



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO AUTORAL E INTERNET: NOVAS PERSPECTIVAS

BEATRIZ SOARES DE SOUZA

BRASÍLIA

2017

BEATRIZ SOARES DE SOUZA

DIREITO AUTORAL E INTERNET: NOVAS PERSPECTIVAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: *Prof.^a Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias*

BRASÍLIA, DISTRITO FEDERAL

JULHO DE 2017

BEATRIZ SOARES DE SOUZA

DIREITO AUTORAL E INTERNET: NOVAS PERSPECTIVAS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo
Professora Orientadora

Janny Carrasco Medina, Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília
Membro da Banca Examinadora

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Doutor em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Membro da Banca Examinadora

Jorge Aranda Ortega, Doutorando em Direito na Universidade de Brasília.
Membro Suplente da Banca Examinadora

Brasília, 05 de julho de 2017

“An invasion of armies can be resisted, but not an idea whose time has come”.

Victor Hugo

“Neither the best efforts of Judge Patel – nor those of the Porsche-driving executives of the Record Industry Association of America, nor the sleek legal defenders of existing copyright law – will alter this simple fact: no law can be successfully imposed on a huge population that does not morally support it and possesses easy means for its invisible evasion”.

John Perry Barlow

AGRADECIMENTOS

Ao Brâman. Aos meus pais, Francisco e Maria do Carmo, pelo amor, cuidado e apoio constantes em todas as fases da minha vida e em todos os sentidos, e por sempre me incentivarem a estudar. São a maior inspiração e a melhor definição de coragem para mim. Com orgulho carrego a honra de ser a terceira pessoa da minha família materna, e a quinta pessoa por parte da família paterna, a se graduar em uma universidade. À minha madrinha, Ivani, cujo amor e suporte também foram fundamentais para que eu chegasse até aqui. Às mulheres que vieram antes de mim e enfrentaram o mundo bravamente: avós Maria e Valdemira. Obrigada por serem sempre o meu porto seguro.

À professora Inez, que aceitou orientar-me neste trabalho, agradeço pela paciência e pela grande ajuda, desde a definição do problema de pesquisa à seleção bibliográfica, na feitura deste trabalho. À Janny, agradeço pelas discussões e dicas de muita ajuda à uma graduanda, bem como pela revisão atenciosa.

Ao rico ambiente da Universidade de Brasília, que me proporcionou a oportunidade de viver dentro de um sonho de Darcy Ribeiro e de sonhar outros tantos, de conhecer pessoas incríveis e de crescer, acadêmica e pessoalmente.

Por fim, às minhas queridas amigas, Li e Isa, pela companhia de todos os dias, pela amizade e pelo apoio, em forma de bolo ou frases de alento, durante a realização deste trabalho e na vida. Ao Fabrizio, pelo afeto e apoio em momentos cruciais. Sem essas convivências, não estaria tão bem onde estou.

RESUMO

Este trabalho verifica quais são as alternativas pensadas até agora para equilibrar o conflito atual entre direito autoral e o ambiente da internet. Considerando a emergência do novo modelo social dos “*commons*”, que solidifica-se a partir da maior difusão da internet, vê-se que a manutenção do modelo de direito autoral vigente nos séculos passados parece não ter sido capaz de renovar a eficácia do direito autoral na era da internet. Partindo do pressuposto de um cenário de exaustão paradigmática do direito autoral tradicional, faz-se necessário prescrutar quais são os novos caminhos que estão sendo trilhados, tanto pelas cortes quanto por pesquisadores. Por fim, será feita uma análise sobre em que medida tais caminhos e decisões tomadas adequam-se às novas formas de compartilhamento que emergem da internet.

Palavras-chave: direito da propriedade intelectual; direito autoral; direito de autor; internet.

ABSTRACT

This work verifies which are the alternatives found so far to balance the current conflict between copyright and the internet environment. Considering the rise of the new social model of the “*commons*”, which was strengthened with the greater diffusion of internet, it is possible to observe that the maintenance of the actual copyright model enforced in the past centuries seems to have not been able to restore the effectiveness of copyright in the internet age. Assuming a scenario of paradigmatic exhaustion of traditional copyright, it is necessary to examine which are the new paths being developed, both by courts and researchers. Finally, it will be made an analysis on the extent to which these new paths and rulings fit to the new forms of sharing that emerge from the internet.

Key words: intellectual property law; copyright; internet.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACTA	<i>Anti-Counterfeiting Trade Agreement</i>
CC	<i>Creative Commons</i>
DRM	<i>Digital Rights Management</i>
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i>
EUA	Estados Unidos da América
HADOPI	<i>Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur internet</i>
ISP	<i>Internet Service Provider</i>
NASA	<i>National Aeronautics and Space Administration</i>
OSP	<i>Online Service Provider</i>
P2P	<i>Peer-to-peer</i>
PSI	<i>Provedor de Serviços de Internet</i>
PSO	<i>Provedor de Serviços Online</i>
PIPA	<i>Protect Intellectual Property Act</i>
RIAA	<i>Record Industry Association of America</i>
SABAM	<i>Société d'Auteurs Belge</i>
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRIPS	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
SOPA	<i>Stop Online Piracy Act</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UE	União Europeia
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 – Direitos autorais e a era digital: revisitando o problema.....	12
1.1 – Direito de autor e legislação brasileira	13
1.2 – Sistemas legais: <i>droit d’auteur</i> x <i>copyright</i>	14
1.3 – O problema da territorialidade.....	17
1.4 – Indústria cultural.....	19
1.5 – Conflitos entre autoria e os novos usos da internet	20
Capítulo 2 – Direitos autorais no ambiente digital: práticas e estudos de caso	26
2.1 – Práticas da indústria cultural.....	26
2.1.1 – RIAA x Napster (2000).....	31
2.1.2 – RIAA x Aimster (2002)	32
2.1.3 – MGM Studios e Outros x Grokster & Streamcast Networks (2003)	33
2.1.4 – SABAM x Scarlet (2010).....	35
2.2 – Casos nas redes sociais	36
2.2.1 – Casos norte-americanos (2006, 2007).....	37
2.2.2 – Caso brasileiro (2015).....	39
2.3 – Síntese	40
Capítulo 3 – Direitos autorais na internet: proposta de alternativas para a ineficácia do sistema atual	42
3.1 – <i>Creative Commons</i> (CC)	42
3.2 – Abolição do direito de autor	45
3.3 – Taxa única e gestão coletiva dos direitos autorais.....	46
3.4 – Responsabilização do provedor de internet	50
3.5 – Reforço do punitivismo	55
Capítulo 4 – Análise sobre as propostas alternativas para as questões relativas aos direitos autorais no espaço cibernético	57
4.1 – Sobre as propostas	57
4.2 – Ideias fora do Direito.....	60
Conclusão.....	64
Bibliografia	67

Introdução

A rede mundial de computadores já faz parte da vida de 51% dos brasileiros (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2016, p. 129), e de 47% das pessoas no mundo (INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, 2016, p. 187). Para àqueles que possuem acesso, torna-se cada vez mais difícil imaginar um mundo sem internet, sobretudo pela possibilidade de obter e compartilhar informações de maneira inédita em outro período da história.

Em conjunto com a explosão do acesso a informação, o fenômeno da “googleização” é cada vez mais frequente: como em um processo mitótico, a tecnologia e a internet dão origem a mais produtos tecnológicos, *apps* e mercados, favorecendo o empreendedorismo, a inovação e a criatividade. A grande quantidade de conteúdo disponível somada ao enorme número de pessoas que se conectam através da rede mundial de computadores compõe o cenário perfeito para favorecer a criação e distribuição de trabalhos criativos em proporções nunca antes vistas (SPARROW, 2010, p. 95).

Cerca de metade do tráfego de dados que circula cotidianamente na internet origina-se do compartilhamento de arquivos (TAPPSCOT; WILLIAMS *apud* VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 52). Infelizmente para os detentores de direitos, isto é um fato. O sistema de direitos autorais, como posto hoje, mesmo quando recrudescido, não tem conseguido fazer incidir sobre a internet a aplicação absoluta dos direitos autorais. Diante de nós, temos o cenário da exaustão paradigmática: a análise jurídica não mais contribui para a solução de problemas (LEMOS, 2005, p. 7), e o Direito nesse caso continua sendo uma ordem ideal sem lastro na realidade.

Partindo deste cenário de incapacidade da regulação atual, a intenção deste trabalho é investigar quais são as propostas que estão sendo pensadas, até agora, pelos juristas, para solucionar o problema, e se elas de alguma forma alinham-se com o novo paradigma social dos “*commons*”, que solidificou-se a partir da difusão da internet.

No primeiro capítulo, será detalhada brevemente a diferença entre os dois sistemas legais de direitos autorais, o panorama brasileiro de direitos autorais, o tema da jurisdição aplicável à questão no direito internacional privado e a incompatibilidade crescente entre a lógica anterior da propriedade intelectual, particularmente em relação às criações não-industriais, e o sistema de compartilhamento promovido pela Internet. Neste capítulo também

serão apresentados outros conceitos importantes para o entendimento do trabalho, como os de indústria cultural e uso legítimo (“*fair use*”).

Em seguida, no segundo capítulo, serão abordados casos emblemáticos de litígios acerca dos direitos de autor, movidos especialmente pelos participantes da indústria cultural, com a intenção de observar quais e como as decisões sobre o assunto foram tomadas em várias jurisdições (EUA, União Europeia e Brasil). No contexto da globalização, as decisões e atos normativos a respeito de um fenômeno global como a internet certamente também terão impacto global, de forma que é interessante ver como os tribunais tem decidido a respeito – já que a decisão tomada em um país poderá servir como fundamentação para decisões tomadas em outro. Isto de fato acontece, como se verá neste segundo capítulo.

Considerando que os EUA são o país de origem da internet (e logo, os primeiros a propor formas normativas), e a relevância econômica da indústria cultural (e de outros setores que lidam com o direito autoral) norte-americana (os segundos maiores exportadores de bens culturais), entendo ser apropriado analisar mais detidamente as tentativas que a referida indústria tem realizado de controle sobre os direitos patrimoniais dos autores, bem como verificar quais decisões foram adotadas por aqueles tribunais em relação ao tema (SPARROW, 2011, p. 75; LEMOS, 2005, p. 41; UNESCO, 2016, p. 33)

No terceiro capítulo serão abordadas as alternativas encontradas e as principais propostas criadas até então que procuram a compatibilização dos direitos autorais com o ambiente cibernético – são elas, a saber, i) a iniciativa *Creative Commons*; ii) a abolição do direito autoral; iii) o sistema de taxa única para remuneração/gestão coletiva dos direitos autorais; iv) a responsabilização dos provedores de serviços de internet e por fim v) o reforço do punitivismo para os crimes de direitos autorais.

Ao final, no quarto capítulo, proceder-se-á à análise das saídas encontradas e dos casos debatidos, a fim de verificar se tais propostas incorporam ou não o pressuposto dos novos fundamentos sobre os quais deveria se assentar o direito de autor na era digital, e se são factíveis ou não a partir dos resultados por elas produzidos até agora. Neste capítulo também será discutida a possibilidade de uma maior compatibilização entre direito autoral e internet ocorrer fora do Direito, através de medidas econômicas e/ou novos modelos de negócios promovidos pela iniciativa privada.

Não é a intenção do presente trabalho tentar encontrar “soluções” jurídicas – se é que são possíveis – já que há e ainda haverá muito debate sobre qual será de fato o melhor caminho a ser adotado na internet para a proteção do direito autoral.

Capítulo 1 – Direitos autorais e a era digital: revisitando o problema

É bastante óbvio o impacto que internet teve sobre os direitos de autor. As obras passaram dos suportes físicos para os meios virtuais, e se antes da popularização do computador era possível distinguir uma cópia da obra original, tal tarefa tornou-se quase impossível em virtude da facilidade para a cópia e a rápida difusão proporcionada pela internet (BRANCO, 2007, p. 3).

Se a globalização gerou a homogeneização geral dos mercados de comércio, também a gerou sobre o mercado de bens culturais (BRANCO, 2007, p. 48). Isto tem impacto direto sobre os direitos autorais, já que a mundialização da cultura (ou a sua standardização) (BARBERO, 2002, p. 7) exige uma resposta minimamente mais uniforme dos direitos autorais. Graças ao próprio caráter global e ubíquo da internet, o fenômeno passou a acontecer com força redobrada. É importante destacar, portanto, que dentro do contexto da globalização as decisões e atos normativos a respeito de fenômeno de tamanha escala como a internet certamente terão impacto global. Desta maneira, é natural que a decisão tomada em um país possa servir como base para decisões tomadas em outro – sobretudo tratando-se de tema relativamente recente, sobre o qual não exista nenhum precedente ou legislação nacional (LEMOS, 2005, p. 41). Um exemplo da jurisdição brasileira será tratado mais adiante.

Fato é que a postura média que se tem adotado na rede é a de violação diária aos direitos de autor: cotidianamente, há o download de livros, filmes, CDs e músicas – e tais fatos são socialmente aceitos. Isto explica porque alguns pesquisadores preveem a morte do direito autoral em um futuro próximo, ou até mesmo declaram que este já tenha morrido (VAIDHYANATHAN, 2005, p. 183; DENICOLA, 2000, p. 194; LUNNEY, 2001, p. 814). Outros, no entanto, encaram a situação como o ápice do acesso à cultura e à produção intelectual, que poderiam trazer consigo consequências positivas (BRANCO, 2007, p. 4). Ainda não é claro qual das duas visões prevalecerá no futuro.

Para prosseguir no desenvolvimento do capítulo, faz-se necessário delimitar o que será considerado direito de autor e estabelecer distinções relevantes entre o sistema do direito de autor e o sistema do *copyright*. A seguir, serão tratadas as disposições sobre o tema na lei brasileira e o problema da jurisdição quando os direitos autorais entram no domínio da internet. Por fim, será tratado o conceito de indústria cultural e detalhado o conflito entre o direito autoral e os usos atuais da internet.

1.1 – Direito de autor e legislação brasileira

O direito da propriedade intelectual é uma área que se subdivide em dois grandes ramos: o direito autoral, que poderia ser inserido no estudo do direito civil, e a propriedade industrial, por sua vez inserida no âmbito do direito empresarial. Este último refere-se a criações utilitárias ou procedimentos intelectuais que possuam aplicação industrial, como marcas, patentes, desenhos industriais, modelos de utilidade, entre outros (LIPSZYC, 1999, p. 23; CTS FGV-RIO, 2011, p. 30). A propriedade industrial no Brasil é disciplinada pela Lei nº 9.279 de 1996.

O direito autoral, por sua vez, cuida das demais criações do espírito, como trabalhos literários, científicos, teatrais, musicais e audiovisuais de todo o gênero (LIPSZYC, 1999, p. 48). O que a diferencia da proteção conferida à propriedade industrial é que, nesta área, não há nenhuma intenção de resolver problemas técnicos, mas apenas a de proteger obras que estimulem a emoção, o encantamento e outras manifestações que decorrem da apreciação da arte de forma geral (CTS FGV-RIO, 2011, p. 30).¹ O direito autoral no Brasil é disciplinado pela Lei nº 9.610/1998.

A doutrina de modo geral entende que o direito autoral é dividido em direitos morais e direitos patrimoniais (BRANCO, 2007, pp. 29, 129; LIPSZYC, 1999, p. 53; 58). A primeira parte diz respeito ao que liga o autor à sua obra; como exemplos, esta categoria abarca o direito à reivindicação da autoria, o de ter seu nome publicamente indicado como autor, entre outros direitos que derivem do reconhecimento da autoria. São juridicamente considerados como direitos da personalidade, e por isso são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, como reconhece o artigo 26 da Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº 9.610/1998).

Já os direitos patrimoniais são aqueles que provêm da utilização econômica da obra, ou as prerrogativas que nascem com a sua criação, como a reprodução, edição, adaptação, tradução, distribuição, entre outras atividades que dependem de autorização do autor para acontecerem (BRANCO, 2007, p. 30). Estes últimos, por serem vistos como direitos de propriedade, são considerados alienáveis e penhoráveis, mas diferentemente do direito de propriedade tradicional, não são eternos, já que para este tipo especial de propriedade incide a previsão do domínio público.

Portanto, a menção ao direito de autor está neste trabalho relacionada mais especificamente aos direitos patrimoniais que dele decorrem, já que os direitos morais são

¹ Há uma exceção à dita intenção de proteção do direito autoral: a proteção conferida ao software, forma que certamente se aproxima mais da propriedade industrial do que do direito de autor. Aplica-se ao software a Lei de Direitos Autorais brasileira subsidiariamente, em relação ao que não está previsto na sua lei específica de proteção (Lei nº 9.609/1998) (CTS FGV-RIO, 2011, pp. 36-37).

intuitivos para a maioria das pessoas e por isso acredita-se que são mais observados, ou ao menos, que não há resistência em acatá-los em caso de descoberta de violação (BRANCO, 2007, p. 192), o que (idealmente) não mudou radicalmente com a popularização da rede mundial de computadores. Apesar da internet também favorecer a reprodução sem indicação dos autores, acredito que esta não alterou o substrato moral da ideia de que um autor deve ter seu nome ligado à sua própria obra; no máximo, o paradigma dos “*commons*” (que será explorado a seguir) expandiu a ideia de autor por ampliar o número de pessoas que podem ser consideradas autoras.

Adicionalmente, é importante destacar que o presente trabalho limitará suas preocupações com o direito autoral, estando excluídas, portanto, a propriedade industrial e outras formas de proteção *sui generis*, que, excetuando a proteção à marca e às bases de dados, pouco foram prejudicados com a popularização da Internet. Por fim, é importante destacar que o direito brasileiro incluiu o software sob o regramento do direito de autor, conforme preveem a Lei nº 9.609/1998 em seu artigo 2º e o Acordo TRIPS (do original “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”), tratado multilateral ratificado pelo Brasil, em seu artigo 10.1 (MEDEIROS, 2017, p. 245).

1.2 – Sistemas legais: *droit d’auteur* x *copyright*

Há duas formas de se entender direitos de autor: uma vinculada à tradição anglo-americana, ligada ao sistema do “*common law*”, que adotou o termo “*copyright*”, e outra ligada à tradição romano-germânica e ao direito europeu continental, à qual deu-se o nome de “*droit d’auteur*”. Ainda que haja um processo em curso de gradual aproximação entre os dois sistemas, com a edição da Convenção de Berna, do Acordo TRIPS e de outros instrumentos internacionais uniformizadores das leis de propriedade intelectual (LIPSZYC, 1999, p. 47), entendo ser relevante distinguir os dois sistemas para evitar confusões conceituais, especialmente quando se proceder à análise dos casos e das propostas para solucionar o impasse entre autores e internet oriundos do sistema do *copyright*.

O *copyright* surgiu através do Estatuto de Ana, rainha da Grã-Betanha em 1710, e foi a primeira lei a regular direitos autorais no mundo. Foi adotado nos países pertencentes à tradição do “*common law*”, e privilegia basicamente a atividade de exploração comercial dos trabalhos criativos (LIPSZYC, 1999, p. 47). O *copyright* também entende como autores atividades de organização que não envolvem criação intelectual, como o trabalho que realizam produtores (musicais e cinematográficos), rádios, companhias distribuidoras de TV à cabo e

editoras (LIPSZYC, 1999, p. 48), de forma que, por exemplo, em trabalhos criados dentro de um vínculo de emprego ou comissionados, o empregador, comitente ou produtor é a pessoa considerada detentora do *copyright*, sejam eles pessoas jurídicas ou físicas. Isto significa dizer que o *copyright* admite atribuição de autoria para atividades relacionadas à exploração industrial dos trabalhos (LIPSZYC, 1999, pp. 51-52).

Já os países de tradição romano-germânica adotaram o sistema do *droit d'auteur*, originado nas assembleias constituintes da Revolução Francesa, que é mais individualista por prever e privilegiar o direito do autor como direito inalienável, intransferível e pessoal da pessoa física criadora, concedendo a ela o poder de controlar os usos e demais explorações decorrentes da sua obra; esta constitui a sua criação intelectual original e individual. Logo, no sistema europeu-continental, a autoria é exclusiva da pessoa que criou a obra, e apenas excepcionalmente é atribuída a outras pessoas. A isto, mais tarde, convencionou-se chamar de direitos morais. Foi o sistema adotado pelos países ibero-americanos e por alguns países da África e do Leste Europeu (LIPSZYC, 1999, p. 48).

