



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JÚLIA TEIXEIRA DE ARAÚJO VASCONCELOS

***Creative Commons: o incentivo à produção cultural
colaborativa como uma possível solução para alguns dos
problemas enfrentados pelos Direitos Autorais na Internet***

Brasília
2019

JÚLIA TEIXEIRA DE ARAÚJO VASCONCELOS

Creative Commons: o incentivo à produção cultural colaborativa como uma possível solução para alguns dos problemas enfrentados pelos Direitos Autorais na Internet

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Janny Carrasco Medina.

Brasília

2019

JÚLIA TEIXEIRA DE ARAÚJO VASCONCELOS

Creative Commons: o incentivo à produção cultural colaborativa como uma possível solução para alguns dos problemas enfrentados pelos Direitos Autorais na Internet

Apresentada em 09 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Janny Carrasco Medina – UnB (Orientadora)

Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – UnB

Raphael Thimotheo Gomes Lima – Mestrando UnB

“Poetry can only be made out of other poems; novels out of other novels.”

Northrop Frye

“O destino do direito de autor é caminhar sempre lado a lado com a tecnologia, e evoluir na medida em que esta evolui, adaptando-se às alterações e superando as contradições, sem, porém, eliminar estas últimas.”

Eduardo Lycurgo Leite

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o modelo de licenças *Creative Commons* como um fenômeno jurídico de licenciamento alternativo de obras intelectuais originado a partir das interações entre o direito autoral e a internet. A metodologia empregada foi a revisão de literatura e a análise de casos envolvendo as licenças *CC*. Inicialmente, é abordado o surgimento da disciplina do direito autoral, que dá origem aos dois principais modelos de direitos autorais hoje conhecidos, o *copyright* e o *droit d'auteur*. Também são tratados os novos desafios enfrentados por estes sistemas após o advento da internet, com enfoque à mudança paradigmática da produção cultural por meio da comunicação em rede. Em seguida, são apresentadas as licenças *Creative Commons*, um modelo de licenciamento de bens intelectuais que flexibiliza o direito autoral sem, contudo, a ele se opor. Essas licenças permitem que a produção cultural seja mais livre e colaborativa, solucionando alguns dos problemas advindos da era digital. São apontados os maiores precursores: o movimento de *Software Livre* e as licenças *copyleft*; as características particulares, o modo de funcionamento e o alcance nas plataformas digitais das licenças *CC*. Finalmente, são expostos casos judiciais envolvendo estas licenças, a fim de averiguar se são aceitas na práxis jurídica dos tribunais estrangeiros e, se sim, como se dá sua recepção na realidade jurídica destes tribunais.

Palavras-chave:

Direitos Autorais, *Copyright*, *Droit d'Auteur*, Internet, *Creative Commons*.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Creative Commons license model as a legal phenomenon of alternative licensing of intellectual works originated from the interactions between copyright and the internet. The methodology used was the literature review and the case analysis involving CC licenses. Initially, it addresses the emergence of the discipline of copyright, which gives rise to the two main models of copyright now known, copyright and *droit d'auteur*. Also addresses the new challenges faced by these systems after the advent of the internet, focusing on the paradigmatic shift of cultural production through network communication. Next, presents the Creative Commons licenses, a model of intellectual property licensing that flexes the copyright without, however, opposing it. These licenses allow cultural production to be freer and more collaborative, solving some of the problems arising from the digital age. The research points out the major precursors: the Free Software movement and the copyleft licenses; the particular characteristics, the mode of operation and the scope in the digital platforms of the CC licenses. Finally, exposes judicial cases involving these licenses, in order to ascertain whether they are accepted in the legal practice of foreign courts and, if so, how they are received in the legal reality of these courts.

Key words:

Copyright, *Droit d'Auteur*, Internet, Creative Commons.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 – DIREITOS AUTORAIS E INTERNET	4
1.1 Histórico do surgimento dos direitos autorais	4
1.2 Expansão territorial do direito autoral	12
1.3 Direitos autorais na era da internet	16
1.4 Limitações e exceções legislativas: <i>three-step test</i> , <i>fair use</i> e <i>fair dealing</i>	24
1.5 Licenças alternativas.....	29
CAPÍTULO 2 – CREATIVE COMMONS	31
2.1. O Software Livre e o movimento Copyleft	31
2.2 A iniciativa Creative Commons	37
2.3 Como funcionam as licenças	41
2.4 Alcance das licenças CC.....	46
CAPÍTULO 3 – CREATIVE COMMONS NOS TRIBUNAIS ESTRANGEIROS: ANÁLISE DE CASOS	50
3.1. Corte Holandesa – Curry v. Audax	51
3.2 Corte Belga – Linchôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa	53
3.3 Corte Norte-americana – Jacobsen v. Katzer	54
3.4 Corte Norte-americana – Drauglis v. Kappa Map Group, LCC	57
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

Os direitos autorais compõem, ao lado da propriedade industrial, o ramo do Direito de Propriedade Intelectual, o qual resguarda o direito imaterial das pessoas físicas ou jurídicas por terem investido ou contribuído para a criação de uma obra do intelecto humano. O objeto do direito autoral são as obras literárias, artísticas ou científicas, os direitos conexos e os logiciários, isto é, os *softwares*.¹

A proteção conferida pelo direito autoral consiste em um monopólio, por tempo determinado, do retorno patrimonial da distribuição, compartilhamento, venda ou lucros auferidos de obras intelectuais por quem detenha a titularidade deste direito. O monopólio é justificado em razão do incentivo à cultura, à produção de conteúdo e arte e ao compartilhamento de informações. Contudo, assim que expirado o tempo estipulado da exclusividade de exploração econômica, a obra se torna de domínio público e, desta forma, toda a sociedade tem acesso a ela. O direito autoral já nasce, portanto, fruto de um antagonismo e com a necessidade de conciliar dois interesses: o dos autores, de serem recompensando por suas criações, e o da sociedade, de acesso à cultura e informação.

É importante ressaltar que o direito autoral sempre incidiu sobre o *corpus mysticum* da obra, que não se confunde com o *corpus mechanicum*. Isto é, a proteção autoral é conferida ao bem imaterial contido em um suporte físico, não o suporte físico em si.² Por exemplo, o romance narrado em um livro é objeto da tutela autoral, mas não o livro enquanto objeto físico. Até meados do século XX, entretanto, a produção cultural esteve bastante vinculada ao meio físico que comportava a obra. Porque era por meio do suporte material que se poderia comercializar o bem cultural.

Com o surgimento da internet e das demais tecnologias digitais, esse suporte físico passa a ser prescindível. A digitalização e compartilhamento em rede permitiu que as obras pudessem ser distribuídas de maneira cada vez mais ampla, acessível e descentralizada. Essas mudanças advindas da era digital provocaram uma verdadeira revolução na sociedade como um todo e, sobretudo, nos meios de produção cultural.

O direito autoral é especialmente afetado pela mudança paradigmática na produção de bens culturais. Até o advento da internet, o direito autoral baseava-se em uma escassez real das obras culturais. A obra só poderia ser distribuída em razão do suporte material ao qual estivesse

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo 50.

² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 48.

restrita. A passagem de uma sociedade de bens físicos para uma de bens digitais rompe com essa lógica de escassez. O monopólio da proteção autoral passa a ser exercido com base em uma escassez artificial, pois as obras agora podem ser copiadas e distribuídas incontáveis vezes por meio da internet.³

Surge uma série de incompatibilidades entre o direito autoral, pensado para bens culturais dos séculos passados, e a nova realidade proporcionada pela internet, que possibilita um amplo acesso às obras e conteúdos intelectuais. Os direitos autorais, quando reforçados na era digital, não produzem resultados satisfatórios. A estratégia frear o acesso de uma maneira artificial, por meio de leis ou precedentes judiciais, não impede totalmente o compartilhamento não autorizado de obras. O excesso de protecionismo autoral nas redes, por outro lado, ameaça o potencial de produção criativa e colaborativa possibilitada pela internet.

Diante deste cenário, é preciso repensar as estruturas de direitos autorais existentes e procurar novas formas de fazer com que os autores possam ter os direitos sobre suas criações respeitados, sem que a sociedade seja privada dos benefícios da produção cultural digital. Uma iniciativa que surgiu tentando equilibrar a relação entre direito autoral e internet foi o licenciamento alternativo, que permite aos autores definirem de antemão, de maneira clara e objetiva, usos possíveis de suas obras, controlando melhor o acesso que os usuários podem ter aos seus trabalhos.

É nesse contexto se desenvolveu o projeto *Creative Commons*, um modelo de licenciamento alternativo que tem tido muita repercussão nos meios digitais. O projeto conta com diferentes tipos de licenças, que visam dar autonomia maior ao autor para definir quais usos de sua obra são permitidos. Algumas licenças são mais amplas e exigem apenas a atribuição do autor à obra, outras são mais restritivas, impedem modificações e derivações da obra; ao todo são seis tipos principais de licenciamento combinando algumas características como a atribuição, o uso comercial ou não, a possibilidade de modificação e a forma de compartilhamento. Com esse licenciamento, o autor permite uma maior difusão de seu trabalho, que pode ser mais amplamente divulgado, contribuindo para um maior acesso à cultura e informação, ao passo que são respeitados os limites impostos pelo próprio autor.

O presente trabalho tem por escopo fazer um estudo sobre as licenças *Creative Commons* no contexto da relação dos direitos autorais com a internet, bem como a repercussão dessas licenças na realidade jurídica dos tribunais estrangeiros. O estudo consiste em uma revisão bibliográfica da matéria e uma análise de casos.

³ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 26.

O primeiro capítulo analisa da relação entre direito autoral e internet, evidenciando alguns dos problemas advindos das novas tecnologias digitais para o campo da proteção autoral. Para isso, primeiro faz-se um levantamento histórico do surgimento do direito autoral e o desenvolvimento da matéria no âmbito internacional. Depois trata-se da mudança paradigmática nas produções culturais permitida pela e internet e como isto afeta o ramo do direito autoral. Finalmente, expõe-se de algumas maneiras de enfrentamento do problema.

O segundo capítulo identifica o contexto de criação das licenças *Creative Commons*. Apresenta o movimento do *Software Livre* e o modelo de licenças *copyleft*, verdadeiras inspirações para o surgimento das licenças *CC*. Depois, passa-se ao estudo do projeto *Creative Commons* propriamente dito. São apresentadas aqui as características deste modelo de licenciamento, bem como seu modo de funcionamento, as principais licenças disponíveis e o alcance delas nas plataformas digitais.

Finalmente, o terceiro capítulo compara decisões judiciais de casos envolvendo *Creative Commons* nos sistemas de *copyright* e *droit d'auteur*. O estudo busca verificar se as licenças são acatadas pelos tribunais estrangeiros em ambos os sistemas e, se acatadas, como o são.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS AUTORAIS E INTERNET

Nesse capítulo, será analisado o surgimento dos direitos autorais, como se deu sua evolução histórica até assumir os contornos atuais, passando por uma análise dos dois principais modelos de proteção autoral existentes no mundo, o *copyright* e o *droit d'auteur*, e a apresentação dos conceitos jurídicos de direitos morais e patrimoniais, divisão que tem primazia no sistema francês. Depois, faz-se um estudo sobre a legislação internacional referente ao tema, analisando a questão da territorialidade desses direitos e seu caráter de internacionalização que aproxima os dois modelos existentes. Segue-se, então, uma análise dos direitos autorais e a relação com as novas tecnologias de rede. Serão abordados os impactos que a internet provoca nesse ramo jurídico, incluindo a violação desses direitos por meio de pirataria, bem como as medidas que têm sido tomadas a esse respeito, a saber, um controle arquitetônico e um controle jurídico da rede. Já ao final, indicam-se respostas jurídicas pensadas para melhor equilibrar os paradoxos concernentes a esses direitos, como as práticas de *fair use*, *fair dealing* e limitações legislativas. Por fim, trata-se de uma outra possível resposta, as licenças alternativas.

1.1 Histórico do surgimento dos direitos autorais

O direito autoral é um tema bastante complexo. Primeiro, por ter a tarefa de equilibrar os dois princípios antagônicos de incentivo à cultura *versus* o de acesso a essa cultura produzida. Segundo, por ser um direito de natureza *sui generis*, que contém concomitantemente dois aspectos distintos, um aspecto moral e um aspecto patrimonial. Sua história, portanto, não é unívoca nem linear.⁴

A disciplina dos direitos autorais é relativamente recente, tendo surgido somente no começo do século XVIII e se desenvolvido e aprimorado ao longo do século XIX. Antes disso, não havia nenhum instituto jurídico estruturado que conferisse proteção às obras intelectuais. Nas palavras do autor Carlos Alberto Bittar:

Na antiguidade não se conheceu o Direito de Autor no sentido em que se expôs, embora alguns autores procurem vislumbrar a existência de um 'direito moral' entre os romanos, em virtude da *actio injuriarum* que admitiam para a defesa dos direitos da personalidade. Mas esse direito situava-se, ainda, em plano abstrato, sem estruturação própria.⁵

⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 28.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

A necessidade de uma tutela jurídica sobre obras intelectuais surge com avanços tecnológicos na área de reprodução e distribuição de bens culturais, sobretudo, o livro. O marco tecnológico que propicia o surgimento dos direitos autorais é o advento da prensa de tipos móveis de Gutenberg, por volta do ano de 1450⁶. A máquina de prensa permitiu a reprodução de textos impressos em larga escala e, com isso, provocou uma verdadeira transformação na maneira como se produzia cultura, passando de uma produção artesanal para uma industrial⁷ e, conseqüentemente, fomentando a criação de um mercado literário.

Sobre a importância da prensa, afirma o autor Henrique Gandelman:

Com Gutenberg, que inventou a impressão gráfica com tipos móveis (séc XV), fixou-se de maneira definitiva a forma escrita, e as ideias e suas diversas expressões puderam finalmente, e aceleradamente, atingir divulgação em escala industrial. Aí, sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere à remuneração jurídica dos autores e do direito de reproduzir e de utilizar suas obras⁸

Antes da invenção da prensa, o conhecimento era concentrado, em grande parte, nos mosteiros, restrito a uma elite eclesiástica que dominava não só os meios de produção como também o conteúdo a ser propagado. O impacto da máquina de tipos móveis, nesse contexto, vai muito além da mera celeridade na produção livreira; a prensa foi o primeiro meio de comunicação em massa, que permitiu a difusão de conhecimento, de ideias, de experiências e de opiniões de uma forma mais acessível. A partir dela, a alfabetização se torna uma habilidade importante. Pessoas de fora da elite passam a ter acesso à informação, o que revolucionou o ensino e transformou as estruturas sociais.⁹

Essa grande liberdade de comunicação proporcionada pela ampla circulação de livros, contudo, não é bem recepcionada pelo poder constituído da época, a Igreja e as monarquias europeias. Essas instituições eram, até então, as principais as detentoras dos meios de produção e da divulgação de informações¹⁰. O fato de agora não controlarem completamente a produção e disseminação de conteúdo suscitava preocupações: o clero temia pela propagação de ideias hereges; as monarquias, por motins políticos.¹¹

⁶ EISENTEIN, Elizabeth L. *The printing revolution in early modern Europe*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 15.

⁷ CRUZ, Leonardo Ribeiro da. *Internet e Direito Autoral: o ciberespaço e as mudanças na distribuição cultural*. São Paulo. 2008, p. 21.

⁸ GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 26.

⁹ BILL GATES com PETER RINEARSON. *A estrada do futuro*. Tradução de Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 19.

¹⁰ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

¹¹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

Com o surgimento da prensa, a comunicação passa a ser difundida pelas corporações de livreiros e editores, que ganham especial proeminência nesse momento. Os livreiros e editores arcavam com todo o custo de empreender na atividade ainda muito cara de impressão. Ao mesmo tempo, o lucro desse crescente mercado também lhes pertencia. Ocorre que a falta de regulação desse comércio dava ensejo a práticas de concorrência desleal e pirataria – outros impressores poderiam copiar obras sem arcar com os custos iniciais de obtenção dos manuscritos, por exemplo.¹²

O resultado dessa composição de interesses políticos (pela monarquia e a Igreja) e econômicos (pelas corporações de livreiros e editores) foi a criação de um sistema de privilégios.¹³ Em troca de controle político sobre o conteúdo veiculado, a monarquia outorgava o direito de exclusividade na reprodução de determinada obra literária a uma corporação de editores por tempo limitado.

Os privilégios não eram ainda os direitos autorais, mas foram, com certeza, seus institutos embrionários. Diferentemente do direito autoral, o privilégio tem natureza exclusivamente econômica, ou seja, seu valor serve como uma indenização aos editores pelos riscos comerciais derivados da atividade exercida.¹⁴ Além disso, os privilégios não eram homogêneos, variavam com relação às autoridades que os concediam, aos prazos estabelecidos e à extensão da permissão, que poderia ser sobre uma só obra ou uma classe inteira de obras.¹⁵

Esse modelo de privilégios, originado da composição entre as monarquias e as corporações livreiras, ocorreu em muitos países europeus. As soluções desenvolvidas na Inglaterra e na França foram especialmente importantes no desenvolvimento das concepções hodiernas de direitos autorais, sendo esses os berços do modelo do *copyright* e o modelo do *droit d'auteur*, respectivamente. O *copyright* é o sistema hoje seguido pela maior parte dos países de tradição *common law*, enquanto que o *droit d'auteur* foi o sistema adotado pelos países de tradição *civil law*, como é o caso do Brasil.

Na Inglaterra, o sistema de privilégios foi protagonizado pela *Stationer's Company*, uma corporação, ou guilda, de livreiros e editores de Londres, que, em 1557, após anos de disputas políticas acerca da fiscalização das prensas, recebeu da Rainha Mary Tudor a outorga de exclusividade na publicação de livros. Em troca da reserva de mercado, a *Stationer's Company*

¹² *Idem.*

¹³ BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

¹⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 48.

¹⁵ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

deveria realizar um verdadeiro papel de censura, manipulando escritos e até mesmo confiscando livros não autorizados pela Coroa.¹⁶

De acordo com o autor Fábio Ulhoa Coelho:

O privilégio atendia simultaneamente aos interesses dos editores e livreiros e os do poder real: enquanto os membros da *Stationer's Company* desfrutavam da reserva de mercado para fazer seus lucros, a monarquia dispunha de instrumento eficiente de censura das ideias contrárias ao poder estabelecido.¹⁷

Além do ganho político, a Coroa lucrava ainda duas vezes: a primeira, por meio de impostos e a segunda por meio de royalties em razão da concessão do monopólio. Os livreiros, em contrapartida, detinham a titularidade dos livros e a propriedade das cópias. Importante ressaltar aqui que, nesse primeiro momento, os autores não entravam nessa equação, não participavam da guilda dos editores nem se beneficiavam dos lucros obtidos a partir de suas criações. O sistema de privilégio servia para regular o comércio de livros; não havia ainda nenhuma preocupação com a proteção dos direitos dos autores.¹⁸

Em suma, bem coloca a autora Alessandra Tridente:

Na origem, portanto, o direito autoral nada tem a ver com a proteção dos autores; ocorre, aliás, exatamente o oposto. O copyright inglês favorecia amplamente o poder real (por meio da censura) e os editores (por meio do monopólio), em nítido prejuízo aos autores que ficavam sujeitos, de um lado, ao controle prévio de suas ideias e, de outro, aos preços impostos pelo único comprador disponível no mercado.¹⁹

Ao longo desse processo foram promulgados vários documentos normativos, muitas vezes sob pretexto de inibir a contrafação e pirataria, que reforçavam o monopólio dos livreiros e a censura institucionalizada. Um dos mais relevantes desses diplomas foi o *Licensing Act* de 1662, que consagrava ainda mais o poder conferido à *Stationer's Company* e cujo foco era uma censura prévia e sistemática, endurecendo o sistema de licenciamento e o regime de importação de livros. O *Act* teve vigência até o ano de 1694, quando expirou e não foi renovado por decisão da *House of Commons*. Junto com sua extinção, caduca também o sistema de censura e monopólio. A partir desse momento, a discussão deixa de ser sobre censura e passa a ser sobre propriedade.²⁰

¹⁶ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo 50.

