

Gina Strauch Serafim

DIREITOS DE AUTOR E NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS: ENTRE O ESTATUTO E O CONTRATO
UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A DISSEMINAÇÃO DE CONTEÚDOS CRIATIVOS NO AMBIENTE DIGITAL

UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Gina Strauch Serafim

**DIREITOS DE AUTOR E NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS:
ENTRE O ESTATUTO E O CONTRATO**
UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A DISSEMINAÇÃO DE CONTEÚDOS CRIATIVOS NO AMBIENTE DIGITAL

Tese de Doutoramento em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Empresariais, orientada pelo Senhor Prof. Doutor João Paulo Remédio Marques
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U C •
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

GINA STRAUCH SERAFIM

Direitos de Autor e Novos Modelos de
Negócios: entre o Estatuto e o Contrato
Uma análise jurídica sobre a disseminação de
conteúdos criativos no ambiente digital

Tese de Doutoramento em Direito,
na especialidade de Ciências Jurídico-Empresariais,
orientada pelo Senhor Prof. Doutor João Paulo Remédio Marques
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SETEMBRO
2016

Resumo: Esta tese tem como objetivo a investigação dos aspectos legais decorrentes da disseminação dos conteúdos criativos no ambiente digital. A investigação leva em conta as relações entre os titulares dos Direitos de Autor e terceiros e tem como premissa uma ainda insatisfatória disseminação de conteúdos. O trabalho começa por uma ligeira análise da ainda existente dualidade entre os dois sistemas autorais ocidentais - *copyright* e *droit d'auteur* - para compreensão dos diferentes tratamentos nos ordenamentos objeto deste estudo. Posteriormente analisam-se os mecanismos de Limites e Exceções que vêm ganhando maior importância como formas de limites aos direitos exclusivos dos criadores e, assim, um maior equilíbrio do sistema autoral. Neste âmbito, foram investigados os limites e exceções mais afetados no ambiente digital e a forma como as diferentes jurisdições têm tratado o tema. Estes mecanismos vêm sendo cada vez mais ignorados no ambiente digital devido ao crescente uso de contratos de adesão que, pela estrutura da *internet*, permitem que relações contratuais sejam firmadas sem qualquer tipo de negociação, agravando-se o problema pelo volume de relações contratuais suportadas no ambiente digital. Estas relações contratuais tiveram como modelo os tipos utilizados nas contratações relativas a *softwares*, inclusive apropriando-se das nomenclaturas utilizadas neste âmbito, tais como *End User Licenses*, *click-wraps* e *browse-wraps*. Contudo, estas figuras não levam em consideração que o objeto do Direito de Autor é claramente mais amplo e esbarra em questões além dos direitos do consumidor, tal como no âmbito dos programas de computadores, mas também como liberdade de expressão, liberdade de informação, acesso a conhecimento. Além disso, estas contratações têm levado ao estabelecimento de relações em que o objeto do Direito de Autor tem sido deturpado, em prejuízo do equilíbrio deste sistema e, em última instância, da sociedade. A forma como os territórios aqui analisados vêm tratando o assunto varia substancialmente, tendo UE e Brasil optado pela proteção através do Direito do Consumidor, enquanto EUA foca em maneiras de manter

firme a regra do *Fair Use*, principal limite daquele sistema ao direito exclusivo do autor. Foram também analisados os dispositivos tecnológicos de proteção que permitem, do ponto de vista tecnológico, que estas relações contratuais sejam firmadas sem que a parte contratante tenha poder de interferência. Estes dispositivos ganharam grande importância no ambiente digital, como forma de proteção de conteúdos criativos disponibilizados *online*, e trouxeram tanto benefícios quanto grandes dilemas ao sistema autoral. Por um lado, permitem a arquitetura de modelos de negócios mais diversificados, o que beneficia criadores. Por outro lado, trazem grandes restrições aos usuários. Os Tribunais vêm enfrentando a matéria de forma ainda insatisfatória, levando a um desequilíbrio no sistema que acaba favorecendo grandes fornecedores de conteúdo. Investigou-se, ainda, a influência que a falta de uma melhor definição dos direitos envolvidos em uma disseminação digital de conteúdo tem nesta insatisfatória diversificação. Os direitos normalmente envolvidos em uma disseminação de conteúdos (de reprodução, comunicação ao público e o de distribuição), no ambiente digital se mostraram de difícil distinção, tendo sido dada a solução de criação de um novo direito, o de colocação à disposição do público, solução esta altamente criticável e insatisfatória. Além disso, o problema da reprodução temporária que antes era uma exceção e se tornou comum no ambiente digital, resta ainda indefinido, especialmente no território norte-americano. Por fim, foram analisados os sistemas de licenciamento nos territórios objeto deste estudo, podendo-se observar que nenhum destes sistemas tem conseguido tratar de forma satisfatória a disseminação de conteúdos criativos que auxilie, especialmente, pequenos e médios criadores e intermediários.

Palavras-chave: internet; conteúdos criativos; ambiente digital; limites e exceções; contratos *online*; obrigatoriedade; direito de reprodução; direito de comunicação ao público; direito de colocação à disposição do público; direito de distribuição; princípio do esgotamento; cópias RAM; licenciamento de conteúdo criativo.

Abstract: The purpose of this dissertation is to dig into the legal aspects arising from the dissemination of creative works in the digital environment. Laboring on the assumption that the dissemination of works is still less than satisfactory, the research takes into consideration the relations between copyright holders and third parties. The work starts with a cursory analysis of the two intellectual property rights systems in the West – *copyright* and *droit d’auteur* – in order to better understand the different legal treatment under the legal systems dealt with in this dissertation. Then, the Limits and Exceptions to copyrighting are examined, namely those mechanisms that have gained added importance not only as tools for restricting the exclusive rights of creators but also as ways of ensuring a more balanced intellectual property rights system. In this connection, the copyright limitations and exceptions more affected in the digital environment as well as the way the different jurisdictions have addressed the topic were investigated. These mechanisms are being increasingly neglected in the digital environment because of the growing use of contracts of adherence. Owing to the way the internet is structured, in this situation many contractual relations are being signed without any prior negotiation whatsoever, and the problem may only worsen with the volume of contractual relations existing in the digital environment. These contractual relations are modelled on the types used for contracts on software, even taking over the nomenclature used in this connection, e.g. *End User Licenses*, *click-wraps* or *browse-wraps*. These models, however, take into no consideration the fact that the scope of copyright is much broader, and they also have to grapple not only with consumer rights issues relating to computer programs but also with freedom of expression-related issues, freedom of information, access to knowledge. These contracts have also generated relations under which the scope of copyright is twisted, much to the detriment of the proper balance in the system

and, ultimately, in society. The ways in which this subject has been addressed differ significantly from country to country, with the EU and Brazil taking a more consumer protection-oriented approach, whereas the USA are more focused on ways to uphold the Fair Use rule as the system's chief limitation on the exclusive right of the author. Another topic examined in this work is that of technological devices used to protect the signing of such contractual relations from the contracting party's interference. In the digital environment these devices have taken on great importance, not only as a means of protection of creative works available online, but also because of their advantages and impact on the copyright system. If on the one hand they allow for more varied transaction models benefiting the creators, on the other hand they entail considerable restrictions for users. The way Courts have tackled this issue has proved to be less than satisfactory in that it leads to an imbalance in the system and ends up favoring big content providers. The impact on such unsatisfactory diversification due to the lack of a proper definition of the rights involved in the digital dissemination of contents is also assessed. The definition of the rights usually involved in the dissemination of contents (e.g. the rights of reproduction, communication to the public, and distribution) in the digital environment has proven difficult, and the solution advanced was that of creating a new right: the right of making available to the public – which is highly open to criticism and insufficient. Moreover, the problem of temporary reproduction, which initially was considered as an exception but then became common practice in the digital environment, is yet to be defined, especially in the USA. Finally, the systems of licensing in the territories addressed were examined in this work, and conclusion is that none of those systems has managed to deal appropriately with the dissemination of creative contents, especially from the viewpoint of small and medium-sized creators and intermediaries.

Keywords: internet; creative works; digital environment; copyright limitations and exceptions; online contracts; bindingness; reproduction right; right of communication to the public; right of making available to the public; distribution right; principle of exhaustion; RAM copies; licensing of creative works.

Résumé: Le but principal de cette Thèse est d'investiguer les aspects légaux impliqués dans la dissémination de contenus créatifs dans l'environnement numérique. La recherche prend en considération les relations entre les titulaires des droits d'auteur et les tiers, et la prémisse de base est l'encore insatisfaisante dissémination de contenus. Pour mieux comprendre les différentes approches des systèmes juridiques qui font l'objet de cette étude, on examine d'abord la dualité encore existante entre les deux systèmes d'auteur occidentaux – le copyright et le droit d'auteur – et les mécanismes des Limites et Exceptions qui ont pris une importance particulière visant limiter les droits exclusifs des créateurs et, donc, mieux équilibrer le système d'auteur. Dans ce même contexte sont examinées les limites et les exceptions les plus affectées dans l'environnement numérique, et aussi la forme comme les différentes juridictions ont traité le thème. Ces mécanismes sont de plus en plus ignorés dans l'environnement numérique à cause de l'utilisation progressive des contrats d'adhésion qui, compte tenu de la structure de l'internet, permettent aux relations contractuelles d'être firmées sans aucun type de négociation, un problème qui devient plus grave, à cause du volume de relations contractuelles supportées dans l'environnement numérique. Le modèle pour ces relations furent les types utilisés dans les contrats concernant les softwares, où les nomenclatures utilisées – par exemple End User Licenses, click-wraps e browse-wraps – furent elles-mêmes appropriées. Cependant, ces figures ne considèrent pas le fait que soit plus ample l'objet du Droit d'Auteur, et d'autre part elles se heurtent à des questions posées par les droits de l'utilisateur, les programmes des ordinateurs, la liberté d'expression, liberté d'information, accès à la connaissance. En plus, ces contrats ont mené à l'établissement de relations dont l'objet du Droit d'Auteur devient déturpé, au détriment de l'équilibre de ce système et de la société elle-même. L'approche des territoires ici analysés

est très différente: le choix de l'UE et du Brésil est de protéger par le Droit du Consommateur; les États-Unis, par contre, focalisent les manières de maintenir inébranlablement firme la règle du Fair Use, en tant que limitation principale de ce système au droit exclusif de l'auteur. Également ont fait l'objet d'un examen les dispositifs technologiques de protection qui permettent, du point de vue technologique, à ces relations contractuelles d'être conclues sans que la partie contractante ait le pouvoir d'interférence. Ces dispositifs ont pris une très grande importance dans l'environnement numérique afin de protéger les contenus créatifs disponibles en ligne, et ils ont entraîné autant des bénéfices que de grands dilemmes sur le système des auteurs. D'une part, ils permettent de concevoir des modèles commerciaux plus diversifiés, ce qui profite aux créateurs. D'autre part, ils entraînent des restrictions considérables sur les utilisateurs. Les Cours traitent cette matière d'une forme encore insatisfaisante, ce qui mène à un déséquilibre dans le système qui finit par favoriser les fournisseurs de contenu. On a également examiné dans cette diversification insatisfaisante l'influence exercée par l'absence d'une définition plus pertinente des droits impliqués dans une dissémination numérique. Les droits impliqués normalement dans une dissémination de contenus (de reproduction, communication au public, de distribution) dans l'environnement numérique se sont révélés très difficiles à discerner, et la solution proposée a été la mise à disposition du public – solution très critiquable et insatisfaisante. En outre, le problème de la reproduction provisoire – auparavant une exception et devenue commune dans l'environnement numérique – reste encore indéfini, surtout dans le territoire nord-américain. Finalement, on a examiné les systèmes d'autorisation dans les territoires étudiés et on a pu constater qu'aucun de ces systèmes n'a réussi à traiter de manière satisfaisante la dissémination de contenus créatifs visant à aider spécifiquement les petits et moyens créateurs et les intermédiaires.