Em síntese, em comparação com o sistema *droit d'auteur*, o escopo do sistema do *copyright* é mais limitado em relação aos direitos pessoais que assegura ao autor, e mais extensivo com relação às obras que podem gozar de proteção (como mencionado antes, este último inclui, além das obras tradicionais, fonogramas, transmissões por radiodifusão e programas de TV à cabo) e às pessoas que podem ser consideradas detentoras de direitos (empregadores, distribuidores e produtores, por exemplo) (LIPSZYC, 1999, p. 48).

Isto não significa que no sistema do *copyright* atualmente não existam direitos morais, ou que no sistema do *droit d'auteur* os direitos patrimoniais não possam ser cedidos; o que muda é tão somente o foco para diferentes tipos de direitos (TARALLO, 2015, p. 25).

Os direitos morais são protegidos em todos os países em maior ou menor grau; a diferença em relação aos dois sistemas reside no fato de que – ao menos inicialmente – no *droit d'auteur*, estes estão regulados no corpo das leis de propriedade intelectual, enquanto que no sistema do *copyright* tais direitos estão na jurisprudência das cortes, e não codificados por escrito (LIPSZYC, 1999, pp. 53-54).

Também os direitos patrimoniais estão previstos em ambos sistemas legais – aqueles que preveem que o autor pode, por si mesmo ou por intermédio de terceiros por ele autorizados, permitir a exploração econômica da obra, de forma a controlar as condições envolvendo o uso da sua criação. Neste aspecto, a diferença está no fato de que no sistema europeu-continental, os usos possíveis da obra estão previstos na lei, mas não são por ela limitados; qualquer forma

possível de utilização estará sujeita ao controle do autor, enquanto as exceções ao uso são específicas e restritas às previstas em lei.

Já no sistema do *copyright*, os direitos de exploração da obra restringem-se aos previstos em lei, enquanto as limitações podem ou não ser gratuitas a depender do uso que se faz da obra – ou seja, se é possível encaixá-lo no conceito de “uso justo” ou não. Para fins educacionais e informacionais, são permitidos o uso público, incluindo a reprodução integral, sem que seja necessário requerer autorização ao autor ou ao detentor de direito. Para outros usos, o sistema estabelece licenças não-voluntárias, que podem ser compulsórias ou legais; no primeiro tipo, a remuneração pelo uso não é fixada, ao passo em que no segundo tipo a remuneração é previamente fixada por lei (LIPSZYC, pp. 58-59). No entanto, ainda que no sistema do *copyright* haja previsão de licenças compulsórias, entende-se que o uso pessoal de maneira gratuita é mais aceito neste sistema, já que há a previsão do “uso justo” (“*fair use*”), que é mais abrangente (LIPSZYC, 1999, p. 60).

Relevante explicar neste momento o que se entende por “*fair use*”. Originalmente criado nos EUA mas presente em outras legislações, o conceito de uso justo é basicamente uma exceção aos direitos autorais permitida em razão da finalidade social da destinação do material, desde que não haja intenção de lucro. Para definir se um determinado uso de uma obra pode ser considerado “*fair use*” na legislação norte-americana, são levados em consideração quatro fatores: i) propósito e natureza do uso (fim comercial, lucrativo, educativo, etc.); ii) natureza da obra; iii) quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global e iv) incidência da utilização sobre o mercado atual ou potencial da obra (BRANCO, 2007, pp. 71-72). Exemplos clássicos de usos cobertos pelo “*fair use*” nos EUA são as cópias privadas não comerciais de CDs ou, como citado acima, cópias de trechos de livros para finalidades educativas.

Importante destacar que no sistema do *droit d’auteur* também há a previsão do uso justo, mas este é fixado em um rol de condutas taxativas (como acontece no Brasil), de forma que o uso deve estar previsto na lei para que seja considerado justo. Já o sistema do *copyright* é mais maleável por possuir critérios abertos que avaliam a natureza do uso concreto da obra caso a caso; o entendimento do que é “*fair use*” é construído doutrinaria e jurisprudencialmente (BRANCO, 2007, p. 72).

Por fim, há um detalhe importante em relação às formalidades necessárias para a constituição do direito. No sistema do *droit d’auteur*, o direito autor origina-se com a própria criação do trabalho e não exige nenhuma formalidade adicional para ser considerado válido. Outrora, o sistema do *copyright* previa a adoção de formalidades, mas com a adoção generalizada da Convenção de Berna, que adota o critério da proteção automática (a obra passa

a não estar sujeita à nenhuma formalidade para ser protegida), alguns desses sistemas, como os EUA, não fazem mais tal exigência (LIPSZYC, 1999, p. 60).

O presente trabalho adota como equivalentes os termos “direito de autor” e “*copyright*”, por entender que a internet teve impacto similar em ambos os sistemas, pendendo um pouco o equilíbrio para o sistema do *copyright* em razão da maior amplitude do conceito de autoria, o que gera como consequência potencial um maior número de autores ofendidos por violações de seus direitos na internet.

1.3 – O problema da territorialidade

A jurisdição aplicável aos problemas de violação do direito de autor é problemática, já que a atividade exercida pela internet não se restringe a um único território e pode acontecer em qualquer lugar do mundo (LOPES; CARRASCO, 2016, p. 7²). Basta considerar as suas características – imaterialidade, extraterritorialidade, facilidade de circulação de bens culturais, instantaneidade na transmissão de dados – para perceber que o princípio predominante no direito internacional privado da *lex loci protectionis* não é eficaz para a proteção dos direitos autorais neste meio. A ubiquidade da internet faz com que uma violação de direito de autor possa ter repercussão global (LOPES; CARRASCO, 2009).

Uma outra dificuldade reside no próprio caráter da internet e dos serviços que se difundem através desta, que podem dificultar a determinação do domicílio do “infrator” de direitos autorais – o que, por sua vez, pode ser uma grande barreira para situações de processos transnacionais por violação desses direitos (DE MIGUEL ASENSIO, 2015, p. 12).

O Brasil entendeu que aplica-se a lei brasileira a tais violações. O país exige autorização prévia para o funcionamento de sociedades estrangeiras, sob condições convenientes fixadas pelo Poder Executivo (art. 1.134 do Código Civil Brasileiro); após a aprovação, estas passam a se sujeitar à lei brasileira, e logo, também no que se refere ao direito autoral. Embora continuem a ser empresas transnacionais, aplicam-se a elas as regras da sociedade limitada, dispostas no Código Civil, bem como as demais leis brasileiras em relação aos atos praticados no Brasil (LOPES; CARRASCO, 2016, p. 10, p. 13).

A respeito da competência para processar e julgar ações, o Código brasileiro de Processo Civil de 2015 prevê, em seu artigo 21, três hipóteses de atração de conflitos para a esfera nacional. São elas: i) quando o réu estiver domiciliado no país; ii) quando a obrigação tiver de

² O artigo escrito pelas pesquisadoras citadas ainda não foi publicado.

ser cumprida no Brasil ou iii) quando haja fundamento da ação em fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. O parágrafo único do referido artigo acrescenta que, para efeito de domicílio no país, considera-se também a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal, o que reforça a ideia de que a maioria das ações de violação de direitos autorais será atraída para a jurisdição brasileira.

Portanto, é possível concluir em relação ao Brasil que, para as violações praticadas por usuários domiciliados no país, e tendo a empresa/autor filial/agência no Brasil, será naturalmente competente a justiça brasileira para a apreciação da questão. Um exemplo da fixação de tal entendimento pelas cortes brasileiras vem do Superior Tribunal de Justiça (Inquérito nº 784/DF), ocasião em que a Corte Especial do STJ confirmou o entendimento de que empresa estrangeira instituída no Brasil submete-se obrigatoriamente à jurisdição brasileira (LOPES; CARRASCO, 2016, p. 12).

De fato, a opção brasileira não diverge da tendência geral no direito internacional privado em matéria cibernética, que é a de atração dos conflitos (incluindo violações aos direitos de autor) para a esfera das jurisdições nacionais. Isto faz sentido quando se considera que, apesar da tendência crescente de uniformização com a edição de tratados e acordos internacionais, cada país tem suas previsões quanto às limitações e exceções ao direito de autor, que por sua vez também variam de acordo com o sistema no qual baseia-se (*droit d'auteur* ou *copyright*) e com o grau de desenvolvimento dos países (LOPES; CARRASCO, 2009).

Cabe notar, no entanto, que as jurisdições nacionais enfrentam resistência por parte das grandes empresas do setor da internet, já que geralmente as principais diretrizes das mesmas são pensadas e realizadas no país-sede da sociedade (LOPES; CARRASCO, 2016, p. 10). Além da possibilidade de estas poderem entrar em conflito com as leis da jurisdição aplicável, seja esta qual for, tais empresas costumam evitar ao máximo a submissão às jurisdições estrangeiras (LOPES; CARRASCO, 2016).

Uma vantagem na permissão da concentração de processos contra um mesmo suposto infrator de direitos de vários Estados em uma mesma jurisdição seria a de promover economia processual e mais eficácia na resolução das controvérsias; no entanto, além da ideia esbarrar em questões de soberania, a deslocalização do dano sofrido pelo detentor de direitos autorais dificulta a determinação, pela corte de um país, da extensão dos danos sofridos pelos outros países. A eficácia de possíveis medidas de constrição das práticas violadoras também é questionável, diante do seu inerente caráter territorial e do alcance global das violações de direitos autorais na internet (DE MIGUEL ASENSIO, 2015, pp. 6;12).

Por fim, entendo que, se por um lado a harmonização internacional das regras de direito internacional privado quanto ao assunto seria positiva para a efetividade das normas de direito autoral, por outro lado poderia gerar uma abertura para decisões díspares entre os países ou uma supressão da cultura jurídica de cada país em detrimento de um país “atrativo” dos conflitos, já que cada jurisdição tem suas limitações e exceções ao direito autoral, que variam de acordo com sua cultura e sistema legal. No entanto, um sistema que permitisse decisões díspares teria pouco impacto prático, atualmente.

1.4 – Indústria cultural

É necessário fazer uma apertada síntese do conceito de indústria cultural, já que este será um termo bastante utilizado no decorrer do trabalho para identificar os protagonistas da batalha travada entre o atual uso da internet e os direitos autorais, como se verificará no segundo capítulo.

O conceito surgiu a partir das formulações de Adorno e Horkheimer, representantes da Escola de Frankfurt, como uma crítica marxista do processo de mercantilização feito pela classe dominante. Era uma crítica profunda ao processo de industrialização e serialização da cultura, que havia perdido o seu caráter político e passada a ser feita para as massas com o único propósito de entretenimento. Não era um fenômeno social de produção de cultura, mas sim de estandardização, de produção de puro entretenimento para as massas com o fim de criar referências midiáticas que terminariam por perpetuar e reproduzir a ideologia capitalista (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, pp. 101-104).

A partir da década de 60, a noção de desenvolvimento econômico passou a incluir o capital humano como seu elemento constitutivo, e pouco a pouco passou a considerar a cultura como elemento chave da economia. O conceito de Adorno e Horkheimer passou a ter novos significados e usos no final da década de 70 e 80, quando organismos internacionais como a UNESCO passam a usar o termo “indústrias culturais”, no plural, para diferenciá-lo do termo original; alguns trabalhos na sociologia (Bernard Miège) também procuravam se distanciar da visão negativa que possuía o conceito original (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, pp. 110-111).

Tal concepção, pouco a pouco, foi tomando uma forma positiva. Destacava-se a possibilidade das indústrias culturais de, através da sua base criativa e da facilidade em gerar valor agregado, poder trazer benefícios culturais e servir como elemento de transformação econômico e até mesmo urbano. Esta forma introduziu-se nas agendas políticas nas décadas de 80 e 90. A indústria cultural era capaz de converter o patrimônio cultural de um lugar em marca,

em um imaginário que procurava converter-se em fluxo de dinheiro para o setor do turismo (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, pp. 112-114).

Este foi um dos exemplos da culturalização da economia, processo no qual a indústria cultural passou a ser vista como “novo setor estratégico da produção de valor”, posicionando a criatividade – a base das indústrias culturais – em um lugar de destaque na economia. Esse fenômeno concretizou-se através de programas governamentais que prometiam adotar um papel ativo na promoção deste setor da economia através do fomento e da proteção da propriedade intelectual (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, p. 113).

O melhor exemplo de institucionalização pelos governos das indústrias criativas está em um relatório de 1998 do Departamento de Cultura, Mídia e Esporte do Reino Unido chamado Força Tarefa das Indústrias Criativas (do original “*Creative Industries Task Force*”), que estabeleceu os planos e as estratégias a serem adotados pelas políticas públicas do Reino Unido para favorecer o desenvolvimento desta indústria. O relatório trouxe um conceito mais amplo para definir indústrias culturais: “são aquelas baseadas na criatividade individual, nas habilidades e no talento. Também são aquelas que tem potencial de criar riqueza e emprego através do desenvolvimento da propriedade intelectual” (tradução livre do espanhol; *apud* MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, p. 114).

Vê-se, portanto, que este conceito abrange não apenas as indústrias artísticas tradicionais – a indústria musical, cinematográfica, editorial – mas também faz caber outras indústrias “novas” como a de produção de softwares. Além disso, deixa claro que a proteção dos direitos autorais atualmente está ligada ao poder de mercado em certos contextos (LOPES; CARRASCO, 2009). Deixando de lado todas as críticas possíveis ao conceito (por exemplo, a equiparação entre grandes, médios e pequenos produtores de cultura), o presente trabalho estará fazendo referência a este conceito quando a expressão indústria cultural, no plural ou no singular, for utilizada.³

1.5 – Conflitos entre autoria e os novos usos da internet

A tecnologia recente nos últimos 20 anos alterou profundamente a relação das pessoas com a mídia que consumiam. Com a internet, as pessoas antes localizadas na ponta final da cadeia produtiva do entretenimento passaram a poder produzir conteúdo e a ser formadores de

³ No Brasil a indústria cultural é relativamente recente, tendo desenvolvido-se em 1930 e evoluindo a partir de 1960 com a ditadura militar. A radiodifusão e o mercado editorial ao longo do tempo perderam espaço com a popularização da televisão, que em razão da sua difusão (94.2% de presença no território brasileiro) continua sendo o ramo mais forte da indústria cultural brasileira (FACCHINI, 2011, p. 34).

opinião. Basta notar o fenômeno dos blogueiros, “youtubers” e outros produtores de conteúdo (acompanhados de um número notável de seguidores) que surgem e mantêm-se através das redes sociais. É cada vez mais frequente produzir e consumir cultura sem ter que envolver-se, nem mesmo indiretamente, com gravadoras, editoras ou outros tipos de empresas do ramo da indústria cultural, dada a facilidade com que atualmente é possível copiar, modificar e compartilhar trabalhos, próprios ou alheios (BOILLER, 2011, p. 1).

Lipszyc (*apud* LOPES; CARRASCO, 2009) aponta que o direito autoral passou por várias fases na era digital. Na primeira fase, não era necessária a incidência do Direito, já que a internet era apenas uma conexão entre instituições governamentais e científicas (época da ARPANET). Com a expansão do seu alcance, passou-se para um segundo momento em que o Direito poderia passar a incidir, já que a rede ligava-se aos direitos fundamentais de livre expressão e comunicação pública. Por fim, na terceira etapa, o incremento das possibilidades de uso da internet fez surgir os primeiros tratados internacionais e regulações, como os tratados da OMPI sobre Interpretação e Execução de Fonogramas e sobre Direito de Autor (do original em inglês, respectivamente “*WIPO Performances and Phonograms Treaty*” (WPPT) e “*WIPO Copyright Treaty*” (WTC). Lopes e Carrasco acrescentam uma quarta etapa na qual o foco seria o de estabelecer uma abertura para o domínio público na rede, harmonizando os direitos autorais e a sua função pública de retorno do conhecimento à sociedade, até mesmo como forma de produzir alguma efetividade no ambiente virtual (LOPES; CARRASCO, 2009).

Com o advento da internet, também solidificou-se o conceito de “*commons*”. Este é um conceito-palavra que comporta muitas traduções. Pode significar “comum”, “produção” ou “espaço comum”; a ideia de coletivo oposta contra o particular; o trabalho de uma comunidade versus o trabalho de um indivíduo (SILVEIRA, 2007, p. 49). No contexto cibernético, o conceito passou a abarcar também um novo tipo de arranjo institucional, no qual nenhuma pessoa individualmente considerada tem o controle exclusivo de um recurso particular; os recursos são governados pela própria comunidade, e podem ser utilizados por todos que pertencem a ela (BENKLER, 2003, p. 6).

Apesar de sempre terem sido presentes na vida humana tanto como bens (praças, ruas, fórmulas matemáticas, receitas culinárias, domínio público são exemplos de bens *commons*⁴) ou processos colaborativos, a internet deu impulso à uma nova forma de organização social em que uma comunidade de pessoas define o acesso, uso e alocação dos bens “*commons*” sem

⁴ Lemos define-os, enquanto bens, como *res commune*, ou seja, bens “não sujeitos ao controle específico de ninguém ou nenhuma entidade”, elementos livres (LEMOS, 2005, p. 12).

envolver dinheiro, contratos ou outras características que poderiam estar presentes no mercado como o conhecemos (BENKLER, 2006, p. 3; BOILLER, 2011), formando espaços públicos de uso comum (LEMOS, 2005, p. 17). Exemplos deste tipo de organização são a Wikipedia e a comunidade que originou-se a partir dos “*open source softwares*”, ou programas de código aberto, como o sistema operacional Linux.

Essa autoorganização descentralizada certamente gera complicações para uma indústria centralizada na exclusividade e controle quanto a indústria cultural, já que os conteúdos produzidos na web podem competir com o mercado comercial (BOILLER, 2011, p. 2). A tendência geral, no entanto, é a de que os modelos baseados no conteúdo gerado pelo usuário possam por sua vez criar novos modelos de negócios, baseados em plataformas abertas e acessíveis a todos (BOILLER, 2011, p. 2).

BOILLER (2011, p. 5) aponta que o regime de direito de autor funcionava muito bem quando as criações dos autores eram fixadas em suportes físicos, como no vinil, em um filme ou um bloco de papel: o compartilhamento era limitado pelo próprio material e quando acontecia, era geograficamente mais restrito. Todavia, com a chegada da internet, a obra tornou-se imaterial (LOPES; CARRASCO, 2009). Copiar e compartilhar material protegido por direitos autorais para o formato digital tornou-se muito mais fácil através das plataformas abertas (tradução livre de “*open platforms*”) e mais barato, o que alterou o equilíbrio na relação de forças dentro do campo do direito de autor.

Isto porque a internet permite o compartilhamento desses materiais por custos muito mais baixos do que os das mídias convencionais. A rádio e a televisão, por exemplo, podem ter custos muito altos, já que exigem gestão empresarial e capital (um lugar físico, funcionários, licitações e concessões públicas de canais, etc.) e oferece poucas opções de conteúdo para audiências gigantescas. Nestes meios, algumas pessoas detém o poder de determinar as escolhas das poucas opções de conteúdo a serem oferecidas à mesma; em razão da própria massa de consumidores, tais mídias passaram a ter grande poder de mercado e influência cultural. (BOILLER, 2011, p. 7).

A internet inverteu esse esquema de coisas ao permitir que indivíduos isolados se reunissem em um mesmo ambiente para criar, curar e compartilhar o próprio conteúdo que geravam, através de blogs, redes sociais, enciclopédias, comunidades de jogos online e outros. Dessa forma, os usuários da internet são capazes de encontrar e criar a própria produção cultural sem o auxílio de qualquer ferramenta de mercado (fixação de preços, contratos ou estruturas corporativas) (BOILLER, 2011, p. 7). À essa forma de agir cooperativo e descentralizado deu-se também o nome de “*commons*” (BENKLER, 2006, p. 8; BOILLER, 2011, p. 7). Na rede

mundial de computadores, os usuários tem papel ativo na produção e distribuição do conhecimento; podem ser criadores e geradores de conteúdos sujeitos à proteção do direito autoral (LOPES; CARRASCO, 2009).