¹⁸ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 32-33.

¹⁹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

²⁰ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 257-258.

Com o fim do *Licensing Act*, os livreiros ficam muito enfraquecidos. Além disso, existiam pressões dos mercados de livros estrangeiros e também dos autores, que, aos poucos, começam a reivindicar espaço nesse comércio literário. Em 1710, é promulgada uma das mais importantes leis sobre o tema: o *Statute of Anne* (traduzido como Estatuto da Rainha Ana)²¹, também chamado de *Copyright Act*, que foi a base legal para o desenvolvimento do modelo de direitos autorais de *copyright*. Entretanto, o objetivo maior do estatuto ainda não era garantir os direitos dos autores, mas, sim, regular o comércio do livro na ausência da censura.²² A proteção dos autores vinha por via transversa.²³

Dentre os méritos do *Copyright Act*, um dos principais é ter sido a primeira codificação que consagrou o autor como um sujeito passível de direitos, estabelecendo que os editores – os *stationers* e outros de fora da corporação – deveriam comprar os manuscritos dos autores²⁴, isto é, comprar o direito de cópia, ou *copyright*.²⁵ Também é importante ressaltar seu caráter de lei geral e abstrata, em oposição a um acordo corporativo como nos tempos do modelo de privilégios. Além disso, o documento se propunha a ser uma lei para encorajar a ciência por meio da proteção das cópias dos livros impressos durante um tempo estipulado – 21 anos não prorrogáveis para as obras já publicadas; e 14 anos, prorrogáveis por mais 14, para obras publicadas a partir de então. São lançadas, assim, as bases para o conceito que hoje existe nos direitos autorais como domínio público.²⁶

Para o autor Pedro Nicoletti Mizukami, o *Copyright Act* foi um divisor de águas: “O *Statute of Anne* não foi concebido como uma lei de direitos de autor, mas viria a se tornar uma”²⁷. O autor faz referência aos conflitos judiciais que ocorreriam alguns anos após a promulgação do estatuto, que ficaram conhecidos como *Battle of Bookseller*, ou Batalha dos Livreiros. Estes conflitos judiciais questionaram a legitimidade do estatuto, mas, ao final, acabaram por validar suas disposições.

Os editores, insatisfeitos com o perecimento de um privilégio que lhes havia sido atribuído, foram às Cortes Inglesas pleitear, com base nos preceitos da *common law*, o reconhecimento de um direito perpétuo de propriedade do autor sobre sua obra, direito esse

²¹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo 50.

²³ BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

²⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 52.

²⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 260.

²⁶ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-36.

²⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 259.

que, combinado com característica de alienabilidade, permitiria aos editores obter também um direito contratual perpétuo de exploração econômica da obra.²⁸

Após muitas disputas judiciais, os editores restaram vencidos. A *House of Lords* inglesa entendeu que era preciso conciliar: nem os autores poderiam ser privados do justo mérito de seus trabalhos nem o mundo poderia ser impedido de desfrutar os avanços e progressos das artes e conhecimentos.²⁹ Assim, ainda que por vias transversas, foram confirmadas as limitações estipuladas pelo Estatuto da Rainha Ana, sendo esse o fundamento da disciplina dos direitos autorais.

A ideia de proteger verdadeiramente os interesses dos autores frente aos dos editores, contudo, surge somente na França Revolucionária sob a alcunha de *droit d'auteur*. A Revolução Francesa provocou a queda do Antigo Regime e, com ele, os ideais que lhe eram afins. Isso se traduz na abolição, desde logo, dos privilégios dos editores, pois o privilégio era concedido pela Coroa e, nesse momento, a intenção era afastar-se dos interesses monárquicos. Diante dessa crescente demanda pela tutela das criações artísticas, a tecnologia jurídica desenvolvida para a pacificação dessa questão no ordenamento foi sua inclusão como um direito de propriedade do autor sobre a obra intelectual por ele produzida. O autor Carlos Alberto Bittar assim ensina:

Como se tratava de Direito sobre coisa incorpórea, sua introdução no sistema codificado deu-se pela via dos direitos reais, como Direito de Propriedade imaterial. Mas, com isso, ganhou foros de Direito o então privilégio e, ademais, reconhecido ao autor da obra, a partir da observação de que a criação é o título atributivo dessa qualificação.³⁰

Nesse primeiro momento, portanto, o autor ganha, pela primeira vez, o direito de propriedade sobre as suas criações. Muito embora a propriedade aqui em questão tenha sido sempre permeada por muitas peculiaridades, em razão da necessidade de se adaptar aos bens imateriais um instituto que havia sido pensado fundamentalmente para bens materiais.³¹

Em termos de diplomas legais, a Assembleia Constituinte francesa proclamou, em 1791, um decreto que reconhecia o direito de exploração econômica (*droit d'édition*) a autores de peças teatrais por um determinado período. Isto é, não poderia haver representação pública de suas obras sem seu consentimento enquanto durasse a proteção. Dois anos depois, em 1793,

²⁸ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais*. Dissertação, 2008, p. 110.

²⁹ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais*. Dissertação, 2008, p. 110.

³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10-11.

³¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

novamente a Assembleia Constituinte avançou no tema, expandindo para outras áreas o mesmo direito, resguardando assim escritores, músicos, compositores, desenhistas, entre outros. Consolida-se, assim, o direito de propriedade literária e artística do autor.³²

Sobre esse contexto, explica o autor Leonardo Estevam de Assis Zanini:

Nessa esteira, parece-nos que emergiu na França, pela primeira vez, o Direito de Autor, dado que os decretos revolucionários, ao contrário do Estatuto da Rainha Ana, situaram o criador da obra como o centro da proteção. Apesar disso, não há dúvida que a admissão do Direito de Autor como uma propriedade literária e artística demandaria melhor análise da doutrina e jurisprudência, o que vai acontecer no decorrer do século XIX.³³

Apesar do grande avanço que foi o reconhecimento, pelo direito positivo, de que o autor era o proprietário de seus trabalhos intelectuais, esse reconhecimento isolado não conseguia responder a todos os anseios da tutela jurisdicional pretendida. A propriedade resolvia apenas a questão patrimonial da obra, tratando de seu caráter pecuniário. Havia ainda a necessidade de consideração de outros fatores, como o interesse do criador de associar seu nome à obra mesmo após sua venda, o chamado direito de paternidade da obra.³⁴

Nesse contexto, ao longo do século XIX, surgem teorias que relacionam os direitos dos autores aos direitos da personalidade, entendendo que esses direitos são, na verdade, extensão da própria personalidade de seus criadores – o que explicaria os vínculos que relacionam autor à obra, como o direito de paternidade e o direito de manter a integridade da obra.³⁵ Em 1878, a expressão “direito moral do autor”, atribuída ao advogado André Morillot, foi cunhada para designar esses outros direitos que não se confundiam com os patrimoniais e designavam vínculos de caráter pessoal entre autores e suas criações intelectuais.³⁶

De acordo com o autor Carlos Alberto Bittar, os direitos morais podem ser definidos como “os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade”.³⁷ Uma vez sendo fruto dos direitos de personalidade, os direitos morais do autor compartilham de suas características típicas, como a inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.³⁸

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo 50.

³³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

³⁴ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

³⁵ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

³⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 47.

³⁸ BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29-30.

Em suma, o sistema francês consagrou um entendimento dualista do direito do autor, conjugando os dois aspectos, patrimoniais e morais, desses direitos. A prerrogativa dos direitos patrimoniais adentra o ordenamento por via do direito de propriedade, enquanto a prerrogativa dos direitos morais, por via dos direitos de personalidade. É importante ressaltar, no entanto, que essa perspectiva dualista não se comunica com os países da tradição do *copyright*, modelo que ainda tem dificuldades em assumir os direitos morais.³⁹

Embora os dois sistemas, *copyright* e *droit d'auteur*, tenham se desenvolvido de maneiras distintas, não podem ser considerados totalmente independentes, estando ambos intimamente relacionados em sua origem. Em um primeiro momento, a evolução das forças produtivas com a máquina de tipos móveis permitiu o surgimento do *copyright*. Posteriormente, a ideologia encerrada nos princípios individualistas que inspiraram a Revolução Francesa foi determinante para a elaboração do *droit d'auteur*.⁴⁰

Nesse sentido, cabe a observação pertinente do autor Fábio M. de Mattia:

Em verdade há uma relação de causa e efeito entre a existência do privilégio do editor e o aparecimento do direito de autor. Só a reação dos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria na Inglaterra, no início do século XVIII, e na França, nos fins do mesmo século, com o aparecimento e reconhecimento do direito de autor. Concluimos, pois, no sentido de que o direito de autor surgiu em consequência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o do privilégio do editor.⁴¹

Como se pode constatar, os dois sistemas surgem de maneira relacionada e, embora distintos, hoje suas diferenças parecem ser cada vez menores. Um dos fatores que contribuiu para essa aproximação crescente é a internacionalização dos direitos autorais, corroborada por tratados multilaterais que englobam várias nações e estabelecem tetos mínimos de proteção para todos os países signatários – sejam eles oriundos do *copyright* ou do *droit d'auteur*. A tutela internacional, entretanto, sofre ainda problemas de conciliação entre os dois sistemas, sobretudo com relação ao reconhecimento dos direitos morais do autor, aspecto não acolhido no *copyright*.

³⁹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

⁴⁰ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 1.

⁴¹ MATTIA, Fábio M. de. *Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística, em fins do século XVII*. In: *Revista Interamericana de Direito Autoral*, 1980, vol. 3, no 2, p. 51, *apud* GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 28.

1.2 Expansão territorial do direito autoral

Em um primeiro momento, após o reconhecimento dos direitos imateriais de propriedade intelectual, dentre os quais se incluem os direitos autorais, os países passaram por um período de consolidação interna das novas legislações promulgadas. Esse processo não foi homogêneo e com mesma celeridade em todas as jurisdições, tendo alguns países adotado essa nova categoria de direitos somente ao final do século XIX ou até mesmo início do século XX, além das diferenças de regimes adotados e outras particularidades.⁴²

Tão logo os direitos autorais se consolidaram nas respectivas jurisdições, começaram a surgir problemas quanto a sua territorialidade. A crescente internacionalização das relações econômicas entre os Estados ao longo do século XIX e a conseqüente internacionalização dos bens culturais e invenções científicas evidenciaram o problema de que, embora as legislações sejam restritas aos territórios nacionais, as criações intelectuais não o são.⁴³ Como explica o autor José de Oliveira Ascensão, “a obra literária ou artística, com maior ou menor grau de intensidade consoante os tipos, é suscetível de formas de utilização que vão além dos limites demarcados pelas fronteiras dos Estados.”⁴⁴

Essa característica dos bens intelectuais de transporem as barreiras político-territoriais dos Estados-nação é chamada por muitos autores, dentre eles a acadêmica Maristela Basso, de vocação internacional do direito autoral. Para a autora, os direitos autorais são “essencialmente internacionais” e “cosmopolitas”⁴⁵, uma vez que tutelam obras intelectuais, cuja produção se destina, em última análise, a expandir-se por todos os lugares onde haja civilização. A cultura e o conhecimento têm necessidade de expansão, não são feitos para ser restritos às fronteiras territoriais. Afinal, uma obra artística ou uma invenção científica beneficiam não apenas uma nação, mas toda a humanidade.

Nas palavras de Basso:

“(…) fomos habituados a pensar que o direito protetor de um interesse puramente individual, situado no quadro familiar ou patrimonial, encontra seu campo de proteção e evolução dentro das fronteiras de um país. Entretanto, a vocação dos direitos do autor e do inventor é internacional. As atividades do autor e do inventor incidem sobre o campo social, enriquecem o patrimônio científico, fecundando-o a cada dia. Das invenções depende a expansão industrial e tecnológica. Das ideias, o desenvolvimento da humanidade. Logo, o interesse do Estado é encorajar e recompensar os autores e

⁴² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

⁴³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 77.

⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, p. 635 apud ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

⁴⁵ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.19.

inventores. Mas não basta que o Estado o faça, ou que um Estado faça e outro não, ou o façam diversamente, porque as ideias, criações e invenções não resistem às fronteiras e se expandem naturalmente.”⁴⁶

A insuficiência da legislação nacional para resguardar os autores de obras criativas para além de suas fronteiras foi primeiro percebida por países que tinham uma língua comum. Os autores, ao publicar suas obras em países estrangeiros, não possuíam qualquer amparo jurídico, pois o direito autoral, em geral, só protegia obras concebidas por autores nacionais ou, quando muito, estrangeiros domiciliados.⁴⁷ Isso abria margem para que terceiros pudessem publicar obras em outros países sem autorização ou pagamento ao autor. É o que Basso explica como sendo uma verdadeira cultura internacional da contrafação.⁴⁸

A questão não era tão somente apreender os exemplares produzidos sem autorização no exterior; o que os autores pretendiam, na verdade, era o reconhecimento de seu direito também no ordenamento jurídico estrangeiro.⁴⁹ A solução encontrada, nesse primeiro momento, foi a celebração de acordos bilaterais com base no princípio da reciprocidade, objetivando uma proteção internacional dos direitos autorais. Dessa forma, as obras de autores estrangeiros de países signatários deveriam receber o mesmo tratamento jurídico das obras de autores nacionais.⁵⁰

Os acordos bilaterais foram muito difundidos, contudo, com o seu desenvolvimento e o aumento das trocas de bens culturais entre as nações, surgiu a necessidade de acordos que envolvessem mais países, firmando tratados internacionais multilaterais capazes de coordenar, simultaneamente, vários direitos internos, facilitando, assim, a uniformização da matéria em âmbito internacional. Esse movimento de criação de mecanismos multilaterais culminou, em 1886, na criação da Convenção de Berna, o mais antigo e, até hoje, um dos principais documentos internacionais sobre direitos autorais.⁵¹

A Convenção da União de Berna (CUB) é um tratado multilateral assinado em Berna, na Suíça, inicialmente voltado para países europeus, mas que logo assumiu um caráter universal, em razão da adesão de cada vez mais países. Hoje a convenção conta com 177 Estados-membros signatários⁵² e é considerada o instrumento-padrão do direito autoral

⁴⁶ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.23.

⁴⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

⁴⁸ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.86.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, p. 635 *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

⁵⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, p. 635 *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 62-63.

⁵² Disponível em: < https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=15 > Acesso em: 01/06/2019.

internacional.⁵³ A CUB foi bastante inovadora na ordem internacional a seu tempo, pois buscava estabelecer princípios e regras comuns para regular a relação entre os Estados, consagrando uma visão internacional sobre os direitos do autor.

Os principais fundamentos sob os quais se assenta a Convenção são: (i) o princípio do tratamento nacional, segundo o qual cada país signatário deveria garantir o mesmo tratamento de obras nacionais às obras estrangeiras oriundas de outros países signatários, não permitindo distinção de tratamento entre elas; (ii) o princípio da proteção automática, que diz respeito à obrigatoriedade de a obra ser automaticamente protegida sem a exigência de um registro ou de qualquer medida administrativa semelhante e, finalmente, (iii) o princípio da independência da proteção, isto é, o exercício e fruição do direito autoral em determinado território independe da existência de proteção no país de origem da obra.⁵⁴

Uma das características do documento é ter passado por variadas revisões e aditamentos ao longo dos anos, a fim de permanecer atualizada em relação às novas tecnologias e ao desenvolvimento dos direitos autorais.⁵⁵ Uma importante revisão foi a que incluiu os direitos morais do autor como direitos fundamentais a serem assegurados. Essa estipulação garante que, mesmo após cedidos os direitos patrimoniais, o autor tem o direito de reivindicar a paternidade da obra ou de se opor a qualquer modificação da obra que cause dano à sua honra ou reputação.⁵⁶ Essa norma foi especialmente controversa, pois os países da *common law*, que seguem a tradição dos sistemas de *copyright*, não acolhem diretamente em seus ordenamentos os direitos morais e, por isso, se opuseram à alteração.⁵⁷

A questão dos direitos morais é, até hoje, a principal dificuldade de conciliação internacional sobre o tema. Essa controvérsia é, inclusive, tida como a resposta para a demora na adesão dos Estados Unidos aos termos da Convenção de Berna. Os EUA, embora possuam uma forte indústria cultural e exportem muitos produtos intelectuais para o restante do mundo, muito relutaram em aderir à Convenção, tendo assinado o tratado somente em 1989, isto é, mais de cem anos após sua criação. A adesão se deu em razão da pressão da indústria cinematográfica nacional, que vinha sofrendo com a contrafação e pirataria dos filmes, e imaginou que esse problema poderia ser amenizado por meio da proteção internacional das obras culturais.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, p. 638 apud ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

⁵⁴ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 138.

⁵⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

⁵⁶ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93.

⁵⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

Entretanto, embora os EUA tenham enfim aderido ao tratado, fizeram-no com ressalvas, não reconhecendo os direitos morais do autor.⁵⁸

A Convenção de Berna foi um importante passo no desenvolvimento do direito autoral, consagrando sua expansão territorial. Depois dela, seguiram-se muitos tratados internacionais. Um dos mais importantes da atualidade é o Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ou ADPIC (Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).⁵⁹ O acordo compõe o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, isto é, o TRIPS é um dos anexos do acordo que constituiu a OMC, que possui quatro anexos.⁶⁰ Foi criado em 1993 e hoje conta com a ratificação de mais de 140 países.⁶¹

O acordo TRIPS visa estabelecer parâmetros mínimos de proteção aos direitos autorais para os países membros da OMC, reduzindo, assim, os obstáculos ao comércio legítimo internacional.⁶² A importância da vinculação da proteção autoral ao comércio é que, por meio dela, os compromissos de tutela dos bens intelectuais assumidos pelos Estados-membros passam a ser assegurados sob pena de retaliações comerciais. Portanto, uma das principais características do TRIPS é que o acordo institui um mecanismo de resolução de controvérsias, o que não existia nos tratados e convenções anteriores. Os Estados signatários de outros acordos internacionais também tinham compromissos de assegurar direitos autorais, no entanto, não havia mecanismos eficazes de garantia caso os descumprissem. As sanções estabelecidas pelo TRIPS podem ser, inclusive, sanções comerciais cruzadas, isto é, podem se dar em qualquer área do comércio e não necessariamente apenas no âmbito da propriedade intelectual.⁶³

Existe uma importante relação entre o Acordo TRIPS e a Convenção de Berna; o Acordo, em seu art. 9.1, determina que os países signatários deverão cumprir as estipulações dos artigos 1 a 21 da Convenção. A única exceção, entretanto, é de que não deverá ser observado o art. 6 *bis* da CUB, que é justamente o artigo que trata dos direitos morais do autor.⁶⁴ Dessa forma, a não observância dos direitos morais do autor não constitui um descumprimento do TRIPS e, portanto, não está sujeita a aplicação das normas sobre a solução de controvérsias.⁶⁵

⁵⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 80.

⁵⁹ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 146.

⁶⁰ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 170.

⁶¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76.

⁶² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 108.

⁶³ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 148.

⁶⁴ BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 196.

⁶⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

Dessa forma, o TRIPS acaba por oferecer um nível de proteção autoral inferior ao que é garantido pela Convenção de Berna. A restrição com relação aos direitos autorais foi, mais uma vez, fruto do embate internacional entre os países que adotam o sistema de *copyright* e os que adotam o *droit d'auteur*.

