e enviado para o concurso. O The Telegraph então, pediu os arquivos originais das duas fotos, e para surpresa de todos, datavam do mesmo dia e horário, em mesmo ângulo e qualidades diferentes, estando as duas no mesmo cruzeiro. (<http://www.telegraph.co.uk/travel/travelnews/11379383/How-an-incredible-coincidence-sparked-a-Facebook-plagiarism-row.html>)

5. SANÇÕES APLICÁVEIS

Tanto no caso de contrafação quanto no de plágio, o infrator é responsável por sanções civis e penais. Como o plágio não teve texto elaborado pela lei, no que couber a ele, se encaixa no Código Penal (Brasil, 1940) e na Lei 9.610. Antes existia o Art. 189, CP, e dava uma previsão que muito se parecia com o crime, que tratava da falsa declaração em modelo e desenho, quando esta foi revogada para elencar a Lei 9.279/96 de Propriedade Industrial.

O art. 184, §1 ao 3§, do Código Penal (Brasil, 1940), se preocupa a dar uma penalidade no âmbito criminal à violação de Direito Autoral. Ele elenca todas as formas de penalidade ao que entende por contrafação. Vejamos:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º - Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º - Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Já o Art. 186, I ao III, recorre ao procedimento:

Art. 186. Procede-se mediante:

I – queixa, nos crimes previstos no caput do art. 184;

II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previsto nos §1ºe 2º do art. 184;

III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;

IV – ação penal pública condicionada à Representação, nos crimes previstos no § 3ºdo art. 184. (BRASIL, 1940)

As sanções no âmbito cível são a ação de reparação de dano/indenização, no que se refere aos danos morais e materiais causados contra o direito do autor e

seus conexos. O processo confere um ofício de mandado de busca e apreensão no estabelecimento do ofensor, como medida cautelar a ser cumprida. Toda a produção de provas deve ser feita pelo autor ofendido, e o mandado levado pelo oficial de justiça, este acompanhado sempre de dois peritos especializados na área, que expedirão um laudo técnico acerca da lide, proporcionando um resultado mais preciso para o Juiz leigo perante o mercado artístico, científico ou literário.

Também pode ser pedido pelo autor, através de seu advogado, uma sanção que mais se interessa em reestabelecer, perante o conhecimento da população, o título daquela obra. É o caso do autor se sentir lesado quanto ao constrangimento de não ser lembrado como tal, quando este pede para que, como pena, se publique em três dias consecutivos, num jornal de grande circulação, o erro e aponte o devido autor que fora plagiado. A esse pedido de desculpas, a doutrina chama de “Errata”.

CONCLUSÃO

A violação à matéria de Direito Autoral se mostra uma ofensa preocupante e complexa, por estar ferindo tanto ao direito moral quanto ao direito patrimonial do autor e de seus conexos. Mais intrigante ainda, são as entrelinhas de abordagem e discussão dos crimes de contrafação e plágio, devido muito ao fato da legislação não ser tão abrangente ou até nem existir, como é o caso do segundo crime.

A problemática que encontra-se envolta quanto ao assunto é demasiadamente interessante, por haver comum atos ilegais que se disfarçam de verdadeiros em meio à uma sociedade que não os relevam e até se faz condizente, utilizando-os para tirar proveito econômico ou intelectual em nome próprio ou para outrem.

É sob essa perspectiva que o estudo supra vem buscar discutir como deverá ocorrer as análises do plágio e contrafação, visto o pouco respaldo jurídico quando se busca uma solução. São detalhados casos específicos que merecem uma discussão mais sucinta, pelo fato de serem tão corriqueiros e se passarem despercebidos. Ao meio acadêmico, torna-se mais um dos poucos artigos que se

propõem a utilizar de situações práticas de crimes para analisar, aos olhos da lei, doutrina e jurisprudência, qual o meio mais viável e consensual.