Os sistemas de produção em redes abertas permitem a autoorganização de comunidades que criam por elas mesmas regras próprias para uso e controle dos recursos, que podem ser variados – desde um código-fonte compartilhado entre hackers, passando pelos documentos vazados da organização transnacional “*Wikileaks*” e culminando nos projetos financiados pela NASA, que recruta milhares de voluntários online para que classifiquem as crateras de Marte a partir das fotos enviadas pela sonda Viking (já tendo sido classificadas mais de 1.127.430 crateras) (BOILLER, 2011, p. 8; LEMOS, 2005, p. 82).

De todo o exposto, conclui-se, que contrariamente à crença estabelecida de que a produção de valor econômico exige dinheiro e mercado, este pode surgir de redes de relação e cooperação em larga escala. Como Benkler aponta, é uma nova forma de organização econômica “que não se filia à dualidade empresa/mercado” (*apud* LEMOS, 2005, p. 80). Boiller (2009, p. 122-144; 2011, p. 8) deu o nome de Grande Mudança de Valor (tradução livre de “*Great Value Shift*”) a esse novo paradigma de produção online, onde o acesso por todos a um trabalho coberto pelo *copyright* pode gerar mais valor do que a exclusão do uso tradicionalmente promovida pela mesma ferramenta.

VAIDHYANATHAN (2005, p. 8) resumiu de maneira precisa e brilhante a nova maneira de pensar que surgiu a partir da internet dizendo que a única coisa pior do que ser “sampleado”⁵ na internet é não o ser. Ou seja, no ambiente da Internet, quanto mais um conteúdo é acessível, compartilhado e circulado pela rede (e não protegido como propriedade privada), mais valor ele possui ou gera. A riqueza na Internet, portanto, obedece a regras diversas da do mercado tradicional, porquanto é um “valor socialmente criado”, necessariamente compartilhado e que frequentemente não envolve transações em dinheiro (BOILLER, 2011, p. 8). Anda no mesmo sentido a afirmação de Lemos (2005, p. 183) de que muitas vezes permitir a distribuição de música através de licenças como o *Creative Commons* é a melhor forma de remunerar artistas através de seus produtos conexos – shows, vídeos, etc. – porque, quanto mais conhecido é um artista, maior será o consumo desses produtos.

Os exemplos que ilustram tal tese são variados. O valor de uma obra cresce quando frequentadores de um fórum online desenvolvem um código-fonte para um software,

⁵ “Sample” é o nome que se dá a pequenas amostras de algo; na música, é uma prática recorrente em alguns estilos, que consiste em pegar excertos de uma obra para inserir em outra.

aumentando sua utilidade e eliminando bugs; é cada vez mais evidente que o valor de uma música ou vídeo cresce quanto mais remixado e compartilhado na rede ele é, já que com o aumento da exposição pública, aumentam também as vendas no mercado tradicional; o valor de livros e artigos acadêmicos também aumentam ao serem mais facilmente descobertos e citados, ampliando o prestígio do autor e a troca de ideias no meio acadêmico (BOILLER, 2011, p. 8). Outros exemplos serão dados no decorrer deste trabalho.

Não é uma surpresa o fato de que todas as estruturas de produção baseadas no direito de autor não estavam preparadas para lidar com a mudança estrutural causada pelo modelo “*commons*”, que se distanciou completamente da lógica tradicional justificadora da propriedade intelectual e criou uma nova forma de organização econômica. Também o Direito não estava preparado. Neste campo, é possível notar a ocorrência do fenômeno descrito na sociologia jurídica como exaustão paradigmática – o Direito mantém seu caráter ideal, mas desconecta-se da realidade por insistência em um raciocínio que não mais se aplica:

Trata-se do esvaziamento das categorias forjadas pela doutrina jurídica do século XIX, de racionalidade primordialmente lógico-formal, levando ao esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos na solução de problemas normativos. Assim, a ordem jurídica torna-se um conjunto normativo ideal, contraposto a uma desordem real, derivada da incompatibilidade entre tipos de racionalidade distintos que se formam com certa autonomia no âmbito de diferentes instituições sociais. A dogmática jurídica, ao tentar conciliar essas incompatibilidades, esses conflitos de interesse e embates entre diferentes perspectivas de mundo, acaba valendo-se, para tanto, de uma racionalidade lógico-formal. Por isso, torna-se arremedo de um monólogo sem ouvintes, ou acaba por produzir resultados completamente contrários ao seu substrato axiológico. (LEMOS, 2005, p. 7)

Em síntese, se verá a seguir que o direito de autor aplicado como no passado não tem servido para aumentar o conhecimento disponível a todos, mas sim para limitar artificialmente a circulação de ideias na era digital. A intenção que está por trás do conceito de domínio público – a de permitir que a obra seja utilizada por autores e criadores no futuro, devolvendo à sociedade o privilégio que lhes foi concedido – também tem se perdido quando se nota, por exemplo, a extensão cada vez maior dos prazos de monopólio que são concedidos aos autores nos EUA. Perdeu-se de vista a função do direito de autor, que não é apenas a de remunerar o autor da obra, mas sim avançar o conhecimento público e a cultura como um todo (BOILLER, 2011, p. 4).

Apesar disso, a mudança gerada pela internet e a consequente sociedade da informação são estruturais e com certeza alteraram radicalmente a economia industrial do século XX, de forma que ainda há uma batalha em curso entre os novos atores e os grupos que controlavam a

produção de cultura e comunicação (BENKLER, 2006, p. 2) cujos resultados por enquanto são incertos. No entanto, como Boiller aponta, a Grande Mudança de Valor é de fato uma força inexorável que age sobre as indústrias criativas e sobre todos. É um caminho sem volta; será impossível dissociar a internet do paradigma que dela surgiu (2011, pp. 5-9).

Capítulo 2 – Direitos autorais no ambiente digital: práticas e estudos de caso

2.1 – Práticas da indústria cultural

O avanço da tecnologia e do poder do consumidor sobre as próprias escolhas – do que e como consumir – faz com que a indústria cultural lute há algumas décadas para reaver o controle.⁶ BOILLER (2011, p. 11) destaca que as indústrias editorial, cinematográfica e musical há 20 anos começaram a empreender várias batalhas para bloquear o conteúdo protegido por direitos autorais, restringir a cópia nas novas tecnologias e através de lobby, convencer autoridades a conceder proteções e penalidades mais fortes ao direito de autor. Não bastasse o fato dos canais dos quais se utiliza a internet tornarem-se gradualmente privados⁷, a indústria cultural almeja privatizar também a informação em si, limitando o espaço de inovação criado pelos “commons”.

Um exemplo não tão recente, mas que pode ilustrar a resistência da indústria às novas tecnologias é o da batalha que Hollywood empreendeu contra a invenção do gravador de videocassetes no caso “*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*” de 1984 (mais conhecido como caso “*Betamax*”), sustentando que o gravador de VHS era ilegal por, além de poder reproduzir vídeos produzidos legalmente, poder ser usado para gravações ilegais. Nesta tentativa, a indústria cinematográfica foi derrotada na Suprema Corte dos EUA, que entendeu que se um serviço ou equipamento possui outros usos legítimos, a possibilidade de uso para facilitar a cópia não infringe a lei⁸ (SPARROW, 2010, p. 74). Ironicamente, mal sabia Hollywood que alguns anos depois a venda de videocassetes corresponderia à boa parte da renda dos estúdios de cinema norte-americanos (BOILLER, 2011, p. 5). Outros casos demonstram que novas tecnologias que surgiam no mercado foram, em algum momento, obstaculizadas pela indústria cultural.⁹

⁶ BOILLER (2011, p. 11) indica também como uma das possíveis causas explicativas da grande resistência das companhias o fato de já terem investido muito no atual sistema de funcionamento da indústria - clássico exemplo do dilema da inovação.

⁷ Os canais da internet são a soma da sua estrutura física (linhas telefônicas, fibras óticas, etc.) e lógica (linguagens de programação, protocolo TCP/IP, sistemas operacionais); Lemos destaca que boa parte desta estrutura está atualmente sujeita ao controle privado (LEMOS, 2005, pp. 16;19).

⁸ Conclusão idêntica foi tomada em um caso do Reino Unido pela Câmara dos Lordes – *CBS Songs v. Amstrad*, de 1998 (SPARROW, p. 74).

⁹ Em 1986, a indústria cultural voltou-se contra um formato da Sony de fita cassete, chamado “*Digital Audio Tape*”; em 1999, processou a empresa *Diamond Multimedia*, responsável pela criação de um leitor de áudio digital portátil (LOBATO, 2005, p. 369).

A indústria cultural já aplica meios tecnológicos para limitar o uso de algumas mídias – como CDs e DVDs, através da aplicação do código regional, que restringe o uso dos mesmos em equipamentos de outros continentes fazendo com que não possam ser vendidos em outro lugar que não aquele em que foi produzido (BOILLER, 2011, p. 5). Além disso, na década de 90 os EUA aprovaram várias leis com a intenção de favorecer tal indústria. Como exemplo, há o “*Sonny Bono*” Ato de Extensão de Termo de Copyright (tradução livre de “*Copyright Term Extension Act*”), lei que estendeu prospectiva e retroativamente o tempo de proteção de trabalhos que estavam prestes a cair em domínio público por mais 20 anos – para trabalhos por encomenda, a proteção chegou a estender-se para 95 anos desde a primeira publicação ou 120 anos da criação.

No mesmo sentido, algumas leis restringindo o uso público de marcas e logotipos foram consideradas tão problemáticas que pesquisadores concluíram que tais leis serviram não para a proteção do valor investido na marca (a justificativa utilizada pela indústria), mas sim para limitar paródias e dissenso, distorcendo o significado público e impedindo a ressignificação das mesmas (BOILLER, 2011, p. 6).

Seria ideal imaginar que o entendimento fixado pelas cortes no caso “*Sony x Betamax*” se mantivesse para o ambiente virtual: a distribuição de conteúdos ilegais seria um efeito colateral dos milhares de usos possíveis da internet (SPARROW, 2010, p. 74). Não foi o que aconteceu, no entanto. Como reação à liberdade na internet, surgiu como resposta a legislação norte-americana que introduziu o Gerenciamento de Direitos Digitais (do original em inglês “*Digital Rights Management*”, doravante DRM) e a Lei de Direitos Autorais do Milênio Digital (LEMOS, 2005, p. 32).

Os DRM são restrições tecnológicas inseridas nos arquivos digitais que contém limitações quanto ao uso que se pode fazer das obras (no inglês TPM, de “*technological protection measures*”), como aquela citada quanto ao código regional aplicado sobre os DVDs (CTS FGV-RIO, 2011, p. 77).¹⁰ Já a Lei de Direitos Autorais do Milênio Digital de 1998 (“*Digital Millennium Copyright Act*”, doravante, DMCA) é uma lei que modificou o regime de direitos autorais com vistas à diminuir a cópia e a circulação de materiais protegidos por *copyright* na internet, e logo diminuir a violação a esses direitos (LEMOS, 2005, p. 32).

Esta lei expandiu de forma considerável os limites do direito de autor para os seus detentores. Entre uma das suas novas previsões, há a previsão que concede aos proprietários de

¹⁰ No Brasil, o art. 107 da LDA (9.610/98) proíbe a violação das TPM (incisos I e II), bem como a alteração de informações sobre gestão de direitos (inciso III); não há previsão de exceções (CTS FGV-RIO, 2011, p. 78).

direitos autorais o direito unilateral de restringir o uso do conteúdo digital – o que, como consequência, impediria usos considerados lícitos naquela sociedade através do “*fair use*”, como o de obter excertos, aplicar engenharia reversa, fazer cópias para usos educacionais e outros admitidos sob a égide do uso legítimo. A lei também passou a criminalizar os consumidores que tentem evadir controles tecnológicos aplicados sobre as mídias digitais (qualquer tipo de DRM, como os códigos regionais) (BOILLER, 2011, p. 5),¹¹ demonstrando que a legislação, além de proteger os bens autorais, passou a proteger também os dispositivos tecnológicos (LEMOS, 2005, pp. 32;171). Além disso, o DMCA responsabiliza os provedores de serviços de internet pelo material ilícito que circule na sua rede (LEMOS, 2005, p. 42). Tais previsões a respeito dos provedores de internet serão detalhas no último capítulo.

Apenas após muitos anos de resistência dos consumidores a indústria veio a entender que a manobra escolhida não daria certo. Os consumidores rejeitaram veementemente a música protegida pelos DRM; as vendas dos produtos protegidos caíram, e com a circulação restringida de música digital, diminuiu-se também o mercado consumidor, o que fez com que finalmente a indústria cultural removesse tais direitos da música online que disponibilizava¹² (BOILLER, 2011, p. 9).

Van Schijndel e Smiers apontam que, para reforçar tais DRM, a indústria cultural tem procurado se afastar da legislação (que possui ou possuía a intenção de estabelecer um equilíbrio entre autores e consumidores) para adotar formas contratuais (como a dos “contratos por clique”), já que contratos não oferecem outra opção a não ser aceitá-los (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 34).

Não satisfeita em processar as empresas responsáveis por compartilhamento de arquivos violadoras de *copyright*, a indústria cultural norte-americana por um certo tempo assediou vários usuários individuais, considerados “usuários contumazes” na prática de download ilegal. Um dos casos mais famosos foi o de uma menina de 12 anos chamada Brianna Lahara, que havia feito download de algumas trilhas sonoras de programas de TV, músicas da Christina Aguilera e de uma canção infantil. A mãe da menina concordou em pagar USD 2.000,00 e a RIAA anunciou o acordo publicamente, citando uma suposta frase da menina na qual dizia que

¹¹ Lemos destaca a influência dessa legislação em outros países (especialmente quanto às regras de responsabilização dos provedores) que adotaram legislação semelhante (Austrália) ou reconheceram os efeitos extraterritoriais da DMCA (Noruega, Rússia), bem como o potencial da legislação de moldar indústrias – como as dos PSI - ao redor do mundo (LEMOS, 2005, p. 14;63). No Brasil, inspirada pelo DMCA, em 1999 a OAB apresentou o Projeto de Lei nº 1.589 ao Congresso Nacional, tratando das responsabilidades dos ISP.

¹² Em 2007, a Apple e a EMI (antigo selo discográfico) passaram a permitir a distribuição de músicas livres dos controles do DRM através da plataforma “*iTunes*” (SPARROW, 2010, p. 118).

“lamentava muito pelo o que tinha feito” e que “não gostaria de machucar os artistas que ela ama.” (SPARROW, 2010, p. 76). A estratégia só foi abandonada depois de 5 anos e mais de 35.000 pessoas processadas (McBRIDE, SMITH, 2008). Torna-se claro a partir desse ponto que a indústria cultural realmente não abre exceções no âmbito da sua busca incessante pelo controle dos direitos autorais.

A resistência da indústria, porém, ainda está longe de terminar. BOILLER (2011, p. 11) destaca o Acordo Comercial Antifalsificação (tradução do inglês ACTA, “*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*”), tratado comercial internacional negociado entre países detentores de grande número de direitos sobre propriedade intelectual. As negociações começaram em 2007 e tratavam não só de contrafação, mas também de outros aspectos relacionados ao direito de autor.

Não bastasse a forma arbitrária com que foi negociado – em segredo, o que gerou protestos por parte dos consumidores e dos países em vias de desenvolvimento – o tratado prevê, por exemplo, a expansão da vigilância de direitos autorais na internet por meio dos provedores de serviços de internet¹³ e a autorização para buscas em equipamentos eletrônicos pessoais. Ademais, o tratado prevê a prática dos “três golpes”, ou “*three strikes*”, que consistiriam em três avisos ao usuário sobre compartilhamento de arquivo ilegal, gerando após o último aviso o cancelamento do acesso à internet (PEIXOTO, 2014, pp. 169-170). Por fim, também havia a previsão de que os signatários deveriam estabelecer procedimentos criminais e punições para a violação “intencional” de *copyrights* (GEIGER, 2014, p. 123).¹⁴

Era evidente que o acordo beneficiaria apenas a indústria cultural e outras grandes empresas, tendo graves impactos nos produtores de conteúdo e nos usuários de forma geral. Ainda assim, o tratado foi assinado por 22 países da UE; apenas foi barrado no Parlamento Europeu após pressão popular, em junho de 2012. Desde então, o tratado foi ratificado apenas pelo Japão, e não entrou em vigor (PEIXOTO, 2014, p. 170).

¹³ É interessante diferenciar os tipos de provedores de serviços de internet dos quais trata o trabalho, a fim de evitar confusões. A definição geral de provedor de serviço de internet, ou IPS, (“*Internet Service Provider*”, ou PSI) é a de empresa que fornece “acesso e tráfego de informações sobre a internet”. Sob a mesma sigla também pode ser inserido o provedor de serviço online (“*Online Service Provider*”, ou PSO), que não oferece acesso à internet, mas utiliza-se dela para a prestação de outros serviços – como por exemplo, as redes sociais, os sistemas de busca, serviços de conteúdo, entre outros (LEMOS, 2005, pp. 38;40).

¹⁴ O ACTA é citado, junto com outros tratados multilaterais – como o “*Trans-Pacific Partnership Agreement*” (TPP) assinado em 2015 entre EUA e 12 países da região do Oceano Pacífico, e o “*Transatlantic Trade and Investment Partnership*” (TTIP) tratado negociado há anos entre EUA e UE – como exemplos de medidas internacionais que visavam reforçar a criminalização das punições para violações ao direito autoral ao estabelecer previsões de implementação de legislação criminal. No entanto, em janeiro deste ano, o presidente dos EUA, D. Trump, formalmente denunciou o TPP (BAKER, 2017), e provavelmente comprometeu o TTIP.

Contemporaneamente, em 2011 e 2012, os EUA propuseram o SOPA (do original em inglês “*Stop Online Piracy Act*”) e o PIPA (de “*Protect Intellectual Property Act*”), legislações que visavam fornecer ainda mais ferramentas de proteção de direitos autorais para a indústria cultural, ampliando o combate à transmissão de obras protegidas. De acordo com essas legislações, os provedores seriam obrigados a não permitir a distribuição de conteúdo protegido e os sites seriam responsabilizados caso distribuíssem tais obras. Caso a determinação não fosse cumprida, as suas atividades seriam encerradas e os representantes das empresas poderiam incidir em penas criminais de até 5 anos. O usuário comum que compartilhasse material protegido pelo direito autoral também incidiria nas mesmas penas (PEIXOTO, 2014, p. 171).

Além do exposto, qualquer site relacionado à outro por meio de “*hyperlinks*” (ligações para outro site através de texto ou imagem) que contivesse material infringente poderia ser retirado do ar à pedidos do governo ou dos donos do conteúdo. Através de ordens judiciais, o procurador-geral dos EUA e os donos de conteúdo poderiam ordenar a filtragem pelos ISP do domínio de sites infratores, que seriam mostrados como inexistentes. As ordens também poderiam bloquear a transferência de recursos para esses sites através de empresas de cartão de crédito ou métodos virtuais de pagamento. Também seria possível bloquear o acesso aos sites infratores, o que poderia ser feito pela identificação do IP ou por uma “inspeção profunda de pacotes” (do original em inglês “*deep packet inspection*”) de dados; os provedores de busca seriam obrigados a removê-los das suas listas de resultados (PEIXOTO, 2014, p. 171).

Enquanto as empresas da indústria do entretenimento apoiaram o projeto, os provedores de conteúdo e intermediários como Google, Facebook, Wikipedia e WordPress posicionaram-se fortemente contra, em razão dos projetos os colocarem ora como cúmplices da ação ilegal, ora como instrumentos para a repressão das ações, atribuindo além da responsabilidade sobre a transmissão do conteúdo ilegal a vigilância e controle sobre a publicação feita pelos usuários. A própria Casa Branca norte-americana manifestou-se contra ao argumento de que violaria a liberdade de expressão (PEIXOTO, 2014, pp. 171-172).