1.3 Direitos autorais na era da internet

O direito autoral, desde sua origem – tendo a prensa de Gutenberg como importante marco para seu desenvolvimento –, sempre esteve vinculado aos avanços tecnológicos de seu tempo. A relação destes direitos com a tecnologia, no entanto, é paradoxal. Se, de um lado, as novas tecnologias ampliam as possibilidades de produção e distribuição de bens culturais, permitindo a expansão e desenvolvimento desta disciplina jurídica; por outro, também facilitam e amplificam as práticas de violação da proteção autoral.⁶⁶ O avanço tecnológico que mais desafia a disciplina do direito autoral hoje é a internet.⁶⁷

A internet pode ser definida como um conjunto de redes de computadores interligados, uma rede de redes, que se estende pelo mundo todo sem uma correlação direta com o espaço geográfico.⁶⁸ Seu surgimento impulsionou o que é chamado revolução tecnológica, era digital ou mesmo sociedade informacional. O advento da internet, aliado às demais tecnologias digitais, tem provocando uma mudança nas estruturas de comunicação e distribuição da informação sem precedentes e seu impacto pode ser sentido nos mais vastos ramos da sociedade contemporânea.⁶⁹

Sobre este tema, a autora Manuella Santos melhor expõe:

A crescente evolução tecnológica forneceu a base para o surgimento de uma nova sociedade, a “sociedade da informação”, que vive parte de sua vida no “mundo real” e parte no “mundo digital” ou no *cyberespaço*. Estamos vivendo a revolução do computador, da Internet e dos meios de comunicação, como o celular. Denominamos esse cenário “era digital”, que é a sociedade marcada pela revolução digital e pela disseminação da informação. As duas tecnologias fundamentais da era digital são os computadores e as comunicações. Em síntese, a sociedade da informação tem como instrumento nuclear a Internet.⁷⁰

⁶⁶ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 5.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo 50.

⁶⁸ BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. O Uso Livre de Música Encontrada na Internet. Cit., pp. 155-156. *apud* BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

⁶⁹ WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. *Direito autoral, Criatividade e Plágio na Economia Criativa*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 06/2014, p. 197.

⁷⁰ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 32-33.

O direito autoral é especialmente sensível às transformações trazidas pela era digital. Diferentemente das tecnologias analógicas que as antecederam, que produziam cópias caras, muitas vezes de má qualidade e de distribuição restrita e custosa; as novas tecnologias digitais conseguem produzir obras baratas, com qualidade perfeita, de fácil distribuição e acessíveis a um número infinitamente maior de pessoas por um custo ínfimo.⁷¹ A digitalização e a distribuição dos bens intelectuais em rede propiciada pela internet alteram profundamente o paradigma de produção cultural, pois fazem com que a manifestação física da obra seja prescindível, alterando seu valor de mercado e, assim, toda uma indústria que dele se beneficia.⁷²

Outra importante mudança proporcionada pelos meios digitais é o papel do usuário da rede na criação. Até então, a produção cultural era calcada na lógica de consumo passivo, isto é, o criador ou artista cria uma obra para que a indústria cultural produza e distribua este bem para um mercado de consumo. A revolução tecnológica facilita bastante a produção e o compartilhamento de novas criações, de tal maneira o usuário pode se tornar, ao mesmo tempo, o produtor, o criador, o distribuidor e o consumidor de uma obra. Funções estas que antes eram exercidas por diferentes indivíduos. O usuário passa então a ter um papel ativo na produção e distribuição de conteúdo.⁷³

Em razão destas mudanças na forma de se produzir cultura, para o autor David Bollier, em seu texto *Intellectual property in the digital age*, “a internet fornece uma infraestrutura que permite que a inovação e o compartilhamento ocorram a um custo muito menor do que o que a mídia de massa convencional”. Ele complementa dizendo que, assim, “a internet rompeu com o aparato centralizado das mídias de massa permitindo que indivíduos desagregados se unissem para criar, colaborar e curar seu próprio conteúdo.”⁷⁴ (tradução própria)

Além disto, todas estas mudanças impulsionadas pelos avanços da era digital: a redução dos custos, a facilidade de distribuição e a descentralização da produção cultural permitiram a produção e reprodução de conteúdos em uma escala gigantesca. Isto desestabiliza as relações fundamentais sob as quais se erige o direito autoral: a composição dos interesses privados do autor com os interesses públicos da sociedade de acesso à informação. A ampla liberdade de

⁷¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

⁷² SOARES, Sávio de Aguiar. *Tutela dos direitos de autor no paradigma tecnodigital: Desafios teóricos diante da proposta hermenêutica juscivilística contemporânea*. Belo Horizonte: PUC-MG. 332 f. Tese (Doutorado em Direito Privado), 2012, p. 151.

⁷³ Idem, p. 152.

⁷⁴ Do original “the Internet provides an infrastructure that enables distributed innovation and sharing to occur at a much lower cost than that of conventional mass media. (...) The Internet has disrupted the centralized mass media apparatus by enabling disaggregated individuals to come together to create, collaborate and curate their own content.” BOLLIER, David. *Intellectual property in the digital age*. In.: “Key Issues in the Arts and Entertainment Industry.” Oxford: Goodfellows Publishers Ltd, 2011, p. 7.

acesso aos bens intelectuais usufruída pela sociedade nos primeiros anos da internet se contrapõe aos direitos dos autores que sofrem com corriqueiras violações, uma vez que o conteúdo é compartilhado, na maioria das vezes, sem a autorização de seus titulares.

Este cenário impõe uma revisão dos modelos de direitos autorais que, baseados em noções de propriedade intelectual forjadas sobretudo no século XIX, não mais se adequam aos modelos de produção dos bens culturais no século XXI.⁷⁵ Nas palavras do autor Sérgio Branco:

Ora, numa sociedade globalizada em que, por meio da internet, tornou-se potencialmente acessível toda e qualquer obra digital que, independentemente de seu custo agregado de produção, pode ser reproduzida a um custo ínfimo e com cópias de grande qualidade, realmente é necessário que se repense a disciplina dos direitos autorais. Surge, à evidência, uma forma de propriedade muito mais volátil do que aquela a que estávamos acostumados e, em razão de suas peculiaridades e das novas perguntas que enseja, novas respostas devem ser elaboradas.⁷⁶

As primeiras tentativas de lidar com o problema não foram, contudo, direcionadas a uma reestruturação da proteção autoral, mas sim, a seu recrudescimento. As transformações advindas da popularização da internet e demais tecnologias digitais foram recebidas com apreensão por parte dos já estabelecidos titulares de direitos autorais, os conglomerados da indústria cultural. O final dos anos da década de 1990 são marcados por uma série de dispositivos legais a fim de coibir os avanços tecnológicos da internet e aumentar a penalização a violações autorais. Esta é uma reação propiciada pelos *lobbies* de grandes indústrias, sobretudo, dos Estados Unidos, que concentra a maior indústria de entretenimento do mundo.⁷⁷

A indústria começou a fomentar um discurso alarmista de que era preciso agir para reforçar a estrutura do direito autoral já existente, sob pena anarquia.⁷⁸ Em 1995, o Escritório de Marcas e Patentes norte-americano lançou um manifesto sobre a política de direitos autorais e informação. O documento ficou conhecido como *White Paper* e sintetizava quatro estratégias a serem adotadas para o enfrentamento da ameaça da internet: (1) o governo deveria fortalecer as leis de propriedade intelectual; (2) as empresas deveriam adotar novas técnicas de *marketing*; (3) a indústria deveria desenvolver tecnologias contra a pirataria; (4) os educadores deveriam ensinar a sociedade a respeitar os direitos autorais.⁷⁹ O *White Paper* deliberadamente não

⁷⁵ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 13.

⁷⁶ BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 59.

⁷⁷ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

⁷⁸ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York University Press, 2001, p. 159.

⁷⁹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

possuía nenhum compromisso com o interesse público e social de acesso à cultura e informação.⁸⁰

De fato, os documentos legislativos promulgados no Estado Unidos depois disso levaram algumas dessas diretrizes em consideração. Três dispositivos legais que se destacam, sobretudo pela forte atuação do *lobby* da indústria do entretenimento norte-americana, são: o *No Eletronic Theft* (NET), o *Digital Millennium Act* (DMCA) e o *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA). Estas legislações vieram a ficar conhecidos como o pacote antipirataria dos anos 90.⁸¹

O *No Eletronic Theft Act* ou NET é uma lei federal aprovada no ano de 1997 que criminalizou a reprodução e distribuição de conteúdo protegido por direitos autorais mesmo que não houvesse intenção de lucro ou qualquer vantagem econômica envolvida.⁸² Antes do NET, as reproduções privadas que não envolvessem lucro não eram consideradas infração de direito autoral. As penas estipularas pelo dispositivo eram severas, prisão e multa, sendo que a prisão poderia se estender a penas de até cinco anos.⁸³

No ano seguinte, foi promulgado o *Digital Millennium Act* (DMCA), que aumentava as penas previstas por violações do *copyright* praticadas por meio da internet. As inovações trazidas por este dispositivo foram principalmente duas: (i) a responsabilização de terceiros pelas violações aos direitos autorais conjugada com a criação de uma política de *safe harbors* (portos seguros) e (ii) a criminalização da violação de medidas técnicas de proteção a conteúdo digital, ainda que esta conduta em si não resultasse em nenhuma infração contra direitos autorais.⁸⁴

Sobre a responsabilização de terceiros, o DMCA visava incluir aqui a responsabilização aos provedores de internet por conteúdos hospedados em seus domínios que viessem a violar os direitos autorais. Juntamente a isto, foi criada também uma política de *safe harbors*, ou portos seguros, que nada mais são do que condições estabelecidas que, caso sejam rigorosamente seguidas, afastam a responsabilidade dos provedores pelas infrações de seus

⁸⁰ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywong: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York University Press, 2001, p. 159.

⁸¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

⁸² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 116.

⁸³ Disponível em <https://www.copyright.gov/docs/2265_stat.html>. Acesso em 01/07/2019.

⁸⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 114.

usuários. Dentre as condições estipuladas, estão a retirada imediata do conteúdo do site e a tomada de medidas para identificar novas potenciais infrações.⁸⁵

As consequências deste tipo de política são que muitos abusos podem ser cometidos e acobertados sob o pretexto de violação autoral. Como não há um juízo prévio a fim de analisar se o conteúdo realmente infringe a lei autoral, o DMCA pode se tornar uma ferramenta para coibir críticas. Isto pode ter efeito social negativo e contrário aos princípios democráticos de liberdade de expressão e acesso de informação.⁸⁶

Com relação à segunda inovação trazida pelo DMCA, a criminalização da violação de medidas técnicas de proteção enseja uma regulação arquitetônica dos direitos autorais, cujos usos ficam restritos aos limites permitidos pelo código. Importante destacar o papel das TPMs (*Technical Protection Measures*) e dos sistemas de DRM (*Digital Rights Management*), que são medidas de proteção que controlam o acesso e uso de determinados conteúdos. Essas medidas podem controlar ao acesso por meio de senhas ou mesmo criptografia.⁸⁷

Muitos problemas surgem em razão deste dispositivo do DMCA. Em primeiro lugar, a regulação arquitetônica não faz distinção entre os usos que são violações de direitos autorais e os usos que são legítimos. Desrespeitando os direitos dos usuários estabelecidos pelos sistemas de limitação a direitos autorais.⁸⁸ Em segundo lugar, as restrições tecnológicas são altamente ineficazes, pois, por mais desenvolvidas que sejam, podem sempre ser burladas. As travas acabam por prejudicar mais os consumidores mais corretos dos produtos culturais, aqueles que pagam pelos bens adquiridos, do que os consumidores que obtém o conteúdo de forma ilegal, posto que estes conseguem burlar as restrições impostas.⁸⁹ E, finalmente, em terceiro, criminalizar a conduta de violar uma medida tecnologia expande o direito autoral para além de seu objeto de tutela, o bem cultural, e o faz incidir sobre uma criação tecnológica: a medida protetiva. Assim afirma Drew Clark, “Pela primeira vez na história, não é a violação de direitos autorais que é o crime. É a criação de ferramentas tecnológicas para violar o direito autoral que se tornou o crime.”⁹⁰ (tradução própria)

⁸⁵ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais*. Dissertação, 2008, p. 137.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 114.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 89.

⁹⁰ Do original: “For the first time in history, it isn’t the copyright violation that is a crime. It is the creation of technological tools to violate copyright that has become a crime”, Drew Clark *em* CREWS, Wayne and THIERRER, Adam. *Copyfights: the future of intellectual property in the age of information*. Washington: Cato Institute, 2002, p. 147 *apud* TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

Além do DMCA, em 1998, também foi promulgada a lei *Sonny Bono Copyright Term Act* (CTEA) ou, como mais tarde seria conhecida, *Mickey Mouse Protection Act*. A lei estendia o prazo de proteção autoral, já muito extenso, em vinte anos, delimitando os contornos atuais de duração do direito autoral nos Estados Unidos e tendo fortes influências no restante do mundo. A lei norte-americana faz distinção entre dois tipos de prazos para obras protegidas por *copyright*: as obras de grandes corporações e as obras de autores como pessoas físicas. Antes da lei CTEA, as corporações possuíam direitos de duração de setenta e cinco anos, enquanto que os autores, durante toda a vida e, seus sucessores, por mais cinquenta e cinco anos. Após a lei, ambos os prazos aumentam, corporações passam a usufruir de proteção autoral por noventa e cinco anos, enquanto que os sucessores do autor, por setenta e cinco.⁹¹

Sobre os efeitos da CTEA, o autor Lawrence Lessig alerta:

O efeito dessas extensões é simplesmente de impedir ou atrasar a passagem de obras para o domínio público. Essa última extensão significa que o domínio público será tolhido por trinta e nove a até cinquenta e cinco anos, ou 70% do período desde 1962. Portanto, durante os vinte anos após a Lei *Sonny Bono*, enquanto um milhão de patentes passarão para o domínio público, zero obras sobre *copyright* irão passar para o domínio público graças à extensão do período de *copyright*.⁹²

Os três dispositivos normativos – NET, DMCA e CTEA – foram importantes leis de direitos autorais norte-americanas que, sob o discurso de combate à pirataria, restringiram muito a liberdade de acesso usufruída nos anos anteriores pelos usuários da internet. Neste sentido, afirma a autora Alessandra Tridente:

O final dos anos noventa parecia bastante promissor para as indústrias de distribuição de conteúdo. A década proporcionara o maior recorde de vendas de todos os tempos e encerrava-se com a promulgação de um vigoroso pacote antipirataria, que criminalizava condutas, incrementava penas pecuniárias e privativas de liberdade, aumentava o prazo dos direitos autorais já existentes e proibia o desenvolvimento de tecnologias que pudessem ameaçar seus titulares.⁹³

A tecnologia digital, no entanto, continuou a se desenvolver. Em 1999, surge um novo *software*, o Napster, que popularizou a tecnologia *peer-to-peer* (p2p), permitindo que usuários interconectados compartilhassem arquivos armazenados em seus computadores sem a necessidade de um provedor central. A tecnologia não era exatamente nova, a empresa associou

⁹¹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, pp. 442-443.

⁹² LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*. Tradução por Fábio Emilio Costa, 2005, pp. 120-121.

⁹³ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

tecnologias que já estavam sendo desenvolvidas e conseguiu criar uma nova forma de uso.⁹⁴ Na tecnologia p2p, a rede é estruturada de modo que todos os seus integrantes são iguais. O que difere do modelo instituído com a WWW (*World Wide Web*), baseado na relação servidor/cliente, que pressupõe uma hierarquia entre os computadores da rede.⁹⁵

O sucesso do compartilhamento de conteúdo via rede p2p foi recebido como uma nova ameaça pelos titulares de direitos autorais, sobretudo, a indústria de fonograma, inicialmente mais afetada. O cenário deu ensejo a uma série ações judiciais que ficaram conhecidas como *Copyright Wars* ou *Copy fights*.⁹⁶

Dois casos se destacam, o primeiro, (a) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, foi movido contra o próprio Napster por uma gravadora de discos com apoio da RIAA (*Recording Industry Association of America*). E o segundo, (b) *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, movido pela MGM Studios, com apoio da MPAA (*Motion Pictures Association of America*) e também da RIAA, contra as empresas Kazaa, Grokster e StreamCast, que também promoviam o compartilhamento em rede p2p.⁹⁷

No caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, a indústria fonográfica processou a empresa Napster, criadora de *software* homônimo, que permitia o compartilhamento de músicas entre os usuários. Desde seu surgimento, em 1999, a empresa obteve muito sucesso: com apenas nove meses de funcionamento, já contava com 10 milhões de usuários; com dezoito meses, 80 milhões.⁹⁸ Não demorou muito até que a indústria percebesse estas novas práticas de compartilhamento que ameaçavam sua estrutura de negócios. Em 2001, uma gravadora, apoiada pela indústria fonográfica, ingressou com ação judicial a fim de responsabilizar a Napster por contribuir com as violações de direitos autorais cometidas pelos seus usuários. Alegava-se que o sistema da empresa facilitava a distribuição não autorizada de cópias de arquivos MP3, que pertenciam, na verdade, ao acervo da gravadora.⁹⁹

A Napster tentou se defender utilizando vários argumentos, dentre eles: alegou que seus usuários faziam usos justos (*fair use*) das obras e, portanto, não haveria violação direta de direito autoral; citou o precedente de um caso icônico (*Sony Betamax* de 1984) sobre direitos

⁹⁴ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*. Tradução por Fábio Emilio Costa, 2005, p 61.

⁹⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 63.

⁹⁶ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

⁹⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 118.

⁹⁸ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*. Tradução por Fábio Emilio Costa, 2005, p 61.

⁹⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 118.

autorais e fitas VCR, no qual a Corte decidiu que não poderia proibir novas tecnologias por violações autorais, uma vez que as tecnologias também permitiam usos legítimos das obras, e argumentou também que se encontrava em uma posição de *safe harbor*, cumprindo as condições exigidas pelo DMCA.¹⁰⁰

Entretanto, diante da escala massiva das violações, os tribunais rejeitaram todas as defesas. O principal argumento era de que a Napster, embora utilizasse a tecnologia p2p entre seus usuários, ainda possuía um servidor centralizado que indexava informações. Este servidor permitia que a empresa tivesse ciência dos conteúdos que eram distribuídos, o que a tornava responsável pelas infrações originárias de compartilhamentos não autorizados. A empresa foi condenada a pagar uma indenização de valor tão alto que a levou a falência em 2002.¹⁰¹

O outro caso importante foi o MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., que também versava sobre empresas de compartilhamento de conteúdo. A condenação da Napster não fez desaparecerem os *softwares* de tecnologia p2p. Pelo contrário, entre 2001 e 2002, com o declínio da Napster, muitas outras empresas de compartilhamento surgiram para tentar ocupar seu lugar, cada uma trazia algumas diferenças no *software*, tentando não repetir as falhas da Napster. A que mais se destacou foi a Kazaa, que tinha como diferencial compartilhar não só músicas, mas também filmes, imagens, fotos e até documentos de *Word*. No final de 2002, a Kazaa já era maior do que a Napster jamais havia sido, mesmo quando estava em seu ápice.¹⁰²

Em 2003, tendo em vista essa nova onda de compartilhamentos em massa, a MGM Studios, empresa de produção cinematográfica, ingressou com uma ação contra a empresa Kazaa e duas outras que possuíam tecnologia muito semelhante: a Grokster e a StreamCast. As acusações eram novamente de que as empresas teriam responsabilidade indireta por violação de direitos autorais.¹⁰³

Numa decisão surpreendente, a Corte de primeira instância reverteu o precedente fixado no caso Napster, decidindo contra a MGM e a favor das empresas de compartilhamento.¹⁰⁴ O principal entendimento era de que, diferentemente da tecnologia utilizada pela Napster, as empresas do caso não possuíam um sistema de centralização das informações. Portanto, não tinham poder de controle ou supervisão sobre os usos que seus usuários fariam do *software*.

¹⁰⁰ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 119.

¹⁰¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

¹⁰² GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. New York: Oxford Press, 2006, p. 109.