Mots clés: internet; contenus créatifs; environnement numérique; limitations et exceptions; contrats online; obligation; droit de reproduction; droit de communication au public; droit de mise à disposition du public; droit de distribution; principe d'épuisement; copies RAM; autorisation de contenu créatif.

ABREVIATURAS

ABPI	Associação Brasileira de Propriedade Intelectual
ADPIC	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual
ALI	<i>American Law Institute</i>
APEPI	Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual
ASA	<i>Amended Settlement Agreement</i>
ASCAP	<i>American Society of Composers, Authors and Publishers</i>
BMI	<i>Broadcast Music, Inc.</i>
CDAC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDPA	<i>Copyright, Design and Patent Acts</i>
CF/1988	Constituição Federal Brasileira de 1988
CIS	<i>Common Information System</i>
CITED	<i>Copyright in Transmitted Electronic Documents</i>
CNDA	Conselho Nacional de Direito de Autor
CPC	Código de Processo Civil
DDC	Diretiva Direitos do Consumidor
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act, de 1998</i>
DRM	<i>Digital Rights Management</i>
DSI	Diretiva Sociedade da Informação
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
EFF	<i>Electronic Frontier Foundation</i>
EUA	Estados Unidos da América

EULA	<i>End User License</i>
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
GPL	<i>General Public License</i>
IFLA	Federação Internacional de Associações e Instituições Bibliotecárias
LAN	<i>Local Area Network</i>
LDA	Lei 9610/1998
MCPS	<i>Mechanical-Copyright Protection Society</i>
NAB	<i>National Association of Broadcasters</i>
NCCUSL	<i>National Conference of Commissioners on Uniform State Laws</i>
NIST	<i>National Institute of Standards and Technology</i>
O.M.P.I.	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PRO	<i>Performance Rights Organization</i>
RAM	<i>Random Access Memory</i>
RIAA	<i>Recording Industry Association of America</i>
SACEM	<i>Société des Auteurs et Compositeurs et Editeurs de Musique</i>
SBAT	Sociedade Brasileira de Autores Teatrais
SCMS	<i>Serial Copy Management System</i>
SGAE	<i>Sociedad General de Autores y Editores de España</i>
SGCs	Sociedades de Gestão Coletiva
TODA	Tratado sobre Instrumentos de Autotutela Técnica e sobre Tutela
TOIEF	Tratado Sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas
TPM	<i>Technical Protection Measures</i>
TRIPS	<i>Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
UCITA	<i>The Uniform Computer Information Transaction Act</i>
UE	União Europeia
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>

INTRODUÇÃO

A *Internet*, a partir do momento em que foi disponibilizada ao público, desencadeou um processo de transformação comportamental que tem vindo a alterar os relacionamentos em todas as suas formas, convertendo-se também em ambiente de proliferação das relações comerciais. Inicialmente utilizada como instrumento auxiliar para incrementar a produtividade nos negócios, ela própria passou a ser lugar de realização de negócios. Assiste-se hoje ao surgimento de diversas empresas com o objetivo de explorarem no ambiente digital obras literárias e artísticas, tais como músicas, livros, filmes, jogos, *softwares*, bases de dados, obras de multimédia e outras obras intelectuais, através de diversas formas de distribuição que permitam alcançar uma audiência antes impensável.

A exploração destas obras, no entanto, ainda está longe de um consenso em diversos aspectos fundamentais, enfrentando entraves e dificuldades de várias naturezas. Perante os avanços tecnológicos a que assistimos, imaginar-se-ia que no momento atual já estaríamos diante de uma maior disponibilização de conteúdos e obras, quer em diversidade, quantidade e até mesmo qualidade. No entanto, a realidade é decepcionante e é a partir desta questão que iremos percorrer um longo caminho no sentido de tentar encontrar as razões para esta situação.

Os problemas associados às novas formas de distribuição de conteúdos criativos surgidas com o advento da *Internet* têm origem em

questões inerentes ao Direito de Autor que foram sempre debatidas, mas a discussão tomou proporções maiores com o poder de propagação da rede. Além disso, o mundo digital trouxe uma nova dinâmica à forma de exploração das obras, o que em muitos casos lhes acarretou uma alteração na forma como os conteúdos estão sendo explorados, afectando grandes paradigmas do Direito de Autor, que demandam uma legislação especial, ainda insatisfatória.

Com a *Internet* multiplicaram-se os dilemas a serem enfrentados, designadamente, o embate entre a liberdade de informação, de conhecimento e de entretenimento, de um lado, e, do outro, a proteção do criador e o conseqüente investimento, bem como a forma como esta dinâmica ocorre e que levará à ponderação do tão almejado equilíbrio do Direito de Autor.

O debate surge fundamentado de forma pouco consistente, não havendo sobre o assunto até o momento dados empíricos e de fontes independentes, o que origina desvios da verdadeira essência da questão.

O acesso aos conteúdos é possibilitado por dois mecanismos que coexistem e se complementam. O primeiro decorre da própria racionalidade económica que leva o criador e/ou investidor a proporcionar o conteúdo. O segundo se dá através de instrumentos elaborados pelo legislador e que entram na esfera do titular do direito, obrigando a proporcionar acesso a conteúdos que o legislador entende necessitarem de especial atenção.

No quadro do primeiro mecanismo, cujo objetivo é a distribuição de conteúdos a serem acedidos pelo público em geral, essa distribuição concretiza-se cada vez mais através de relações contratuais, que têm aumentado exponencialmente no ambiente digital. No quadro do segundo mecanismo, que consiste na imposição de Limites e Exceções aos Direito de Autor, o forte debate que se tem verificado reflecte a crescente exploração através de relações contratuais, que têm o condão de ignorar a sua aplicação, seja integralmente, seja parcialmente, evidenciando-se assim a necessidade de regular a relação entre o Direito dos Contratos e o Direito de Autor. O tema dos Limites e Exceções, antes relegado a um plano secundário neste sistema, passou a ser o centro das atenções dos académicos e legisladores, sendo frequentemente apontado como a forma mais eficiente de assegurar o acesso de determinadas categorias de usuários. Cabe notar que, apesar de existi-

rem outros mecanismos à disposição do legislador, este tem mostrado preferência por aquela via.

Desta forma, compreendemos que a análise do modo como esta exploração se realiza passa pela figura do intermediário, o qual em muitos casos não é o criador da obra, mas sim o investidor financeiro ou o idealizador de modelos de negócios. Torna-se portanto necessário proceder, sob a ótica do intermediário, à análise dos mecanismos de oferta de conteúdos e de limitação dos direitos de propriedade.

Tendo analisado as causas que explicariam a falta de uma maior disseminação de conteúdo digital, pudemos compreender que o legislador tem abordado o problema pelo fim, descurando-lhe a gênese. Efectivamente, o próprio conteúdo disponível para acesso do usuário por meios que não utilizem os mecanismos de Limites e Exceções revela-se incipiente e pouco satisfatório, se considerarmos a demanda por conteúdos mais diversificados – nomeadamente, de formato, qualidade, diversidade cultural e nichos específicos – e por uma maior rapidez no acesso aos conteúdos sem restrições territoriais. Se é inquestionável que a tecnologia avança a uma velocidade espantosa, no entanto sempre nos pareceu que a disseminação de conteúdos tem sido mais lenta e um tanto atrasada. Observámos um certo desfasamento entre o estado tecnológico e as possibilidades que este poderia permitir à produção e disseminação efectiva dos conteúdos. Por outro lado, esta disseminação depende da identificação do problema e da vontade do legislador de implementar mecanismos efetivos e vinculantes que possibilitem uma maior oferta de conteúdos, acessíveis tanto a grandes participantes como a médios e pequenos, que são fundamentais neste processo de criação e oferta que se pretenda diversificada.

Embora saia do escopo da presente tese, a análise que fizemos permitiu-nos verificar que este esforço por melhorar as licenças e os Limites e Exceções não pode ser feito isoladamente, ou seja, a par deste esforço devem ser reformuladas as medidas de políticas públicas, nomeadamente as que concernem à educação e acesso a conteúdos culturais, de forma a despertar desde o início o interesse do público, que por sua vez pressionará os mercados a criarem conteúdos em função do destinatário.

É notório que, até ao momento, as alterações legislativas preferiram não efetuar mudanças paradigmáticas sem tocar em

questões como a natureza dos Direitos de Autor, bem como os conceitos tradicionais de reprodução e comunicação ao público. As leis continuam a ser as mesmas desde os primeiros instrumentos legislativos, e as tentativas de se adaptarem ao ambiente digital estão revelando insuficiências. Ressalte-se que nenhuma legislação atingiu ainda uma solução satisfatória para as partes envolvidas. É pois neste contexto de indefinição que vão surgindo novas formas de exploração de obras literárias e artísticas.

As relações comerciais, porém, não podem ficar à espera das definições legais. Esta ausência de definição e de harmonização entre os países entravam a proliferação de novos negócios ao mesmo tempo que deixam sem solução os problemas já existentes.

Note-se que, até muito recentemente, o conceito de Direito de Autor era um conceito jurídico inacessível à maioria das pessoas, dizendo respeito apenas a um grupo restrito de artistas e intelectuais e às respectivas produtoras e distribuidoras de conteúdos. Atualmente, o acesso aos computadores e à *Internet* permite que qualquer um crie e consuma conteúdos, à margem dos canais tradicionais de distribuição. Desta forma, o Direito de Autor passou a ser relevante para todos os que interagem com conteúdos digitais e com novas formas de distribuição e novas plataformas, o que possibilita a eliminação de intermediários e a produção de conteúdos a baixo custo. Tal é a razão por que questionamos não se ter ainda atingido um patamar de excelência na disseminação de conteúdos.