As ferramentas, além de não exigirem nenhuma prova legal para a sua aplicação (bastando a mera indicação), transfeririam a decisão sobre os provedores de conteúdo para a indústria cultural, já que somente a previsão de retirada de domínio do ar envolveria o Departamento de Justiça norte-americano (PEIXOTO, 2014, p. 172).

De fato, era o ápice da repressão à violação do direito de autoral digital através de formas intrusivas típicas dos velhos padrões de divulgação de conteúdo. Os projetos legislativos geraram ampla comoção social e internacional – no dia 18 de janeiro de 2012, a Wikipédia saiu do ar e o Google lançou uma petição contra as medidas que recolheu 4.5 milhões de assinaturas;

no dia seguinte, o grupo *Anonymous* procedeu à um ataque cibernético à página do Departamento de Justiça dos EUA e do FBI. As reações levaram à suspensão por tempo indeterminado dos projetos legislativos (PEIXOTO, 2014, pp. 173-174).

Por todo o exposto, e considerando sobretudo os efeitos da globalização quanto à matéria, é cristalina a intenção da indústria do entretenimento de contrapor-se ao novo modelo de compartilhamento que a Internet pretende estabelecer.

É importante destacar que os casos a seguir descritos certamente não abarcam todas as possíveis problemáticas que podem emergir desse novo paradigma. Alguns deles continuarão a gerar conflitos que por enquanto são insolúveis. Um exemplo é o Google Books, projeto do Google de digitalização e disponibilização de livros, incluindo os que estão em domínio público e aqueles cujos detentores de direitos não podem ser encontrados (também chamados de “*orphan works*”, ou trabalhos órfãos). Isto poder levar a alguns questionamentos, especialmente sobre a possibilidade dos detentores de direito de usufruir economicamente de produtos que nunca seriam veiculados sem o auxílio de terceiros e da internet¹⁵ (BOILLER, 2011, p. 3; SPARROW, 2010, p. 74).

A maioria dos casos julgados pelas cortes relacionam-se à distribuição de música na internet. Esta foi a primeira área do segmento artístico a enfrentar tais desafios (SPARROW, 2010, p. 74) com a popularização dos softwares de compartilhamento de música. Também serão abordados neste capítulo casos da jurisprudência brasileira, que, como se verá a seguir, de modo geral não responsabiliza diretamente as redes sociais pelos conteúdos que violam direitos autorais (LOPES; CARRASCO, 2009).

2.1.1 – RIAA x Napster (2000)

RIAA é a sigla da Associação da Indústria Fonográfica da América (do inglês “*Recording Industry Association of America*”). A associação, representando as gravadoras de discos e alguns artistas norte-americanos, processou o Napster, empresa responsável por um software com o mesmo nome de compartilhamento de arquivos que se utilizava de um modelo precursor do P2P, com a diferença de que possuía um servidor centralizado que indexa informações. A RIAA obteve detalhes dos usuários por ela considerados “violadores crônicos”

¹⁵ A batalha legal entre o Google e o Sindicato de Autores (“*Authors Guild*”), iniciada em 2005, encerrou-se 10 anos depois quando o Segundo Circuito da Corte de Apelos dos EUA entendeu que o uso feito pelo Google dos livros – mostrando excertos, impedindo o download e direcionando para lojas on-line – pode ser considerado “*fair use*” naquela legislação. O destino dos trabalhos órfãos, no entanto, ainda não é certo (ALTER, 16 out. 2015; HILTZIK, 20 out. 2015).

de direitos autorais através de downloads nesta plataforma, e no ano de 2000 processou o software (SPARROW, 2010, p. 75).

A empresa usou vários argumentos – o argumento já citado de também fornecer usos legais para o produto, passando pelo argumento de que o serviço fornecido na verdade aumentou a venda de discos e por fim, de que a própria Sony (uma das gravadoras afiliadas) estava trabalhando em modelos de compartilhamento de arquivos por ter produzido o aparelho de MP3 (SPARROW, 2010, p. 75).

Os tribunais dos EUA rejeitaram todos os argumentos e a empresa foi condenada por facilitar cópias ilegais por parte dos usuários, tendo sido condenada a pagar indenização tão alta que não pôde continuar a funcionar; sua falência foi declarada em 2002 (SPARROW, 2010, p. 75). O entendimento geral é de que o fato do Napster possuir um servidor central foi o que o tornou responsável perante a DMCA (PEIXOTO, 2014, p. 55), já que isto dava ao programa informações e poder de gerenciamento sobre os arquivos ilegais, de forma que não era possível dizer que o software não tinha ingerência sobre as ações dos usuários. Nota-se aqui o papel relevante que a arquitetura dos softwares pode exercer sobre decisões de responsabilização ou não.

2.1.2 – RIAA x Aimster (2002)

Em 2001, a Aimster havia proposto uma ação em um Tribunal Distrital dos EUA para declarar a legalidade de seu serviço, que consistia na troca de arquivos através de mensagens instantâneas em uma interface comum (chamadas “*buddy lists*”) das empresas America Online (mais conhecida como AOL) e MSN Messenger (TARDIN, 2001). A resposta da RIAA foi a de processar a Aimster alegando que o serviço violava direta e indiretamente direitos autorais (SPARROW, 2011, p. 75).

O tribunal entendeu que não apenas a Aimster possuía conhecimento sobre as violações que ocorriam no seu serviço como também havia contribuído materialmente para tanto; isto porque a plataforma poderia supervisionar as violações, se assim desejasse. Ademais, beneficiou-se economicamente das violações através do fluxo de usuários, possuindo, portanto, responsabilidade vicária – que ocorre quando há lucratividade por ilícitos praticados por terceiros e o beneficiado não exerce controle quando efetivamente poderia fazê-lo (LOPES; CARRASCO, 2009). O Tribunal Distrital chegou até mesmo a afirmar que a própria razão de ser do serviço era a de contribuir para a violação de direitos autorais em larga escala.

A plataforma foi condenada a impedir usuários de inserir e baixar obras sujeitas ao *copyright*, devendo empregar meios de prevenir violações, com a ressalva de que, caso não fosse possível, deveria parar completamente de oferecer seu serviço (SPARROW, 2011, p. 75).

2.1.3 – MGM Studios e Outros x Grokster & Streamcast Networks (2003)

Em 2001, a MGM Studios, empresa de produção cinematográfica, processou as empresas KaZaA, Grokster e StreamCast Networks perante o Tribunal do Distrito Central da Califórnia, todas proprietárias de programas de compartilhamento de arquivos através do sistema P2P, por violações diretas e indiretas a direitos autorais. Surpreendentemente, e ao contrário das decisões dos anteriores, neste caso, em julgamento sumário, as empresas não foram condenadas pelo tribunal (SPARROW, 2010, p. 76).

Em primeiro lugar, foi aceito o argumento de que os programas possuíam, além do uso ilegal, usos legais – o argumento aceito no caso “Betamax” de 1984. Além disso, entendeu-se que as empresas não possuíam conhecimento sobre violações específicas que ocorriam através do software, e tampouco tinham o poder de supervisioná-las; diferentemente do caso Napster, aqui os programas não faziam uso de um servidor centralizado. Os usuários poderiam acessar arquivos uns dos outros sem recorrer à uma lista centralizada indexada pelo provedor de serviços (SPARROW, 2010, p. 76). Isto demonstrava que a grande diferença para evitar a responsabilização deu-se através da implementação de nova arquitetura tecnológica.

Não satisfeita com o resultado, a MGM Studios apelou da decisão, que foi confirmada pela Nono Circuito do Tribunal de Apelação. No entanto, logo em seguida a decisão foi revertida pela Suprema Corte dos EUA. A Suprema Corte entendeu que os distribuidores de software P2P podem sim ser responsáveis por violações de direitos autorais cometidas pelos usuários através da aplicação do conceito de “*active inducement*”, ou (tradução livre para) “indução ativa”, emprestado da Lei de Patentes norte-americana. Neste tipo de responsabilidade, também chamado de responsabilidade contributiva (LOPES; CARRASCO, 2009), há o encorajamento para que terceiros cometam atos ilícitos; este tipo de análise englobaria então a conduta da empresa, e não apenas a sua tecnologia aplicada ao software (SPARROW, p. 90).

Desta forma, além de considerar os possíveis usos (infringentes ou não) de uma tecnologia, é necessário considerar se há evidência de estímulo por parte do distribuidor de software para a prática de atos ilegais. No caso concreto, isto teria sido comprovado através i) do marketing que a Grokster fazia dos usos ilegais dos seus programas; ii) da incapacidade de

impedir o uso ilegal dos seus produtos e iii) do lucro que a empresa auferia como resultado das práticas violadoras dos seus usuários (LOBATO, 2005, p. 362).

Este foi o entendimento geral. Todos os juízes da Suprema Corte concordaram que se aplicava ao caso o conceito de “*active inducement*”. No entanto, a discussão dividiu-se em três correntes: uma delas, liderada pelo Juiz Ginsberg, alegou que não havia base fática a ensejar julgamento sumário; a segunda corrente, liderada pelo Juiz Breyer, entendeu que o julgamento sumário considerando as premissas do caso “Betamax” estava correto; e a última corrente, liderada pelo Juiz Souter, entendeu que a discussão do argumento estabelecido no caso “Betamax” não era necessário para chegar a alguma conclusão no caso em questão (LOBATO, 2005, p. 368).

Isto mostra que na tomada de decisão certamente não houve coesão, e que nem os juízes da Suprema Corte conseguiram chegar à uma decisão única entre si a respeito dos fatos. Ademais, os fatos que haviam sido interpretados de uma forma pelos tribunais inferiores foram completamente revistos pela Suprema Corte, de forma que também a aplicação da decisão da corte aos fatos é incerta. A decisão não trouxe, por exemplo, respostas definitivas para casos em que não haja estímulos por parte do produtor do software, ou até mesmo para casos futuros. Lobato destaca que os fatos do caso são tão específicos¹⁶ que não é certo que a decisão da corte poderia ser aplicável a casos similares (LOBATO, 2005, pp. 366-367).

O resultado desapontou todos, de forma geral; tanto acadêmicos, que esperavam um posicionamento mais firme da Suprema Corte para um problema tão desafiador, quanto desenvolvedores que esperavam uma resposta útil que pudesse guiá-los nas suas atividades de criação de softwares. A resposta vaga não foi de ajuda na determinação sobre a legalidade ou não dos possíveis usos das suas criações (LOBATO, 2005, pp. 366-367).

Para a dúvida sobre se de fato o Judiciário pode lidar com uma questão que seria, por fim, melhor decidida no terreno da política. Entretanto, Lobato destaca que os esforços do Congresso norte-americano pouco tem contribuído para limitar a violação de direitos autorais na internet, o que poderia justificar a busca por uma resposta nas cortes (LOBATO, 2005, p. 370). Torna-se claro, então, que apesar de justificada, a Suprema Corte do país que possui uma das maiores indústrias culturais do mundo não conseguiu fornecer uma resposta fechada que contribuísse de forma incisiva para solucionar o problema, ainda que pela via da responsabilização dos ISP.

¹⁶ Era inconteste que ambas as empresas procuravam ocupar o espaço do falido Napster. Documentos internos mostravam que de fato a intenção dos softwares era permitir ou favorecer a violação de direitos autorais por parte dos usuários (LOBATO, 2005, p. 367).

2.1.4 – SABAM x Scarlet (2010)

SABAM é o acrônimo para a Sociedade Belga de Autores, Compositores e Editores. A sociedade de gestão coletiva de direitos entrou contra a empresa Scarlet Extended S.A, uma provedora de serviços de internet belga, solicitando à mesma o bloqueio permanente do envio e recebimento de arquivos através do sistema de compartilhamento P2P (“*peer-to-peer*”)¹⁷ sem a permissão do detentor de direito (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 47)

A corte de primeira instância da Bélgica decidiu por obrigar os provedores de serviços de internet, que deveriam usar um software (feito para a indústria da educação) chamado “*Audible Magic*” para separar do restante os materiais de propriedade da SABAM nas transferências de arquivos pelo compartilhamento P2P, sob pena de pagamento de multa diária de 2.500 euros por dia (SPARROW, 2010, p. 73). Além disso, a decisão obrigou a empresa a tomar outras medidas (não especificadas) para impedir a violação de direitos autorais. O software foi definido a partir da opinião de um expert, que apontou que o software citado era o único que poderia conter o problema em razão de possuir na sua base de dados 70% das músicas de propriedade da SABAM que foram transmitidas pela internet.

Um dos argumentos mais fortes da empresa Scarlet era o de que o software não era capaz de identificar, por exemplo, se para cada download havia uma exceção ao direito de autor ou se havia uma licença legal para o uso da obra (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 48).

Em sede de apelação, a Corte de Apelações da Bélgica fez uso de um mecanismo previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que consiste em encaminhar para o Tribunal de Justiça da União Europeia (a última instância da União Europeia, doravante TJUE) uma pergunta quando haja dúvida sobre a aplicação ou a interpretação de alguma lei da UE (no caso, em cinco diretivas da UE sobre comércio eletrônico, *copyright*, privacidade, comunicação eletrônica e cumprimento de decisões e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE) (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 50).

A pergunta formulada era sobre a possibilidade de uma corte nacional ordenar à um provedor de serviço de internet instalar, “como medida preventiva, através de seus próprios recursos e por um período ilimitado no tempo, um sistema para filtrar todas as comunicações

¹⁷ “*Peer-to-peer*” ou “par-a-par” (tradução livre) é uma rede em que cada computador funciona tanto como usuário quanto como servidor; ou seja, usuários poderiam compartilhar os arquivos que possuíam, bem como localizar e baixar arquivos de outros usuários (SPARROW, 2010, p. 75; PEIXOTO, 2014, p. 55).

eletrônicas” da sua própria rede a fim de bloquear a transferência de arquivos protegidos por direitos autorais (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 49).

Em 2011, o TJUE confirmou a possibilidade das cortes nacionais de dar decisões a fim de impedir e prevenir violações de direitos de propriedade intelectual através dos serviços dos provedores de internet. Apesar disso, no caso concreto a medida era excessiva. A não limitação no tempo e o custo da medida, além de violarem duas diretivas da UE, restringiriam o direito à livre condução da empresa Scarlet. Nada no sistema legal comum europeu indicava que o direito à propriedade intelectual era absoluto, de forma que ele teria que ser equilibrado com outros direitos fundamentais equivalentes, inclusive o da liberdade privada (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 51).

Além disso, o TJUE entendeu que a medida poderia impactar não apenas os provedores de serviços de internet, mas também seus clientes. De acordo com a corte, o sistema de filtragem iria exigir uma análise regular do conteúdo transmitido pelos usuários que supostamente transmitiram material ilegal, o que violaria o direito à proteção de dados pessoais e a liberdade de receber e transmitir informações dos consumidores da Scarlet. Por fim, a corte deu razão ao argumento da Scarlet e entendeu que o software poderia bloquear trocas de informações lícitas, por não diferenciar entre material legal ou ilegal (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 52).

O caso foi útil para estabelecer na jurisdição da UE qual é o ponto máximo de responsabilização de um provedor de serviços de internet¹⁸, considerando como necessária a proteção a outros direitos fundamentais. No entanto, ainda não é claro que tipo de regulação irá fornecer a proteção adequada dentro dos limites traçados pela decisão. Em um julgamento posterior (SABAM v. Netlog NV), o TJUE aplicou o mesmo entendimento (impossibilidade de uso de filtros preventivos) para as redes sociais (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 52;57).

2.2 – Casos nas redes sociais

¹⁸ Em 2012, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) decidiu que provedores de serviço de hospedagem de arquivos podem ser responsáveis civilmente caso, tendo sido notificados anteriormente, não tenham tomado medidas razoáveis para prevenir novas violações (Atari Europe S.A.S.U v. Rapidshare AG). No entanto, as decisões divergem. Em 2012, o Tribunal de Grande Instance francês decidiu que o Youtube é apenas uma plataforma de conteúdo e não tem obrigação de monitorar o material inserido por seus usuários no sistema após ter avisado os mesmos de que é proibida a postagem de conteúdos não autorizados. (TF1 v. Youtube) (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, pp. 52-54) – caso similar ao Viacom Int., v. Youtube, que será explorado a seguir.

As redes sociais como o Facebook e o Flickr também divulgam conteúdos produzidos pelos próprios usuários. Isto poderia nos levar a pensar que estas empresas estariam mais de acordo com o novo modelo inaugurado pela internet, o que não é o caso.

Vários pesquisadores apontam que tais plataformas na verdade tem como principal interesse satisfazer as empresas e seus investidores, e frequentemente não dão aos usuários total controle dos seus trabalhos. Também exigem concordância aos termos de serviço padrão, geralmente confusos e não acessíveis para o usuário médio, e restringem ou se apropriam dos direitos do mesmo sem que este tome conhecimento (BOILLER, p. 10, 2011). O Facebook, por exemplo, apresenta nas suas licenças de uso uma espécie sublicença que prevê que qualquer conteúdo publicado em suas páginas pode ser utilizado por ele, sem que isso constitua uma violação de direitos autorais (LOPES; CARRASCO, 2009).

Os usuários das redes sociais geralmente não estão atentos às violações dos seus direitos – e quando criam plataformas sujeitas à proteção por direito de autor, geralmente não o fazem com motivação econômica. Um exemplo de contribuições que usuários podem dar às redes sociais pode ser encontrado em uma iniciativa promovida pela rede social Facebook, que anunciou um prêmio de USD 250.000,00 (dólares) para quem desenvolvesse um aplicativo para a rede social. A aplicação mais votada possuía 3 milhões de usuários. Isto demonstra o interesse da rede social em “usar” os usuários para desenvolver aplicações que terminam por beneficiar a plataforma. No entanto, Sparrow destaca que essa forma de proceder é a exceção. A maioria dos usuários não vem recompensada pelos seus esforços (SPARROW, 2010, pp. 100-101).

Como se verá nos casos a seguir, a questão das violações de direitos autorais nas redes sociais já foi discutida algumas vezes.

2.2.1 – Casos norte-americanos (2006, 2007)

No final de 2006, a Universal Pictures, grande estúdio cinematográfico norte-americano, processou a rede social Myspace por violação de direitos autorais nas músicas veiculadas no seu website. A empresa também ameaçou processar a rede social de compartilhamento de vídeos Youtube. Em ambos os casos, optou-se por fazer um acordo de licenciamento do conteúdo veiculado. Os termos do acordo com o Myspace não foram revelados; no caso do Youtube, a questão foi resolvida dando à Universal uma parte do controle do Youtube quando da compra da empresa pelo Google, operação que custou mais de £841 milhões de libras esterlinas (SPARROW, 2010, p. 101).

Em 2007, também houve o caso da Viacom International, Inc., conglomerado norte-americano do meio televisivo e cinematográfico, contra o Youtube e o Google, requerendo a quantia de USD 1 bilhão por danos em razão violação de *copyrights* pela veiculação de clipes dos seus programas na internet sem a sua autorização. A empresa alegou que 160.000 mil programas seus haviam sido visualizados no Youtube mais de 1.5 bilhão de vezes, e também acusou a plataforma de permitir a inserção de conteúdo ilegal, ao mesmo tempo em que se aproveita deles por auferir renda com publicidade. O Youtube ganhou em primeira instância, mas em sede de apelação o resultado foi parcialmente modificado; posteriormente, as partes decidiram entrar em acordo, e o valor final não foi divulgado (SPARROW, 2010, p. 118).

Sparrow destaca a mudança ocorrida na veiculação de conteúdos nas redes sociais. Antes, estas baseavam-se em conteúdos gerados pelos próprios usuários, que não eram “profissionais da mídia” e apenas criavam e distribuíam as próprias criações; as redes eram apenas o meio que as promoviam (SPARROW, 2010, p. 101).

Esta ainda é a grande defesa das operadoras das redes sociais, que alegam que seu uso primário é o de veicular conteúdo gerado pelo usuário, de forma que seu uso principal é lícito, enquanto o uso infringente é incidental. Também procuram distinguir a distribuição de mídia feita nas suas plataformas daquela feita através do P2P, alegando que i) o conteúdo principal é gerado pelo usuário, ao contrário do que ocorre no compartilhamento P2P; ii) redes sociais não permitem a exibição completa do conteúdo, mas apenas clipes ou trechos, o que terminaria por fazer publicidade para os detentores de direitos e, por fim, que iii) redes sociais apenas permitem visualizar conteúdo através de “*streaming*”, não permitindo o compartilhamento e distribuição de arquivos (SPARROW, 2010, pp. 118-199).