¹⁰³ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, pp. 121-122.

¹⁰⁴ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 6.

Essa foi a decisão também entendida pela Corte de apelação de segunda instância, que reafirmou o entendimento.¹⁰⁵

Entretanto, a vitória das empresas de compartilhamento durou pouco. O caso chegou finalmente à Suprema Corte norte-americana, que reverteu a decisão das primeiras instâncias. A Corte entendeu que não basta considerar somente se a tecnologia permite usos legítimos ou não, é preciso considerar se o fornecedor da tecnologia está induzindo seus usuários a infringir os direitos autorais. No caso em questão, a Grokster deliberadamente fazia propagandas publicitárias direcionadas a ex-usuários do sistema Napster, além de outros fatores, que levaram o tribunal a entender que seu funcionamento incentivava os usuários a praticar atos de pirataria virtual.¹⁰⁶

1.4 Limitações e exceções legislativas: *three-step test*, *fair use* e *fair dealing*

Os direitos patrimoniais do autor, diferentemente dos direitos morais, além de serem limitados no tempo, também são limitados por exceções específicas estabelecidas em diversas jurisdições com relação aos usos que podem ser feitos das obras intelectuais.¹⁰⁷ A justificativa para essas limitações é o reconhecimento do interesse público e social de permitir a livre circulação do pensamento, do estudo, da informação e da cultura, que deve ser levado em conta tanto quanto o direito privado e legítimo do autor de exclusividade na exploração econômica de sua obra.¹⁰⁸ O direito autoral não pode ser absoluto de modo que prive a sociedade de ter acesso aos conhecimentos produzidos. As limitações a este direito são, portanto, mecanismos jurídicos criados com a finalidade de garantir harmonia entre estes interesses.¹⁰⁹

A Convenção de Berna é um dos tratados internacionais que adota um sistema de limitações aos direitos autorais. Seu sistema é conhecido como o *three-step test*, ou regra dos três passos, e foi adotado também por outros importantes tratados como o Acordo TRIPS da OMC, além de lançar as bases para o estabelecimento de limitações nas legislações nacionais.¹¹⁰ O teste dos três passos estabelece três critérios sob os quais as obras intelectuais poderão ser utilizadas sem que esse uso seja caracterizado como uma violação ao direito autoral. As

¹⁰⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007, p. 122.

¹⁰⁶ BRANCO JR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111.

¹⁰⁷ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 53.

¹⁰⁸ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 56.

¹⁰⁹ BRANCO, Sérgio. *A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação*. Sur, Rev. int. direitos human. [online]. 2007, vol.4, n.6, p. 130.

¹¹⁰ BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 494.

hipóteses de exceção ao direito de autor são: (i) certos casos especiais, isto é, casos em que a obra sirva à informação, ao ensino, à crítica, a comentários, à prova judiciária e administrativa, entre outros; (ii) quando as reproduções não conflitem com a exploração comercial normal da obra, pois a exceção ao direito do autor não pode substituir a aquisição lícita da obra, quando esta for possível, e (iii) quando as reproduções da obra não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor, isto é, a quantidade e substancialidade do uso têm que corresponder ao uso proposto e não podem exceder o fim visado.¹¹¹

Essas limitações se encontram no art. 9.2 da Convenção de Berna¹¹²:

Art. 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 aos interesses legítimos do autor.

Até a adoção da regra dos três passos, os países-membros da Convenção e demais tratados poderiam estabelecer um número irrestrito de limitações aos direitos autorais, o que, não raramente, esvaziava os direitos patrimoniais dos titulares dos direitos autorais. A regra foi importante para coibir limitações excessivas. Outra característica importante desse dispositivo é que, por ser abrangente, mantém a discricionariedade dos países para desenvolver limitações mais específicas que se adequem a sua realidade jurídica.¹¹³ Alguns sistemas de exceções e limitações que se destacam são o *fair use*, nos Estados Unidos, e o *fair dealing*, no Reino Unido.

A doutrina do *fair use* é um conceito norte-americano que surge jurisprudencialmente, depois vindo a se tornar estatutário, e, assim como todos os sistemas de exceções e limitações, visa estabelecer uma distinção entre os usos legítimos ou justos de uma obra protegida por direitos autorais dos usos injustos ou ilegítimos.¹¹⁴ Essa doutrina consiste em uma cláusula geral, a ser interpretada pelos tribunais, da qual os usuários de uma obra intelectual podem se valer caso sejam acusados de violação de direito autoral. O objetivo é permitir aos usuários utilizarem-se da obra intelectual sem necessidade da autorização do autor nos casos que forem considerados usos justos da obra.¹¹⁵

¹¹¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 312.

¹¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 08/06/2019.

¹¹³ BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 499.

¹¹⁴ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: Impactos, Controvérsias E Possíveis Soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

¹¹⁵ BRANCO, Sérgio. *A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação*. Sur, Rev. int. direitos human. [online]. 2007, vol.4, n.6, p. 132.

Para definir o que é o uso justo, o instituto do *fair use* elenca quatro diferentes aspectos a serem considerados: a) o propósito e a natureza do uso, isto é, se o uso é comercial ou para fins educativos e não lucrativos. Embora o uso comercial seja um indicativo negativo, não necessariamente compromete o uso justo, é preciso avaliar de acordo com os demais critérios; b) a natureza da obra, pois se supõe que a utilização seja mais justa nos casos de obras mais fáticas que de obras mais ficcionais; c) a quantidade e qualidade da utilização relativamente ao tamanho global da obra. O objetivo deste critério é avaliar se houve uma apropriação indevida da obra, e, finalmente, d) a incidência da utilização sobre o mercado atual ou potencial da obra. Este é tido como o critério mais importante, pois o uso justo não pode atrapalhar a exploração patrimonial da obra pelo autor.¹¹⁶

Para exemplificar melhor este conceito, o autor Siva Vaidhyathan explica:

Assim, por exemplo, se um professor copia três páginas de um livro de 200 e as distribui entre seus alunos, sua conduta está coberta pelo *fair use*. Porém, se o professor copia o livro inteiro e o vende aos estudantes por um preço mais baixo que o do autor do livro, então o professor estará provavelmente infringindo os direitos autorais originais do autor.¹¹⁷ (tradução própria)

Dentre as vantagens do *fair use* está o fato de ser um conceito amplo, que estabelece princípios norteadores, e não hipóteses fechadas de exceções. Como consequência, é um conceito flexível, que possui maior adaptabilidade aos casos concretos. Essa característica é especialmente importante no mundo digital, em que as possibilidades de utilização de obras são cada vez mais variadas em razão da facilidade de geração e compartilhamento de conteúdo.

Por outro lado, esta doutrina encontra dificuldades práticas de aplicação justamente em razão de sua flexibilidade e imprecisão, tornando-se um conceito cinzento.¹¹⁸ O autor Lawrence Lessig descreve um caso interessante nos Estados Unidos que demonstra os problemas suscitados pelo *fair use*. Conta ele que, na década de 1990, um documentarista, Jon Else, ao produzir um documentário sobre as óperas da Wagner, gravou acidentalmente na coxia do teatro uma televisão que estava ligada com um episódio de “Os Simpsons” passando. O documentarista entendeu que esta cena, de 4 segundos e meio, acrescentava certa peculiaridade a seu filme, de modo que gostaria de mantê-la. Ao pedir ao autor do show, Matt Groening, a autorização para usar este trecho do episódio, o autor logo a concedeu. Entretanto, a empresa

¹¹⁶ BRANCO, Sérgio. *A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação*. Sur, Rev. int. direitos human. [online]. 2007, vol.4, n.6, p. 132.

¹¹⁷ Do original: “So, for example, if a teacher copies three pages from a 200-page book and passes them out to students, the teacher is covered by fair use. But if that teacher photocopies the entire book and sells it to students at a lower cost than the original book, that teacher has probably infringed on the original copyright.” VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York University Press, 2001, p. 27.

¹¹⁸ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York University Press, 2001, p. 27.

FOX era quem detinha os autorais da obra, e impôs a Else a quantia de 10 mil dólares para a utilização da obra. Embora fosse um caso que, se levado às Cortes, Else poderia arguir o *fair use*, como ele não possuía dinheiro suficiente para pagar o licenciamento, não quis correr o risco de um litígio judicial e, antes mesmo que seu documentário fosse lançado, ele substituiu digitalmente a obra do programa.¹¹⁹

Lessig conclui que, em teoria, o *fair use* significa que não há necessidade de pedir permissão de uso ao titular do direito autoral, o que contribuiria, assim, ao exercício da liberdade de expressão. Na prática, entretanto, os contornos embaçados do conceito não permitem que exista uma segurança jurídica de utilização da obra intelectual, o que acaba por inibir a utilização de obras por falta de garantias de que aquele uso será considerado justo.¹²⁰

Tanto os Estados Unidos quanto o Reino Unido são adeptos do modelo de *copyright*, no entanto, seus sistemas de limitações e exceções aos direitos autorais são bastante distintos. Paralelamente ao *fair use*, a jurisdição britânica desenvolveu o instituto do *fair dealing*, que é um sistema de exceções que permite o uso de obras em cenários previamente admitidos pela lei ou jurisprudência. Segundo esse modelo, uma vez que um usuário é acusado de infringir um direito autoral, ele terá o ônus de provar a sua inocência, isto é, provar que o uso feito da obra foi justo e se encontrava entre as hipóteses de exceção previstas.¹²¹

A lei inglesa estabelece que os casos de pesquisa e estudo privado, bem como a crítica, a revisão e as reportagens de notícia são, em geral, casos de *fair dealing*, isto é, situações em que trabalhos protegidos pela lei autoral podem ser utilizados sem que isso implique violação.¹²² Além destas hipóteses legais, a jurisprudência estabelece que o uso poderá ser

¹¹⁹ LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology And The Law To Lock Down Culture And Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004, pp. 95-111.

¹²⁰ LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology And The Law To Lock Down Culture And Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004, p. 111

¹²¹ RODRIGUES, Daniela Oliveira. *Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2014, p. 28.

¹²² 29 Research and private study

(1) Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research or private study does not infringe any copyright in the work or, in the case of a published edition, in the typographical arrangement.

(2) Fair dealing with the typographical arrangement of a published edition for the purposes mentioned in subsection (1) does not infringe any copyright in the arrangement.

(3) Copying by a person other than the researcher or student himself is not fair dealing if—

(a) in the case of a librarian, or a person acting on behalf of a librarian, he does anything which regulations under section 40 would not permit to be done under section 38 or 39 (articles or parts of published works: restriction on multiple copies of same material), or

(b) in any other case, the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose.

30 Criticism, review and news reporting

(1) Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

considerado justo quando: (i) as obras reproduzidas já tenham sido publicadas; (ii) a obra tenha sido obtida por meios justos; (iii) a quantidade e a qualidade do material reproduzido sejam condizentes com a utilização; (iv) os fins aos quais se destina a obra sejam também justos; (v) os motivos pelos quais o titular dos direitos alegam a infração sejam considerados válidos ou justos; (vi) o impacto do uso da obra não possa afetar o impacto da legítima exploração de mercado da obra original, e (vii) os objetivos que justificam a utilização da obra não pudessem ser alcançados por outros meios.¹²³

Em razão de o *fair dealing* estabelecer previamente casos em que são aceitos o uso da obra sem autorização do autor, esse sistema se aproxima mais do sistema de limitações e exceções adotado por países que seguem a tradição do *droit d'auteur*, como é o caso do Brasil.

No Brasil, a Lei do Direito Autoral, lei nº 9.610/98, ou LDA, estabelece, em seu art. 46, as exceções aos direitos autorais. A lei elenca casos específicos nos quais as obras intelectuais poderão ser reproduzidas e utilizadas sem autorização do autor e sem constituir uma violação ao direito autoral. O ordenamento brasileiro oferece um rol taxativo de situações, ao contrário do sistema americano que oferece princípios a serem analisados caso a caso.¹²⁴

A principal crítica que é feita aos sistemas como o brasileiro, aos demais sistemas herdeiros do *droit d'auteur* e ao *fair dealing* é que são sistemas demasiado rígidos. As hipóteses de exceção já estão devidamente estabelecidas pela lei, o que faz com que esses sistemas tenham uma baixa capacidade de adaptabilidade a novas situações. De um lado, a rigidez oferece uma segurança jurídica ao uso, pois os usuários sabem de antemão quais usos serão permitidos. Por outro lado, essa rigidez impede que novos casos sejam contemplados pelo ordenamento jurídico, tornando esses dispositivos incompatíveis com as novas realidades. Essa crítica é muito pertinente em um mundo digital, pois novos casos de utilização surgem e legislações muito fechadas, como a brasileira, não têm mecanismos legais para lidar com eles.¹²⁵

Além das limitações e exceções aos direitos autorais estabelecidas juridicamente, outras iniciativas podem ser adotadas para tentar equilibrar melhor o monopólio da proteção autoral com o acesso do domínio público. Uma medida que vem sendo adotada e tem produzido resultados interessantes são os modelos de licenças alternativas.

(2) Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(3) No acknowledgement is required in connection with the reporting of current events by means of a sound recording, film, broadcast or cable programming.

¹²³ RODRIGUES, Daniela Oliveira. *Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2014, p. 29.

¹²⁴ AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 55.

¹²⁵ BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79.

1.5 Licenças alternativas

As licenças alternativas são modelos de licenciamento público de obras intelectuais, que possibilitam que os autores indiquem à coletividade que determinados usos de suas obras são permitidos. Assim, elas funcionam como respaldo jurídico para os autores disponibilizarem suas obras de maneira mais livre, contribuindo para a construção de conhecimento de forma colaborativa. O principal resultado dessas licenças é o aumento do domínio público.¹²⁶ Esse modelo licenciamento é denominado alternativo não porque se oponha diretamente aos direitos autorais, mas, sim, porque, dentro do sistema de autoral vigente, consegue encontrar formas inovadoras disponibilizar o acesso à obra.

Embora existam sistemas de limitações e exceções ao direito autoral, como é o caso da doutrina do *fair use* nos Estados Unidos e das limitações taxativas no Brasil, nenhum deles consegue oferecer segurança jurídica suficiente aos usuários de uma obra. Em ambos os casos, afirma a autora Alessandra Tridente: “quem utiliza a obra sem autorização nunca pode estar totalmente seguro, pois a qualquer momento o titular do direito autoral pode questionar aquele uso judicialmente, demandar sua cessação e também indenização por perdas e danos”.¹²⁷

Para Tridente, o *fair use* e as limitações taxativas funcionam mais como um argumento de defesa nos casos em que os acusados de violações aos direitos autorais sejam processados por titulares desses direitos. Mas não são instrumentos suficientemente efetivos para promover a ampliação do acesso aos bens culturais para a sociedade.¹²⁸

Alguns modelos de licenciamento alternativo têm se destacado. Um deles é o modelo de licenças *copyleft*. O termo surgiu de uma brincadeira com o nome *copyright*, como o direito autoral é designado nos países anglo-saxões. A autora Manuella Santos define o *copyleft* como “um mecanismo jurídico que visa garantir aos titulares de direito de propriedade intelectual que possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por ela”.¹²⁹

A principal característica das licenças *copyleft* é que as obras podem ser modificadas e distribuídas livremente. A exigência dessa disponibilização é, contudo, que as obras derivadas criadas a partir de uma obra licenciada por *copyleft* sejam igualmente licenciadas com liberdade de modificação e distribuição. Com isso, os autores e criadores que utilizam essa licença

¹²⁶ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 110.

¹²⁷ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 7.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

esperam criar um ambiente de maior troca e acesso, em que as pessoas se sintam livres para fazer modificações e melhorar as obras disponibilizadas, sendo esse um processo contínuo.

Outras licenças alternativas de grande relevância hoje são as licenças *Creative Commons*, que têm como preocupação ampliar a quantidade de obras criativas disponíveis ao público. São licenças públicas, voluntárias e flexíveis. Assim como as demais licenças alternativas, permitem aos autores dizerem os usos que permitem sobre suas obras. O diferencial desse modelo é que suas licenças principais são formadas pela combinação de quatro diferentes características: (a) a atribuição, (b) o uso não comercial, (c) a proibição a obras derivadas e (d) o compartilhamento sob mesma licença. Estes atributos se relacionam de várias formas a fim de formar diversas espécies de licenciamento, com o intuito de atender melhor os interesses dos autores. Uma das maiores vantagens desse sistema de licenças é que as pessoas que acessam a obra já sabem de antemão, sem precisar pedir qualquer autorização ao autor, como podem utilizar ou não uma determinada obra. As licenças *CC* estão hoje entre as mais relevantes licenças alternativas, já contam com mais de 50 países que aderiram ao projeto, além de mais de 500 milhões de obras licenciadas.¹³⁰

¹³⁰ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 19.

CAPÍTULO 2 – CREATIVE COMMONS

Neste capítulo, será abordada uma possível solução, que não é única nem excludente, para problemas de incompatibilidades entre o direito autoral e a nova realidade propiciada pela era digital: as licenças *Creative Commons*. Primeiramente, explica-se o contexto de seu surgimento, os movimentos que lhe foram precedentes, o *Software Livre* e o *Copyleft*, que inauguram o fenômeno de licenciamento alternativo na rede.

A seguir, é apresentada a iniciativa *Creative Commons*, explicitando no que consiste esse tipo de licenciamento, quais as suas particularidades, seus princípios e valores. Explica-se porque esse modelo pode servir como uma ferramenta de equilíbrio entre o tradicional direito do autor e o novo modelo de distribuição de bens culturais da internet, uma vez que permite aos autores maior liberdade de direcionar os usos de suas obras, não ficando restritos ao “Todos os direitos reservados” do direito autoral.

Aprofunda-se, em seguida, o modo de funcionamento das licenças *CC*, apresentando os principais tipos de licenciamento possíveis. E, finalmente, pretende-se mostrar o impacto e alcance dessas licenças no mundo, analisando os países que as reconhecem e utilizam, a relação dessas licenças com os tratados internacionais e também quais as principais plataformas digitais que as adotam.

2.1. O *Software Livre* e o movimento *Copyleft*

O *software* é um dos mais recentes bens intelectuais a ser considerado e tutelado pelo direito autoral. Consiste ele em um conjunto de algoritmos em linguagem codificada que contém instruções legíveis e executáveis por um determinado computador¹³¹ e é geralmente produzido em colaboração por muitos programadores e desenvolvedores sob encomenda de grandes empresas de tecnologia.¹³² A questão do *software* é extremamente importante para a discussão dos direitos autorais na internet. Foi a partir do desenvolvimento dos programas de computador que se desencadeou um questionamento generalizado sobre o modelo de direitos autorais tradicional. Havia uma incompatibilidade entre o direito autoral, pensado e construído para atender aos bens culturais do século XIX, e a revolução tecnológica, que permitia uma

¹³¹ WACHOWICZ, Marcos. *O software instituto de direito autoral sui generis*. 2010, p. 12, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-software-instituto-de-direito-autoral-sui-generis>>. Acesso em: 16/03/2019.

¹³² WACHOWICZ, Marcos. *O software instituto de direito autoral sui generis*. 2010, p. 16-17, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-software-instituto-de-direito-autoral-sui-generis>>. Acesso em: 16/03/2019.

distribuição sem precedentes destes bens. Esta incompatibilidade culminou na criação dos movimentos de *Software Livre* e *Cultura Livre*, e na ampla disseminação de licenças alternativas *copyleft*.