O estudo ajuda a nos atermos a essas questões, buscando mostrar o quão são prejudiciais ao intelecto humano e à obra em si, além de destacar que esses assuntos não apenas tratam de direito do autor, mas se estendem a todo um mercado artístico, literário e científico que se movimenta e gera lucros altíssimos. Somos nós o público-alvo dessa indústria, e unicamente da fonte cultural nos alimentamos de conhecimento e educação, refletindo na sociedade o que vemos no mundo do entretenimento.

Foi descoberto, através de pesquisas em livros e internet, assim como doutrina e jurisprudência, possíveis soluções das perguntas aqui expostas, deixando bem esclarecida a dificuldade de abrangência da contrafação na legislação, como o fato do plágio não estar presente em nenhuma lei. Revelou-se a responsabilidade solidária daquele que contrafaz diretamente ou não, como o caso de um vendedor ambulante, mesmo de forma inocente e mínima. A ele se impõe tal responsabilidade devido o citado no Art. 942 do Código Civil (Brasil, 2002), em contemplação com o Art. 11 da Lei 9610/98 (Brasil, 1998). Conclui que a solução de execução de obras musicais não autorizadas, quando pagos direitos ao Ecad, seria uma conduta que infringia de maneira pequena se fossemos a aplicar como uma contrafação, encontrando respaldo em princípios do Direito.

Quanto ao plágio, além da definição aqui importante, destacou este artigo o que é falsificação, imitação e cópia, distinguindo um de outro e mostrando que tais diferenças são definidoras na aplicação da lei. Chegamos a ideia de que a coincidência de obras idênticas existe, e pode ser explicada psicologicamente, o que chamam de coincidência fortuita.

Em último capítulo, apontamos as sanções aplicáveis a esses dois crimes, encontradas no Código Penal e âmbito civil, que afirma a indenização nos casos que advém de danos morais ou materiais e viola todos os direitos autorais e do autor. Estabelece ser preciso e indispensável o laudo de dois peritos entendedores dos ramos em que existe obra de criação intelectual, e prevê uma sanção interessante, que visa expor o erro em benefício do autor.

Este artigo científico tratou o tema em geral da forma mais clara e objetiva possível, e serviu de muito aprendizado na área de Direitos Autorais e dos crimes de contrafação e plágio. Ao mundo acadêmico fica o conhecimento aqui aplicado e a disponibilidade em adicionar aos estudos e pesquisas um material resultado de muita dedicação e inspiração, envolta da curiosidade do orientando no assunto, visando apresentar ao leitor a importância de proteger obras artísticas, científicas e literárias de violações tão comuns e fortes como esses crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel. ***Propriedade intelectual: legislação consolidada***. 1 ed. Blumenau: Diretiva, 2005. 218 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Civil***. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 443 p. (Vol. 4: Direito das coisas, direito autoral)

JUNIOR, Nehemias Gueiros. ***O direito Autoral no show business***. A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005, p. 63.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial***. 6 ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. ***Manual de direito penal brasileiro: parte geral***. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 535

<<<http://jus.com.br/artigos/6966/direitos-autorais-de-execucao-publica-musical/2#ixzz3rvBcRTTW>>>

<<<http://jus.com.br/artigos/32908/evolucao-historica-da-propriedade-intelectual-no-brasil-e-a-evolucao-das-legislacoes>>>

<<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2113/Historico-da-Propriedade-Intelectual>>>

<<<http://pt.slideshare.net/joaoademar/direito-da-propriedade-intelectual>>>

<<<http://jus.com.br/artigos/23908/notas-introdutorias-sobre-a-propriedade-industrial>>>

<<<http://www.piccininiserrano.com.br/limitacao-ao-direito-autoral-sao-pequenos-trechos-de-uma-obra-para-fins-de-reproducao-em-campanhas-publicitarias-revistas-e-periodicos/>>>

<<<http://jus.com.br/artigos/42134/a-aplicacao-do-principio-da-adequacao-social-e-a-venda-de-produtos-piratas#ixzz3s4Knl2i4>>>