No entanto, posteriormente as redes também passaram a veicular mídias protegidas por *copyright*. Tais mídias poderiam ser autorizadas ou não pelo detentor de direitos. Quando a veiculação é autorizada, geralmente a própria divulgação na rede social é feita pelas gravadoras ou produtoras do conteúdo, com o objeto de alcançar uma audiência maior – como é muito comum no Youtube. As próprias companhias autorizam a postagem por reconhecer que esta forma de promoção gera benefícios diretos ou indiretos para os negócios. Mas também circulam nas redes sociais conteúdos que não foram autorizados. Sobre isso, ainda não há resposta definitiva (SPARROW, 2010, p. 101).

Com os casos acima, não ficou claro o que será garantido aos detentores de direitos nestas plataformas, que, em razão do grande número de usuários, tornaram-se um ótimo canal de distribuição de mídias em geral e certamente afetaram os canais tradicionais de distribuição. Os casos não deram uma resposta sobre a legalidade ou não, e, portanto, não impedem que

outros detentores de direitos se voltem contra as redes sociais (SPARROW, 2010, p. 101). Pelo contrário – talvez o fato das grandes empresas responsáveis pelas redes sociais terem aceitado entrar em acordo com os detentores de direitos possa significar que possivelmente estes não possuem tanta certeza de que não poderão ser responsabilizados pelos atos dos seus usuários.

2.2.2 – Caso brasileiro (2015)

De modo geral, a jurisprudência brasileira considera que não há responsabilidade dos provedores de serviços de internet em relação aos conteúdos disponibilizados por terceiros que violam direitos autorais; a única medida ordenada é a retirada do conteúdo do ar, devendo haver indicação precisa da URL pelo ofendido (LOPES; CARRASCO, 2009). Desta forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2015, na primeira decisão pátria sobre o assunto (Recurso Especial nº 1.512.647/MG).

Neste caso, a empresa Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda., que oferece cursos jurídicos em vídeo, ajuizou ação contra a Google Brasil Ltda. por encontrar comercialização pirata de seus produtos na antiga rede social Orkut, de propriedade da Google. A autora havia pedido a retirada dos vídeos do ar, mas a Google não havia realizado a medida por não terem sido informados pela autora os endereços eletrônicos (URLs) onde se encontravam os conteúdos.

A Segunda Seção do STJ entendeu que, por ser mera provedora de serviços de internet (mais especificamente, mera PSO), a Google não havia praticado nenhuma conduta de violação de direitos autorais prevista na Lei nº 9.610/98. Em seguida, o Ministro Relator Luis Filipe Salomão trouxe os conceitos de responsabilidade contributiva, responsabilidade vicária, e de “*fair use*” jurisprudência norte-americana, citando os casos *Sony v. Universal Studios*, *RIAA v. Napster*, *MGM v. Grokster*, bem como o caso do site sueco *Pirate Bay*.

O Ministro Relator em seu voto destacou que a estrutura da rede social Orkut não tem como base o compartilhamento de arquivos e que não era possível fazer download dos conteúdos nas páginas da rede social, de forma que não há responsabilidade contributiva. Ademais, não havia comprovação no caso concreto de que o Google auferiu renda da atividade ilícita quando negou-se a retirar o conteúdo do ar, de forma que também não há responsabilidade vicária. De modo geral, não havia nexo causal para responsabilização civil da empresa (BRASIL, 2015).

Por fim, a decisão ressaltou que, conforme a jurisprudência estabelecida do STJ, faz parte da responsabilidade dos provedores de serviços de internet indicar o IP dos violadores de

direitos autorais (o que não dispensa a parte de indicar de forma precisa os endereços eletrônicos onde se localizam os conteúdos infringentes).

Interessante notar como as decisões das cortes dos EUA podem influenciar as decisões de outras jurisdições que não tem uma posição consolidada sobre o assunto. É um bom exemplo da força persuasiva de um paradigma estrangeiro no contexto do fenômeno da globalização (LEMOS, 2005, p. 9) e de como a neutralidade a respeito de certos temas pode implicar em submissão (LEMOS, 2005, p. 14).

2.3 – Síntese

Em resumo, vê-se que a indústria cultural já procurou, por várias formas, implementar mecanismos que visam dificultar o amplo compartilhamento promovido pela internet. Em relação aos casos analisados, observa-se que i) a análise restringiu-se à possibilidade de responsabilização do provedor de internet, e ii) estes casos não conseguiram fornecer respostas fechadas ao problema, nem mesmo os tribunais dos EUA.

A UE fixou limites máximos de responsabilização, mas não indicou qual seria a proteção ideal. Quanto aos EUA, os casos RIAA x Napster e RIAA x Aimster acenavam para a importância da arquitetura dos serviços de internet, que poderiam definir se estes eram ou não responsáveis pelas violações de direitos autorais; no entanto, a Suprema Corte dos EUA no caso MGM Studios x Grokster demonstrou que a arquitetura dos sistemas poderia ser desconsiderada através do conceito de “indução ativa”. Porém, ainda que todos os juízes tenham concordado com a aplicação do conceito, não houve nenhuma coesão na decisão, tanto quanto aos fatos como quanto à aplicação do precedente do caso “Betamax”.

Os casos das redes sociais também não fornecem muitas soluções: o conflito se reproduz de forma muito parecida, com as redes sociais ocupando o lugar dos softwares nos processos judiciais. Ademais, nos três casos analisados as partes entraram em acordo, de forma que as cortes não tiveram oportunidade de se manifestar definitivamente sobre o problema jurídico em questão. Talvez o fato das grandes empresas terem aceitado entrar em acordo demonstre um certo medo de que possam vir a ser responsabilizadas pelas violações de direitos autorais cometidas pelos seus usuários.

No único caso brasileiro analisado, o STJ entendeu pela não responsabilidade dos provedores de serviços de internet quanto ao conteúdo veiculado por terceiros, e ordenou tão somente a retirada do conteúdo do ar. Para tanto, utilizou conceitos e casos oriundos da jurisprudência norte-americana, o que demonstra a influência desta jurisdição sobre outras

menos desenvolvidas sobre o assunto e torna evidente o fenômeno da globalização quanto à matéria.

Capítulo 3 – Direitos autorais na internet: proposta de alternativas para a ineficácia do sistema atual

Como exposto nos capítulos anteriores, não são raros os autores que apontam a perda de significado do direito de autor, tanto pelo uso crescente do compartilhamento facilitado na internet quanto pelo uso hodierno que se faz do mesmo – o de excluir, encerrar o direito do autor como um fim (ou bem) em si mesmo, sem considerar o retorno à sociedade que está nele previsto (BOILLER, 2011, p. 4).

Apenas recentemente doutrinadores estão propondo soluções inovadoras para remunerar artistas – como a taxa única e a gestão coletiva de direitos autorais – e as indústrias culturais estão explorando novas formas de distribuição digital de música (BOILLER, 2011, p. 9). Tais alternativas serão abordadas neste capítulo.

3.1 – *Creative Commons* (CC)

O modelo *Creative Commons* (CC), criado em 2001, consiste numa reunião de licenças jurídicas de uso público e gratuito. Foi originalmente idealizado pelo Professor Lawrence Lessig da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, e atualmente está sediado na Universidade de Stanford, ambas dos EUA. Tais licenças – que podem ser usadas por qualquer indivíduo ou entidade – permitem que os autores definam os usos possíveis das suas criações (em qualquer tipo de mídia) sem que seja necessário solicitar autorização ou pagar pelo acesso, de forma a mitigar a dureza das leis de propriedade intelectual e promover o conceito de interesse público (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 23; LEMOS, 2005, p. 83). Sparrow define-as como o uso da frase “alguns direitos reservados” ao invés da frase “todos os direitos reservados” (SPARROW, 2010, p. 102).

São, basicamente, contratos em que o próprio autor indica ou estabelece (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 24), de modo preciso, em que termos será possível utilizar a obra, definindo seus possíveis usos em geral – por exemplo, se a obra pode ser usada para fins comerciais ou não, se a distribuição é exclusiva ou não ou se é autorizado o uso para realização de obras derivadas, entre outros usos possíveis.

Grande parte dos autores permite a introdução das suas obras no ambiente virtual porque reconhecem o enorme potencial de distribuição de internet e querem permitir a recriação do seu trabalho; para eles, “não faz sentido nem econômico, nem artístico” submeter suas criações ao regime tradicional autoral (LEMOS, 2005, p. 83). Nesse contexto, a iniciativa é muito benéfica,

porque além da permissão para tal, pode proteger as criações autorais, definir legalmente seus usos e sinalizar para a comunidade em geral até que ponto os trabalhos podem ser compartilhados.

São uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional na medida em que, ao invés de terem fundamento na lei, fundamentam-se nas prerrogativas que cada autor tem de dispor sobre a sua obra e de definir a sua possível utilização (LEMOS, 2005, p. 83). A intenção das licenças é a de atingir um equilíbrio entre dois extremos: o da proteção ao direito de autor e a exploração não autorizada das criações na internet (SPARROW, 2010, p. 102).

A licença é escrita em três níveis: um nível para pessoas sem formação jurídica, explicando a licença e quais direitos o autor está cedendo; um nível para advogados, que a torna válida perante um ordenamento jurídico, e por fim em um nível técnico, em que a licença é aplicada sobre a obra digital através de linguagem de computador, marcando sobre a obra os termos da licença e permitindo sua identificação por outros computadores.

Em 2011, estimava-se que mais de 150 milhões de trabalhos estavam disponibilizados sob tal modelo; mais de 50 países adotaram as licenças de alguma forma (BOILLER, p. 9). Em abril de 2017, o número já havia saltado para 1.2 bilhões de trabalhos licenciados, com representantes do *Creative Commons* presentes em 85 países (CREATIVE COMMONS, 2016, 2015).

Especialmente após o advento da “*Web 2.0*”¹⁹, as licenças *Creative Commons* permitiram a criação de novos “*commons*” – coletividade de obras publicamente acessíveis – a respeito de fotografia, música, remixes, literatura acadêmica e outras áreas, expandindo o domínio público (LEMOS, 2005, p. 84). Boiller (2011, p. 9) assinala o fato de várias áreas do conhecimento usarem a licença para a criação revistas acadêmicas de acesso aberto, constatando que em 2011 existiam mais de 5.000 revistas acadêmicas publicadas disponibilizando artigos científicos gratuita e permanentemente. A evidência de que isso de fato é uma tendência crescente está bem próxima: dentro da própria Faculdade de Direito da Universidade de Brasília todas as revistas existentes adotam o modelo *Creative Commons* - a Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (REDUnB), a Revista Direito.UnB e as demais utilizam-se de alguma versão da licença. Também adota o modelo a Biblioteca Digital de Monografias da Biblioteca Central da UnB, de forma que todos os

¹⁹ O termo foi criado no final do século XX para descrever a mudança na experiência da internet com relação ao usuário, que passa de um papel passivo para assumir papel ativo através das novas interfaces tecnológicas – sites, redes sociais, softwares e outras plataformas que permitem a interação e colaboração entre os usuários, favorecendo a produção de conteúdo (e o controle sobre este) gerado pelos mesmos (GRABER, p. 261).

trabalhos de conclusão de curso apresentados desde 2011 na Universidade de Brasília são protegidos por uma versão das licenças *Creative Commons*.

Em suma, o modelo dos *Creative Commons* não é propriamente uma inovação sistêmica, mas sim uma flexibilização dos direitos autorais, já que ao facilitar a difusão da cultura diminui a rigidez dos instrumentos tradicionais da propriedade intelectual (LEMOS, p. 183). Por possuir essa característica de possibilitar maior difusão, é visto como muito útil, por exemplo, para museus e arquivos públicos desejosos de compartilhar seu acervo com o público, mas que ao mesmo tempo procuram evitar apropriações indevidas por terceiros (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 34).

O maior exemplo disto encontra-se no caso da BBC (do inglês “*British Broadcast Company*”), que anunciou em 2003 que compartilharia todo o seu arquivo de produções televisivas e radiofônicas para que seja livremente utilizado online, utilizando-se de uma licença *Creative Commons* (LEMOS, 2005, p. 89). Segundo a BBC, a justificativa utilizada para a instituição do projeto, batizado de “*Creative Archive*”, repousa no fato da empresa ser estatal, de forma que teria o dever de abrir suas produções, financiadas com dinheiro público, para uso por toda a população (LEMOS, 2005, p. 90).

Várias críticas ao modelo foram feitas por Van Schijndel e Smiers (p. 35). A primeira delas, bastante radical, é a de que o sistema não questiona os fundamentos do sistema de *copyright* e que na verdade não cria “*commons*”, mas sim formas de propriedade, que através deles é tornada gratuita, visto que o modelo fundamenta-se nas prerrogativas dos autores para definir os usos das obras (LEMOS, 2005, p. 84). A segunda refere-se ao fato de que o mesmo mecanismo contratual que está na base do *Creative Commons* tem sido usado pela indústria cultural para fins opostos (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 34), cujo exemplo principal são os “contratos por clique”²⁰. Isto nos conduz à terceira crítica, que aponta que o modelo não tem coercitividade e só pode ser usado por quem se dispõe para tanto – ou seja, os conglomerados culturais, que exercem propriedade sobre boa parte da cultura, certamente não irão participar, o que limita o alcance do modelo. Por fim, a quarta crítica aponta para o fato de que o modelo não indica como é possível para os artistas, produtores e distribuidores dos 1.2 bilhões de trabalhos disponibilizados ganhar uma renda razoável; não é um modelo econômico, e não é útil para garantir algum rendimento para os produtores de conteúdo (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, pp. 35-36).

²⁰ Lemos destaca a unilateralidade – são redigidos exclusivamente por uma das partes e na prática, não negociáveis – e volatilidade – podem ser alterados a qualquer tempo, sem que o usuário tome conhecimento da mudança (LEMOS, 2005, p. 155).

Isto conecta-se às críticas feitas por Sparrow, que, ainda que não estejam muito desenvolvidas, podem refletir as preocupações da indústria cultural. A principal é a de que os autores que adotarem as licenças *Creative Commons* podem perder “valor de mercado” frente a um potencial adquirente dos direitos patrimoniais relacionados à obra, especialmente frente àqueles que não aceitam o modelo CC (SPARROW, 2010, p. 102).

3.2 – Abolição do direito de autor

Smiers e Van Schijndel tem uma proposta mais radical. Pensando no mercado do entretenimento em geral – música, filmes, artes visuais – ele propõe a abolição do direito de autor, inclusive dos direitos morais, com a intenção de reestabelecer o domínio público de forma ampla. Para eles, o *copyright* como funciona hoje está intrinsecamente associado à dominação cultural e à privatização do domínio público de tal forma que não pode ser mais desfeita.

Na sua visão, se a propriedade intelectual não tivesse como maior uso a proteção de investimentos milionários na indústria, não haveriam incentivos econômicos para inventar estrelas de cinema e grandes sucessos comerciais em filmes e livros. Como consequência, não haveria mais interesse da indústria em dominar o mercado, o que faria com que a criatividade artística aumentasse. A abertura do mercado seria tal que todos os artistas teriam acesso facilitado ao mesmo e poderiam vender suas criações mais facilmente. Além da previsão de resposta que viria do próprio mercado, Smiers e Van Schijndel preveem o uso de regulação antitruste e de propriedade para auxiliar na obtenção desse ideal. A intenção é dividir a fatia de mercado dos grandes produtores de conteúdo em várias porções menores e direcionadas aos vários artistas, e não a poucos (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, pp. 5-6).

Os autores traçam um panorama histórico, apontando que a ideia de propriedade intelectual no ocidente como a conhecemos hoje consolidou-se a partir do desenvolvimento da noção romântica do indivíduo e da dissociação do contexto de comunidade cultural (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 13), enfatizando a noção de que a criação artística tem como base fundamental processos coletivos e não individuais (p. 20).

Smiers e Van Schijndel prosseguem desmontando os argumentos que comumente são usados para justificar a propriedade intelectual – incluindo o principal deles, o de que é necessária para remunerar os artistas, demonstrando que é incontroverso o fato de que o percentual dos “*royalties*” recebidos pela maioria dos artistas é quase irrelevante (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 15) e que a diferença de renda entre os poucos “grandes” e demais “pequenos” artistas é tamanha que é possível afirmar que a maioria prossegue em suas criações

por outros motivos, mais subjetivos (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 22). Se o argumento é mais retórico do que real, o autor aponta como única possibilidade a utilização desses instrumentos para a proteção dos vultuosos investimentos da indústria cultural, cujo valor total em 2005 representou ao todo USD 1.38 trilhões (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 16).

No entanto, Smiers e Van Schijndel procuram ser também propositivos. Para a substituição dos direitos morais, sugerem o uso de instrumentos legais que já existem para repelir atos ilegais e difamatórios praticados contra um autor (p. 14). Além disso, os autores propõem estudos de caso que são obviamente fictícios, já que a condição ideal de implementação – ausência de forças dominantes no mercado – nunca foi atingida, e nenhum exemplo real foi realizado dentro dessas condições (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, 2009, p. 53). Os próprios autores reconhecem que não são modelos detalhados, nem econômica ou estatisticamente fundamentados, e que estes não querem dar “soluções”, mas tem apenas intenção de contribuir para o debate ao propor ideias, que deverão ser testadas mais profundamente por economistas (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 51).

Os autores procuraram pensar em hipóteses sobre o que poderia acontecer caso não houvesse mais *copyrights*. Uma delas seria a de que o conteúdo viria atrelado à muita publicidade. Outra seria a maior difusão do modelo em que consumidores pagariam quanto quisessem pelo que consomem; o autor seria então apoiado pelos seus fãs, destinatários da sua arte. Um exemplo prático pode ser encontrado no lançamento do CD *Rainbows* da banda Radiohead²¹. Quanto à produção científica, tal situação certamente seria benéfica, já que a distribuição seria a melhor que se poderia ter para a produção de cada cientista.

3.3 – Taxa única e gestão coletiva dos direitos autorais

A fim de facilitar a análise posterior, foram agrupados nessa categoria todos os teóricos que defendem tanto a taxa única para a fruição da cultura digital quanto os que defendem a gestão coletiva desses recursos, por entender que são soluções relacionadas e frequentemente uma pressupõe a outra. A proposta é menos radical, já que os defensores desta não pressupõem a abolição dos direitos autorais, mas sim o fim das restrições ao exercício dos bens intelectuais impostas pelo autor, especialmente quanto à exclusividade de reprodução e distribuição (LEMOS, 2005, p. 174); esta preocupa-se com o exercício do direito, e não com a sua existência

²¹ Em 2007, a banda inglesa postou seu álbum *Rainbows* na internet, e deixou os fãs decidirem se desejavam pagar por ele ou não, e se sim, o valor a ser pago. O álbum foi baixado mais de 1 milhão de vezes, e entre 40% a 60% dos usuários escolheu pagar a banda, por um valor médio de €5, o que, no mínimo, significaria €2 milhões de euros (Le Monde, 19 de dezembro de 2007, *apud* VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 56).

(GEIGER, 2014, p. 139). Apesar da ideia também parecer utópica, diz-se que dois fatores podem ajudar na sua implementação: i) o desenvolvimento de modelos econômicos para suportar a ideia e ii) a crise da indústria do entretenimento (LEMOS, 2005).

Há duas linhas básicas de entendimento sobre quem deveria implementar a taxa: uma defende que deveria ser feita pelo governo, através de leis, enquanto a outra entende que o recolhimento deveria ser feito através de acordos privados, por instituições privadas.

De modo geral, os numerosos defensores deste modelo preveem como saída a imposição de uma espécie de tributo único para permitir o acesso à música, filmes, materiais visuais e outros. A intenção seria a de unificar todas as variedades de taxa que hoje porventura podem existir em apenas uma (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 33; GEIGER, 2014, p. 138).