Por volta das décadas de 1960 e 1970, a indústria do *software*, ainda incipiente, desenvolveu-se a partir da colaboração entre a academia, o governo e a indústria privada. Nesse momento, praticamente apenas os programadores e desenvolvedores se utilizavam de computadores de maneira mais ampla, e as companhias de *software* eram geralmente as mesmas que desenvolviam os *hardwares*, como a AT&T e a IBM. As empresas disponibilizavam o código-fonte dos seus *softwares* para que os programadores pudessem alterá-lo e customizá-lo de acordo com suas preferências. Em razão dessa grande liberdade desfrutada pelos programadores, criou-se entre eles uma cultura de livre acesso, colaboração, senso de comunidade e incentivo à pesquisa.¹³³

Entretanto, já no começo dos anos de 1980, esse sentimento de colaboração e compartilhamento de informações foi sobreposto por uma prática de privatização dos códigos-fonte dos *softwares*. À medida que a tecnologia dos programas de computador se desenvolvia e, aos poucos, popularizava-se, as empresas perceberam que havia valor comercial em manter os códigos-fonte secretos. Dessa forma, as companhias concorrentes teriam mais dificuldade em replicar os efeitos do *software* proprietário. Toda a informação que havia sido construída de maneira conjunta e compartilhada começava a ser transformada pelas empresas em informação secreta, privada, sigilosa.¹³⁴

Nessa época, o *software* mais importante e disseminado era o UNIX – que seria equivalente em popularidade ao sistema operacional Windows de hoje – um programa flexível, poderoso e estável, embora sua interface não fosse tão intuitiva e amigável como os *softwares* de hoje em dia. O UNIX foi um projeto realizado em conjunto com várias universidades estado-unidenses, em especial, a Universidade de Berkeley na Califórnia, e, quando seu código foi privatizado pela empresa que o distribuía, a AT&T, houve uma grande indignação entre os desenvolvedores de programas de computador, pois eles se sentiam de certa maneira parte integrante do projeto UNIX.¹³⁵

Um dos programadores que se frustrou bastante com as novas práticas de privatização empenhadas pelas empresas de *softwares* foi Richard Stallman, um ex-aluno da Universidade de Harvard e então programador do Laboratório de Inteligência Artificial do Instituto de

¹³³ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong* : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity. New York University Press, 2001, p. 154.

¹³⁴ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong* : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity. New York University Press, 2001, p. 154-155.

¹³⁵ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong* : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity. New York University Press, 2001, p. 155.

Tecnologia de Massachusetts (MIT). Para ele, o excessivo controle sobre o *software* por meio de contratos, códigos-fonte secretos e dos próprios *copyrights* impedia o desenvolvimento livre e criativo de um software ainda melhor.¹³⁶

Em 1985, após a privatização do código-fonte do UNIX, Stallman deixou o MIT para fundar sua própria instituição, a *Free Software Foundation* (traduzida como “Fundação do Software Livre”), dando origem ao movimento de *Free Software*, ou *Software Livre*. Sua intenção era promover o uso livre dos programas de computador, isto é, *softwares* desimpedidos de restrições proprietárias sobre a alteração, a revisão, o reparo e a distribuição do programa. Ainda no mesmo ano, Stallman lança o “*GNU Manifesto*”. GNU é um acrônimo recursivo, uma tradição *hacker*, que significa “*GNU’s not UNIX*”, ou “GNU não é UNIX”. A intenção de Stallman era criar um sistema operacional que fosse compatível com o UNIX e que, assim, seria mais acessível às pessoas que já haviam se acostumado com esse sistema, mas mantivesse os princípios de livre acesso ao código-fonte e de construção colaborativa, princípios sob os quais a comunidade do *software* primeiro se erigiu.¹³⁷

Em seu manifesto, Stallman escreveu:

Eu considero que a regra de ouro requer que, se eu gosto de um programa, eu tenho que compartilhá-lo com outras pessoas que gostam dele. Vendedores de *software* querem dividir os usuários e conquistá-los, fazendo cada usuário concordar em não compartilhar com os outros. Eu me recuso a quebrar a solidariedade com outros usuários dessa maneira. Eu não posso, em boa consciência, assinar um acordo de não divulgação ou um acordo de licença de *software*. (...) Então, para que eu possa continuar a usar computadores sem violar meus princípios, eu decidi reunir um corpo suficiente de *software* livre, de tal modo que eu possa passar bem sem o uso de nenhum *software* que não seja livre.¹³⁸ (tradução própria)

A palavra “livre” aludida pelo movimento de *Software Livre* costuma gerar confusão. Para Stallman, é muito importante ressaltar que o termo “livre” não diz respeito à gratuidade do *software*, ou seja, não é uma questão de preço. É antes uma questão de liberdade. Um slogan que ficou famoso nesse meio pra explicar essa ambiguidade foi “*Free software is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of ‘free’ as in ‘free speech’, not*

¹³⁶ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong* : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity. New York University Press, 2001, p. 155.

¹³⁷ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrong* : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity. New York University Press, 2001, p. 155.

¹³⁸ No original, “I consider that the golden rule requires that if I like a program I must share it with other people who like it. Software sellers want to divide the users and conquer them, making each user agree not to share with others. I refuse to break solidarity with other users in this way. I cannot in good conscience sign a nondisclosure agreement or a software license agreement. (...) So that I can continue to use computers without dishonor, I have decided to put together a sufficient body of free software so that I will be able to get along without any software that is not free.” STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 34.

as in 'free beer'”¹³⁹, que pode ser traduzido como “o *software* livre é uma questão de liberdade, não de preço. Para entender esse conceito, você deveria pensar em ‘livre’ como em ‘liberdade de expressão’, não como ‘cerveja grátis’” (tradução própria).

Para que um *software* seja considerado livre, ele deve atender a alguns requisitos. A liberdade é o conceito central que pauta o movimento do *Software Livre*, e se manifesta em 4 tipos diferentes de liberdades que são essenciais, concomitantes e que devem ser garantidas para que um *software* seja realmente aberto; são elas: ¹⁴⁰

- i) a liberdade de executar o programa, para qualquer propósito;
- ii) a liberdade de estudar o funcionamento do programa e adaptá-lo às suas necessidades (acesso ao código-fonte é um pré-requisito);
- iii) a liberdade de redistribuir cópias;
- iv) a liberdade de melhorar o programa e lançar suas melhorias ao público, de modo que toda a comunidade se beneficie (acesso ao código-fonte também é um pré-requisito para isso).

Como se pode observar, não há vedação ao uso comercial do *software* livre. Ocorre inclusive o contrário: a primeira das condições fundamentais para que um *software* seja de fato livre é a garantia de que poderá ser utilizado para qualquer propósito – até mesmo para a finalidade comercial; o que corrobora a declaração anterior de que não é uma questão de preço, e sim de liberdade. ¹⁴¹

A condição que se coloca, no entanto, é que as distribuições, modificações ou alterações feitas, caso sejam disponibilizadas, devem ter o código-fonte aberto, de modo que a comunidade tenha acesso a ele. Dessa forma, as pessoas que obtiverem versões modificadas terão igual liberdade de fazer novas alterações nos códigos-fonte, perpetuando o livre acesso e construção coletiva do programa. É possível também criar novas regras de licenciamento, como, por exemplo, determinar que, se um *software* for disponibilizado sob determinada licença, suas versões derivadas também o deverão ser. Essas regras, contudo, não poderão nunca suprimir as quatro liberdades elementares.¹⁴²

Havia nesse momento uma preocupação em garantir que esse novo esforço de construção colaborativa de *softwares* livres em torno do GNU não viesse a ser apropriado por empresas oportunistas. Simplesmente disponibilizar os programas como domínio público ainda

¹³⁹ STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 43.

¹⁴⁰ STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 44.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 44.

daria ensejo para que grandes companhias de *software* se aproveitassem do código aberto, fazendo pequenas alterações e, depois, privatizando-os. Dessa forma, a solução desenvolvida foi estabelecer uma garantia jurídica, uma licença pública que impedisse que o *software* livre, com o código-fonte aberto, se tornasse proprietário.

Assim, a Fundação do *Software* Livre lançou a Licença Pública Geral GNU, em inglês *GNU General Public License* ou GPL, uma espécie de licenciamento que garantia a liberdade de compartilhar e modificar *softwares*, com a condição de que as versões derivadas deveriam ser igualmente livres, criando assim uma comunidade de conhecimento compartilhado que pode ser copiado, alterado e distribuído, num processo continuado. A licença foi desenvolvida com o intuito de garantir o *software* livre, mas hoje já possui um alcance muito maior, podendo abranger qualquer obra que tradicionalmente seria tutelada por direitos autorais.¹⁴³

A GPL inaugurou o movimento de *copyleft*, um mecanismo de licenciamento jurídico que se utiliza das prerrogativas de *copyright*, mas as subverte em certa maneira, impedindo o monopólio e privatização característicos desse ramo jurídico e assegurando a liberdade de modificação e distribuição do objeto intelectual. O nome *copyleft* vem de uma brincadeira entre Stallman e Don Hopkins, quando da criação dessas licenças jurídicas, que ironizava o termo *copyright – all rights reserved* com a seguinte frase: *copyleft – all rights reversed*.¹⁴⁴ A intenção desse movimento, contudo, nunca foi uma oposição radical ao *copyright*. O *copyleft* não questiona as bases estruturais dos direitos autorais, isto é, não questiona o regime de monopólios como método para incentivar a criação de cultura em detrimento do acesso, que só é alcançado plenamente por meio do domínio público. Stallman entendia que modificar as leis sobre direitos autorais seria um trabalho árduo e que duraria anos. A solução viável foi oferecer uma alternativa de equilíbrio entre esses dois pontos antagônicos, o licenciamento alternativo por meio de *copyleft*.

O *copyleft* é um contrato cuja finalidade é criar uma rede de compartilhamento de conhecimento, também chamado de contrato em rede, pois as obras licenciadas sob essa forma estão obrigadas a exigir das obras derivadas o mesmo licenciamento, ou seja, a mesma liberdade. As liberdades instituídas pelo *copyleft* são inspiradas pelas da Fundação do *Software* Livre; são elas: a liberdade de usar, adaptar, distribuir e aperfeiçoar as obras licenciadas sob esse regime por todos os usuários, com a condição de que não podem ser nunca restringidas. O

¹⁴³ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica*. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>. Acesso em 16/03/2019.

¹⁴⁴ STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 22-23.

ponto crucial dessas liberdades é que, uma vez que as obras são disponibilizadas, elas se tornam um direito inalienável.¹⁴⁵

Sobre esse tema, Joaquim Falcão afirma:

O exercício das quatro liberdades que constituem o contrato de licenciamento em rede – usar, adaptar, distribuir e aperfeiçoar – tem duplo significado. Para o autor, o licenciante, a cláusula de compartilhamento obrigatório é um voluntário limite que se impõe, uma obrigação que ele mesmo estabelece para seu direito de autor. Nesse sentido, exerce a autonomia da vontade da teoria contratual liberal clássica. O resultado desta autolimitação é que, para os futuros indeterminados usuários, os licenciados, estas liberdades convertem-se em direitos. Por sua vez, a contraprestação pela aquisição destes direitos é a obrigação de repassar a futuros usuários indeterminados não só os aperfeiçoamentos e modificações que porventura o próprio usuário venha a fazer no *software* original, como também a permissão de uso.¹⁴⁶

É importante ressaltar que o *copyleft* não diz respeito a uma qualidade técnica da obra. O *software* livre, por exemplo, não se difere tecnicamente em nada do *software* proprietário. A questão toda a que se refere é uma questão essencialmente jurídica. E, no âmbito dessa solução jurídica, também é importante destacar que fazer o uso de licenças *copyleft*, como a GPL, não implica que o autor ou titular de uma propriedade intelectual esteja abrindo mão de seus direitos autorais. Pelo contrário, o titular está justamente se valendo de seus direitos para, por meio da licença, condicionar o uso de seu bem intelectual por terceiros, impondo o dever de respeitar essas quatro liberdades elencadas.¹⁴⁷ O movimento de *copyleft* é, portanto, um mecanismo jurídico que tem por objetivo permitir que os autores ou titulares de direitos autorais possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, mas ainda amparados por ela.¹⁴⁸

As licenças *copyleft* e o movimento do *software* livre conseguiram obter um largo alcance e se tornaram muito relevantes na era digital. Um dos principais expoentes possibilitados por esses movimentos, e que demonstra sua importância, é o sistema operacional GNU/LINUX, um sistema livre, completo e multifuncional que é um dos mais importantes da atualidade, competindo com grandes empresas como a Microsoft e a Apple. O LINUX foi lançado pelo finlandês Linus Torvald, que conseguiu compilar os programas e ferramentas desenvolvidos pelo projeto GNU em um *kernel*, um núcleo central. Assim, esta arquitetura

¹⁴⁵ STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002, p. 22.

¹⁴⁶ FALCÃO, Joaquim (et al). *Software Livre e Administração Pública - Estudo sobre o Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006. *apud* LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos direitos Autorais e as Obras Colaborativas*, p. 8. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42557>>. Acesso em 16/03/2019.

¹⁴⁷ LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42557>>. Acesso em 16/03/2019.

¹⁴⁸ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

permitiu transformar os códigos desenvolvidos em um sistema operacional. Torvald nomeou seu sistema de Linux, que significava “Linus for UNIX”.¹⁴⁹

A partir do conceito criado em função do *software* livre, muitas iniciativas de projetos coletivos e licenciamentos alternativos se desenvolveram. Uma das licenças que acabou por se tornar bastante relevante foi a *Creative Commons*, que conta com ampla aceitação, tendo mais de 1 bilhão de obras licenciadas sob suas condições e sendo adotada por grandes plataformas como a Wikipedia e o Youtube.¹⁵⁰

2.2 A iniciativa *Creative Commons*

Inspirada pelo movimento de *Software Livre*, a iniciativa de *Creative Commons* surge nos Estados Unidos como uma organização não governamental e sem fins lucrativos. O projeto foi fundado em 2001 por Lawrence Lessig, Hal Abelson e Eric Eldred. Atualmente, está sediado na Universidade de Stanford, na Califórnia,¹⁵¹ e consiste em um conjunto de licenças públicas para obras intelectuais que garantem maior autonomia do autor, ou titular de direitos autorais, sobre os usos possíveis de seu trabalho pela coletividade.¹⁵² As licenças são voluntárias e gratuitas e funcionam como espécies de contratos em que o autor ou titular de direitos define previamente quais os usos permitidos de suas obras, de modo que a coletividade pode fazer o uso livre dentro das condições estipuladas.

A iniciativa *Creative Commons*, apesar de ter nascido nos Estados Unidos, conta com ampla aceitação internacional, hoje já abrange 56 países, que os adotaram e adaptaram para as respectivas jurisdições¹⁵³, e há perspectiva de adoção por parte de mais países, o que demonstra seu caráter global. O Brasil foi o terceiro país a adotar as licenças, sendo os primeiros Japão e Finlândia, nessa ordem. No Brasil, o *CC* funciona em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, que é a instituição responsável por traduzir e adaptar as licenças ao ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵⁴

¹⁴⁹ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica*. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>. Acesso em 16/03/2019.

¹⁵⁰ Disponível em: <<https://network.creativecommons.org/about/>>. Acesso em 16/03/2019.

¹⁵¹ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 65.

¹⁵² LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 83.

¹⁵³ Argentina; Austrália; Áustria; Bélgica; Brasil; Bulgária; Canadá; Chile; China; Colômbia; Costa Rica; Croácia; República Checa; Dinamarca; Equador; Egito; Inglaterra e Gales; Estônia; Finlândia; França; Alemanha; Grécia; Guatemala; Hong Kong; Hungria; Índia; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; Macedônia; Malásia; Malta; México; Países Baixos; Nova Zelândia; Noruega; Peru; Filipinas; Polônia; Portugal; Porto Rico; Romênia; Escócia; Sérvia; Cingapura; Eslovênia; África do Sul; Coreia do Sul; Espanha; Suécia; Suíça; Taiwan; Tailândia; Estados Unidos; Vietnã. Disponível em:

<https://en.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons_jurisdiction_ports#cite_note-9> Acesso em 25/03/2019

¹⁵⁴ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 85.

O *Creative Commons* é um projeto de gestão de direitos autorais que tem por objetivo o desenvolvimento de métodos e tecnologias que facilitem o compartilhamento de obras científicas, artísticas e outros trabalhos intelectuais com o público em geral. O grande apelo desse projeto é a construção de um mundo no qual o conhecimento é livre e facilmente disseminado e modificado, permitindo uma constante evolução das formas de expressão.¹⁵⁵ É importante ressaltar, desde logo, que a ideia central do projeto não é, portanto, contrapor-se aos direitos autorais tradicionais, mas usar o próprio direito autoral como suporte para tornar os bens culturais mais acessíveis, dando maior espaço para a construção coletiva.¹⁵⁶

O autor Ronaldo Lemos, um dos maiores responsáveis pela implementação dessas licenças no Brasil, descreve o projeto como:

Em outras palavras, o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.¹⁵⁷

Segundo Lawrence Lessig, um dos fundadores do projeto, embora as licenças *CC* devam muito ao movimento de *Software Livre* e de *Copyleft*, por terem sido estes percussores de mecanismos jurídicos de proteção ao modo de produção colaborativo, o foco dos problemas enfrentados pelas *CC* é diferente. Quando Stallman lançou a Fundação do *Software Livre*, ele estava defendendo um bem cultural que havia sido livre desde o princípio e só então começava a ser privatizado. Ele queria criar um movimento que fosse contrário à tendência proprietária, desenvolvendo um sistema operacional de código-aberto, de modo a preservar as liberdades que ele já conhecia. Não é o caso dos *Creative Commons*. Os bens culturais que se pretende resguardar já são há anos tutelados como propriedade intelectual, isto é, com direitos de exclusividade. Lessig não acredita que isso seja necessariamente ruim, afinal, autores e artistas precisam ser remunerados por seus esforços. No entanto, é necessário também assegurar a existência de uma comunidade criativa, a fim de inspirar a criação de novos trabalhos e obras criativas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 65.

¹⁵⁶ LESSIG, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons*. 2005. Disponível em: <<https://creativecommons.org/2005/10/06/ccinreviewlawrencelessigonsupportingthecommons/>>. Acesso em 21/03/2019.

¹⁵⁷ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 83.

¹⁵⁸ LESSIG, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on How it All Began*. 2005. Disponível em: <https://creativecommons.org/2005/10/12/ccinreviewlawrencelessigonhowitallbegan/>. Acesso em 21/03/2019.

Os autores Sérgio Branco e Walter Britto apontam que a questão principal é que desde o surgimento da prensa de Gutenberg e durante todo o século XX, a indústria cultural, e consequentemente a disciplina de direito autoral, foi estruturada em cima da ideia de escassez. Todos os bens culturais estavam sujeitos aos critérios da indústria cultural, que era quem arcava com os custos e riscos de empreendimento da produção e distribuição dos bens e, portanto, era também quem decidia quais e quantos produtos seriam lançados e comercializados no mercado. Uma vez que uma tiragem de livros se esgotava, por exemplo, não haveria mais como obter um exemplar, a menos que a indústria decidisse produzir novamente estes livros.

Com o surgimento da internet e a popularização dos computadores, os bens culturais puderam ser digitalizados e compartilhados, e isso mudou a lógica de produção cultural. As cópias produzidas digitalmente possuem a mesma qualidade da obra original, e seu compartilhamento não impede o acesso de outras pessoas; pelo contrário, amplia-o. Os custos da reprodução de uma obra passam a ser quase ínfimos e as cópias podem ser produzidas em uma enorme velocidade. Dessa forma, a produção de conteúdo começa a ser descentralizada, e a lógica de escassez imposta pela indústria é superada. O que os autores questionam é que toda essa mudança paradigmática da produção cultural não foi acompanhada pelos institutos jurídicos. O direito autoral, calcado ainda na lógica da indústria e da escassez, foi o mesmo direito utilizado para tentar regulamentar as interações descentralizadas e trocas de bens culturais no meio digital.¹⁵⁹

Lessig argumenta ainda que, no mundo físico, por boa parte da história, o trabalho criativo acontecia livre de regulação da lei. O direito autoral (*copyright*) foi importante para o desenvolvimento cultural, mas marginal. Como o *copyright* regulava o direito de cópia, então todos os usos que não envolvessem a cópia estavam livres da regulamentação. A regulação de bens culturais só existia para algumas atividades específicas, mas a maioria dos usos desses bens se dava livre de leis de direitos autorais. O ato de ler um livro, por exemplo não é regulamentado, pois ler não é uma atividade que gera uma cópia. Na internet, por outro lado, o mesmo ato – ler um livro – já desencadeia uma lei de direito autoral. Isso porque, no âmbito digital, ler o livro gera uma cópia, pois envolve o compartilhamento do livro, ainda que esteja hospedado na rede. Para Lessig, a grande preocupação é a de que, à medida que o mundo se torna cada vez mais digital, muitas dessas liberdades das quais antes desfrutávamos começam a desaparecer.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, pp. 63-65.