O presente trabalho foi dividido, não em tópicos nem de forma geográfica, mas com base nas relações entre titulares de Direitos de Autor e terceiros. Cada capítulo apresenta uma visão comparada, considerada relevante para a exposição do tema.

Iniciamos o trabalho apresentando uma breve explanação histórica com o objetivo de esclarecer a gênese da proteção do Direito de Autor. Posteriormente, expomos de forma sucinta a sua origem, evolução e contexto dentro dos territórios que nos propomos estudar: União Europeia, EUA e Brasil; expomos ainda a persistente dualidade entre os sistemas de *droit d'auteur e copyright* e a influência que essas diferenças originam na disseminação do conteúdo, principalmente porque por vezes deparamos com duas forças antagônicas num mundo globalizado. Como última questão, discutimos a falta de um discurso

coerente e imparcial sobre o conceito de titular de direito e os deveres que se lhe impõem.

Passamos depois à análise dos Limites e Exceções aos direitos exclusivos do titular do direito, o qual, como veremos, corresponde em geral não à figura do criador do conteúdo, mas a um intermediário, possivelmente o investidor. Este tema é cada vez mais pertinente no ambiente digital, já que surgem constantes desafios à sua delimitação. Para tanto, analisamos os sistemas de cláusulas abertas ou fechadas, de forma a mostrar os níveis de flexibilidade dos sistemas jurídicos em análise e as consequências da escolha de um ou de outro sistema. Analisamos, ainda, os fundamentos e a natureza obrigatória ou não dessas figuras. Se considerarmos que estamos num momento de adaptação necessária dos Limites e Exceções, assume grande importância compreender a fundo os seus fundamentos e a dificuldade de definir se devem ser obrigatórios em cada sistema e qual o seu impacto no equilíbrio. No capítulo dos Limites e Exceções propomo-nos tratar os mais afetados no ambiente digital, procurando compreender como estas questões podem tornar o mesmo ambiente digital mais ou menos propício à disseminação de conteúdos e possibilitar a entrada de novos participantes. Finalmente, apontamos algumas mudanças que entendemos necessárias e que envolvem a própria adequação de conceitos ao ambiente digital, como é o caso da cópia privada e do princípio do esgotamento.

Prosseguimos com o capítulo referente às relações contratuais entre titulares de direitos e usuários finais. Mostramos aí a evolução contratual e o momento em que atualmente nos encontramos relativamente aos contratos de adesão e aos desafios que estes instrumentos podem apresentar, nomeadamente, no equilíbrio entre os diversos direitos envolvidos.

Os maiores desafios que os contratos apresentam vêm ocorrendo pelo facto de estarem sendo utilizados para extrapolar os Direitos de Autor, sob dois aspectos: por um lado, ignorando os Limites e Exceções estabelecidos na legislação e, por outro, aumentando o âmbito da proteção, ao abranger conteúdos não contemplados pela legislação autoral. As questões da evasão dos Limites e Exceções de Direitos de Autor por contratos, e da definição da sua natureza e fundamentos, analisadas no capítulo anterior, assumem um papel de destaque. Na

tentativa de se frear essa prática, doutrinadores e tribunais recorrem a teorias – como a dos limites à liberdade contratual, ou a boa-fé objetiva – que, ainda não se revelaram realmente sustentáveis.

No cenário digital surgiram figuras contratuais, como é o caso das *End User Licences* (EULAs), que inicialmente eram aplicadas exclusivamente aos programas de computador, mas que atualmente estão a ser utilizadas para o licenciamento de acesso a conteúdos criativos digitais em geral. Estes contratos podem gerar insegurança jurídica para o usuário, pois não apresentam as características tradicionais dos contratos no ambiente analógico, especialmente no que tange às questões do consentimento e da não permissão de negociação. Em virtude de as EULAs, de modo particular, e também os *click-wraps* e os *browser-wraps* estarem ainda mal regulados, o que explica a sua grande e os aspectos já mencionados, iremos enfatizar a premente necessidade de regulação. Por fim, neste capítulo III mostramos como cada território analisado está tratando as questões que envolvem a proteção das partes e a utilização destas figuras para se fugir aos Limites e Exceções de Direitos de Autor.

Em seguida, apresentamos as medidas tecnológicas de proteção, chamadas DRMs (*Digital Rights Managements*) e as questões relacionados com a sua utilização. De facto, estes podem ser vistos como uma balança com dois pesos: se, por um lado, trazem maior possibilidade de diversidade de formas de distribuição (no sentido técnico) e o conseqüente aparecimento de novos modelos de negócios, por outro lado podem ser utilizados para limitar direitos concedidos aos usuários finais de forma abusiva. Analisamos nos ordenamentos jurídicos, bem como nos Tratados Internacionais, de que forma estes instrumentos foram regulados. A grande neste assunto diz respeito à utilização de mecanismos de neutralização de DRMs que se encontram ativos para conteúdos que deveriam estar acessíveis e sem proteção.

De facto, os DRMs são um assunto bastante complexo e, por isso, originam e continuarão a originar uma série de situações inovadoras que podem ser benéficas para o utilizador e para o surgimento de novos modelos de negócios. Dentre estas inovações teremos particular realce a DRMs que possibilitem a existência de um período de desistência, tão importante para a proteção dos usuários e para a possibilidade de revenda digital, inovação esta muito debatida e desejada pelo mercado. Neste âmbito, analisa-se novamente a questão do princípio

do esgotamento e as possibilidades que os DRMs oferecem à aplicação deste princípio no mundo digital, com tecnologias inovadoras que podem levar a uma expansão dos direitos dos usuários, e a novos modelos e garantias para o próprio negócio. No entanto, a possibilidade de aplicação destas inovações referidas nestes dois últimos parágrafos depende diretamente da definição da natureza jurídica do instrumento contratual, assim como da própria atualização e adaptação do princípio do esgotamento ao ambiente digital. Outra questão que os DRMs levantam, e que é uma realidade nova que não encontra termo de comparação no ambiente analógico, é a interoperabilidade, ou seja, a possibilidade de utilização de conteúdos em plataformas diversas e concorrentes. A questão que esta situação suscita relaciona-se com o facto de que, por um lado, as empresas precisam de proteger os seus investimentos, mas por outro podem estar a infringir os Limites e Exceções de Direitos de Autor.

No Capítulo V, debruçamo-nos sobre a nova realidade que alterou significativamente as formas de distribuição (no sentido técnico) de conteúdo e, conseqüentemente, o próprio direito concedido. Ou seja, numa primeira análise parecia não mais se enxergar a linha clara que dividia os principais direitos – como o de reprodução e comunicação ao público no ambiente analógico – o que levou a respostas pouco claras e pouco eficientes por parte do legislador, especialmente nos Tratados Internacionais, resultando daí um efeito dominó de confusão nas legislações nacionais e, conseqüentemente, na doutrina.

Propomo-nos tentar conceitualizar esta nova forma de distribuição, buscando mostrar que os conceitos atuais podem ainda se adaptar ao ambiente digital e que este direito, embora precise efetivamente de reformulação, pode ter por base direitos já existentes – contudo, adaptados – que tenham em conta as características especiais que este ambiente apresenta. Mostramos o problema que esta má conceitualização vem trazendo na definição das linhas claras destes direitos e, conseqüentemente, a dificuldade de enquadrar novas tecnologias e novos modelos de negócios, tais como o *streaming*, as cópias temporárias, o próprio *download*, a radiodifusão digital e, mais recentemente, a *cloud computing*. Neste mesmo capítulo, analisamos também a complexa configuração que o direito de reprodução vem apresentando, nomeadamente, a proliferação de reproduções realizadas no processo de disseminação. Numa primeira análise, essas reproduções não deveriam assumir uma importância jurídica, porquanto sobre isso ainda não há harmoni-

zação nos sistemas jurídicos analisados, o que gera inseguranças em diversos tipos de distribuição de conteúdo. Por fim, no tocante ao direito de distribuição, a falta de adequação dos conceitos mostra com clareza a complexa adaptação do princípio do esgotamento neste âmbito.

No último capítulo, discutimos o problema desta indefinição e suas consequências para o processo de licenciamento, mostrando brevemente a gênese e a estrutura das Sociedades de Gestão Coletiva (SGCs) e do sistema de licenciamento – em especial no conteúdo musical – nos aspectos que interferem com a indefinição dos conceitos e na consequente dificuldade de aplicar a licença e cobrar as respectivas taxas. Procuramos assim compreender a razão das queixas de criadores e até que ponto estas entidades e seus sistemas de licenciamento podem ter alguma responsabilidade na questão da falta de disseminação adequada de conteúdos no mundo digital. É no quadro desse mesmo desafio que analisamos os territórios aqui estudados e apontamos os principais problemas que apresentam. Além disso, mostramos algumas soluções que a doutrina e algumas entidades vêm tentando instituir como forma de licenciamento alternativo, visando uma distribuição mais eficiente e uma justiça maior para o próprio criador.

Por fim, entendemos pertinentes algumas considerações sobre a apresentação dos maiores problemas que surgiram ao longo desta jornada e sobre a estrutura metodológica da presente tese, nomeadamente,

- a dificuldade de compartimentalizar conceitos e assuntos que não são estanques;
- a complexidade técnica do tema, que cria ao jurista uma grande dificuldade de análise;
- a disparidade na quantidade de informação e material de estudo fornecidos pelo direito norte-americano, que se justificam com a maior produção jurisprudencial nesse espaço;
- a dificuldade de analisar o território brasileiro, devido à escassa produção doutrinária e a uma legislação extremamente obsoleta*.

* Considerámos apenas a realidade e a legislação existentes até Dezembro de 2015. Em virtude de vicissitudes supervenientes, só foi possível a entrega definitiva desta Tese em Julho de 2016.

CAPÍTULO I

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

O Capítulo I apresenta uma breve exposição histórica que tem os seguintes objetivos: permitir compreender o surgimento da proteção autoral e seus fundamentos; expor brevemente o momento atual da legislação e da política de cada espaço territorial que aqui será tratado, nomeadamente, União Europeia, EUA e Brasil; perceber a dualidade entre os sistemas autorais de *Droit d'auteur* e *Copyright*; apreciar o discurso acadêmico acerca do tema.

1. HISTÓRIA DO DIREITO DE AUTOR

Uma breve observação sobre a gênese e o desenvolvimento da doutrina do Direito de Autor torna-se necessária para compreender os seus fundamentos e princípios e, mais ainda, a sua influência no seu tratamento jurídico.

A história do Direito de Autor é normalmente tratada a partir da invenção da imprensa e, de facto, a invenção de Gutenberg acarretou uma série de mudanças que alteraram formas de produção, sistemati-

zação, disseminação e consumo de informação, sendo uma das grandes propulsoras do Renascimento e da Reforma¹, e tornando propício o ambiente para o desenvolvimento dos regimes de Direito de Autor. No entanto, a despeito de ser considerada a grande precursora deste regime, não se pode olvidar que, muito antes do seu advento, já se vislumbravam alguns indícios de reconhecimento de autoria das obras, sendo certo que o homem sempre teve noção do seu poder criativo².