As críticas a esse sistema são mais voltadas para a sua aplicação prática. De um lado, há os questionamentos acerca da taxa/imposto: deveria ser recolhida no imposto de renda (LEMOS, 2005) ou incidir sobre objetos? Também não há clareza quanto: i) as pessoas que não tem nenhuma intenção de fazer downloads (estas também deveriam pagar?); ii) a quantia que seria suficiente para remunerar um determinado número de artistas; iii) ao destino da arrecadação: será para os artistas, para os produtores ou para a empresa que explora economicamente o seu trabalho?; iv) à fiscalização quanto à aplicação das taxas; v) confiabilidade e transparência do órgão de arrecadação (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 33; GRABER, 2014, p. 246).

Destaca-se especialmente a questão do recolhimento e distribuição eficientes desse tributo, bem como deveria ser o funcionamento das futuras organizações coletivas, já que as que existem atualmente são burocráticas e pouco transparente²² (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 23). Além disso, até hoje pouco foi dito sobre como essas organizações de gestão coletiva poderiam operar eficientemente na internet (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 31).

Van Schijndel e Smiers ilustram as críticas com o caso de uma proposta legislativa debatida na França, em 2005, que propôs uma licença geral em que o usuário pagaria alguns euros e poderia fazer download ilimitado de música e filmes digitais. As organizações de gestão coletiva de direitos e os conglomerados do entretenimento rechaçaram veementemente a

²² No Brasil, a única alteração feita na Lei de Direitos Autorais (através da Lei nº 12.853/2013) veio como resposta à falta de transparência e eficiência do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), órgão que centraliza a arrecadação e distribuição das cobranças por execução pública de músicas. O ECAD foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional e foi condenado por formação de cartel em 2013 pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), devendo pagar multa de R\$ 38 milhões. A nova lei prevê supervisão externa pública do órgão, registro das associações no Ministério da Cultura e aos músicos, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das suas obras (WACHOWICZ, 2015, pp. 550-551). A lei foi questionada pelo ECAD perante o STF, mas foi declarada constitucional (LINDNER, 2016).

proposta alegando que o sistema colocaria em risco os detentores de direitos autorais; defendiam, ao invés disso, que o país persistisse na criminalização dos usuários ilegais. Não só a proposta não foi acatada pelo Parlamento francês como posteriormente foram aumentadas as penalidades aplicadas para cada download digital (para depois serem declaradas inconstitucionais pela corte constitucional francesa) (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 32). O exemplo concreto demonstra que não é descabido pensar que até mesmo as instituições de gestão de direitos autorais que já existem, que teoricamente buscam a melhor situação para os autores de forma geral, poderão se opor à arrecadação geral e distribuição igualitária desses direitos.

Uma outra proposta de gestão coletiva seria a de instituir tributo sobre o faturamento de empresas que utilizam material artístico para atingir suas finalidades previstas no contrato social. O dinheiro arrecadado seria destinado para um fundo de pagamento de projetos futuros de artistas em geral (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 34). À parte os questionamentos de ordem meritocrática – é justo que os usuários não paguem nada pela cultura que consomem? – mas considerando a influência que a indústria do entretenimento teve até hoje sobre a área, de várias formas (BENKLER, 2006), é extremamente improvável, para não dizer impossível, que as empresas do setor permitiriam a adoção de um sistema do gênero.

Quanto ao momento de incidência, varia entre as propostas. Alguns entendem que a taxa deveria ser cobrada através do ISP no momento em que um usuário acessa um conteúdo digital (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 58); outros, como o prof. Lemos, no momento da declaração do imposto de renda (LEMOS, 2005).

Lemos traz dados mais concretos a respeito da remuneração dos produtores de bens intelectuais *a posteriori*. Partindo de análises econômicas que demonstram que o monopólio do direito autoral produz “peso morto”²³ para a sociedade, propôs uma alternativa que cria incentivos a produção da informação, ao mesmo tempo em que torna-a acessível a todos: seria um “modelo de incentivo à produção intelectual” focado em músicas e filmes e gerido pelo Estado, que recolheria as contribuições da sociedade na forma de impostos e os distribuiria entre os criadores. Desta forma, seriam excluídas todas as “proteções monopolísticas” (sobretudo o direito de distribuição e reprodução), a informação poderia circular livremente e os autores seriam recompensados pelos seus trabalhos (LEMOS, 2005, p. 174).

²³ Se o custo marginal dos bens intelectuais atualmente tende a zero, isso significa que este não possui valor de mercado. Assim, qualquer sistema de preços fundados em monopólios gera “pesos mortos”, ou seja, exclusão do consumo em razão dos preços impostos pelos monopolistas (LEMOS, 2005, p. 173-174).

No primeiro modelo de taxa única apresentado por Lemos – que aprofunda as ideias de Fisher quanto aos cálculos da receita necessária para a compensação (quais receitas seriam mantidas com o fim da exclusividade do direito autoral, e quais não) – partindo do pressuposto que os criadores receberiam a mesma quantia que recebem atualmente, estabeleceu-se que o valor de USD 32,00 por ano e por família seria o suficiente para colocar o modelo em funcionamento. A forma menos intrusiva de cobrança seria através do imposto de renda.

As críticas feitas por ele são quanto a incerteza acerca da destinação dos recursos arrecadados (crítica feita também por Smiers e Van Schijndel), além da falta de “palatabilidade política” da ideia e da difícil implementação, que dependeria do Estado (LEMOS, 2005, 174;179;182).

No segundo modelo de taxa única, a opção seria pela tributação de bens e serviços utilizados para obtenção de músicas e filmes: gravadores de CD, CDs em branco, serviços de acesso à internet, compartilhamento de arquivos via P2P e tudo o mais que for relacionado. A ideia foi posta em prática no Canadá, porém não foi possível encontrar informações sobre os resultados. De acordo com os cálculos feitos, a tributação de USD 0,50 sobre todos os CDs em branco vendidos nos EUA já somaria USD 1 bilhão; uma pequena taxa sobre os USD 10,7 bilhões que os serviços de acesso à internet geram no país já seriam o suficiente para colocar em prática o modelo (LEMOS, 2005, p. 179). Para a distribuição, seria necessário um registro na Biblioteca Nacional ou em órgão equivalente.

A parte complexa está em como realizar a distribuição. Dentre várias alternativas apresentadas, há propostas de implantação de um sistema de votação eletrônica pelos usuários ou de um sistema estatístico de amostragem, similar ao utilizado pelas emissoras de TV para medir a audiência de seus programas (LEMOS, 2005, p. 179).

A primeira proposta para a distribuição é o “*virtual market*”, em que se misturam as estatísticas de utilização com as votações dos usuários. Outra sugestão é a “*Blur/Baff*”, proposta apresentada por um grupo de artistas com a intenção de impedir que os fundos sejam dados apenas aos artistas mais famosos (“efeito Britney”). Neste sistema, utiliza-se a votação a partir dos gostos dos usuários, mas, ao mesmo tempo, garante-se um percentual mínimo para produções não-comerciais e separa uma parte para a constituição de fundos de aposentadoria para artistas e para remuneração de compositores (LEMOS, 2005, p. 180).

A proposta mais consensual para a distribuição, no entanto, é a de um sistema de amostragem feita a partir de um software ou hardware, que seria utilizado sempre que houvesse o acesso, por qualquer meio, à qualquer mídia digital; este seria responsável por estabelecer

estatísticas de utilização. Lemos menciona as preocupações acerca das possíveis distorções ou privacidade dos usuários, mas não as aprofunda (LEMOS, 2005, p. 181).

Também há propostas fora do âmbito estatal, em que a remuneração seria organizada pela própria sociedade de forma privada – Fisher propõe a criação de cooperativas que reuniriam autores e produtores de conteúdo que se aproximariam de tal forma dos usuários que os envolveriam na sua remuneração e produção artística; os próprios cooperados acordariam formas de distribuição da remuneração (LEMOS, 2005, p. 182).

Por fim, existem propostas que procuram a instituição do sistema em âmbito global, mas, considerando as dificuldades que já existem nos âmbitos nacionais dos países, a probabilidade de discussão de uma taxa do gênero parece muito remota por ora (GRABER, 2014, p. 241-268).

3.4 – Responsabilização do provedor de internet

Esta possibilidade não é exatamente nova. Tal medida já foi bastante discutida por acadêmicos e inclusive implementada em várias situações, por passar a ter sido apontada pelos detentores de direitos a partir dos anos 2000 como a solução para o problema da violação de direitos autorais na internet (GIBLIN, 2014, p. 81). Não é amplamente aceita por um bom número de países – incluindo o Brasil – em razão desta forma de responsabilização tocar diretamente questões de privacidade e liberdade de expressão dos usuários.

Os críticos dessa proposta acreditam que os intermediários – os provedores de serviços de internet – realizam atividades meramente técnicas, automáticas e passivas; se os provedores de serviço fossem de fato responsáveis pela informação que circula nas redes, a internet não teria atingido a dimensão que atingiu. Além disso, tendo em vista a quantidade de dados que trafega nas redes, não é razoável esperar que os gestores dos ISP tenham controle efetivo sobre os dados que circulam nos mesmos (SPARROW, 2010, p. 72).

Os defensores, no entanto, entendem que nem todos os serviços prestados por eles tem essas características, e alguns vão além das imunidades previstas – um exemplo é o Youtube, já que a plataforma indexa e organiza clipes em uma determinada ordem. Além disso, estes últimos utilizam um argumento de justiça: se parte do sucesso comercial dos provedores vêm em parte da distribuição de conteúdo ilegal pelos mesmos, não seria justo que não tivessem alguma responsabilidade (SPARROW, 2010, pp. 57;72).

Geralmente, os provedores de internet não são responsabilizados apenas quando fornecem o serviço pelo qual conteúdo é distribuído e quando não há nenhuma participação

ativa dos mesmos na escolha ou veiculação desse mesmo conteúdo – o que é conhecido como imunidade de transmissão (do inglês “*transmission immunity*”) (SPARROW, p. 57). Portanto, não serão responsáveis quando não escolherem o destinatário do conteúdo ou o conteúdo a ser vinculado. Essa é a posição adotada pela União Europeia, por exemplo, quando da edição das Diretivas sobre *copyright* e direitos conexos (do original “*copyright and related rights*”) de 2002. As referidas Diretivas também preveem imunidade de responsabilidade em relação às informações armazenadas em *cache*²⁴ e às informações “hospedadas”²⁵ em seus servidores, esta última forma de imunidade também sendo aplicável às redes sociais (SPARROW, pp. 71-72).

A questão de fato pode variar muito para cada país. Os EUA adotaram uma forma de responsabilização dos provedores com a edição do DMCA em 1998, legislação mencionada anteriormente, que favorece os donos de direitos autorais. A lei imputa aos provedores de acesso de serviço (PSA) e de serviços online (PSO) da internet a responsabilidade pelas violações de direitos autorais cometidas pelos usuários. No entanto, a lei cria requisitos – chamados de “portos seguros” (“*safe harbors*”) – que, se atendidos pelos provedores, isenta-os de responsabilidade (LEMOS, 2005, p. 33) A estrutura geral do DMCA (porque para cada tipo de provedor ou situação, há regras específicas de limitação de responsabilidade²⁶) prevê que o ISP torna-se civil e penalmente responsável apenas quando, após ter ciência da prática de atos infringentes de direitos praticados pelos seus usuários, deixar de suspender ou interromper o acesso ao material infringente (LEMOS, 2005, p. 45).

É necessário destacar o forte efeito de institucionalização da “censura branca” que o DMCA teve nos EUA. Após a notificação, e temendo a responsabilização civil e penal pelo material supostamente ilegal, o provedor passou a retirar todo e qualquer conteúdo sem

²⁴ Usa-se a expressão “*cache*” quando a transmissão está em armazenamento temporário, automático e intermediário, que tem o propósito de possibilitar mais eficiência na transmissão de dados ao usuário final; são também chamados de “servidores de *proxy*” e ajudam a aumentar a velocidade e melhorar a ocupação do tráfego na rede (LEMOS, 2005, p. 39). No entanto, para gozar da imunidade os ISP devem atender à outros cinco requisitos previstos nas Diretivas (SPARROW, p. 72).

²⁵ O provedor de hospedagem é o que fornece “serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações” (LEMOS, 2005, p. 42). No caso das regras das Diretivas, caso não haja conhecimento por parte do provedor de serviços, não será responsável; apenas o será se, ao tomar conhecimento (específico) de que hospeda conteúdo ilegal, não tomar medidas a fim de remover acesso à informação (SPARROW, p. 72).

²⁶ Resumidamente, para a responsabilização por “comunicações digitais transitórias em rede”, aplica-se o conceito estrito de ISP; para as demais formas (*cache*, hospedagem, localização de informações), aplicam-se tanto o conceito de ISP quanto o conceito de OSP (LEMOS, 2005, p. 51-52). Para as três últimas formas, exigem-se cinco requisitos: i) não possuir conhecimento do material infringente; ii) não conhecer fatos ou circunstâncias que tornariam a atividade infringente evidente; iii) remover o material assim que houver ciência; iv) não auferir benefício financeiro com a atividade, caso haja controle sobre ela e v) após a notificação, responder imediatamente para remover o acesso ao material tido como infringente (LEMOS, 2005, pp. 56-57).

nenhuma análise mais cuidadosa. Isto levou a uma grande retirada de conteúdo da internet, fosse protegido ou não por direitos autorais; é sabido que boa parte das notificações não tem nenhum fundamento jurídico e tem como única função amedrontar os provedores (LEMOS, 2005, p. 45). Como o provedor não possui nenhum incentivo econômico ou legal para verificar a argumentação jurídica de cada notificação recebida, na maioria absoluta dos casos opta pela medida mais econômica, que é retirar o conteúdo de plano. Lemos destaca o efeito gerado pela medida de empobrecimento e privatização do conteúdo da internet pelos detentores de direitos, por condicionar a obtenção de conhecimento ou informação online – que pode ser perfeitamente legal – ao pagamento ou outra forma ligada ao favorecimento dos interesses organizados dos produtores de conteúdo (LEMOS, 2005, p. 46).

O Reino Unido em 2009 anunciou que considerava a possibilidade de adoção do modelo de “resposta graduada” (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 34), no qual os ISP ou outra entidade vão adotando progressivamente medidas mais gravosas para “conter” o usuário que viola direitos autorais. Pelas últimas notícias (janeiro de 2017) o sistema, chamado Programa Voluntário de Alerta de *Copyright* (“*Voluntary Copyright Alert Programme*”) já está em funcionamento, e os provedores já estão emitindo notificações (chamados “emails educacionais”) para usuários suspeitos de infringir direitos de autor online através do compartilhamento de arquivos P2P (“*peer-to-peer*”). Teoricamente, tais alertas não fazem ameaças de penalidades ou multas; possuem a intenção de desencorajar usuários, e não de puni-los. Como prevê o nome, a sua adoção por parte dos provedores de internet é voluntária. O programa faz parte da iniciativa governamental chamada “*Creative Content UK*” e inclui outras medidas para impedir o download ilegal como, por exemplo, cortar a fonte de renda de sites que ilegalmente distribuam conteúdo e incentivar os mecanismos de busca a não direcionar usuários para sites que são sabidamente violadores de direitos autorais (JACKSON, 2017).

Há um acordo similar nos EUA. Os 5 maiores ISP do país adotaram procedimento voluntário através de acordos privados²⁷, feito com as indústrias musical e cinematográfica (incluindo associações de música e filme independentes) (CENTER FOR COPYRIGHT INFORMATION, 2017). Este acordo fixa uma “regra dos seis procedimentos”, que serão adotados de forma gradual pelos provedores de serviços. O primeiro deles é o envio de emails com materiais educacionais; o último, a ameaça de desconexão da internet caso continue a

²⁷ Para a indústria musical norte-americana, não é exatamente uma novidade. A aplicação de direitos autorais por entidades privadas já é adotada por essa indústria, que utiliza serviços privados para promover acordos com os usuários violadores através do ISP, fazendo-os pagar USD 10,00 por cada violação de *copyright* (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 55)

violação de *copyright*. Não há nenhuma previsão a respeito de monitoramento ou filtragem da comunicação dos usuários dos ISP (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 55).

Inicialmente, a mesma medida parecia não ter sido adotada pela França. Em 2009 foi submetido um projeto de lei ao Senado francês que previa o corte do acesso à internet pelos provedores do usuário sobre o qual houvesse decisão de violação de direitos autorais; alguns meses depois, a proposta foi rejeitada (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, 2009, p. 35).

Contudo, no mesmo ano a mesma proposta, um pouco repaginada, foi apresentada e aprovada. Em outubro de 2010, o país adotou um sistema de “resposta graduada” para os direitos de autor através da Lei HADOPI (ou Lei de Criação na Internet), sigla que também é o nome da autoridade governamental que foi criada para implementar o sistema (no original, “*Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*”). A lei destinava-se à “distribuição e proteção” de obras criativas, em cumprimento com a legislação autoral vigente (PEIXOTO, 2014, p. 175).

Este projeto também adota o procedimento dos “*three strikes*”. Basicamente, os detentores de direitos de autor enviam o endereço IP dos suspeitos para a autoridade, que por sua vez obtém dos ISP os nomes e dados dos usuários relacionados ao endereço. Na primeira fase, a autoridade envia um e-mail ressaltando o uso indevido; a partir deste ponto, o ISP deverá monitorar as ações do usuário através de um filtro especial. Em caso de reincidência, na segunda fase os ISP enviam os dados para a autoridade, e os usuários recebem uma carta registrada requerendo a cessão da violação de direitos sob pena de sofrer processo que pode resultar em suspensão do acesso à internet. Por fim, na última fase, caso haja reincidência no prazo de um ano, o ISP é obrigado a desconectar o usuário da internet por um período mínimo de 2 meses até o período máximo de 1 ano; a autoridade envia os documentos ao promotor, que protocola o pedido de suspensão do acesso do usuário “ilegal” à internet perante as cortes (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 55; PEIXOTO, 2014, pp. 175-176). O usuário infringente, bem como os culpados por não proteger suas conexões (uma forma de previsão culposa de violação de direitos autorais da lei), estão sujeitos à multa de €1.500. Não podem mudar de ISP e devem continuar pagando o plano de internet, ainda que cortado ou suspenso (GIBLIN, 2014, p. 84).

O HADOPI, portanto, impõe aos ISP dever de fiscalização das atividades dos usuários através da instalação de filtros, bem como sujeita a navegação na internet a controles administrativos.

Porém, apesar de parecer ser assustador, o sistema não é efetivo. Em dois anos de operação, apenas uma pessoa foi levada à Corte; quase três anos depois, apenas quatro casos

foram julgados (PEIXOTO, 2014, p. 176; GIBLIN, 2014, p. 85). Em nenhum deles houve condenação por violação de direitos autorais, mas sim condenação na previsão culposa de falhar em proteger a própria conexão de internet. Dos quatro casos, apenas em um houve condenação – um homem de meia-idade francês, que foi multado em €150 por ter seu IP associado com a música “Rude Boy”, da cantora Rihanna, mesmo após ter comparecido voluntariamente ao posto policial e pagado para que alguém “limpasse” o próprio computador. No segundo caso, o usuário, acusado de baixar um filme, não foi condenado em razão da corte ter entendido que o próprio não entendia a natureza da tecnologia e das imputações a ele feitas. O terceiro caso foi anulado por erro no procedimento, e no quarto caso, em razão do usuário não ter aparecido, foi imposta uma multa de €600, bem como condenação de corte do acesso à internet por 15 dias. Foi a primeira aplicação da penalidade prevista na lei (GIBLIN, 2014, p. 85).

Pesquisas também concluíram que o acesso aos conteúdos protegidos aumentou em 25%, já que os usuários encontraram outras formas ilegais para tal; além disso, sendo estes usuários compradores de conteúdo digital, o sistema de “resposta graduada” possuía o potencial de reduzir o mercado cultural para produtos digitais em 27% (PEIXOTO, 2014, p. 176). De acordo com notícias mais atualizadas, foram enviados 7.5 milhões de notificações, que levaram a 72 condenações efetivas (RAULINE, 2017). Os dados acima expostos confirmam que não há nenhuma evidência que leve a crer que o sistema de fato contribuiu para reduzir a violação aos direitos autorais na internet (GIBLIN, 2014, p. 90).