¹⁶⁰ LESSIG, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on How it All Began*. 2005. Disponível em: <<https://creativecommons.org/2005/10/12/ccinreviewlawrencelessigonthowitallbegan/>>. Acesso em 22/03/2019.

O paradoxo encerrado por esse problema é que, a partir da popularização da internet, há um forte desequilíbrio entre os pilares estruturantes do direito autoral tradicional, favorecendo o monopólio e a proteção autoral em franco prejuízo do domínio público. A incompatibilidade entre as novas possibilidades de produção e distribuição de bens culturais com as extensas proteções autorais ameaçam tornar a sociedade demasiado fechada à circulação de obras intelectuais, de modo que o excesso de proteção autoral acaba por desestimular a produção cultural – sua própria condição de existência. Um autor, artista ou criador de obras culturais se utiliza dos signos de comunicação já existentes para poder expressar novas ideias. Mas, se a sociedade não permite a circulação desses signos, em razão de leis excessivamente restritivas, então os próprios criadores estão prejudicados, pois não conseguirão se valer deles para suas novas obras.¹⁶¹

Sobre os perigos do excesso de proteção autoral, afirma Alessandra Tridente:

O encolhimento do domínio público e a escassez de bens coletivos em matéria cultural causados pela expansão do direito autoral são prejudiciais ao progresso artístico e científico da humanidade, pois legalmente forçam novos criadores a terem de pedir vênua aos criadores do passado para poderem criar.¹⁶²

Corroborando esse entendimento, Lemos argumenta que o modelo de direito autoral funciona como grande um entrave às possibilidades de utilização da obra por parte da sociedade. Para ele, existem muitos autores, detentores de direitos ou criadores de modo geral que não se importam que seus trabalhos sejam acessíveis a outras pessoas ou, ainda, que querem que seus trabalhos sejam mais acessíveis e, assim, possam alcançar mais pessoas. Muitos têm interesse em que outras pessoas possam, eventualmente, continuar seu trabalho, ou mesmo criar obras derivadas tendo-o por base, ou adaptá-lo para outras diversas situações. O problema é que pedir autorização individualmente a cada autor cuja obra se pretende utilizar envolve custos de transação muito altos – é muitas vezes difícil rastrear um autor e, mesmo que seja possível, pode não ser mais o autor detentor dos direitos patrimoniais de sua obra. Além disso, essa necessidade de pedir autorização, nas palavras de Lemos, restringe “de forma brutal a quantidade de cultura que uma determinada sociedade tem disponível para acesso em um determinado tempo.”¹⁶³

¹⁶¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 9.

¹⁶² TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 9.

¹⁶³ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 83.

Para Lessig, as excessivas proteções jurídicas aos bens culturais impedem a existência de uma cultura livre, pois restringem a quantidade de bens coletivos disponíveis. As proteções produzem, ao contrário, uma cultura de permissão:

Uma cultura livre apoia e protege os criadores e inovadores. Ela faz isso diretamente garantindo direitos sobre a propriedade intelectual. Mas ela o faz também indiretamente limitando o alcance de tais direitos, garantindo que os futuros criadores e inovadores mantenham-se o mais livre possível dos controles do passado. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, da mesma forma que um mercado livre não é um mercado aonde tudo é liberado. O oposto de uma cultura livre é uma “cultura da permissão” — uma cultura na qual os criadores podem criar apenas com a permissão dos poderosos ou dos criadores do passado.¹⁶⁴

Nesse sentido, o que a iniciativa de *Creative Commons* pretende é oferecer um ponto de equilíbrio entre esses os dois extremos: de um lado os direitos autorais tradicionais, que garantem todos os direitos da obra ao autor (*all rights reserved*) e, de outro, o domínio público, em que o autor não possui nenhum direito patrimonial sobre sua criação. O *Creative Commons* propõe uma alternativa intermediária na qual os autores possuem alguns direitos sobre as obras (*some rights reserved*).¹⁶⁵ Esse sistema permite aos autores que guardem alguns direitos para si, como o direito de ter seu nome vinculado à obra, por exemplo, mas autorizem ao mesmo tempo de maneira pública a utilização de sua obra pela coletividade.

2.3 Como funcionam as licenças

As licenças *Creative Commons* são licenças públicas, voluntárias e gratuitas que podem ser usadas por qualquer indivíduo ou entidade titular dos direitos autorais sobre uma obra. Os trabalhos passíveis de proteção são os mais variados, desde músicas, filmes, textos, fotos, blogs, até bancos de dados e *softwares*.¹⁶⁶ O objetivo principal das licenças é oferecer aos autores uma ferramenta flexível que seja simples e padronizada para conceder à coletividade permissões de direitos autorais sobre o uso de seus trabalhos criativos.¹⁶⁷ Todas as licenças CC são aplicáveis

¹⁶⁴ No original, “A free culture supports and protects creators and innovators. It does this directly by granting intellectual property rights. But it does so indirectly by limiting the reach of those rights, to guarantee that follow-on creators and innovators remain as free as possible from the control of the past. A free culture is not a culture without property, just as a free market is not a market in which everything is free. The opposite of a free culture is a “permission culture”—a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past.”

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: The Penguin Press, 2004, p. XIV

¹⁶⁵ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 11.

¹⁶⁶ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*, p. 85.

¹⁶⁷ Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em 04/03/2019.

no mundo todo e têm duração pelo mesmo que durarem os direitos autorais ou direitos conexos aplicáveis.¹⁶⁸

As licenças são organizadas em três distintas linguagens: uma jurídica, uma para leigos e, finalmente, uma técnica.¹⁶⁹ A primeira delas consiste em um texto legal, chamada *Legal Code*¹⁷⁰, e é um documento jurídico que explica os termos e condições de uso da licença escolhida, além de ser também um instrumento de validação das licenças perante um ordenamento jurídico. É um formato feito para o entendimento dos advogados e juristas.

No entanto, uma vez que a maioria dos criadores e cientistas não são advogados e não têm familiaridade com a linguagem jurídica, existe um segundo nível de licenças, designado por *Human Readable* ou *Commons Deeds*¹⁷¹, que explica os termos jurídicos do licenciamento com uma linguagem mais simples e popular, de forma a tornar o acesso às licenças o mais amplo e compreensível possível. É, portanto, um nível importante tanto para os licenciantes – os autores – como para os licenciados – que são todos os indivíduos que quiserem se valer das obras, a sociedade como um todo.

Por fim, a última linguagem é chamada *Machine Readable*¹⁷², e é feita para ser lida pelos programas de computador, os *softwares*. O objetivo desse nível de licenciamento é permitir que a internet identifique facilmente quando um trabalho está licenciado sob uma das licenças CC. É uma maneira de marcar a obra digitalmente, de forma que o *software*, ao ler a obra, já saiba quais são os usos possíveis para aquele trabalho de acordo com a licença adotada. Ressalta-se que essa camada do licenciamento CC é especialmente importante frente à crescente regulação arquitetônica da internet e pode permitir, no futuro, que, mesmo que a rede venha a ser cada vez mais fechada, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta possam continuar a ser lidos como livres pelos computadores.¹⁷³

O *Creative Commons* conta com quatro condições básicas que, quando combinadas, formam o total de seis licenças principais do projeto¹⁷⁴. As condições são: (i) atribuição - a característica mais fundamental e comum a todas as licenças CC. O autor permite que suas obras sejam copiadas, distribuídas e executadas desde que lhe seja conferido o devido crédito pela criação; (ii) uso não comercial - o autor permite que as pessoas copiem, distribuam,

¹⁶⁸ Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em 04/03/2019.

¹⁶⁹ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura, p. 84.

¹⁷⁰ Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em 04/03/2019.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura, p. 84.

¹⁷⁴ Matematicamente, o número de combinações possíveis a partir desses 4 ícones é 11. No entanto, Lessig explica que 98% dos licenciantes escolhiam a prerrogativa de 'atribuição', de modo que o Projeto decidiu então colocá-la como um atributo obrigatório e não opcional, reduzindo as licenças possíveis ao número de 6 combinações. Entrevista disponível em: <<https://mirrors.creativecommons.org/translations/lessig-letter-1-es.pdf>>. Acesso em 04/03/2019.

executem e modifiquem seu trabalho. No entanto, nenhuma dessas atividades pode ser realizada de maneira comercial; (iii) não a obras derivadas – essa característica permite que outras pessoas copiem, distribuam e executem apenas a obra original. Não é possível fazer modificações ou alterações no trabalho licenciado e, enfim, (iv) compartilhamento pela mesma licença – essa característica vale apenas para as obras derivadas de uma obra original licenciada, não sendo compatível com a característica anterior de vedação à criação de obras derivadas. Segundo essa condição, o autor permite que as pessoas distribuam obras derivadas apenas sob uma licença exatamente igual à qual rege o trabalho original.¹⁷⁵

Na linguagem para leigos, esses quatro atributos são indicados por meio dos seguintes ícones, equivalendo, respectivamente, às siglas: Atribuição (BY); Uso não comercial (ND); Não a obras derivadas (ND) e Compartilhamento pela mesma licença (SA).¹⁷⁶



As seis licenças que são originadas a partir dessas características básicas são, em ordem da mais ampla para a mais restritiva:

a) Atribuição (BY)



Essa é a modalidade de licenciamento mais flexível das principais licenças *Creative Commons*, que permite maior grau de liberdade ao público sobre o uso da obra licenciada. Como consequência, é a licença na qual o autor mais renuncia às prerrogativas dos direitos autorais tradicionais, conservando apenas o direito de lhe ser garantido o devido crédito pela criação nos termos por ele estipulados. Segundo essa licença, é autorizada a cópia, a distribuição, a execução, o *remix*, a adaptação e a criação de obras derivadas sobre a original, ainda que para fins comerciais – sob a única exigência de atribuição do crédito do autor. “É recomendada para maximizar a disseminação e uso dos materiais licenciados”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144-146.

¹⁷⁶ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo 11.

¹⁷⁷ Imagens extraídas de <<https://creativecommons.org/>>. Acesso 04/03/2019.

¹⁷⁸ Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em 04/03/2019.

b) Atribuição – Compartilhamento pela mesma licença (BY-SA)



Essa licença combina todas as características da licença anterior com a exigência de que as criações derivadas sejam compartilhadas sob igual licenciamento. Assim, é permitido o *remix*, a adaptação e a criação de obras a partir do trabalho licenciado, para fins comerciais ou não, desde que seja atribuído o devido crédito ao autor e que essas obras derivativas sejam licenciadas de maneira idêntica à da obra originária. Esta modalidade de licença se equipara às licenças de *software* livre, nas quais quaisquer novos trabalhos baseados em trabalhos previamente licenciados terão que ser compartilhados sob a mesma licença. Com isso, tem-se a garantia de que as obras derivadas de uma original que adote essa modalidade permitirão igualmente essa abrangente liberdade de uso, e obrigarão que mais obras modificadas também desfrutem de igual liberdade. Esta é a licença adotada, por exemplo, pela Wikipédia.¹⁷⁹

c) Atribuição – Não a obras derivadas (BY-ND)



Essa licença é um pouco mais restritiva que as anteriores. O autor permite a livre cópia, distribuição e utilização da obra, com ou sem fins lucrativos, ainda exigindo que seja atribuído o devido crédito pela criação. No entanto, a obra deve ser utilizada de maneira completa, isto é, sem quaisquer modificações. Não são permitidos *remixes* ou alterações na obra originária.¹⁸⁰

d) Atribuição – Uso não comercial (BY-NC)



Sob essa licença, são vedados os usos comerciais da obra; apenas o autor pode explorá-la economicamente. Esta licença permite o uso, a cópia, a distribuição, bem como a criação de novas obras com base no trabalho licenciado. No entanto, além de exigir a atribuição, exige ainda que as obras derivativas não sejam usadas para fins comerciais. As obras derivadas,

¹⁷⁹ Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em 04/03/2019.

¹⁸⁰ Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em 04/03/2019.

contudo, não estão restritas a essa modalidade de licenciamento, podendo serem licenciadas sob diferentes condições.

e) Atribuição – Uso não comercial – Compartilhamento pela mesma licença (BY-NC-SA)



Essa modalidade de licença mantém as características da anterior, ou seja, continua exigindo a atribuição do autor e veda os usos para fins comerciais da obra. A sua diferença, contudo, é que as obras derivadas do trabalho licenciado deverão ser licenciadas sob iguais condições. Portanto, as obras derivadas deverão também vedar o uso comercial de novas obras. Esse modelo permite, por exemplo, que sejam feitas traduções de uma obra, novas montagens musicais e até mesmo elaboração de novas histórias com base na obra original. Contudo, essas novas obras não poderão ter fins lucrativos.¹⁸¹

f) Atribuição – Uso não comercial – Não a obras derivadas (BY-NC-ND)



Por fim, a última das modalidades de licenciamento, e a mais restritiva de liberdades para os licenciados – portanto, a qual o autor mais mantém suas prerrogativas do modelo de direitos autorais tradicional –, é a licença que veda o uso comercial das obras e também a criação de novos trabalhos a partir da obra licenciada. Esta licença permite que as pessoas façam o *download* da obra e a compartilhem. Entretanto, devem ainda atribuir crédito ao autor e não podem modificar de maneira alguma o trabalho, bem como não podem auferir lucros de sua utilização. Esta licença é muitas vezes referida como “propaganda grátis”¹⁸², pois sua maior vantagem é a ampla divulgação da obra, que circula legalmente e, por poder ser compartilhada, se torna acessível a um maior número de pessoas.

Além dessas 6 modalidades básicas de licenciamento, cumpre destacar uma outra licença *Creative Commons*, a licença CC0, que é específica para que os autores dediquem suas obras diretamente ao domínio público.¹⁸³ A licença CC0 funciona como uma antecipação dos

¹⁸¹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 75.

efeitos do domínio público, sinalizando que as obras poderão ser copiadas, modificadas e distribuídas, mesmo que para fins econômicos, sem a necessidade de pedir qualquer permissão ao autor.¹⁸⁴

2.4 Alcance das licenças CC

O projeto *Creative Commons* se tornou um dos mais bem-sucedidos em termos de licenciamento alternativo. As licenças CC não só são reconhecidas e aplicadas nas jurisdições de vários países como são apoiadas por importantes instituições. O CC não tem um repositório próprio onde se encontram todas as obras licenciadas sob seus termos. No entanto, dispõe de muitas plataformas digitais que o endossam e incentivam. Algumas produzem conteúdos inteiramente licenciados em CC, outras dedicam parte de seus sites, como algumas ferramentas de busca, aos *commons*.

Dentre as plataformas digitais que adotam as licenças, a *Wikipédia* é sem dúvida a mais emblemática. A *Wikipédia* é uma enciclopédia *online*, livre e colaborativa, que é escrita de maneira voluntária por várias pessoas ao redor do mundo. É um esforço coletivo de democratização do conhecimento sem precedentes. Todos verbetes contidos nesta plataforma, em todos os idiomas, são licenciados por meios das CC-BY-SA, isto é, as licenças que exigem a atribuição e o compartilhamento de obras derivadas sob mesmas condições¹⁸⁵. Além disso, todas as imagens vinculadas aos artigos da plataforma são também licenciadas sob as CC, no entanto, a licença utilizada é a CC0¹⁸⁶, que estabelece que as obras entram desde imediato em domínio público, podendo ser usadas em toda sua liberdade.

Pode surgir a dúvida se esse esforço colaborativo é realmente efetivo, se uma enciclopédia escrita por tantas pessoas em conjunto seria realmente confiável. O jornal *Nature* promoveu um estudo comparando a *Wikipédia* com a renomada enciclopédia *Britannica*, tendo por base vários artigos científicos e analisando o percentual de erros por artigo¹⁸⁷. Enquanto a *Britannica* possui uma taxa de 2.92 erros por artigo, a *Wikipédia* possui uma média de 3.86. A conclusão do jornal foi de que, embora a enciclopédia online possua um percentual de erros maior, a diferença é ainda muito pequena, de modo que essa enciclopédia é quase tão acurada quanto a tradicional de papel. A *Wikipédia*, contudo, leva algumas vantagens: em primeiro lugar, é ser digital e não ocupa o espaço físico dos muitos volumes da *Britannica*; em segundo,

¹⁸⁴ Disponível em: <<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>>. Acesso em 29/06/2019.

¹⁸⁵ Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>>. Acesso em 25/03/2019.

¹⁸⁶ Disponível em: <https://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page>. Acesso em 25/03/2019

¹⁸⁷ Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/study-wikipedia-as-accurate-as-britannica/>>. Acesso em 25/03/2019

e ainda mais importante, é que, por ser *online*, é acessível a qualquer pessoa que tenha acesso à internet, de modo que promove muito mais compartilhamento de conhecimento. Além do que, por ser construída de maneira colaborativa e ter seus verbetes licenciados de maneira a garantir a liberdade, qualquer pessoa pode se utilizar de seus artigos para produzir novos trabalhos, e deve perpetrar essa liberdade em razão da licença SA (*share-alike*). A enciclopédia tradicional é ainda restrita às leis do direito autoral tradicional, exige autorização de conselho editorial para que novos trabalhos sejam produzidos a partir de seus artigos.¹⁸⁸

Uma outra plataforma que adota as licenças *CC* e merece destaque é o *Flickr*, um site de compartilhamento de imagens que se tornou o maior repositório de material licenciado livremente no mundo. Embora a plataforma não exija o licenciamento, o site já conta com mais de 500 milhões de obras em regime de *commons*.¹⁸⁹ O interessante é que o site disponibiliza uma ferramenta para pesquisa de imagens sob as licenças; todas as seis licenças clássicas do *CC* são utilizadas, além de haver algumas obras licenciadas em *CC0* também. Além do *Flickr*, também outras plataformas de imagens se utilizam dos *Creative Commons*. Uma delas, o *Pixabay*¹⁹⁰ possui um repositório inteiro formado por imagens em regime de *CC*; todas as imagens estão licenciadas de acordo com a licença *CC0*, ou seja, todas as suas imagens são de domínio público. Também o *The Noun Project*¹⁹¹, um site cuja proposta é disponibilizar todos os ícones que se pode pensar, tem todas as suas imagens licenciadas ou sob *CC-BY* (licença de atribuição) ou em domínio público por meio também de *Creative Commons*.

Também outros grandes repositórios de renome de conteúdo multimídia como o *Youtube*, o *Vimeo*, o *Google Images* e o *Google Books* oferecem ferramentas para facilitar a busca por conteúdo licenciado em *Creative Commons* em suas plataformas digitais.¹⁹² Destes, somente o *Youtube* utiliza somente licenças *CC-BY*¹⁹³, os demais permitem que os usuários hospedem conteúdo em quaisquer das seis licenças básicas, além da licença de dedicação ao domínio público.

Também demonstram interesse pelo projeto *Creative Commons* importantes instituições como a *BBC* (*British Broadcast Company*), a maior rede de televisão e rádio da Inglaterra. A *BBC* trabalhou em conjunto com o *CC* para lançar o projeto *Creative Archive*, segundo o qual

¹⁸⁸ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 80.