Não se pretende fazer aqui um relato histórico completo, pois esse não é o objetivo deste trabalho. Perante a dificuldade de se fazer uma descrição detalhada e, ainda, considerando que a história do Direito de Autor pode ser analisada sob diversas óticas – por exemplo, o estudo da expansão da sua proteção, e o estudo da expansão dos direitos concedidos³⁻⁴ – pretendemos apenas mostrar o fundamento da proteção. Neste sentido, a observação dos eventos históricos anteriores a uma consagração em lei permite compreender melhor os motivos que levaram a estruturar o reconhecimento da autoria e, posteriormente, a conceber uma disposição para a sua proteção.

Foi na Idade Moderna que a criação de obras literárias e artísticas voltou a ter um forte incremento, tanto em quantidade quanto

¹ Segundo tese de Elizabeth EISENSTEIN. *The printing press as an agent of change*, p. 122.

² Para relatos sobre indícios de reconhecimento de autoria na Idade Antiga, ver Daniel ROCHA. *Direito de Autor*, p. 14; Elizangela Dias MENEZES. *Curso de Direito Autoral*, p. 21; Wilson MARTINS. *A Palavra Escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca*, p. 393. Em Roma, já se detectava algum indício de um comércio da obra intelectual. Porém, ao contrário do sistema atual, os copistas eram remunerados pelo seu trabalho, enquanto o criador intelectual nada recebia além de reconhecimento e glórias. (Henrique GANDELMAN. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*, p. 29). Em Roma, os livros eram geralmente reproduzidos pelos escravos para ricos patronos. (Edward SAMUELS. *The Illustrated Story of Copyright*, p. 6 [Part 1 – Copyright and Technology, Chapter 1 – Books and Other Literary Works,]). Ainda, na Idade Média deu-se início a um período considerado atrasado em relação ao anterior no tocante à produção literária e artística, sendo esta atividade dominada pela Igreja, que utilizava a mão-de-obra de monges copistas reclusos em mosteiros, onde copiavam livros da Antiguidade Clássica um a um. (Guilherme C. CARBONI. *Direito de Autor na multimídia*, p. 37) e (Edward SAMUELS. *The Illustrated Story of Copyright*, p. 7). Nos séculos 12 e 13, as Universidades começaram a entrar no negócio da produção de livros, usando copistas pagos. *Ibid.*, p. 7.

Newton SILVEIRA. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*, p. 13.

³ Lionel BENTLY; Brad SHERMAN. *Intellectual Property Law*, p. 33.

⁴ A história do direito de autor tem natureza multidisciplinar que envolve questões legais, sociológicas, económicas, ciência política, filosofia, etc. Umberto IZZO. *Alle Origini del copyright e del diritto d'autore*, p. 17.

em qualidade⁵. Esta expansão tornou-se possível com a invenção de Gutenberg e com um movimento cultural urbano de intensa produção intelectual, que atingiu a elite das cidades prósperas que se sentia culturalmente ligada à Antiguidade greco-romana⁶.

Esta expansão propiciou o delineamento de um sistema de Direito de Autor que foi a base para o desenvolvimento dos sistemas que hoje conhecemos^{7 8 9}, já que gerou um ambiente para comercialização das obras. Teve início, assim, a necessidade de proteção da obra, bem como uma mudança de mentalidade em relação à concepção de autor¹⁰⁻¹¹, e foi nascendo uma rede de exploração das obras artísticas com o surgimento das figuras do impressor, do vendedor de livros e da prática comercial com intuito lucrativo por parte destas figuras^{12 13}.

A despeito deste comércio, a dinâmica entre os participantes era muito diferente da forma como hoje a conhecemos sem as regras de titularidade, e ocorria frequentemente que editores e impressores reproduzissem obras uns dos outros, independentemente de serem investidores da impressão da obra. Uma outra consequência do advento da imprensa foi que os autores perderam o controle absoluto da fiscalização da produção de cópias, e era frequente terceiros reproduzirem e imprimirem versões próprias, sem necessariamente

⁵ Gilberto COTRIM. *História Geral: Brasil e Global*, p. 149.

⁶ François FURET. *Oficina da História*, p. 113.

⁷ UNESCO. *Abc do Direito de Autor*, p. 13.

⁸ Há controvérsia acerca da autoria do invento que, discute-se, pode ter surgido primeiro na Alemanha, Holanda ou França. Ver Agustín MILLARES CARLO. *Introducción a la historia del libro y de las bibliotecas*, p. 91. Há quem alegue que o invento já existia há séculos na China e na Coreia (Ver UNESCO. *Abc do Direito de Autor*, p. 13).

⁹ Diz-se expansão porque anteriormente já havia um pequeno movimento em torno do comércio dos livros. Tönnies KLEBERG. “Comercio librario y actividad editorial en el mundo antiguo”.

¹⁰ A invenção e a sua divulgação pelo continente europeu propiciou o aumento do comércio de livros impressos e a formação de Feiras de Livros em diversas cidades de alguma importância neste território, tais como Lyon e Frankfurt. Lucien FEBVRE; Henri-Jean MARTIN. *O aparecimento do livro*. São Paulo: UNESP/HUCITEC, 1992, p. 326.

¹¹ Eduardo J. Vieira MANSO. *O que é direito autoral*, p. 13.

¹² José Costa NETTO. *Direito Autoral no Brasil*, p. 32.

¹³ A necessidade de proteção se deu também por ter iniciado nesta época o que poderia ser considerado como equivalente da “pirataria”. Antonio CHAVES. *Direito de Autor*. 41-42.

se preocuparem com a versão original e sem também arcar com os custos da primeira edição¹⁴.

Foi por esta razão que os impressores passaram a pleitear a proteção de seus investimentos¹⁵, através de privilégios, ao mesmo tempo que foi sentida a necessidade, por parte da Igreja e das monarquias, de algum controle na distribuição dos livros e da informação nestes contida. Assim se concebeu um sistema que estabelecia um direito de exclusividade aos impressores, concedido pelo monarca e baseado em critérios políticos¹⁶⁻¹⁷.

Esta prática estendeu-se pelo continente europeu, consolidando-se no século XVI. Na Inglaterra, os editores e livreiros organizados em uma instituição, a *Stationer's Company*, recebiam dos reis Phillip e Mary Tudor o direito de exclusividade sobre a publicação de livros¹⁸, passando a ter controle sobre os escritos, tanto em relação ao criador quanto em relação ao conteúdo¹⁹. Este controle era chamado de *copyright*, isto é, direito de cópia, expressão até hoje usada^{20 21 22}.

Observa-se, dessa forma, que o nascimento da proteção aos Direitos de Autor não teve como origem exatamente a proteção ao criador, mas sim ao empresário, conferindo ordem ao comércio de livros, ou seja, surgiu de um interesse por proteger o investimento, visando desse modo inibir a concorrência desleal, como destaca Oliveira Ascensão²³.

Neste quadro, a figura do autor era ainda relegada para um plano secundário, com a titularidade dos livros e a propriedade das cópias

¹⁴ Antonio CHAVES. *Direito de Autor*, p. 25.

¹⁵ Elizabeth ARMSTRONG. *Before Copyright: the French book privilege system 1498-1526*, p. 1.

¹⁶ Elizangela Dias MENEZES. *Curso de Direito Autoral*, p. 22.

¹⁷ Foram então concedidos privilégios dos mais diversos tipos. Variavam as autoridades que o concediam (municipais, eclesiásticas, papais, imperiais), o prazo de duração, as penas impostas em caso de infração, a extensão dos privilégios, não apenas para obras específicas como também para determinadas classes de obras. Elizabeth ARMSTRONG. *Before Copyright: the French book privilege system 1498-1526*, p. 11-15.

¹⁸ Lyman Ray PATTERSON. *Copyright in historical perspective*, p. 20.

¹⁹ "Copyright law was a tool for the State to exercise over writings hostile to the Church or Government". Akhil PRASAD; Aditi AGARWALI. "Revisiting the historical "Copy-Wrongs" of "Copy-Rights"! Are We Resurrecting the Licensing Era?", p. 134.

²⁰ João Carlos de Camargo EBOLI. *Pequeno Mosaico de direito autoral*, p. 21.

²¹ José Antonio VEGA. *Derecho de Autor*, p. 47.

²² Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in historical perspective*, p. 20.

²³ José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Autoral*, p. 4.

pertencendo aos livreiros, e sem qualquer preocupação com o registro da autoria²⁴, sendo frequentes os casos em que os editores ou impressores não partilhavam o lucro com os autores²⁵. Insatisfeitos com a situação, os criadores das obras organizaram-se em grupos de pressão que, em 1694, lograram alcançar em Inglaterra a extinção do monopólio dos livreiros e da censura.

Esta medida acarretou grandes prejuízos para os livreiros²⁶, que então elaboraram como sua nova estratégia a de solicitar proteção, não mais para si mesmos, mas para o criador da obra, que negociaria a cessão dos seus direitos para o investidor²⁷. Neste contexto, e com o intuito de regular esta nova situação, foi promulgado, em 14 de abril de 1710 (note-se, praticamente 300 anos após a invenção de Gutenberg), na Inglaterra, o *Statute of Anne* (ou *Copyright Act*), considerado a primeira Lei de Direitos de Autor do mundo.

A Lei tinha como propósito expresse proteger a cópia de livros impressos dos autores ou legítimos comerciantes destas cópias²⁸, e assegurava aos *Stationers*, impressores e livreiros o direito de imprimir as obras, que, porém, tinham de adquirir de seus autores através de um contrato de cessão²⁹. Com este grande avanço, em que o autor passava a ser proprietário do seu trabalho criativo e via garantida para si a propriedade sobre as suas obras, o ambiente tornou-se propício à criação³⁰ e a um maior poder de negociação junto do livreiro. Contudo, há que observar que o direito concedido ao autor continuava tendo como base a materialidade do exemplar e a sua reprodução³¹, e não exatamente a obra imaterial como se concebe atualmente.

O Estatuto de Anne representou, assim, um equilíbrio dos interesses. De um lado, os direitos dos autores foram amplamente estendidos e agravaram-se as punições para as violações, sendo também de assinalar que muitos autores saíram do anonimato graças à possibilidade

²⁴ Eliane Y. ABRÃO. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, p. 28-29.

²⁵ Antonio CHAVES. *Direito de Autor*, p. 25.

²⁶ Camargo EBOLI. *Pequeno Mosaico*, p. 21.

²⁷ Apostila do Curso “Direitos Autorais” da Fundação Getúlio Vargas, p. 26.

²⁸ Eliane Y. ABRÃO. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 29.

²⁹ Fabio Ulhoa COELHO. *Curso de direito civil*. p. 264.

³⁰ Antonio CHAVES. *Direito de autor*, p. 26.