Importante destacar que o sistema é custeado pelo governo francês; em 2012, o orçamento da pasta era de €12 milhões. É ainda mais incerto o futuro da iniciativa tendo em vista que, em 2017, com a implementação da compensação aos ISP pela identificação dos usuários (que custa 12 €) e demais serviços de notificação (18 €) (que não existia nos anos iniciais do sistema), o orçamento manteve-se no patamar dos anos anteriores, previsto em €9 milhões (REES, 2017).

No Brasil, a posição quanto à responsabilização dos ISP solidificou-se através da edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), que previu em seus artigos a responsabilidade limitada dos provedores de serviço de internet em várias questões. Os artigos 18 e 19 da referida lei preveem como regra geral a não responsabilização civil do provedor por danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros; este somente poderá ser responsabilizado caso, após receber ordem judicial de retirada do conteúdo, não tome providências (dentro do âmbito e dos limites técnicos do seu serviço) para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Interessante observar o requisito da ordem judicial, elemento que dificulta a responsabilização do provedor e diferencia bastante a lei das previsões do DMCA. Parece ser

uma salvaguarda para impedir que ocorra no Brasil a difusão da prática da “censura branca” ocorrida nos EUA, detalhada anteriormente. Lemos (2005, pp. 47-48) traz dois casos brasileiros em que provedores foram solicitados a retirar material perfeitamente legal da internet sob falsas ameaças de crimes contra à honra ou danos à imagem privada dos ofendidos – o que demonstra que a prática pode ocorrer mesmo quando não há nenhuma previsão legal para tanto, apenas por pressão dos interessados. Assim, nota-se que tais disposições são essenciais para demonstrar ao provedor de serviços de internet que o mesmo não está obrigado a acatar qualquer notificação extrajudicial, o que certamente pode impedir o sucesso da prática de “censura branca” no Brasil.

Além das disposições acima, o §2º do artigo 19 do Marco Civil da Internet prevê que para danos relacionados ao direito de autor e direitos conexos faz-se necessária previsão legal específica – ainda não existente – que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas na Constituição Federal. Em complementação, o artigo 31 das disposições finais da lei prevê que, enquanto a lei mencionada no artigo 19, §2º não for editada, a responsabilidade do provedor de serviços de internet por estas infrações será disciplinada pela legislação autoral vigente – o que não significa muito, já que a Lei de Direitos Autorais não trata especificamente do tema (BRASIL, 2014).

Em suma, o Marco Civil da Internet prevê, como regra, a não responsabilização do provedor de internet nos casos de efeitos de conteúdo produzido por terceiros, exceto quando este for notificado através de ordem judicial específica e não tomar as providências necessárias dentro do seu alcance para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente (LOPES; CARRASCO, 2016, p. 12).

3.5 – Reforço do punitivismo

Ainda, é possível observar uma tendência recente de reforçar a aplicação das penas criminais previstas para os crimes relacionados aos direitos autorais. Um exemplo célebre é do caso “The Pirate Bay”, famoso site de download de “*torrents*”, cujos donos, em processo movido pela Federação Internacional das Indústrias Fonográficas, foram inicialmente condenados pelas cortes da Suíça no ano de 2009 a cumprir um ano de prisão, bem como ao pagamento de multa no valor de USD 3.5 milhões (GEIGER, 2014, p. 132). Em sede de apelação, as penas de prisão foram reduzidas, variando entre dez e quatro meses para cada fundador, e a multa foi aumentada para USD 6.5 milhões.

Além do caso suíço, processo similar de reforço do punitivismo pode ser observado no Brasil através da Operação Barba Negra, movida pela Polícia Federal. Em 18 de novembro de 2015, o trabalho da operação retirou o site “pirata” de “*streaming*” Mega Filmes HD, dito o maior site de filmes piratas da América Latina, com um acervo de 150 mil filmes. Além disso, a PF prendeu por 10 dias, através de prisão temporária, o casal administrador do site e interrogou outras cinco pessoas (ALVES; TOMAZELA, 2015). Na segunda fase da operação, a PF retirou outros três sites do ar, prendeu mais cinco pessoas temporariamente e cumpriu 12 mandados de busca e apreensão em quatro estados brasileiros – São Paulo, Minas Gerais, Paraíba e Pernambuco. Os acusados tiveram suas contas bancárias bloqueadas e foram indiciados por violação de direitos autorais e organização criminosa (ALVES, 2016).

É fácil constatar, porém, que tais medidas não possuem nenhuma eficácia; em junho de 2017, ainda é possível acessar tanto o The Pirate Bay original (.org) quanto *proxys* que redirecionam para a página; em maio de 2011 também era possível (GEIGER, 2014, p. 133). Também é possível acessar novas versões do Mega Filmes HD – Megafilmes (.org), Megafilmeshd (.online) e Megafilmeshd21 (.org). Evidente, portanto, que a aplicação das medidas criminais nestas áreas dificilmente teria o condão de solucionar o problema, ou mesmo reduzir de forma substancial o comportamento ilegal dos usuários, tendo em vista a sua efetividade duvidosa. Ao contrário, geralmente o reforço do punitivismo é utilizado como exemplo do impacto negativo que a repressão de direitos autorais pode ter para a população em geral (GEIGER, 2014, p. 134). No Brasil, houve ampla cobertura midiática do caso MegafilmesHD e do casal que o gerenciava. Nas redes sociais ainda é possível observar as reações dos 4 milhões de seguidores quando o site saiu do ar. Tais fatos demonstram, pelo menos, que houve algum grau de atenção sobre o caso.

Capítulo 4 – Análise sobre as propostas alternativas para as questões relativas aos direitos autorais no espaço cibernético

4.1 – Sobre as propostas

Das quatro propostas levantadas, apenas duas foram ou são testadas na prática: o modelo do *Creative Commons* e o modelo da responsabilização dos provedores. Quanto a esses, a observação da prática torna mais fácil conhecer os respectivos pontos fracos e fortes.

O *Creative Commons* de fato trabalha com o conceito de “*commons*” e procura recuperar a ideia de que o direito de autor deve proporcionar algum retorno à sociedade. Porém, não é coercitivo, de forma que não é capaz de obrigar quem não concorde com ele. As instituições públicas de fato tem-se utilizado bastante das referidas licenças, mas por trás do uso há sempre a justificativa baseada no conceito de interesse público. Assim, o *Creative Commons* não é capaz de tranquilizar os usuários privados de que não serão punidos pelos seus atos na internet ou de impedir os detentores de direitos continuarem mantendo o uso egoísta do direito de autor.

Em relação à responsabilização dos provedores, a evidência disponível quanto aos países que adotaram esquemas mais severos, incluso o de “resposta graduada”, demonstra que a medida obteve efeitos mínimos em relação ao compartilhamento através do sistema P2P e não foi efetiva para impedir violações aos direitos autorais na internet. Nos EUA, o maior efeito do DMCA foi o de “censura branca”, mencionado anteriormente, que resultou por empobrecer o conteúdo da internet.

Detentores de direito poderiam argumentar que os sistemas existentes não são efetivos, e que controles mais estritos poderiam gerar resultados melhores. Não obstante, não parece ser possível aumentar ainda mais a gravidade das medidas, tendo em vista que os sistemas existentes já sofrem duras críticas em relação ao respeito pelo processo legal, à falha na proteção da privacidade dos usuários, e quanto à falta de transparência, precisão, e resultados, além de prever medidas sancionatórias que são desproporcionais para as infrações (GIBLIN, 2014, p. 106; GEIGER, 2014, p. 134;137).

Os sistemas de “*three-step strikes*” já estão sofrendo críticas a respeito do seu parco resultado e limitações às suas previsões, por extrapolarem direitos fundamentais (GIBLIN, 2014, p. 106); medidas mais gravosas como o SOPA e o PIPA nos EUA estão suspensas por terem sido veementemente rechaçadas pela população em geral e pela comunidade internacional. Não há nada nesse cenário que permita afirmar que a ideia original da indústria

criativa – de que a responsabilização dos ISP é a solução para o problema – está correta. Ademais, tais sistemas não lidam com o problema da remuneração dos autores (GEIGER, 2014, p. 139); apenas procuram perpetuar o atual esquema de distribuição da renda promovido pela indústria cultural, bem como coibir os possíveis efeitos positivos da divulgação online, como maior publicidade. Certamente, nesse sistema não há nenhuma preocupação com o autor.

Quanto aos outros dois, entre a abolição do *copyright* e a taxa única para gestão coletiva dos direitos autorais, certamente a última parece mais factível. A abolição do *copyright* de fato atende à nova visão do direito autoral atrelada aos “*commons*” e inclusive vai muito além dela: não haverá nenhuma propriedade a impedir o acesso à informação e a produção e compartilhamento de conteúdos na internet, o que seria o ideal nesse cenário. No entanto, não é possível acreditar que seria possível decretar o fim dos direitos autorais tão cedo. Tendo em mente o alcance global das práticas de direitos de autor, basta observar os comportamentos da indústria cultural norte-americana, uma das maiores do mundo em termos de exportação de bens culturais: a adoção (ou sua tentativa) de vários projetos e legislações sobre o tema cada vez mais restritivos (SOPA, PIPA) demonstra que a indústria cultural não irá desistir tão cedo da tentativa de dominar o mundo digital, de forma que é seguro afirmar que dificilmente a abolição do *copyright* irá acontecer em um futuro próximo.

Resta, portanto, a opção intermediária da taxa única a fim de financiar a gestão coletiva dos direitos autorais. É a mais endossada e positiva, por prever uma forma justa tanto para a sua incidência (teoricamente, todos iriam financiar os bens culturais que consomem) quanto para o sustento dos artistas. No entanto, também é difícil chegar a uma conclusão concreta por nunca terem sido postas em prática fora de áreas setoriais. Mesmo nesses sistemas de gestão coletiva setoriais, há muitas críticas e descrenças a respeito da atual distribuição dos recursos, da possibilidade de tais sistemas de fato sejam capazes de remunerar decentemente os artistas (já que hoje poucos conseguem manter-se com seus “*royalties*”) e sobretudo, quanto à idoneidade, eficiência e transparência destas organizações – basta observar o caso do ECAD no Brasil para perceber que a realidade ainda está muito longe do ideal.

Isto quer dizer que para a adoção de tal sistema no futuro não poderão ser usadas as regras atuais, sob pena de manter as críticas a ele feitas. Terão que ser discutidas a noção de quem-recebe-quanto-pelo-quê, de meritocracia (seria justo que um artista recebesse sem ter produzido?) e de fiscalização do sistema (o artista que não produz pode receber? quem fiscalizaria?), questões que provavelmente podem levar algum tempo e debate para serem decididas. Apesar de já existirem muitos estudos sérios a respeito da viabilidade de tal modelo, ainda não há experiência prática o suficiente para tecer uma avaliação mais profunda.

Idealmente, é o melhor modelo por ser capaz de remunerar os criadores ao mesmo tempo em que a informação é deixada livre para circular entre todos, por um custo individual baixo.

No entanto, infelizmente não é possível dizer muito sobre a aplicação prática: se as regras atuais não valem, a implementação de um sistema do gênero repousa em novas ideias, debates e práticas a serem desenvolvidas, e tornamos novamente para o plano do ideal. Em suma, não é possível dizer com precisão que este ou aquele é de fato o melhor modelo a ser adotado.

Quanto às cortes, de forma geral, a única possibilidade debatida até agora é a da responsabilização dos ISP. Ainda assim, os estudos de caso também não apontam uma definição muito precisa – apontam apenas a vaga tendência das cortes, sobretudo norte-americanas, em considerar responsáveis os provedores de serviços de internet em razão da evidência de que tais prestadores permitiam ou estimulavam que seus usuários cometessem violações de direitos (SPARROW, 2010, p. 118). Um caso emblemático na UE fixa limites máximos para a responsabilização, mas não oferece respostas sobre qual seria a forma ideal a ser adotada na responsabilização dos ISP.

Os litígios nas redes sociais também reproduzem, de alguma forma, os litígios que ocorrem fora dela: de um lado, há os detentores de conteúdo, que defendem a proteção do seu *copyright* de maneira ferrenha; do outro lado, os operadores de serviços como o Youtube, Myspace e outros, cujas rendas vem basicamente de publicidade. Sparrow também destaca a similitude entre o caso Viacom e os casos da indústria musical (Napster e Grokster), até mesmo nos argumentos utilizados pelos distribuidores de conteúdo (usos lícitos, etc.) (SPARROW, 2010, p. 118) de forma que nem o ambiente das redes sociais é capaz de fornecer alguma resposta.

O cenário de fato não é animador. Sparrow é realista ao afirmar que, diante do enorme poder da internet, é impossível para a indústria mediática impedir completamente o vazamento de conteúdos (SPARROW, 2010, p. 74). A única conclusão à qual se é possível chegar é a de que, idealmente, o regime da propriedade intelectual quanto aos direitos autorais terá que incentivar a criação, ao mesmo tempo em que não limita excessivamente o acesso para os criadores que vem a seguir (SPARROW, 2010, p. 53).

Apesar disso, ao menos a crise do direito autoral na era digital é equânime: tanto os grandes conglomerados culturais quanto os artistas “menores” estão sujeitos à terem seus direitos autorais violados na era digital (estes últimos sendo mais afetados por não terem a disponibilidade de recursos que a indústria cultural tem para “fazer valer” o seu direito). Infelizmente, o sistema jurídico do direito autoral do século XIX que procurava proteger ambos

(considerando que isso seja possível) não consegue dar respostas a nenhum dos dois (LOPES; CARRASCO, 2009).

4.2 – Ideias fora do Direito

Surgiram também novos modelos de negócios que exploram melhor o caráter de “plataforma aberta” da Internet (BOILLER, 2011, p. 9), cujos exemplos clássicos citados tem sido o Netflix e o Spotify, que baratearam o acesso a material legal pelo consumidor.

Um bom exemplo de como as empresas podem se adaptar é o da companhia dinamarquesa Lego e do seu produto “*Mindstorms Robotic Kit*”. O kit permitia a construção de robôs com peças de plástico, softwares programáveis, sensores e motores. Quando alguns dos consumidores começaram a aplicar engenharia reversa no produto, a companhia inicialmente considerou processá-los. Entretanto, a empresa desistiu ao notar que seus consumidores poderiam ter boas ideias, e desde então inseriu em sua licença o “direito ao *hack*”, concedendo aos usuários permissão para inventar quaisquer inovações que quisessem. As melhores invenções seriam incorporadas ao produto, o que a própria companhia considerou que poderia tornar o produto mais atraente aos olhos de outros consumidores. Nota-se que, ao convidar os consumidores para participar do desenvolvimento dos produtos da empresa, a empresa superou, ainda que parcialmente, o que acontece geralmente entre detentores de direitos e usuários, o que gerou benefícios para ambos os lados (BOILLER, 2011, p. 10).

Da mesma forma como outros apontaram novas formas de modelos de negócios baseados no compartilhamento, e não na exclusão do acesso, Smiers e Van Schijndel trazem o exemplo do escritor Cory Doctorow. Seus livros são disponibilizados gratuitamente na internet. Isto, porém, não o impede de vender muitos livros através da mídia tradicional. O escritor tampouco se incomoda quando o copiam e utilizam de forma comercial seus livros, sem a sua autorização.

O que se extrai desse exemplo é que, numa sociedade lotada de informação, são necessários novos meios de ganhar visibilidade e atenção. Este seria uma das maneiras excelentes para isso (VAN SCHIJNDEL; SMIERS, pp. 51-52): criando relacionamentos com os leitores, no caso do escritor – e para os artistas em geral, criando relacionamentos com os destinatários das suas respectivas produções.

Isto é válido tanto para músicos do tecnobrega, que em sua maioria reconhecem a importância da divulgação feita pelos fãs (LE MOS, CASTRO, 2008, p. 154) quanto para as bandas de rock – por exemplo, as bandas The Darkness e Marillion. A primeira conseguiu

arrecadar recursos suficientes para produzir um novo álbum apenas com a venda de produtos no seu site, antes mesmo das músicas estarem compostas; a segunda arrecadou U\$D 1.358 milhão apenas com a venda de um álbum futuro no seu site, que também ainda não foi gravado, mesmo não possuindo gravadora e não fazendo turnês. O valor é duas vezes o necessário para a produção do disco e parte será usado para financiamento de uma turnê (LEMOS, 2005, p. 183).

Fora do panorama de grandes empresas e negócios, a produção cultural tem adotado cada vez mais a tecnologia. Além dos exemplos já citados de bandas estrangeiras, Lemos traz dois exemplos brasileiros: as cenas culturais do tecnobrega, em Belém do Pará, e a do Forró da Amazônia. Na primeira, os produtores e músicos da cena negociam acordos de distribuição diretamente com os “piratas”, que vendem seus CDs por R\$ 2 ou R\$ 3, o que permite que mais pessoas consumam o produto. Os próprios agentes culturais entenderam que a renda passaria a vir dos shows, e não mais dos CDs, de forma que a livre circulação de músicas é não só natural e incentivada, mas vista como essencial para a divulgação dos artistas (LEMOS, CASTRO p. 148, 2008). No Forró da Amazônia, os CDs já passaram das tradicionais 15 para 100 faixas de músicas, todas em formato MP3 (LEMOS, 2005, pp. 91;182). É evidente que as novas tecnologias foram incorporadas em alguma medida na produção cultural, e que isso não fez com que os artistas não pudessem se sustentar ou deixassem de produzir. Apenas a forma de auferir renda mudou.

Tais fatos nos levariam a concluir que parte do problema não será resolvida reforçando a punição do crime ou os sistemas legais de direito autoral, porque a própria lógica do uso da propriedade intelectual (e do marketing na era da internet) relativizou o conceito de propriedade na área. Talvez de fato não seja do interesse dos próprios autores continuar a insistir nisso. Prosseguir nesta reflexão, no entanto, implicaria em ir muito além do escopo deste trabalho.

Há quem defenda, também, a adaptação da indústria cultural através de acordos de cooperação entre as próprias empresas do setor, nos limites fixados pela lei, como no acordo firmado entre as indústrias culturais norte-americanas e o setor privado de ISP (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 58). No entanto, outros autores apontam que pode ser uma solução arriscada, já que a disputa entre o sistema regulatório privado e o sistema regulatório estatal poderia gerar ainda mais fragmentação das leis e dificuldade para cooperação entre diferentes regimes de direitos autorais (GRABER, 2014, p. 251), bem como dificulta a aplicação da lei pelas autoridades competentes.

Já existe uma nova geração de empresas que pouco ou nada tem a ver com a indústria cultural, cujo modelo de negócios tem se tornado obsoleto. Estas novas empresas são capazes

de harmonizar os conteúdos produzidos com seus modelos de produção, que não mais se dão através da exploração direta (e cara) de direitos autorais pelos consumidores, ou de usos que excluam o acesso a outros usuários (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, p. 138).

Autores e técnicos sugerem há algum tempo que modelos de negócios criativos da “nova economia política da internet”, como o Netflix e o Spotify, que oferecem conteúdo autoral acessível e legal para os consumidores, tem mais chances em diminuir a violação de direitos autorais na internet do que os (custosos) sistemas de prevenção, educação e repressão que a indústria cultural tenta implementar (LANGWALLNER; KOLODZINSKI, 2013-2014, p. 58; GIBLIN, 2014, p. 106). A melhor maneira de combater a pirataria seria através do incentivo para que a oferta da indústria cultural ofereça seus produtos por preços razoáveis a fim de atender as expectativas dos consumidores, que certamente aumentaram. Muitos dados sugerem que a hipótese está certa, e que o acesso por preços razoáveis a conteúdo legal é muito mais útil para diminuir a pirataria do que os sistemas de “resposta graduada” tão impulsionados pela indústria cultural (GIBLIN, 2014, p. 106).

O potencial alcance das novas plataformas de veiculação de conteúdo é surpreendente. Um exemplo pode ser encontrado no Spotify: a plataforma já está disponível em 60 países e em março de 2017 possuía 50 milhões de usuários pagantes e 50 milhões de usuários não assinantes, totalizando 100 milhões de usuários inscritos (McINTYRE, 2017). O serviço de *streaming* de filmes Netflix, por sua vez, está disponível em quase 200 países e possui quase 100 milhões de usuários assinantes (FIEGERMAN, 2017). São números bastante impressionantes.