¹⁸⁹ Disponível em: <<https://blog.flickr.net/2019/03/08/update-on-creative-commons-licenses-and-in-memori-am-accounts/>>. Acesso em 27/03/2019.

¹⁹⁰ Disponível em: <<https://pixabay.com/blog/posts/pixabay-featured-on-creative-commons-search-14/>>. Acesso em 27/03/2019

¹⁹¹ Disponível em: <<https://thenounproject.zendesk.com/hc/en-us/articles/200509798-What-licenses-do-you-use->>. Acesso em 27/03/2019.

¹⁹² BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 106.

¹⁹³ Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797468?hl=en>>. Acesso em 27/03/2019.

disponibilizou todo seu arquivo de produções televisivas e radiofônicas *online* para ser livremente utilizados por qualquer pessoa. As obras foram todas disponibilizadas sob regime de licenças *CC*. A diretoria da BBC defendeu a ação alegando que, por se tratar de uma rede de rádio e televisão estatal, portanto, financiada com dinheiro público, deveria abrir suas produções para o público geral.¹⁹⁴

Podemos citar também as ações da Universidade de Yale e o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), ambos nos Estados Unidos. Essas duas importantes instituições disponibilizaram cursos *online* na internet sob licenças *CC*. A Yale lançou o *Open Yale Courses*¹⁹⁵. Embora nem todo o conteúdo esteja licenciado como *CC*, a menos que expresso de forma contrária, seus cursos são disponibilizados de acordo com a licença *CC-BY-NC-SA*, isto é, exige-se a atribuição, o uso não comercial e a necessidade de que as obras derivadas sejam licenciadas sob iguais condições. O MIT, por sua vez, lançou o *MIT Open Courseware*¹⁹⁶, no qual disponibiliza também aulas *online* de acordo com a mesma licença empregada pela Yale. Esse modelo de licenciamento é importante, pois possibilita que o conhecimento disponibilizado seja mais acessível, podendo ser copiado e distribuído, e permite também que o conteúdo seja adaptado, podendo ser remixado, transformado ou mesmo servindo de base para a construção de novos materiais.

Ainda sobre o apoio recebido por grandes grupos pelo *CC*, Branco e Britto dizem:

O apoio de grandes grupos impulsiona o avanço do Creative Commons. (...) revela a importância que o projeto tem no ecossistema da internet. As licenças Creative Commons são uma forma de superação de um modelo anacrônico de proteção de direitos autorais sem a necessidade de uma ruptura radical do sistema jurídico subjacente. O compartilhamento é a chave para o desenvolvimento de uma internet que promova a liberdade de expressão e de informação e o Creative Commons facilita a relação criador-usuário. (...) O trabalho desenvolvido pelo Creative Commons é comprometido apenas com a manutenção de uma internet livre e o licenciamento aberto é fator fundamental em suas atividades. As contribuições de empresas, associações e fundações de grande porte, que realizam um trabalho sério e pautado pela defesa dos direitos humanos, demonstram o papel crucial que a renovação dos modelos de direitos autorais tem nas garantias à liberdade de informação, de imprensa e de expressão.¹⁹⁷

O que se pretende demonstrar com todos esses exemplos é que o modelo de *Creative Commons* obteve bastante êxito e conquistou um espaço realmente expressivo entre as plataformas digitais e importantes instituições de educação e cultura mundiais, o que demonstra a importância desse projeto. O *CC* é um grande apoio à produção colaborativa, nas palavras de

¹⁹⁴ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 90.

¹⁹⁵ Disponível em: <<https://oyc.yale.edu/terms>>. Acesso em 27/03/2019.

¹⁹⁶ Disponível em: <<https://ocw.mit.edu/terms/#cc>>. Acesso em 27/03/2019.

¹⁹⁷ BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, pp. 78-79.

Lemos: “A ideia é permitir a criação de uma coletividade de obras culturais publicamente acessíveis, incrementando o domínio público e concretizando as promessas da internet e da tecnologia de maximizar o potencial criativo humano”.¹⁹⁸

¹⁹⁸ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 84.

CAPÍTULO 3 – *CREATIVE COMMONS* NOS TRIBUNAIS ESTRANGEIROS: ANÁLISE DE CASOS

Existem muitos poucos casos de *Creative Commons* analisados em cortes jurídicas. A intenção da organização *CC* foi, desde sempre, oferecer uma ferramenta que tivesse validade jurídica e pudesse ser pleiteada judicialmente em casos de infração das licenças. No entanto, o *Creative Commons* não é um escritório de advocacia e não pode fornecer consultorias jurídicas ou representar partes em eventuais processos judiciais, de modo que não se responsabiliza pelos casos de violação das licenças.¹⁹⁹

Além disso, a organização não possui um repositório das obras licenciadas nem faz um acompanhamento dos usos que são feitos dessas obras.²⁰⁰ Portanto, a pessoa que for lesada por um uso não permitido de sua obra poderá pleitear judicialmente seu direito, mas não contará com uma ação direta da instituição *CC*. O que o contrato de licenciamento afirma é que, uma vez violados os termos de uso, a pessoa infratora perde o direito de utilização daquela obra automaticamente.²⁰¹

Embora a organização *Creative Commons* não atue como parte em processos jurídicos, a aplicabilidade e aceitabilidade de suas licenças nas cortes judiciais foi sempre uma questão importante a ser considerada. Afinal, são contratos de licenciamento e, portanto, mecanismos jurídicos. Neste capítulo, serão analisados casos judiciais de obras licenciadas em regime de *CC*, a fim de averiguar como esse licenciamento alternativo de obras tuteladas pelo direito autoral tem sido recebido na realidade jurídica dos tribunais estrangeiros. O objetivo é identificar as controvérsias e questionamentos suscitados nos órgãos jurídicos sobre essas licenças, bem como se as licenças estão sendo de fato acatadas por esses órgãos jurídicos e, se sim, como o são.

Foram selecionados quatro casos: dois de cortes que seguem a tradição de *droit d'auteur*, a corte holandesa e a corte belga, e dois das cortes americanas, que seguem o modelo *copyright*.

¹⁹⁹ Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#can-creative-commons-give-legal-advice-about-its-licenses-or-other-tools-or-help-with-cc-license-enforcement>>. Acesso em 03/04/2019.

²⁰⁰ Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#does-creative-commons-collect-or-track-material-licensed-under-a-cc-license>> Acesso em 03/04/2019.

²⁰¹ Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#what-happens-if-i-offer-my-material-under-a-creative-commons-license-and-someone-misuses-them>>. Acesso em 03/04/2019.

3.1. Corte Holandesa – *Curry v. Audax*

A Corte Distrital de Amsterdam foi a primeira a se deparar com um caso judicial envolvendo *Creative Commons* no mundo. No ano de 2006, um VJ (*Video Jockey*) da MTV, Adam Curry, processou um tabloide holandês, a revista *Weekend*, publicada semanalmente pelo grupo Audax Publishing BV. Curry alegava que a revista havia utilizado, de maneira não autorizada, fotos suas e de sua família que ele havia publicado na plataforma digital *Flickr.com* sob a licença CC BY-NC-SA, que indica que é preciso haver atribuição do autor (BY), uso não comercial da obra (NC) e que obras derivadas realizadas com as imagens precisam ser licenciadas sob iguais termos (SA). Embora a revista tenha, de fato, dado a atribuição das fotos a Curry como detentor de direitos autorais sobre as imagens, falhou em garantir os demais termos de uso não comercial e de compartilhamento sob mesma licença.

O VJ Adam Curry pleiteou várias formas de compensação, alegou danos monetários pela publicação das obras e pediu também as custas processuais. Além do aspecto monetário, o VJ pedia que a revista fosse retirada das bancas e que houvesse um *recall* das publicações já vendidas que contivessem as fotos publicadas. Por fim, pedia também uma notificação aos consumidores da revista sobre a violação e uma retratação de 2 páginas da revista na próxima edição. Para Curry, como a empresa não respeitou os termos de utilização não comercial e compartilhamento sob mesma licença, então teria havido uma quebra de contrato. Além disso, por se tratar de uma revista comercial que atua profissionalmente no mercado de publicações, o caso se tornaria ainda mais grave, pois seria obrigação da revista ter um rigor mais alto com suas publicações, para garantir que o material utilizado não incorresse em violações de direitos autorais ou de licenciamentos desse tipo.

A resposta da revista às acusações foi de que Curry não teria sofrido nenhum dano de fato por sua falha em garantir os termos das licenças. Afinal, no entendimento da Audax, como as fotos já eram públicas e poderiam ser acessadas por qualquer pessoa na internet, o papel de divulgação da revista não causaria danos ao autor. A empresa também defendeu que não teria violado a provisão de uso não comercial, pois a função primordial da publicação não era obtenção de lucro, mas, sim, a disseminação de novas histórias. Alegou ainda que os termos da licença não foram encontrados facilmente no site no qual as imagens estavam hospedadas, a fim de justificar que o erro cometido foi de boa-fé. Por fim, a Audax argumentou que havia oferecido previamente a Curry o valor de €1.500 como compensação de eventuais danos, considerando que essa quantia seria mais que suficiente para qualquer problema que a ampla divulgação das fotos pudesse ter causado ao autor.

O entendimento da Corte foi de que a revista havia de fato violado o acordo da licença utilizando as fotos para um propósito comercial, afinal, a empresa vendeu as revistas e com isso obteve, sim, lucro. Além disso, a Corte também entendeu que a revista havia falhado ao não incluir a cópia da licença junto às fotos. Os juízes avaliaram que a revista, como uma publicação profissional e familiarizada com limites e fronteiras dos direitos dos autores, deveria ter realizado uma melhor pesquisa para garantir que o conteúdo publicado não violasse direitos autorais.

No entanto, a Corte também decidiu que, como a revista de fato deu os créditos de atribuição de autoria a Curry, não teria então havido dano material pela quebra dos termos da licença. A Corte também minimizou a violação do uso não comercial da obra, pois, os juízes, apesar de reconhecerem a infração, ponderaram o fato de as fotos estarem publicadas na internet e, portanto, já serem de acesso a um amplo público. Desse modo, a Corte questionou até se o valor de compensação tão alto como €1.500 sugeridos pela revista estaria de acordo com a violação, entendendo que seria um valor excessivo, uma vez que não reconheciam o dano material.

Ao fim, a Corte não ordenou que os requeridos pagassem quantia alguma ao requerente, tampouco as custas processuais, que foram dívidas entre as partes. A decisão final afirmou tão somente que, caso a revista repetisse a publicação das fotos de Curry hospedadas no *Flickr* sem sua autorização formal – a menos que o uso estivesse em conformidade com as condições estipuladas pelas licenças *Creative Commons* de atribuição, uso não comercial e compartilhamento sob a mesma licença –, então a empresa seria responsabilizada e condenada ao pagamento de €1.000 para cada futura violação, podendo chegar ao máximo de €20.000 de indenização.

A decisão não leva em conta todos os parâmetros da proteção das licenças. De um lado, é muito interessante que o primeiro caso envolvendo licenças *Creative Commons* as tenha reconhecido de pronto, ajudando a validar jurisprudencialmente as licenças. Em momento algum as licenças foram questionadas ou desconsideradas. De outro lado, Curry parece ter saído do caso sem ter nenhum de seus pedidos atendidos. Isto é, embora a Corte tenha reconhecido a violação, essa violação por si só não foi suficiente para garantir a aceitação de um dano material. A violação do uso não comercial da obra foi avaliada como não tendo produzido dano. Nem sequer foi mencionado o lucro que a revista obteve com a venda do material que infringia as licenças para tentar calcular uma possível percentagem de lucro para compensar o requerente. Desse modo, embora a Corte reconheça as licenças, a decisão não as contempla totalmente. O juízo de dano feito acaba por prejudicar o licenciante e favorecer o infrator.

3.2 Corte Belga – Linchôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa

O Tribunal de Primeira Instância de Nivelles na Bélgica também enfrentou um caso judicial versando sobre material licenciado sob *Creative Commons*. O caso foi julgado no ano de 2010, teve como demandantes 6 integrantes da banda Linchôdmapwa contra a companhia de teatro L'asbl Festival Theatre de Spa. Em 2004, a banda havia lançado a música “Abatchouck” sob a licença CC BY-NC-ND. Anos mais tarde, um dos integrantes da banda ouviu 20 segundos da música em um comercial para a companhia de teatro e festival. A banda inicialmente contatou o teatro para tentar negociar um acordo. No entanto, as negociações falharam, e a banda Linchôdmapwa processou a companhia de teatro por violação de direito autoral em setembro de 2009.

Os integrantes da banda argumentaram que a companhia havia violado todos os três termos da licença escolhida. O teatro havia modificado a obra original para que coubesse no comercial, violando o termo de não a obras derivadas (ND). Violou também o termo de uso não comercial (NC), por ter utilizado a obra em uma propaganda. E, por fim, violou também o termo de atribuição (BY), pois não mencionou em lugar algum do comercial a banda autora da obra. Os demandantes, portanto, pediram uma indenização principal de €10.380 por inexecução das obrigações da licença *Creative Commons* e, subsidiariamente, por violação dos seus direitos autorais. E, por fim, eles também solicitaram a publicação do julgamento da revista “Dogmagazine”, aos custos da requerida, afim de dar publicidade à infração.

Em resposta, a companhia de teatro alegou que tinha boa-fé e que o erro foi por ignorância, afirmou que não tinha ciência dos termos da licença em questão. Também argumentou que a Linchôdmapwa não fazia parte da sociedade de gestão coletiva de direitos autorais, Sabam, e, por isso, a banda não teria direito a coletar pagamento pelo uso da música. E, enfim, a defesa solicitou que sua oferta de pagar €1.500 fosse declarada satisfatória.

A juíza não concordou com a defesa feita pela companhia de teatro. Para ela, o fato de banda não ser associada a uma sociedade de gestão coletiva de direitos do autor como a Sabam não queria dizer que não teria seus direitos resguardados. Afinal, a banda havia de fato escolhido os termos e condições sob as quais desejava submeter o uso de seus trabalhos. O licenciamento é uma abordagem diferente da tradicional e, também, mais aberta, que permite que o trabalho se torne mais acessível para um público amplo, e isso não inviabiliza a proteção autoral. Ela reconheceu que houve a violação dos três termos da licença aludidos pela banda no pedido inicial. A juíza avaliou, ainda, que no *site* no qual a música estava hospedada, o www.dogmazic.net, havia a menção clara da existência da licença – e que o *site* ainda avisava

em seu rodapé que o conteúdo disponibilizado era gratuito a menos que a música fosse licenciada.

A juíza reconheceu, enfim, a legitimidade das licenças *Creative Commons*, entendendo que eram licenças válidas e aplicáveis ao caso específico. Disse, ainda, que essa era uma licença de direito do autor permissiva, na qual alguns direitos são reservados, mas não todos, e seus termos obrigam o licenciado a respeitar as condições estipuladas, sobretudo a menção do nome do autor, que parece elementar. Além disso, a juíza também considerou que, como profissional na organização de festivais, a acusada deveria ter ao menos se informado das condições particulares da licença. A juíza conclui, então, que a declaração de boa-fé da acusada não a exime de culpa e, portanto, a reparação é devida.

O tribunal, no entanto, embora tenha reconhecido as licenças e tenha definido que a reparação era devida, independentemente de um dano real e objetivo, entendeu que a quantia pedida pelos demandantes não era condizente com os seus argumentos. A reparação estava fixada em €12 por demandante por difusão, e mais €1.800 por cada condição da licença violada (paternidade, uso não comercial e não derivação). Para o tribunal, havia um paradoxo entre a ética não comercial dos demandantes e a reivindicação de uma compensação monetária a uma tarifa de preço comercial significativamente maior que a tarifa praticada pela Sabam. Desse modo, a decisão final da juíza foi condenar L'asbl Festival de théâtre de Spa a pagar o valor de €1.500 por condição violada, totalizando o valor de €4.500.

As implicações dessa decisão são muito favoráveis às licenças CC. Não só as licenças foram reconhecidas e validadas pela Corte, como cada um de seus termos violados foi considerado para fins de indenização compensatória pelos danos. Não houve juízo ou ponderação sobre se os danos foram de fato produzidos. Se é uma violação de direito autoral então isso, por si só, já demonstra que houve o dano. A única consideração foi em relação ao valor, que estava acima do preço de mercado tarifado por organismos que trabalham a gestão coletiva de direitos autorais de obras semelhantes, o que parece bem razoável.

3.3 Corte Norte-americana – *Jacobsen v. Katzer*

Este caso não é propriamente sobre as licenças *Creative Commons*, mas foi um paradigmático caso enfrentado pela Corte americana no ano de 2006 e serviu como precedente para outro caso que, alguns anos mais tarde versaria sobre as CC. O caso envolve uma licença similar, a *Artistic License*, traduzida como Licença Artística. Embora o nome possa confundir, na verdade não é uma licença de conteúdos artísticos, mas de pacotes de *software* livre e de linguagens de programação de código-aberto. O caso contou com importantes instituições como

amici curiae, uma delas, a própria *Creative Commons*. Outras instituições que participaram são: *Linux Foundation*, *Open Source Initiative*, *Software Freedom Law Center*, *Yet another Society*, *The Pearl Foundation* e, por fim, *Weekmedia Foundation*.

O requerente era Robert Jacobsen, um professor de física da Universidade de Berkeley, na Califórnia, que liderava um grupo de desenvolvedores de *software* num projeto de desenvolvimento de sistemas computacionais para modelo de trens e ferroviários. A interface criada pelo grupo foi batizada como JMRI (*Java Model Railroad Interface*) e era inteiramente licenciada de maneira livre por meio da Licença Artística.

A licença permitia o livre uso, sem necessidade de pagamento pela cópia, modificação e distribuição do JMRI. Dentre as condições da licença, havia a estipulação de que o usuário poderia fazer modificações, desde que fossem livremente disponibilizadas ou que fossem incluídas cópias dos arquivos executáveis originalmente licenciados, juntamente com instruções sobre onde conseguir a versão original. Cada arquivo original continha um aviso sobre o *copyright* e informações sobre o autor.

A controvérsia surge porque Matthew Katzer, o chefe executivo da empresa *KAMIND Associates, Inc.*, que produzia e distribuía *softwares* pagos de modelos de ferrovias, usou a interface JMRI, modificou e passou a distribuí-la sem a devida atribuição, tirando do código-fonte a parte de informação que mencionava o *copyright*, bem como as demais informações sobre o autor e sobre a própria licença. Portanto, Jacobsen, diante da Corte Distrital da Califórnia, processou a empresa alegando a violação de *copyrights* em razão do descumprimento dos termos da licença. Katzer e KAMIND assumiram que copiaram de fato o *software* desenvolvido pela equipe do professor e, admitiram ainda, que tiraram a informação de crédito de *copyright* do JMRI. Restou claro, portanto, que houve de fato uma violação dos termos de uso licenciados.

Inicialmente, contudo, a Corte negou preliminarmente o pedido de Jacobsen sob o argumento de que, como a licença era demasiadamente ampla, permitindo o acesso ao público em geral, não teria havido dano na utilização do material licenciado. Embora reconhecessem a violação das condições da licença, a infração poderia ter constituído uma quebra de contrato, mas não poderia ser caracterizada como uma violação de direito autoral. Em outras palavras, o descumprimento das condições das licenças não geraria responsabilidade por violação de direito autoral. Desse modo, a Corte sequer analisou o mérito da questão.

Jacobsen apelou da decisão, pedindo que o posicionamento da Corte Distrital fosse reavaliado, pois não se trataria de descumprimento de meras cláusulas de contrato, e sim, de uma violação de direito autoral. Os *amici curiae* se manifestaram apoiando o apelo de Jacobsen, entendendo que uma decisão sobre a *Artistic License* era de interesse para o licenciamento

público de maneira geral. Se os termos da licença fossem interpretados de maneira que os licenciadores, ou seja, os detentores de direitos autorais, perdessem todos os seus direitos e remédios legais que eles pretendiam manter quando licenciaram suas obras em primeiro lugar, então o licenciamento não faria sentido, se tornaria muito mais arriscado, e isso inibiria que outros detentores de direitos viessem a licenciar suas obras.