³¹ José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito autoral*, p. 4-5.

de poderem depositar as obras em seu nome³². Por outro lado, impunham-se limitações consideráveis para os “novos direitos do autor”³³.

Além desta inegável proteção ao autor, o Estatuto de Anne introduziu como objetivo de proteção à obra literária a disseminação de conhecimento como forma de aumentar o bem-estar social. Foi esta a visão seguida pelos instrumentos legislativos internacionais até à Convenção de Berna, a qual, na perspectiva de certos críticos, não seguiu esta orientação da forma que se esperava³⁴.

O desenvolvimento do sistema autoral na França deu-se de outra forma, com os autores se organizando em grupos de pressão³⁵. A Revolução de 1789 aboliu todo o sistema de privilégio, forçando por ação dos lobistas uma iniciativa legislativa, de 1791, que concedeu aos dramaturgos direitos de exploração sobre a representação de suas obras teatrais³⁶. Já na Alemanha, a primeira lei data de 1837, tendo sofrido algumas alterações. Em 1965 foi promulgada nova lei que promoveu ampla reforma, continuando ainda em vigor até os dias atuais³⁷.

Note-se que a gênese do Direito de Autor coloca nos direitos patrimoniais uma nítida ênfase, o que não poderia deixar de ser, uma vez que o sistema evoluiu de um regime de privilégios voltado para o comércio de livros. Desta forma, pode-se dizer que os direitos empresariais foram transformados em Direitos de Autor, e isto se pode notar nos dois sistemas, tanto no *copyright* quanto no *droit d'auteur*. Ambos os regimes são norteados pelo impulso empresarial, porquanto, tendo nascido no seio de corporações, ambos se voltam para interesses corporativos.

Esta sequência de factos históricos nos mostra que a proteção do autor como criador e como ser dotado de inventividade não nasceu por

³² Eliane Y. ABRÃO. Direitos de autor e direitos conexos, p. 29-30.

³³ Edward SAMUELS. *The Illustrated Story of Copyright*, p. 6 (Part 1 – *Copyright and Technology*, Chapter 1 – Books and Other Literary Works).

³⁴ Bernt HUGENHOLTZ; Ruth L. OKEDIJI. *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, p. 6.

³⁵ Em 1777, em Beaumarchais, o *Bureau de Législation Dramatique*, logo após a Revolução se transformou em uma agência de arrecadação de direitos, ou seja, a primeira entidade coletiva de gestão de direitos autorais. Em 1829 transformou-se na *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* (SAD), que ainda hoje está em operação. (Pierre –Yves GAUTIER. *Propriété littéraire et artistique*. p. 20).

³⁶ Pierre –Yves GAUTIER. *Propriété littéraire et artistique*, p. 23-26.

³⁷ Paul GOLDSTEIN. *International Copyright*, p. 9.

geração espontânea³⁸, tendo sido necessária uma construção doutrinária desenvolvida principalmente na Inglaterra, França e Alemanha, que passaram a considerar o autor como criador original de uma obra e, portanto, merecedor de proteção. A conjuntura cultural, social, política, intelectual e econômica da Europa dos séculos XV a XVIII também constitui fator importante para o surgimento dessa nova doutrina³⁹. Ou seja, num contexto de expansão do comércio de livros e com o aumento de um público leitor, os autores vislumbraram a possibilidade de não serem mais submetidos a um mecenato, voltando-se diretamente para o mercado, tendo a visão da ideia de autor como artesão ou como ser divinamente inspirado, dado lugar àquela de um profissional autônomo e, portanto, proprietário do fruto do seu trabalho e não mais sujeito à nobreza⁴⁰.

Esta ideia de propriedade literária constitui o ponto de partida da propriedade intelectual, embora lhe sucedesse uma fase transitória cheia de disputas comerciais, jurídicas e filosóficas. Ainda no quadro desse processo de transição, como os autores enfrentassem grandes dificuldades devido à ausência de uma legislação que os protegesse e à existência de inúmeras reproduções não autorizadas, tornou-se necessária uma concepção teórica que lhes garantisse proteção.

Desta forma, se começou a fundamentar a proteção dos autores com base em duas alegações: (1) o livro, enquanto veículo físico, é diferente da obra, que por sua vez deve ser vista como criação do espírito materializada em papel; (2) sobre a obra, ou seja, sobre o seu

³⁸ Antes da imprensa, o conceito e a apreciação da autoria não eram significativos. Geralmente, o detentor da cópia é que era compensado pelo direito de reproduzir o livro.

³⁹ Este fator se mostra de fundamental importância para o surgimento do regime autoralista. O exemplo clássico que se dá é o da China, que desenvolveu a imprensa de tipo móvel, mas que não possui um regime de direitos autorais semelhante ao dos países ocidentais. Assim é porque o direito exclusivo de reprodução não faz sentido na cultura chinesa, que considera o ato de copiar e reproduzir um grande elogio, uma honra ao autor. (William P. ALFORD. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*, p. 28-29). Também nos países muçulmanos o regime de direitos autorais é bastante distinto daquele praticado em outros países e culturas (*Mehr Muhammad Nawaz Khan, Prof.; Islamic and Other Economic Systems, Islamic Book Service, Lahore, 1989 e Lectures on Islamic Economics; Islamic Concept of Ownership and Its Economic Implications, by Mohammed Ahmed Sakr, Islamic Research and Training Institute Islamic Development Bank Jeddah, Saudi Arabia*).

⁴⁰ Mark ROSE. *Authors and Owners: the invention of copyright*, p. 16-17.

conteúdo, era necessário o reconhecimento de um direito de propriedade, juridicamente tutelado.

Na Inglaterra, a ideia foi defendida por via jurisprudencial e pelo Estatuto de Anne, como já vimos. Apesar de ser considerada a primeira lei de Direito de Autor, seu conteúdo destinava-se a regular o comércio do livro e a acabar com o monopólio da *Stationer's Company*, não havendo uma defesa da propriedade imaterial. Foi em ordem a essa proteção que se tornou necessária uma construção doutrinária⁴¹. Na França, tais entendimentos foram expostos por Diderot na Carta sobre o Comércio do Livro, de 1763, que considerava que a relação autor/ editor implica um contrato de compra e venda sobre uma obra que é de propriedade do autor⁴².

Desta forma, desenvolveram-se os sistemas de Direito de Autor, que foram evoluindo com algumas modificações, que contudo não alteraram substancialmente a sua gênese e a sua estrutura. Cabe aqui notar que até ao Estatuto de Anne a legislação não constituía uma forma de beneficiar a sociedade culturalmente ao nível da educação, ou seja, do interesse público, o que era compreensível tendo em vista o contexto liberal da maioria das sociedades ocidentais.

O próprio advento das novas tecnologias e dos novos *media* têm-se revelado incapaz até ao presente momento, de provocar uma transformação profunda na estrutura das legislações.

2. ALARGAMENTO DA PROTECÇÃO AUTORAL E DIREITO DE AUTOR INTERNACIONAL

O comércio internacional de livros e o surgimento de novas tecnologias levaram a uma extensão das regras de Direito de Autor, que ocorreu tanto quanto ao território, quanto aos conteúdos protegidos. Este movimento acabou forçando a elaboração de acordos bilaterais entre países europeus, dando ensejo a uma elaboração sistemática de tratados internacionais de Direitos de Autor.

⁴¹ Para mais aprofundamento sobre os interesses económicos e os modelos de negócios, ver Isabella ALEXANDER. “All Change for the Digital Economy: Copyright and Business Models in the Early Eighteenth Century”, p. 1351.

⁴² Mark ROSE. *Authors and Owners: the invention of copyright*, p. 131; Pedro Nicoletti MIKUZAMI, *Função social da propriedade intelectual*. p. 261.

O primeiro, a Convenção de Berna, de 1886⁴³, alterada pela última vez em 1971, ainda hoje figura como um dos principais tratados nessa matéria⁴⁴, dando origem à “lei universal de direitos autorais”⁴⁵, com uma série de princípios gerais que devem reger o tratamento das obras⁴⁶.

Esta expansão territorial se deu de forma voluntária e por imposição, no caso das colónias de países signatários como a França, o Reino Unido e a Alemanha. A independência destas colónias levou a pôr em causa as normas impostas. Nesse sentido, foi organizada a reunião da União de Estocolmo, em 1967, com o objetivo de tratar algumas regras relativas a países em desenvolvimento, mas não surgiram dali grandes alterações ao sistema imposto⁴⁷.

Os EUA inicialmente adotaram como estratégia a não aderência aos tratados internacionais, tendo mudado esta postura somente em 1892⁴⁸. Também de forma tardia, em 1989, aderiram à Convenção de Berna, visando a inclusão da propriedade intelectual em geral nas discussões da Rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que vieram a dar formação à Organização Mundial do Co-

⁴³ O texto para consulta, com as alterações que lhe foram introduzidas nas sucessivas revisões de que foi objeto, pode ser encontrado em José de Oliveira ASCENSÃO; Dário Moura VICENTE. *Legislação sobre Direito de Autor e sociedade da informação*, p. 303 ss.

⁴⁴ Original: 9 de Setembro de 1886; Primeira alteração, integração de lacunas em Paris a 4 de Maio de 1896; Revisão em Berlim a 13 de Novembro de 1908; Complementada em Berna a 20 de Março de 1914; Revista em Roma a 2 de Junho de 1928, Complementada em Bruxelas a 26 de Junho de 1948; Revista em Estocolmo a 14 de Julho de 1967, Complementada em Paris a 24 de Julho de 1971

⁴⁵ Peter DRAHOS; John BRAITHWAITE. *Information feudalism*, p. 32

⁴⁶ Armando CALOGERO. *Streaming on line e Tutela del Diritto d'Autore*, p. 121; Pedro Nicoletti MIZUKAMI, *Função social da propriedade intelectual*, p. 242.

⁴⁷ Peter DRAHOS; John BRAITHWAITE. *Information feudalism*, p. 22-23.

⁴⁸ Paul GOLDSTEIN. *International Copyright*, p. 18; e Lyman Ray PATTERSON. *Copyright in historical perspective*, p. 198.

mércio (OMC) e ao acordo TRIPS (*Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*)⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹.

Entende-se que a inclusão de um capítulo sobre propriedade intelectual no Acordo TRIPS tenha sido uma manobra dos países industrializados no sentido de garantirem a correção de várias deficiências na proteção internacional da propriedade intelectual, sem ser necessário passar por um processo de revisão das Convenções já existentes⁵². Podemos observar o aumento da proteção conferida aos autores ao longo dos anos se compararmos o texto inicial do artigo 2 (1) de 1971 da Convenção de Berna com a atual redação.