Todavia, não convém depositar toda a esperança nesses novos modelos de negócios – a maior crítica feita ao Spotify é a de que, por uma série de motivos, a empresa se aproveita do modelo de distribuição injusto da indústria fonográfica, e boa parte dos *royalties* vão para as gravadoras (GIBLIN, 2014, p. 109). No entanto, não há preocupações quanto ao Direito: ambos os serviços fornecem conteúdo legal.

Alguns autores correlacionam a entrada desses serviços em alguns mercados com a diminuição da transmissão de conteúdos “pirateados”. Dados mostram que, na América do Norte, a parcela em relação ao total do tráfego de dados na internet de um determinado programa de compartilhamento de arquivos P2P (BitTorrent) tem caído todos os anos – de 31% em 2008 para 2.85% em 2016 (SANDVINE, 2016). Partindo do pressuposto de que o interesse da população pelos produtos culturais não diminuiu, tais plataformas de fato podem ser uma boa “solução” para o problema dos direitos autorais na internet.

Desta forma, a violação de direitos autorais seria um problema econômico, e, portanto, deveria ser resolvida por meios econômicos. A repressão ou a educação através dos sistemas de “resposta graduada” seriam, então, inócuas, por não atuarem sobre as barreiras econômicas de acesso aos bens intelectuais, que seriam o fator mais importante no combate à pirataria (CTS FGV-RIO, 2011, p. 100; GEIGER, 2014, p. 141).

Dentre as várias barreiras econômicas, a mais relevante é o alto preço dos produtos culturais comercializados. Os preços praticados pela indústria fonográfica e cinematográfica são idênticos para países desenvolvidos e para os em vias de desenvolvimento, o que gera distorções de mercado. Outra barreira seria a distribuição desigual dos bens culturais, especialmente em um país de dimensões continentais como o Brasil. Um exemplo é a distribuição de salas de cinema pelo país: em dados de 10 anos atrás (2007), verificou-se que a região Norte inteira possui apenas 7% do número de salas de cinema que possui o estado de São Paulo (CTS FGV-RIO, 2011, p. 101).

Por fim, retomando os dados de Tapscott e Williams (*apud* VAN SCHIJNDEL; SMIERS, p. 52) lembramo-nos que metade do tráfego de dados que circula cotidianamente na internet vem do compartilhamento de arquivos. Tais dados podem ser um indicativo de que a “geração digital” que cresceu acompanhando o desenvolvimento da internet não vê como problema moral não pagar pelos downloads que fazem, tampouco em remixar, editar e realizar todas as possibilidades que a internet oferece. Assim, para os membros das próximas gerações, são contraintuitivos os comandos dos antigos padrões do direito autoral, obsoletos e pouco adequados às necessidades destes usuários. Cada vez mais as práticas contra as quais a indústria cultural luta são consideradas aceitáveis e lícitas no mundo virtual. Diante disso, apenas um ajuste entre a proteção ao direito de autor e a realidade tecnológica poderá produzir uma solução efetiva.

Conclusão

A incompatibilidade dos direitos autorais definidos no século XIX e a era digital é, agora, gritante. Foi atingido um “ponto de não retorno” em relação à internet: não é mais possível desconectar a produção e a fruição de cultura da sua incidência. Os “*commons*” são modelos sociais que tenderão a se perpetuar com a internet. Como precisaram Martínez e Rowan, a escassez artificial criada pelos direitos de autor encontrou-se com a abundância da internet, e o Direito não foi capaz, até agora, de resolver a questão.

Diante do problema, duas correntes surgiram: uma que defende a abertura do direito autoral para o novo pensamento colaborativo, flexibilizando ou recuperando a função social desses direitos, e outra que defende o recrudescimento da proteção do direito de autor na internet (a posição adotada pelas indústrias culturais), que geralmente acompanha novas iniciativas com vistas à responsabilização dos usuários “piratas” (não descartando nem mesmo o reforço da punição prevista da lei penal). Até agora, tem prevalecido a segunda corrente, que ainda não entendeu que a internet e as novas tecnologias mudaram para sempre o equilíbrio estabelecido no século XIX entre os detentores de direitos autorais e o interesse público.

Algumas formas de resolução para o impasse foram pensadas. Duas delas são mais concretas e foram postas em prática. Quanto ao *Creative Commons*, não obstante a ótima concepção, falta coercitividade, que afinal é uma das características fundamentais da lei. Em relação a responsabilização dos ISP, os resultados obtidos até agora demonstram que os sistemas não foram efetivos na resolução do problema do direito autoral na internet.

Outras duas ainda são hipóteses; a primeira, de abolição de *copyright*, por todos os fatos citados, parece extremamente improvável. A segunda, sobre a adoção de taxa única e sistemas de gestão colaborativa, são em parte reais – como a taxa sobre CDs no Canadá. Contudo, não foram efetivamente testadas e não há dados para verificar o seu funcionamento. Assim, as críticas feitas aos sistemas mais inovadores são necessariamente voltadas para a sua base teórica e pouco se sabe as dificuldades de implementação prática, que certamente podem vir a ser relevantes no seu funcionamento.

Todas as formas de proteção aos direitos autorais testadas até agora tem pontos positivos e negativos, mas nenhum modelo foi capaz de endereçar completamente a situação dos direitos autorais na internet. O que está estabelecido é que novas formas de proteção dos direitos autorais a serem adotadas deverão dar aos produtores de conteúdo maior controle sobre a própria criatividade, sob pena de comprometer a sua efetividade. Se há o desejo de se adaptar à era da internet, as obras deverão ser vistas como criações que devem ser compartilhadas, e

não restringidas ao/pelo mercado ou ao conceito estreito de propriedade no direito de autor que no passado foi útil, mas que não é mais, porque este não consegue dar conta da realidade (BOILLER, 2011, p. 9).

Este trabalho não se alinha à posição radical de abolição dos *copyrights*, até mesmo por acreditar que os direitos autorais são uma ideia de tal forma enraizada na forma de viver atual que não é crível imaginar que em um futuro (nem tão) próximo tais direitos poderiam ser extintos, ao menos não sem grande resistência das indústrias culturais.

No entanto, é evidente que os direitos autorais não podem continuar sendo exercidos da maneira em que foram constituídos há algumas décadas atrás, caso desejem ser observados. A dúvida sobre se os direitos autorais podem de fato sobreviver no século XXI não é infundada.

A ideia de “*commons*” será cada vez mais necessária para que uma ideia funcione com sucesso. Principalmente, ter a consciência de que conhecimentos e ideias tenderão, com a utilização da internet, a se espalhar e distribuir em uma velocidade muito maior da qual sistema do direito autoral estava acostumado – isto porque as formas como as pessoas produzem e consomem cultura mudou radicalmente ao adotar formas abertas e flexíveis, à imagem e semelhança da internet (MARTÍNEZ, ROWAN, 2013, pp. 101-104).

A indústria cultural ainda resiste bravamente tentando impor marcos legais mais restritivos para proteger os próprios monopólios privados. Porém, a produção e a fruição cultural contemporâneas distanciaram-se da realidade que as indústrias culturais querem reestabelecer. A internet, além de ter facilitado a cópia e a distribuição, já estabeleceu que outras maneiras de produzir e consumir são possíveis, através de caminhos que independem da participação do Estado.

Há vários exemplos de que a internet não matou a produção cultural: o que as bandas de rock, de tecnobrega, de forró e o escritor citados nos capítulos anteriores tem em comum? Todos entenderam que o seu poder econômico vem da relação com usuários, fãs, ou quem consome os seus produtos, e que impedir a circulação das suas obras no atual contexto digital é mais prejudicial do que benéfico. A maioria dos membros das cenas culturais brasileiras referidas entendem como natural e, sobretudo, essencial abrir mão da exclusividade do direito autoral a fim de permitir a livre circulação e divulgação das suas músicas.

Ainda, não está descartada a possibilidade de que as novas respostas i) venham através de inovações nos próprios modelos de negócios das empresas, amplas (como o Netflix, Spotify) ou nem tanto (Lego) ou ii) exijam novas condições econômicas, que deverão ser impostas através de regulação de mercado; mas também as questões específicas sobre o que deveria

mudar e como deveria ser feito exigem outras pesquisas e leituras, que fogem à capacidade deste trabalho.

O que parece claro é que as saídas jurídicas efetivamente postas em prática não foram capazes de salvar o direito autoral, recuperando a sua eficácia perdida. A análise jurídica tradicional não foi capaz. É preciso incluir na análise outros elementos, além do Direito, e verificar como a ideia da propriedade intelectual deverá mudar para adequar-se à realidade, para a partir deste ponto realizar os ajustes legais necessários. O velho direito deverá adaptar-se à nova realidade (LEMOS, 2005, p. 13).

Partindo do pressuposto de que o Direito ainda tenha a intenção de ter impacto real sobre os fatos concretos, especialmente em relação aos direitos de autor, é urgente que haja mudança na maneira como os mesmos são vistos pela sociedade e conseqüentemente, na maneira como são codificados. Uma mudança legislativa, para ser efetiva, teria que preocupar-se com não só com a regulação do direito autoral no ambiente virtual, mas também na eliminação de obstáculos para a fruição de cultura de toda a sorte – reduzir tributação, repensar licenciamento e distribuição (medidas econômicas), bem como alargar as exceções às violações de direito autoral, ao invés de incentivarem o modelo de repressão do usuário.

Mudanças legislativas fora desses termos muito provavelmente não serão capazes de responder de forma permanente ao problema. Em resumo, deve haver maior incentivo e/ou recepção às novas formas que estão sendo criadas para proteção dos direitos autorais, que, com o advento da internet, levam em consideração não apenas o direito do criador à remuneração ou o interesse da indústria cultural, mas também o dever de permitir a livre circulação de informação no espaço público, resgatando a ideia de domínio público e de função social do direito autoral através do retorno do conhecimento à sociedade. Agindo fora destes termos, corre-se o risco real dos direitos de autor tornarem-se letra morta.

Bibliografia

ALTER, Alexandra. **Google's digital library wins Court of Appeals ruling**. The New York Times, 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/10/17/business/media/googles-digital-library-wins-court-of-appeals-ruling.html>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

ALVES, Murilo Rodrigues. **PF deflagra operação contra sites de pirataria**. Estadão, 13 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pf-deflagra-operacao-contra-sites-de-pirataria,10000081893>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

ALVES, Murilo Rodrigues; TOMAZELA, José Maria. **PF prende grupo que gerenciava o site Mega Filmes HD**. Estadão, 18 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pf-deflagra-operacao-contra-pirataria-na-internet-e-prende-grupo-que-gerenciava-mega-filmes-hd,1798343>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BAKER, Peter. **Trump abandons trans-pacific partnership, Obama's signature trade deal**. The New York Times, 23 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/01/23/us/politics/tpp-trump-trade-nafta.html>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BENKLER, Yochai. **The political economy of Commons**. In: Upgrade - the European Journal for the Informatics Professional, v. IV, n. 3. Disponível em: <<http://www.benkler.org/Upgrade-Novatica%20Commons.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2017. CEPIS – Council of European Professional Informatics Societies, 2003.

_____. **The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2006. Disponível em: <http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf>. Acesso em 05 mai. 2017.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

BOLLIER, David. **Intellectual property in the digital age**. 2011. In: “Key Issues in the Arts and Entertainment Industry.” Oxford: Goodfellows Publishers Ltd. Disponível em: <<http://bollier.org/sites/default/files/IP%20in%20Digital%20Age%20chapter-Bollier.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país

e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1, p. 1; 25 fev. 1998, Seção 1, p. 1.

_____. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1, p. 3.

_____. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Seção 1, p. 1.

_____. **Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.512.647/MG, Relator Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Brasília, 13 mai. 2015. Publicação: 05 ago. 2015. Disponível:

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201301628832&dt_publicacao=05/08/2015>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CENTER FOR COPYRIGHT INFORMATION. **About the Center for Copyright Information.** Disponível em: <<http://www.copyrightinformation.org/about-cci/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. **Direitos autorais em reforma.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8789>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CREATIVE COMMONS. **State of the Commons Report 2016.** 2016. Disponível em: < <https://stateof.creativecommons.org/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. **State of the Commons Report 2015.** 2015. Disponível em: < <https://stateof.creativecommons.org/2015/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílios 2015: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros.** Comitê Gestor da Internet no Brasil. São Paulo. 2016. Disponível em: <[http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC Dom 2015 LIVRO ELETRONICO.pdf](http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf)>

CONSELHO DIRETOR da Revista dos Estudantes de Direito da UnB. **Declaração de direito autoral**. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/about/submissions#copyrightNotice>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. **El lugar del daño como fundamento de la competencia internacional en los litigios sobre derechos de autor**. In: “Estudos de Direito Intelectual (Em homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão)”. VICENTE, Moura, et al. (org.), pp. 511-530. Coimbra: Almedina. 2015.

DENICOLA, Robert C. **Mostly dead? Copyright law in the new millennium**. Journal of the Copyright Society of the U.S.A., v. 47, pp. 193-207. 2000. The Copyright Society of the U.S.A. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2448351>. Acesso em 20 jun. 2017.

FACCHINI, Leonardo Dell’Antonio. **A indústria cultural brasileira: crescimento e influências**. Monografia. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Repositório UNESP: nov. de 2011. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/118959/facchini_lda_tcc_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FIEGERMAN, Seth. **Netflix nears 100 million subscribers**. CNN Tech, 17 de abril de 2017. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2017/04/17/technology/netflix-subscribers/index.html>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

GEIGER, Christophe. **The rise of criminal enforcement of intellectual property rights... and its failure in the context of copyright infringements on the Internet**. In: “The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age”. FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GIBLIN, Rebecca. **Beyond graduated response**. In: “The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age”. FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GRABER, Christoph B. **Is there potential for collective rights management at the global level? Perspectives of a new global constitutionalism in the creative sector**. In: “The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age”. FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HILTZIK, Michael. **Copyright boon or bane? Google Books survives another legal challenge**. Coluna. Los Angeles Times, 20 de outubro de 2015. Disponível em: <

<http://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-mh-google-books-survives-another-legal-challenge-20151020-column.html>>. Acesso em: 02. jun. 2017.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Measuring the information society Report**. 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2016/MISR2016-w4.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

JACKSON, Mark. **Update2: UK ISP's to send first internet piracy warning letters this month**. 10 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.ispreview.co.uk/index.php/2017/01/big-uk-isps-send-first-internet-piracy-warning-letters-month.html>>.

LANGWALLNER, David; KOLODZINSKI, Krzysztof. **Copyright law and the Internet after SABAM**. Irish Business Law Review, v. 1, n. 1. 2013-2014. Dublin: Clarus Press Ltd. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/iblr1&g_sent=1&collection=journals&id=4>. Acesso em: 02 jun. 2017.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. **Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música**. Coleção Tramas Urbanas, v. 9. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2653>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

LINDNER, Julia. **STF confirma que lei dos direitos autorais é constitucional**. Estadão, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,stf-confirma-que-lei-dos-direitos-autorais-e-constitucional,10000084883>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

LIPSZYC, Delia. **Copyright and neighbouring rights**. Paris: UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) Publishing, 1999. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001207/120722eo.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

LOBATO, John. **Paying for the sins of their users: liability and growing uncertainty in a digital age: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S. Ct. 2764 (2005)**. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, n. 1. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No1_Lobato.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

LOPES, Inez; CARRASCO, Janny. **A proteção da propriedade intelectual e as redes sociais**. 2016. Artigo ainda não publicado. Trabalho decorrente do Projeto de Pesquisa “**A efetividade do Direito em face do poder dos gigantes da Internet – Brasil e França**” (realizado pela Universidade de Brasília, Universidade Federal Fluminense, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne1, Université Paris Descartes, Université de Versailles SQ).

LUNNEY, Glynn S., Jr. **The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act**. *Virginia Law Review*, v. 87, pp. 814-920. 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263208>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MARTÍN-BARBERO, Jesus. **La globalización en clave cultural: una mirada latinoamericana**. Conferência “2001: Efectos. Globalismo y pluralismo.” 2002, Montreal: Universidade do Quebec em Montreal, 22 a 27 de abril de 2002.

MARTÍNEZ, Rubén; ROWAN, Jaron. **Industrias culturales, industrias creativas y fugas del modelo dominante**. In: “La tragedia del copyright: bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural.” 2013. Barcelona: Virus Editorial.

McBRIDE, Sarah; SMITH, Ethan. **Music industry to abandon mass suits**. *Wall Street Journal*, 19 dez. 2008. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/SB122966038836021137>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

McINTYRE, Hugh. **Spotify officially hits 50 million paid subscribers**. *Forbes*, 03 março de 2017. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/hughmcintyre/2017/03/03/spotify-officially-hits-50-million-paying-subscribers/#163aa60429be>>. Acesso em 05 jun. 2017.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional**. Tese de Doutorado aprovada em 22 de março de 2017. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/tese_deposito_heloisa_medeiros_ufsc.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PEIXOTO, Anna Carolina Finageiv. **Regulação da Internet: os desafios do Estado desenvolvimentista para a construção de um ambiente competitivo, inovador e democrático no espaço digital**. Tese de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

RAULINE, Nicolas. **Vers la fin du piratage.. et de l’Hadopi?**. *Les Echos*, 19 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.lesechos.fr/tech-medias/medias/0212058422219-vers-la-fin-du-piratage-et-de-lhadopi-2088084.php>>. Acesso em 02 jun. 2017.

REES, Marc. **La HADOPI juge l'indemnisation des FAI bien trop généreuse**. Next Impact, 05 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.nextinpact.com/news/103938-la-hadopi-juge-indemnisation-fai-bien-trop-generouse.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

REVISTA DIREITO.UnB. **Sobre este sistema de publicação**. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/about/aboutThisPublishingSystem>>. Acesso em 14 mai. 2017.

SANDVINE. **2016 Global internet phenomena report – Latin america & North america**. Disponível em: <<https://www.sandvine.com/downloads/general/global-internet-phenomena/2016/global-internet-phenomena-report-latin-america-and-north-america.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

SEMINÁRIO A EFETIVIDADE DO DIREITO EM FACE DO PODER DOS GIGANTES DA INTERNET, 1. 2016, Brasília. LOPES, Inez; CARRASCO, Janny. **A responsabilidade civil individual na rede em face dos gigantes da Internet - um relatório do Direito Internacional Privado**. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 14 de abril de 2016.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **O conceito de *commons* na cibercultura**. Revista Líbero, n. 21, ano XI, São Paulo. Jun. 2008. Trabalho apresentado no XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação (Intercom), 2007, Santos.

SPARROW, Andrew Peter. **The law of virtual worlds and internet social networks**. 2010. Gower Publishing Limited: Farnham, Reino Unido.

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. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Biblioteca Digital de Monografias: 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11831>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

TARDIN, Vicente. **Caso Aimster pode ser mais complicado**. Webinsider, 04 de maio de 2001. Disponível em: <<http://webinsider.com.br/2001/05/04/caso-aimster-pode-ser-mais-complicado/>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). **The globalisation of cultural trade: a shift in consumption – international flows of cultural goods and services, 2004-2013**. 2016. Montreal: UNESCO Institute for Statistics. Disponível em: <http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/the-globalisation-of-cultural-trade-a-shift-in-consumption-international-flows-of-cultural-goods-services-2004-2013-en_0.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity**. 2001. New York University Press: Nova Iorque e Londres.

_____. **The future of sharing: content and creativity in the digital age**. In: Ready to share: Fashion & the Ownership of Creativity, 2005, Los Angeles. Norman Lean Center, 29 de janeiro de 2005, p. 142.

VAN SCHIJNDEL, Marieke; SMIERS, Joost. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates too: better for artists, diversity and the economy**. Amsterdã: *Institute of Network Cultures*, 2009.

WACHOWICZ, Marcos. **A revisão da lei autoral e principais alterações: debates e motivações**. Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição. Ano IV, n. 08. Aracaju, 2015. Disponível em: <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/edicao-08-2014>>. Acesso em: 03 jun. 2017.