A distinção entre as duas abordagens, no direito norte-americano, produziria efeitos distintos, afetando diretamente a habilidade do licenciador de reivindicar seu *copyright*. Caso se entendesse que houvera mera quebra de cláusula contratual, não haveria presunção de dano irreparável, de modo que o licenciador teria que demonstrar que sofreu danos compensáveis. Em contrapartida, se o caso fosse considerado como uma violação de direito autoral, o dano irreparável seria já presumido, e não haveria necessidade de ponderar o grau de dano causado pela conduta, o que interfere, inclusive, no cálculo do dano compensatório.

A decisão da Corte Federal de apelação foi favorável à demanda de Jacobsen, revisando a decisão da Corte Distrital e remetendo o caso para ser apreciado novamente em juízo de mérito. Esse caso foi importante porque foi o primeiro, na justiça americana, a discutir o *Creative Commons* de maneira significativa. Em sua decisão, a Corte de apelação discutiu a popularidade do licenciamento público, citando o *Creative Commons*, que fornece licenças de direito autoral de maneira gratuita para permitir que autores ou titulares desses direitos possam dedicar parte de seus trabalhos ao público e manter alguns usos reservados. Esse modelo de licenciamento público, reconheceu a Corte, favorece um sistema de colaboração entre os criadores, que serve ao desenvolvimento das artes e das ciências, diminuindo os custos de produção, e aumentando a rapidez da distribuição de conteúdo criativo de uma maneira que não se podia imaginar poucas décadas atrás.

Após analisar os efeitos sociais positivos gerados por esse tipo de licenciamento, a Corte decidiu que:

Tradicionalmente, os titulares de direitos autorais vendiam seu material protegido por direitos autorais em troca de dinheiro. A falta de dinheiro mudando de mãos no licenciamento não deveria presumir que não há nenhuma consideração econômica, no entanto. Existem benefícios substanciais, incluindo benefícios econômicos, para a criação e distribuição de obras protegidas por direito autoral sob licenças públicas que vão muito além dos tradicionais *royalties*.²⁰²(tradução própria)

²⁰² Do original “Traditionally, copyright owners sold their copyrighted material in exchange for money. The lack of money changing hands in open source licensing should not be presumed to mean that there is no economic consideration, however. There are substantial benefits, including economic benefits, to the creation and distribution of copyrighted works under public licenses that range far beyond traditional license royalties.”

A Corte, enfim, foi em defesa dos termos da *Artistic License* como sendo condições aplicáveis de direitos autorais, e não meras cláusulas contratuais. Os juízes entenderam que, se licença limitar um escopo de uso, e o licenciado age fora do escopo desse uso permitido, então o licenciador pode promover uma ação de violação de direito autoral. A permissão para o uso, modificação e distribuição do material licenciado não é ilimitada; ela só se justifica se forem obedecidas as condições estipuladas, que, no caso, eram precisamente fazer referência ao material original e dizer que ele estava licenciado sob essas condições. A publicidade da licença no código do material licenciado era vital para que novas pessoas, em contato com o material derivado, pudessem rastrear o original e ter conhecimento de sua disponibilidade.

Em suma, a decisão da Corte de apelação é relevante, pois lança um importante precedente na jurisdição norte-americana, ao considerar que as condições estipuladas por licenças públicas de obras protegidas pelo direito autoral devem ser atendidas, sob pena de violação do *copyright*. O entendimento de que as violações são matéria de direito autoral, e não tuteladas pelo direito contratual, traz uma série de garantias aos autores, como, por exemplo, de que os danos sofridos são presumidos e, portanto, não terão que ser sopesados. Isso traz segurança a mais criadores para que decidam disponibilizar suas obras – ainda que em parte – para um público maior, contribuindo para a produção colaborativa e o acesso à cultura e informação.

3.4 Corte Norte-americana – Drauglis v. Kappa Map Group, LCC

Este caso foi julgado pela Corte do Distrito de Columbia nos Estados Unidos no ano de 2015, sendo o caso mais recente envolvendo licenciamento de *Creative Commons* na justiça americana. O demandante, Art Drauglis, moveu uma ação de violação de direitos autorais contra a empresa Kappa Map Group, LCC, uma editora de publicações de mapas e atlas, alegando que a acusada teria se utilizado de uma fotografia feita pelo demandante como capa para uma revista comercial, em desacordo com o licenciamento da imagem.

Em 2008, Drauglis havia feito uma fotografia de paisagem intitulada “*Swain’s Lock*” e a postou no site *Flickr*, indicando que a imagem era protegida por *copyright*, mas também licenciada sob os termos CC-BY-SA. Isto significa, portanto, que outras pessoas poderiam valer-se da obra para os mais diversos usos, inclusive comerciais, desde que atendidas as condições de atribuir créditos da imagem ao autor (BY) e disponibilizar obras derivadas com iguais condições de licenciamento (SA).

Alguns anos mais tarde, a empresa Kappa selecionou a fotografia “*Swain’s Lock*” para ser a capa do ano de 2012 de sua revista “*Montgomery County, Maryland street atlas*”, uma

revista local de mapas de estrada que é comercializada no valor de \$20 dólares. A revista deu os devidos créditos à Drauglis e sua esposa, pois a imagem havia sido postada na conta conjunta do casal. Na contracapa da revista havia a indicação: “*Photo: Swain’s Lock, Montgomery Co., MD / Photographer: Carly Lesser & Art Drauglis, Creative Commons, CC-BY-SA-2.0*”.

Quando Drauglis descobriu que sua foto estava sendo usada na capa do atlas, ele moveu uma ação contra a empresa, alegando que Kappa havia quebrado várias das condições da licença e, dessa forma, havia infringido o seu direito autoral. Os argumentos de Drauglis na corte foram de que, primeiro, o atlas era uma obra derivada de sua foto e que, pelo requerimento da condição da licença de *ShareAlike* (SA), Kappa seria obrigada a distribuir seu atlas sob a mesma licença da fotografia. Em segundo lugar, Drauglis contestou a atribuição concedida pela revista, pois, não haveria indicação de *link* URL dos termos da licença. E, finalmente, Drauglis argumentou que Kappa havia falhado em garantir a autoria porque o aviso de atribuição da fotografia não era tão proeminente como o aviso dos direitos autorais pela revista de modo geral. A Corte não acatou nenhum desses argumentos.

Em relação ao primeiro argumento, a Corte entendeu que a licença só geraria a necessidade de compartilhamento sob mesma licença nos casos de obras derivadas. E fez uma distinção entre obras derivadas e trabalhos coletivos, entendendo serem conceitos diferentes e mutuamente excludentes. A obra derivada utiliza a obra original e a modifica. Os trabalhos coletivos, por outro lado, são aqueles tais quais um periódico, uma antologia ou uma enciclopédia, nos quais a obra utilizada é inteiramente não modificada e está junto de obras de outros contribuintes, de modo que as obras em conjunto formam um outro trabalho – um trabalho coletivo. A Corte entendeu que, como Kappa utilizou a fotografia de Drauglis de maneira integral, sem maiores modificações ou alterações, e, como o atlas é em si mesmo uma compilação de mapas individuais formando um trabalho coletivo, portanto, o termo da licença de compartilhamento em iguais condições (SA) não se aplicaria.

Além disso, com relação ao segundo argumento, a exigência do URL da licença é completamente dispensável, já que a maneira como foi colocada a atribuição é suficiente para dar ciência aos termos licenciados. A Corte considerou que a própria instituição *Creative Commons* utiliza, de fato, os termos resumidos das licenças. E que bastaria uma simples busca na internet em algum dos maiores buscadores disponíveis que o primeiro *link* levaria ao sumário da licença escolhida no site oficial do *CC*.

Por fim, com relação ao terceiro argumento, a licença de atribuição e compartilhamento sob mesma licença requer que a notificação de atribuição seja exibida de maneira compatível com os créditos de autoria que aparecem em um trabalho coletivo ou obra derivada. Para a Corte, no entanto, a comparação mais adequada nesse caso não seria o aviso de *copyright* do

atlas em si, mas dos demais mapas individuais disponibilizados dentro do atlas. A Corte conclui que a atribuição das demais fotos no atlas estavam suficientemente parecidas com o tamanho da fonte e a proeminência do aviso.

CONCLUSÃO

A existência do direito autoral, hoje, se justifica em razão de interesses maiores que os meros interesses privados que lhe deram origem. Ao direito autoral cabe a importante função de harmonizar os interesses dos autores e criadores de terem seu esforço devidamente recompensado com os interesses da sociedade de acesso à educação, à cultura e à informação. Portanto, para que esta tarefa seja realizada, os direitos autorais são limitados no tempo. Assim, os novos autores e criadores tem acesso às criações das gerações anteriores, podendo contribuir e construir sobre elas.

O surgimento da internet modificou para sempre os meios de produção cultural. A facilidade e rapidez na troca de informações, na produção de conteúdo, na disseminação de ideias e cultura fez emergir um novo tipo de sociedade, a sociedade informacional. A informação se torna uma mercadoria de grande valor. Muitas práticas de compartilhamento que antes se davam em meios privados, hoje são ampliadas e podem alcançar um número infinitamente maior de pessoas, isto é, deixam de ser práticas privadas para alcançarem audiências imensas. Estas transformações na produção cultural proporcionadas pelo advento da internet têm provocado um forte desequilíbrio entre o acesso à informação e a proteção autoral.

Quando o acesso se torna excessivamente amplo e desregulado surge uma série de problemas, dentre eles, uma generalizada desconsideração da lei autoral, o que fragiliza seu caráter imperativo de dispositivo normativo. Um grande problema enfrentado pela disciplina de direitos autorais é a questão da pirataria em razão do compartilhamento de bens culturais não autorizados. A nova realidade social implica uma necessidade de se repensar o direito autoral. Pois sua não aplicação nem sempre dá por motivos ardis, às vezes a lei não se aplica por puro anacronismo.²⁰³ A noção de propriedade intelectual é calcada em uma lógica de bens culturais muito diferente da que existe hoje em razão da internet.

A reação das instituições jurídicas para enfrentar o problema tem sido, em maior parte, tentar reforçar as leis de proteção autoral. De maneira geral, os diplomas jurídicos têm adotado estratégias de punir mais e mais severamente os crimes e violações cometidos contra o direito autoral na internet. Como consequência, em contraposição à liberdade inicial proporcionada pelo mundo digital, atualmente, há um excesso de protecionismo às obras intelectuais nas redes. Isto representa uma grave ameaça à liberdade de expressão e de informação. Aos poucos, o

²⁰³ TARALLO, Adônias Dias. *A lei de direitos autorais brasileira pós-advento da Internet e das licenças Creative Commons: uma análise da Lei no 9.610/1998 e sua proposta de modernização*. Monografia, 2015, p. 43.

espaço da internet vai sendo silenciosamente comprimido, diminuindo significativamente os espaços para a criatividade e a criação.

Uma iniciativa que tenta enfrentar o problema é a instituição *Creative Commons*. A iniciativa apresenta uma proposta: “alguns direitos reservados”. O que se pretende é oferecer um caminho alternativo, uma solução criativa e conciliadora entre os dois lados opostos: os direitos autorais (“todos os direitos reservados”) e o domínio público (“nenhum direito reservado”). Deste modo, os autores têm liberdade de permitir que alguns usos de seus trabalhos sejam disponibilizados para a sociedade sem precisar abrir mão de todos os seus direitos sobre a obra. A sociedade tem sido muito receptiva a esse tipo de licenciamento, que tem se tornado cada vez mais popular, demonstrando o desejo de compartilhar conhecimento e cultura no mundo digital.

É importante destacar que as licenças *CC* são uma solução jurídica e que têm sido reconhecidas e acatadas pelas cortes judiciais internacionais. É claro que, como o instituto novo que são, sua aplicação pelas cortes ainda carece de amadurecimento. São muito poucos os casos que versam sobre *Creative Commons* que foram decididos por tribunais. Um padrão é certo, as violações às licenças têm sido interpretadas como violações aos direitos autorais, e não como meras cláusulas contratuais.

Portanto, o instituto do *Creative Commons* não se opõe aos direitos autorais, não são uma tentativa de burlar ou substituir a lei autoral. Pelo contrário, ele trabalha junto ao direito autoral, não contra. Contudo, é preciso fazer uma ressalva. O *CC* também não se propõe a resolver questões filosóficas sobre a extensão que deveriam ter os direitos intelectuais. É apenas uma ferramenta que busca oferecer um caminho alternativo, um meio termo, com o intuito de garantir uma sociedade mais livre, criativa e colaborativa.

Um tema de tamanha complexidade como é a relação entre os direitos autorais e a internet não pode ser analisado sob apenas uma perspectiva, requer um olhar atento para múltiplos fatores e por muitos ângulos. O *Creative Commons* não é a única solução e não se propõe a resolver todos os problemas que envolvem a questão. Mas é uma solução possível.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri, SP: Manole, 2009.

ATKINSON, Benedict; FITZGERALD, Brian. *A Short History of Copyright: The Gienie of Information*. Springer, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASSO, Maristela. *O Direito internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BILL GATES com PETER RINEARSON. *A estrada do futuro*. Tradução de Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOLLIER, David. *Intellectual property in the digital age*. In.: “Key Issues in the Arts and Entertainment Industry.” Oxford: Goodfellows Publishers Ltd, 2011.

Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/a90c/f9a4dac97318571cf0bd150bab0f015369d0.pdf>>.

Acesso em: 03/07/19.

BOYLE, James. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

BRANCO JR. Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação*. Sur, Rev. int. direitos human. [online]. 2007, vol.4, n.6.

_____. *O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BRASIL. Decreto nº 75.699/75. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>.

Acesso em: 08/06/2019.

_____. Lei nº 9.610/98. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>

Acesso em: 11/07/2019.

CNET. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/study-wikipedia-as-accurate-as-britannica/>>. Acesso em 25/03/2019.

COBETT, Susan. *Creative Commons Licenses: The Copyright Regime and the Online Community: Is There a Fatal Disconnect*, 74 Mod. L. Rev. 503, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CREATIVE COMMONS. Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em 04/03/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em 04/03/2019.

_____. Disponível em: <<https://mirrors.creativecommons.org/translations/lessig-letter-1-es.pdf>>. Acesso em 04/03/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/>>. Acesso 04/03/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>>. Acesso em 29/06/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#can-creative-commons-give-legal-advice-about-its-licenses-or-other-tools-or-help-with-cc-license-enforcement>>. Acesso em 03/04/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#does-creative-commons-collect-or-track-material-licensed-under-a-cc-license>>. Acesso em 03/04/2019.

_____. Disponível em: <<https://creativecommons.org/faq/#what-happens-if-i-offer-my-material-under-a-creative-commons-license-and-someone-misuses-them>>. Acesso em 03/04/2019.

CRUZ, Leonardo Ribeiro da. *Internet e Direito Autoral: o ciberespaço e as mudanças na distribuição cultural*. São Paulo. Dissertação, 2008.

EISENTEIN, Elizabeth L. *The printing revolution in early modern Europe*. New York: Cambridge University Press, 2005.

FLICKR. Disponível em <<https://blog.flickr.net/2019/03/08/update-on-creative-commons-licenses-and-in-memori-am-accounts/>>. Acesso em 27/03/2019.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral, da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. New York: Oxford Press, 2006.

GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's Commons*. 29 Colum. J.L. & Arts 1, 2005.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42557>>. Acesso em 16/03/2019.

LESSIG, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons*. 2005. Disponível em: <<https://creativecommons.org/2005/10/06/ccinreviewlawrencelessigonsupportingthecommons/>>. Acesso em 21/03/2019.

LESSIG, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on How it All Began*. 2005. Disponível em: <<https://creativecommons.org/2005/10/12/ccinreviewlawrencelessigonhowitallbegan/>> Acesso em 21/03/2019.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004. Disponível em: <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>. Acesso em 03/07/2019.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*. Tradução por Fábio Emilio Costa, 2005. Disponível em: <<https://softwarelivre.org/articles/0018/5102/lawrence-lessig-cultura-livre.pdf>>. Acesso em 03/07/2019.

_____. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001.

MAGRANI, Bruno. *Ensaio: Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias*. In.: PRETTO, NL., and SILVEIRA, SA., orgs. *Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologia do poder*. Salvador: EDUFBA, 2008.

MAGNUS, Ana Paula Medeiros. *Direito Autoral e Creative Commons: a participação do bibliotecário na promoção do acesso aberto à informação*. Monografia, 2009.

MIT EDU. Disponível em: <<https://ocw.mit.edu/terms/#cc>>. Acesso em 27/03/2019.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação, 2007.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PINTO, Rodrigo Póvoa Braule. *Lei de Direitos Autorais: pequenos trechos, grandes problemas*. Monografia, 2009.

PIXABAY. Disponível em: <<https://pixabay.com/blog/posts/pixabay-featured-on-creative-commons-search-14/>>. Acesso em 27/03/2019.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais*: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais. Dissertação, 2008.

RODRIGUES, Daniela Oliveira. *Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos*. Dissertação, 2014.

SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica*. Disponível em:

<http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>.

Acesso em 16/03/2019.

SOARES, Sávio de Aguiar. *Tutela dos direitos de autor no paradigma tecnodigital: Desafios teóricos diante da proposta hermenêutica juscivilística contemporânea*. Belo Horizonte: PUC-MG. 332 f. Tese (Doutorado em Direito Privado), 2012.

SOUZA, Beatriz Soares de. *Direito autoral e internet: novas perspectivas*. Monografia, 2017. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/17666>>. Acesso em 11/07/2019.

STACEY, Paul; PEARSON, Sarah Hinchliff. *Made with Creative Commons*. Copenhagen: Ctrl+Alt+Delete Books, 2017.

STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. 2 ed. Boston: Free Software Foundation, 2002.

THE NOUN PROJECT. Disponível em: <<https://thenounproject.zendesk.com/hc/en-us/articles/200509798-What-licenses-do-you-use->>. Acesso em 27/03/2019.

TARALLO, Adônis Dias. *A lei de direitos autorais brasileira pós-advento da Internet e das licenças Creative Commons: uma análise da Lei no 9.610/1998 e sua proposta de modernização*. Monografia, 2015. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11831>>. Acesso em 03/07/2019.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywong: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York University Press, 2001.

VERCELLI, Ariel Hernán. *La Conquista Silenciosa del Ciberespacio: Creative Commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo em internet*. Buenos Aires: 2004.

WACHOWICZ, Marcos. *O software instituto de direito autoral sui generis*. 2010. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-software-instituto-de-direito-autoral-sui-generis>>. Acesso em 16/03/2019.

WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. *Direito autoral, Criatividade e Plágio na Economia Criativa*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 06/2014.

WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. *Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual*. Congresso Nacional do CONPEDI, XV, Manaus. 2009.

WEST, Ashley. *Little Victories: Promoting Artistic Progress through the Enforcement of Creative Commons Attribution and Share-Alike Licenses*, 36 Fla. St. U. L. Rev. 903, 2009.

WIKIMEDIA ORG. Disponível em: <https://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page>. Acesso em 25/03/2019

WIKIPEDIA ORG. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons_jurisdiction_ports#cite_note-9>. Acesso em: 25/03/2019.

WIKIPEDIA ORG. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>>. Acesso em 25/03/2019.

WIPO. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=15>. Acesso em: 01/06/2019.

YALE EDU. Disponível em <<https://oyc.yale.edu/terms>>. Acesso em 27/03/2019.

YOUTUBE. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797468?hl=en>>. Acesso em 27/03/2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.