Outro instrumento normativo internacional que rege o tema é a Convenção Universal para o Direito de Autor, aprovada em Genebra, em 1952, e revista em 1971 por iniciativa da UNESCO. Visava reconhecer uma proteção eficaz dos direitos dos autores nos diferentes países e harmonizar os diferentes sistemas de proteção de vários Estados que não puderam aderir à Convenção de Berna. Foi nesta convenção que foi introduzido o símbolo do *Copyright*©, para assegurar tutela às obras estrangeiras que tenham tal sinal, em todos os países⁵³.

Ao mesmo tempo que se foi abrangendo novos tipos de obras literárias e artísticas, com o surgimento de novos veículos, de novas

⁴⁹ Jane C. GINSBURG; John M. KERNOCHAN. “One hundred and two years later: the US joins the Berne Convention”.

⁵⁰ Antes da Convenção de Berna, diversas nações lutavam contra problemas de pirataria internacional em cópias e reproduções por meio de diversos acordos bilaterais firmados entre os países que conferiam mais vantagens a umas partes do que a outras, que estabeleciam a proteção recíproca. No entanto, os acordos bilaterais exigiam, em muitos casos, formalidades que praticamente inviabilizavam a efectiva protecção dos autores em solo estrangeiro, como o registro e o depósito da obra em ambos os países pactuantes. Cf. Philip V. ALLINGHAM. *Nineteenth-Century British and American Copyright Law*.

⁵¹ A resistência do país em assinar o acordo decorria da diminuição das formalidades que o Tratado exigia, e da imposição do reconhecimento dos direitos morais. O regime norte-americano ainda é bastante formal, em se tratando de obras classificadas como “United States works” (isto é, obras primeiramente publicadas nos EUA), conforme a Section 411 do Copyright Act. (Paul GOLDSTEIN. *International Copyright*, p. 187-197; Roger E. SCHECHTER; John R. THOMAS. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*, p. 81-93).

⁵² Victor NABHAN. “20 Ans de Droit d’Auteur sur la Scène Internationale: Bilan et Perspectives”, p. 209-211.

⁵³ Patricia AKESTER. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, p. 53.

modalidades de distribuição e novas modalidades de consumo, o âmbito de proteção das obras foi-se expandindo. Por outro lado, foram sendo criados direitos conexos, como forma de conciliar a concepção romântica de autoria com novas formas de produção e distribuição de conteúdo e outras modalidades de criação menos tangíveis, e como forma de proteger o investimento. Estes direitos foram tratados internacionalmente, pela primeira vez, na Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 26 de outubro de 1961 – a Convenção de Roma⁵⁴.

Em 1967 foi criada, em Estocolmo, uma Secção Especializada na Organização das Nações Unidas (ONU). Destinava-se especialmente à Propriedade Intelectual, O.M.P.I (Organização Mundial da Propriedade Intelectual)⁵⁵, e era seu desígnio incentivar a atividade criativa e promover a proteção da propriedade intelectual no mundo.

O advento da tecnologia digital trouxe novas oportunidades de exploração e também grandes desafios, requerendo-se uma solução global que poderia ter sido alcançada através de uma revisão da Convenção de Berna. Todavia, o ambiente internacional não se mostrava favorável a tal fim. Daí que se tenha optado por adoptar textos separados, nomeadamente: o Tratado sobre Instrumentos de Autotutela Técnica e sobre Tutela Processual (TODA), em resposta às discussões da indústria em matéria de avanços da tecnologia digital e de popularização da *Internet*; o Tratado sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas (TOIEF), de 1996, mas que só entrou em vigor em 12 de maio de 2002, tendo como objeto a tutela de fonogramas de artistas intérpretes e executores⁵⁶.

Nota-se que, desde os anos 1980, assiste-se a uma maximização da proteção dos direitos aliada a estratégias protecionistas da indústria, com o objetivo de vincular os regimes de propriedade intelectual maximalistas ao direito do comércio exterior, o que beneficia países

⁵⁴ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 128-129.

⁵⁵ Para um estudo sobre o histórico e atuação da OMPI, ver Debora HALBERT. “The World Intellectual Property Organization: Past, Present and Future”, p. 253-284.

⁵⁶ Para aprofundamento da gênese dos Tratados ver Pedro João Fialho da Costa CORDEIRO. *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*, p. 140-143.

exportadores de conteúdo⁵⁷. Esta situação, embora seja alvo de grandes críticas pela maioria dos doutrinadores, não nos parece muito surpreendente tendo em conta que a génese da proteção do Direito de Autor se deu com o comércio.

Por fim, houve uma tentativa de proteção das prestações dos artistas intérpretes ou executantes que tenham consentido na inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons, em uma conferência diplomática, realizada em 2000, sob a égide da OMPI, que procurava a adoção de um novo tratado sobre esta matéria, não tendo porém, sido bem-sucedida, por conta da ausência de acordo entre os Estados participantes⁵⁸.

Segundo alguns doutrinadores, nestes instrumentos normativos internacionais é notória a ausência de uma solução dos problemas enfrentados pelos Estados, muitos dos quais são omissos, ao passo que outros apenas se limitam a instituir uma regulamentação mínima, que não suprime as divergências entre as legislações nacionais⁵⁹.

Na década de 1940, ainda no plano internacional, os Direitos de Autor foram erigidos à categoria de direitos fundamentais da pessoa humana, e na década de 1950 foi elaborada a nova Convenção Internacional sobre Direitos de Autor.

Após revisões conjuntas das duas, em 1971, foram elaboradas, em Paris, novas leis autorais em quase todo o mundo, apoiadas, conforme critica a doutrina, pelo *lobby* das indústrias multinacionais e transnacionais, dedicadas à difusão das obras de conteúdo cultural, intelectual ou de entretenimento.

Atualmente, o que se pode observar é que, numa era de comunicação transnacional instantânea de obras protegidas, as mesmas questões com que se depararam os legisladores desde a Convenção de Berna permanecem no contexto internacional, com a manutenção de legislações nacionais tão apartadas entre si, o que tem levado a uma fragmentação do Direito de Autor e a uma fragilidade na proteção do criador. No entanto, um “Direito de Autor internacional”, no sentido

⁵⁷ Peter DRAHOS; John BRAITHWAITE. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 73-87. Para um estudo detalhado do alargamento da proteção substancial dos direitos de autor, ver Pedro Nicoletti MIZUKAMI, *Função social da propriedade intelectual*, p. 276-286.

⁵⁸ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 132.

⁵⁹ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 29.

de lei uniforme vinculando todas as nações, não foi até ao momento verdadeiramente cogitada, nem mesmo uma maior expansão dos acordos bilaterais, o que nos parece inaceitável.

Note-se que, desde 1858, no I Congresso de Autores e Artistas em Bruxelas, a delegação Alemã tem questionado a possibilidade de se abandonar o princípio do tratamento nacional em favor de um tratado que codifique as leis de Direito de Autor internacionais e estabeleça uma lei uniforme entre todos os Estados contratantes. Apesar de a maioria dos participantes ter considerado desejável essa proposta, optaram por recusá-la, por compreenderem que tal medida iria requerer grandes modificações de suas leis domésticas, o que muitos países não teriam condições técnicas de realizar.

Por fim, parece-nos relevante referir não haver qualquer iniciativa no sentido de se renovarem os Tratados vigentes em relação ao ambiente digital. A iniciativa de regular o ambiente digital, levada a cabo há duas décadas com a realização do TODA e do TOIEF, não deixa de ser louvável; contudo, reclama-se a elaboração de um novo instrumento jurídico vinculante e modernizado a nível internacional, para regular uma área que justamente desde há vinte anos se tem vindo a alterar tão profundamente. De facto, aquando da realização do TODA, ainda não existiam muitos dos desafios e possibilidades tecnológicas, e a sua regulação, já débil de nascença, tornou-se ainda mais no momento atual.

3. DIREITO DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA

O Direito de Autor a nível europeu foi contemplado no Tratado Institutivo da Comunidade Europeia de 1957 (que atualmente foi substituído pelo Tratado sobre a União Europeia de Maastricht, de 1992), e foi objeto de várias intervenções normativas, em particular várias Diretivas, para harmonização das legislações dos vários Estados Membros.

No início dos anos 1990, a União Europeia iniciou um projeto considerado ambicioso no que concerne à harmonização dos Direitos de Autor, e que resultou, entre 1991 e 2012, em oito diretivas nessa matéria,⁶⁰ mas sem que, em nossa opinião, tenha sido bem-sucedida

⁶⁰ Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds”, p. 504.

até ao momento. Acresce a essas directivas a Diretiva sobre Licenciamento de Música Multi-territorial, de 2014⁶¹.

A Diretiva Sociedade da Informação de 2001/29/CE (DSI) constituiu a recepção, em âmbito Comunitário, do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor.

Relativamente às importantes questões tratadas, destaca-se o facto de a proteção se ter concentrado no conceito de colocação à disposição do público, na ampliação do direito de reprodução, na extensão do âmbito de operação dos direitos exclusivos também em relação ao uso *online*, e na introdução de uma série de exceções à proteção do Direito de Autor para garantir a fruição das obras a categorias especiais.

Há quem entenda que a DSI teve muito maior relevância do que se pode avaliar à primeira vista⁶²: primeiro, por ter redefinido horizontalmente os princípios básicos dos direitos de exploração dos autores e titulares de direitos conexos e, segundo, porque veio dar resposta a uma série de questões relativas aos desafios da sociedade da informação, cujo impacto maior poderia ser notado no longo período que levou a maioria dos Estados Membros a harmonizá-la⁶³. Discordamos desta visão, pois não consideramos que a DSI tenha cumprido a sua função de harmonização, e não foi sequer bem-sucedida na definição dos conceitos acima mencionados, como veremos oportunamente.

A DSI não se propôs regular todo o Direito de Autor. Pelo contrário, pretendia apenas atingir uma subsidiariedade em relação às leis deste sistema em que certas disparidades nacionais ameaçavam o bom funcionamento do mercado interno⁶⁴. Em nossa opinião, reside nesse aspecto uma das primeiras falhas deste instrumento. De facto, se se pretende harmonizar efetivamente o território, harmonização esta que assume especial importância devido ao facto de o tema em apreço ter uma magnitude de carácter multiterritorial, então não se pode atribuir importância subsidiária à Diretiva, sendo necessário que esta constitua um verdadeiro instrumento de uniformização. Entende-se

⁶¹ Item 4.2.2, Capítulo VI.

⁶² Frank GOTZEN. „Vers une Harmonisation du Droit d’Auteur dans la Société de l’Information“, p. 5.

⁶³ Frank GOTZEN. „Le Droit d’Auteur en Europe: Quo Vadis? Quelques Conclusions après la Transformation de la Directive d’Harmonisation dans la Société de l’Information“, p. 4.

⁶⁴ Acessível em <<http://www.UniãoEuropeia.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//EN>>.

que não estaria fora de questão, no entanto, pensar num Código Europeu de Direito de Autor⁶⁵.

No entanto, a União Europeia deve ser tratada como um todo. Ao mesmo tempo que a União torna este espaço um grande mercado, o segundo após os EUA, o ainda incompleto processo de unificação produz grandes entraves ao crescimento do mercado digital nesta região.

Enquanto isto, prosseguem intensos debates sobre a melhor forma de exploração da *Internet*, envolvendo a indústria de conteúdos, legisladores e sociedades protetoras dos Direitos de Autor, com vista a proteger os interesses em jogo dos autores (criadores), dos investidores e dos usuários em geral. Os problemas detectados incluem questões técnicas e legais, e não divergem de forma substancial nos diversos documentos produzidos acerca do tema. Pouco se avançou de 2005 até ao momento, tendo sido a intervenção legislativa mais significativa no âmbito da música *online*, que talvez seja um dos maiores produtos do universo da rede. Mesmo este avanço foi tímido e ineficaz, como se verá. No entanto, o universo dos conteúdos criativos é amplíssimo e não pode ser resumido à venda de músicas.

Em 01 de Junho de 2005 foi lançada ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Economico e Social Europeu e ao Comité das Regiões a Comunicação da Comissão “i2010 – Uma Sociedade da Informação Europeia para o Crescimento e o Emprego”, com o objetivo de abordar de modo integrado a sociedade da informação e as políticas audiovisuais na União Europeia. Entre os seus três objetivos, propõe-se a criação de um espaço único europeu da informação.

Vemos que a construção de um mercado digital *online* europeu esbarra num complexo quadro jurídico, dependente tanto da própria natureza do Direito de Autor quanto do ponto de vista regulatório, qual seja, o facto de a União Europeia não ter uniformizado a regulação destes produtos e serviços, observando-se que a primeira iniciativa neste sentido (a licença multiterritorial) apresenta sérias restrições.

⁶⁵ Para um debate sobre o tema ver: Frank GOTZEN. “Le Droit d’Auteur en Europe”, p. 58. Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright in Europe”, p. 521-523. Ainda, Jane C. GINSBURG. “European Copyright Code – Back to First Principles (With Some Additional Details)”, p. 265-299. Sobre um Código Civil Europeu, ver David SCHMID. “(Do) We Need a European Civil Code?”, p. 263-293; e a proposta do Wittem Group em Jane C. GINSBURG. “European Copyright Code”, p. 265-299).

Em 2010, foi lançada a estratégia União Europeia 2020, que define as grandes linhas para a saída da crise e prepara a economia da UE para os desafios da próxima década, sendo uma delas a reformulação do quadro legal do Direito de Autor. Dentro deste contexto, foi já adotada, em 2014, a Diretiva Licença Multiterritorial que trata da gestão coletiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos e licenciamento multiterritorial para uso de obras musicais no mercado interno, numa tentativa de diminuir as dificuldades enfrentadas pelos titulares de direitos por conta da questão da territorialidade⁶⁶.

A DSI também tem sido objeto de discussão e possível reforma. O Relatório que servirá de base para a Proposta a ser apresentada ao Parlamento tem entre as suas pretensões diminuir as questões territoriais, bem como dar especial atenção à questão dos Limites e Exceções⁶⁷.

Da leitura das propostas, compreende-se que elas tocam no tema mas não apresentam soluções suficientes para implementar as necessárias e desejadas mudanças significativas. Um dos maiores objetivos, a diminuição das restrições territoriais, enfrenta grande resistência da parte da indústria de conteúdos criativos⁶⁸. No entanto, do que se depreende do documento, é incerto de que modo a diminuição das restrições territoriais funcionará no concreto⁶⁹. Além disso, a Proposta dedica especial atenção à questão da obrigatoriedade dos Limites e Exceções. Porém, em nosso entender ela fá-lo de uma forma que não considera as sutilezas desse complexo ambiente.

A Comissão Europeia destaca os seguintes pontos que dizem respeito ao tema em estudo: (i) assegurar acesso multiterritorial a serviços adquiridos legalmente *online*; (ii) maior segurança jurídica para o uso multiterritorial de conteúdo com propósitos específicos (ex: pesquisa, educação, etc.), através da harmonização de exceções e do seu estabelecimento obrigatório; (iii) clarificar as regras sobre as atividades dos intermediários, conexas com conteúdo protegido.

⁶⁶ Acessível em <<https://ec.União Europeia.eu/growth/tools-databases/dem/initiatives/1682/digital-agenda-europe>>.

⁶⁷ Acessível em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bREPORT%2bA8-2015-0209%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>>.

⁶⁸ Item 5, Capítulo VI.

⁶⁹ Acessível em <<http://arstechnica.com/tech-policy/2015/04/geo-blocking-and-copyright-reform-outlined-in-eu-document-leak/>>.

Esta proposta irá levar a uma discussão mais ampla do quadro legal dos Limites e Exceções no ambiente digital^{70 71 72 73}.

4. DIREITO DE AUTOR NOS EUA

O primeiro estatuto de Direito de Autor nos EUA data de 1790 e, após anos de intensos debates, foi estabelecido o ordenamento vigente até ao momento (com posteriores alterações), o *Copyright Act* de 1976, que criou o seu esquema jurídico básico⁷⁴. Em 1988, a lei foi emendada por ocasião da adesão dos EUA à Convenção de Berna^{75 76}. Note-se que, por se tratar de sistema de *Common Law*, os precedentes judiciais são de grande importância para regulação nesta matéria.

Se durante muito tempo os EUA não se mostraram dispostos a aceitar as obrigações das leis internacionais de Direito de Autor, ou só o fizeram de forma limitada, a sua actuação mudou – fundamentalmente a partir do meio dos anos 1980 – de um papel passivo para um papel bastante ativo e de liderança, sendo que a adesão à Convenção de Berna foi um marco nesta questão⁷⁷.

Para alguns doutrinadores, a lei de Direitos de Autor norte-americana foi muito bem-sucedida, por ter encorajado o crescimento de indústrias que auxiliaram o enriquecimento cultural do país e contribuíram com significativo valor económico. Outros autores, porém, argumentam que a qualidade e diversidade de obras protegidas decli-

⁷⁰ Acessível em <http://União Europeia.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_en.htm>.

⁷¹ Sobre Text and Data Mining, também incluído na Proposta para reforma da Diretiva 2001, ver: SCIENCE EUROPE. *Text and Data Mining and the need for a Science-friendly EU Copyright Reform*.

⁷² Entrevista de Julia Reda, autora do Relatório que servirá de base para a Proposta, criticando a atual Diretiva: <<http://www.vieuws.eu/ict/eu-copyright-law-fails-to-set-minimum-rights-stresses-pirate-party-mep-julia-reda/>>.

⁷³ Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright in Europe”, p. 503-524.

⁷⁴ Henry B. GUTMAN. “New Wine in Old Bottles: Arthur Miller and Copyright Law”, p. 58.

⁷⁵ Carlos Alberto ROHRMANN. “A Proteção dos Direitos Autorais nos Estados Unidos em Face da Digitalização: o Caso Napster”, p. 135.

⁷⁶ Jessica LITMAN. *Digital Copyright*, p. 36-58.

⁷⁷ Silke LEWINSKI. “International “Copyright Over the Last 50 Years – A Foreign Perspective”, p. 588.

nou. Outros ainda argumentam que as várias emendas ao *Copyright Act* na última metade do século XX aumentaram o âmbito dos direitos exclusivos de forma excessiva. Estas mudanças coincidiram com um período de intenso crescimento das indústrias do conteúdo, em termos financeiros.⁷⁸

Em 1992, foi aprovado o *Audio Home Recording Act* (AHRA), emendando a lei federal, estabelecendo que todos os dispositivos de gravação devem incorporar o sistema Serial Copy Management System (“SCMS”), que permite que seja feita uma cópia, mas não a cópia da cópia; estabelece também uma taxa por cada novo dispositivo de gravação digital e uma percentagem do preço de todas as fitas de áudio digitais ou discos a serem pagas pelos fabricantes de dispositivos de *media* digitais e distribuídos aos titulares de direitos cujas músicas estejam presumivelmente sendo copiadas. Com esta taxa, os titulares de direitos concordam em não cobrarem o direito de reivindicar infração a Direitos de Autor contra consumidores que estejam utilizando dispositivos de gravação em suas casas⁷⁹.

Em 1998, foi promulgado o *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (DMCA), que criminalizou a infração das medidas tecnológicas de proteção e da produção e distribuição de tecnologia que permita contornar as medidas de proteção aos Direitos de Autor. Em termos de inovação, esta lei, que teve como objetivo proteger a indústria de conteúdos^{80 81}, aumentou as penas por infrações de Direitos de Autor cometidas através da *Internet*, como *downloads* ou publicações em âmbito privado. Esta legislação, embora bastante protetora da indústria, não é vista com unânime favor quanto aos seus benefícios. Por um lado, a maioria da doutrina enxerga nela um instrumento que expandiu de forma desequilibrada o poder dos titulares de direitos, nomeadamente da indústria criativa, em detrimento dos usuários. Por outro lado, há quem defenda esta legislação, por entender que o alargamento da proteção à obra, especialmente através da proteção dos dispositivos tecnológicos de prevenção ao uso não autorizado, é

⁷⁸ Maureen A. O’ROURKE. “A Brief History of Author – Publisher Relations and the Outlook for the 21st Century”, p. 426.

⁷⁹ Tia HALL. “Music Piracy and the Audio Home Recording Act”.

⁸⁰ Jessica LITMAN. *Digital Copyright*, p. 151.

⁸¹ *Green Paper on Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*.

vital para a manutenção da importância da lei dos Direitos de Autor e consequente proteção à criação⁸².

No setor específico da música, em abril de 2014 o *Copyright Office* convocou o público para comentar sobre o seu licenciamento e a informação obtida será relatada ao Congresso para serem ponderadas possíveis revisões do *Copyright Act*, visando uma variedade de questões em relação aos mecanismos de licenciamento de obras musicais^{83 84 85}.

Atualmente há uma série de propostas de Reformas ao *Copyright Act*. As importantes para o presente estudo dizem respeito a um refinamento do Direito de Reprodução – para abarcar melhor as questões no ambiente digital –, a reformas referentes a *Fair Use*⁸⁶, a exceções para bibliotecas e, ainda, a novas medidas de *safe harbors* para servidores que façam uso de material protegido⁸⁷.

Observa-se, ainda, que tanto a doutrina norte-americana quanto o *Copyright Office* defendem um incentivo ao Registro de obras protegidas, de forma a serem identificados mais facilmente os titulares das obras; entendem, também, que tal procedimento seria de grande auxílio na proteção de tais obras, especialmente no ambiente digital⁸⁸. Observa-se que os doutrinadores norte-americanos colocam especial atenção no princípio do *Fair Use*, que julgam ser essencial para se manter o equilíbrio do sistema de Direito de Autor⁸⁹.

⁸² Clark D. ASAY. “Copyright’s Technological Interdependencies”, p. 191, nota 6.

⁸³ Michael CARROLL. “A Realist Approach to Copyright Law’s Formalities”, p. 1511-1535.

⁸⁴ Para um estudo sobre as propostas de reformas, ver Pamela SAMUELSON, *et al.* “The Copyright Principles Project: Directions for Reform”, p. 1175.

⁸⁵ Para um estudo sobre a interdependência entre Direitos de Autor e tecnologia, ver: Clark D. ASAY. “Copyright’s Technological Interdependencies”, 189.

⁸⁶ Sobre uma proposta de como fortalecer o *Fair Use*, ver Catherine CAMERON. “Reinvigorating U.S Copyright with Attribution: How Courts Can Help Define the Fair Use Exception to Copyright by Considering the Economic Aspects of Attribution”, p. 130-152.

⁸⁷ Pamela SAMUELSON, *et al.* “The Copyright Principles Project: Directions for Reform”, p. 1197.

⁸⁸ Pamela SAMUELSON, *et al.* “The Copyright Principles Project: Directions for Reform”, p. 1198.

⁸⁹ Pamela SAMUELSON, *et al.* “The Copyright Principles Project: Directions for Reform”, p. 1206-1207 e 1229-1230.

5. DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

A história dos Direitos de Autor no Brasil (onde o termo mais utilizado é Direito Autoral) começa com a Lei de 11 de Agosto de 1827, que estabeleceu os cursos de direito de São Paulo e de Olinda. Ao contrário da abordagem adotada pela maioria dos outros países, o Brasil deu ênfase à proteção aos Direitos de Autor através de legislação penal e não civil⁹⁰.

A Constituição de 1891 introduziu o direito de exclusivo, provavelmente influenciada pela Constituição norte-americana, que já havia disposto sobre a matéria⁹¹. As demais constituições brasileiras mantiveram o dispositivo praticamente na sua forma original. Na Constituição Federal de 1988, foi introduzida uma expansão dos direitos, elevando-os a Direitos e Garantias Fundamentais, conforme o art. 5º.

No âmbito civil, a Lei n. 496, de 1 de Agosto de 1898, inaugurou o mecanismo do rol de limitações aos Direitos de Autor, assistindo-se deste então ao movimento expansionista de tais direitos. O Código Civil veio substituir a lei anterior, mantendo muito de suas disposições e aumentando o prazo de proteção à obra. Já a Lei n. 5988/1973 eliminou diversas formalidades, com o intuito de facilitar a proteção, e era vista como tendo um viés “empresarial”.

A Lei n. 9610/1998 (LDA) é aquela atualmente em vigor e contém alterações importantes em matéria de restrições ao sistema de limitações, sob o ponto de vista do usuário, e disposições referentes à violação de sistemas de DRMs. Em 2003 foi promulgada a Lei n. 10695, que introduziu alterações ao título III, capítulo I (Dos crimes contra a propriedade intelectual) da parte especial do Código Penal,

⁹⁰ O Código Criminal do Império, de 1831, parte III, título III (Crimes contra a propriedade), que proibiu a reprodução de escritos ou estampas feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, durante toda a vida do autor e até dez anos após a sua morte, na existência de herdeiros. Pode dizer-se que este dispositivo criou um Direito de Autor de reprodução. Também o Código Penal de 1890 continuou a legislar sobre direito autoral, inspirado nos códigos francês e português e expandiu a abrangência dos Direitos de Autor. (Galdino SIQUEIRA. *Direito penal brasileiro: Vol. II: parte especial*, p. 793).

⁹¹ Laurence HALLEWELL. *O livro no Brasil*, p. 171-172.

mantendo-se a ênfase no direito penal, ao criminalizar certas violações a direitos autorais, especialmente as relativas à violação dos direitos conexos. Esta medida tem sido criticada pela doutrina, que lhe imputa estar na origem de “uma série de imprecisões que podem afetar a inovação tecnológica no país, bem como a repressão a atividades legítimas, por causa da ausência de segurança jurídica decorrente da falta de clareza do texto legal”⁹².

Por fim, após anos de intensos debates e forte insistência da classe artística junto do Congresso Nacional e do Poder Executivo, foi sancionada em Agosto de 2013 a lei n. 12.583, que veio alterar as regras de arrecadação de Direitos de Autor pelo ECAD⁹³ (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição)⁹⁴, no âmbito da música.

O Brasil ainda não ratificou os Tratados da OMPI, mas participou ativamente de todas as discussões daqueles tratados que já se encontram em plena vigência no plano internacional. A LDA, que é posterior aos tratados, adotou parte da agenda digital, mas só em relação às medidas tecnológicas de proteção, não solucionando antigos problemas referentes a definições inadequadas, além de que também não faz referência ao ambiente digital. Nesse sentido, nota-se que a falta de acuidade e objetividade da LDA nesse caso é tão grande que tem prejudicado as partes interessadas⁹⁵.

A transposição da agenda digital dos Tratados da OMPI, no caso da LDA, foi feita de forma incompleta também no que diz respeito às normas relativas aos limites no ambiente digital. A lei simplesmente transpõe a norma do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, sem esclarecer a que tipo de informação se refere ou pretende proteger. Resta ainda à legislação brasileira criar condições favoráveis para que cumpra corretamente seus objetivos⁹⁶.

Muito se discutiu sobre reforma da LDA, já que havia divergências sobretudo quanto ao grau de reforma necessário. Alguns enten-

⁹² Ronaldo LEMOS. *Direito, Tecnologia e Cultura*, p. 162.

⁹³ Item 4.1.2., Capítulo VI.

⁹⁴ Adriana Tolfo OLIVEIRA. “Os Critérios Praticados pelo ECAD na Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais advindos das Obras Musicais”, p. 4.

⁹⁵ Rui Geraldo Camargo VIANA; Rosa Maria B. de Andrade NERY. “A Inserção do Direito de Autor na CF”.

⁹⁶ Vanisa SANTIAGO. “A Lei n. 9610 de 19 de Fevereiro de 1998 – Aspectos Contraditórios”, p. 14.

diam que eram necessárias mudanças, mas não uma reforma ampla⁹⁷. Por outro lado, havia quem defendesse que as obras em formato tradicional devem ter um tratamento distinto das obras digitais⁹⁸. Note-se que o projeto de lei que versava sobre Direitos de Autor no Brasil não fala em gestão digital de direitos nem em *Internet*⁹⁹. O projeto para alteração da LDA não teve andamento e, por outro lado, o Marco Civil da *Internet*¹⁰⁰ não trata da questão do Direito de Autor. Tal facto vem sendo alvo de crítica e preocupação por parte dos autores¹⁰¹.

6. DUALIDADE *DROIT D'AUTEUR* E *COPYRIGHT*

No âmbito do sistema de proteção dos Direitos de Autor, encontramos duas concepções jurídicas distintas: a doutrina anglo-saxónica ou anglo-americana, para a qual o Direito de Autor é conhecido por *copyright*, e a doutrina continental-europeia (franco-germânica), seguida pelos países latino-americanos, para a qual o Direito de Autor é conhecido pela mesma expressão, ou por *droit d'auteur*. Assim, coexistem dois sistemas de proteção: o do *copyright* e o do Direito de Autor, não sendo, portanto, denominações equivalentes¹⁰².

Poder-se-ia imaginar que, no momento histórico que hoje se vive, caracterizado por uma tendência para a globalização nos mais diversos campos, esta dicotomia entre as concepções ou sistemas de *droit d'auteur* e *copyright* estaria diminuindo aos poucos. No entanto, não é o

⁹⁷ Manoel J. Pereira dos SANTOS. “Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira”, p. 61-68.

⁹⁸ Para maiores detalhes ver Marcos WACHOWICZ, org. *Porquê mudar a lei de direito autoral?: estudos e pareceres*.

⁹⁹ Paulo Sá ELIAS. “Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais (inclui breves comentários sobre a Lei. 9.609/98)”, p. 81.

¹⁰⁰ A Lei n. 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da *Internet*, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff e trata da proteção à privacidade dos usuários; liberdade de expressão e a retirada de conteúdo do ar; garantia da neutralidade da rede.

¹⁰¹ Disponível em <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=14175&sid=898>>.

¹⁰² Helenara Braga AVANCINI. “Implicações Jurídicas das Limitações dos Direitos Autorais Frente à Coexistência dos Sistemas de Proteção”, p. 43.

que vem ocorrendo¹⁰³, o que em grande parte constitui um obstáculo para a ainda insuficiente disseminação de conteúdos digitais.

O dualismo entre os sistemas de *droit d'auteur* e de *copyright* tem como primeiro fundamento uma diferença, pelo menos aparente, que se verifica ao nível do centro da proteção conferida. No primeiro sistema, a obra aparece ligada, por influência do romantismo e do individualismo do século XIX, à personalidade do autor, o que se pode notar até pela própria expressão *droit d'auteur*. No sistema de *copyright* dá-se muito maior ênfase à difusão da obra, ou, mais corretamente, à disseminação dos exemplares da mesma, sendo o próprio termo um reflexo do princípio anglo-americano segundo o qual a cópia não autorizada de obras imateriais tem por consequência resultados económicos negativos. Pelo facto de relegar para segundo plano a remuneração do autor pela obra realizada, o *copyright* preocupa-se sobretudo com os benefícios para o público do trabalho dos autores. No entanto, não restam dúvidas que o *copyright* atualmente vai muito além da mera função de proteção contra as reproduções não autorizadas, que assumiu no passado¹⁰⁴. Não deixa de ser interessante observar que um Estado tão vocacionado para o viés económico, tenha também como fundamento de proteção bens criativos e o benefício da sociedade.

Por outro lado, não é hoje tão linear a concentração do ponto de referência do *copyright* na proteção do interesse público, como forma de oposição à clássica descrição do *droit d'auteur* enquanto garantia de que o autor recebe uma recompensa pelos seus contributos para a sociedade e de que a sua integridade é protegida como extensão da sua personalidade. O que atualmente se observa é um imbricamento, no interior de cada sistema, de um nível simbólico – reafirmando os direitos dos autores – e de uma realidade jurídica ditada pelos imperativos económicos e de concorrência¹⁰⁵, até porque atualmente a maioria dos titulares dos direitos de autor não é mais o próprio criador.

Existe um movimento que demanda que se ultrapasse este dualismo em nome de ideias comuns a ambas as concepções e de uma har-

¹⁰³ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias”, p. 153.

¹⁰⁴ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias”, p. 155.

¹⁰⁵ Alain STROWEL. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, p. 156.

monização internacional da proteção do Direito de Autor¹⁰⁶. O Século XX levou, em vários aspectos, à diminuição das diferenças entre os sistemas no que à respectiva fundamentação diz respeito. No entanto, estes continuam a manter particularidades próprias. O Direito de Autor Internacional é uma ponte entre sistemas distintos; só que não tem grande expressão, harmonização e efetividade.

Em suma, as diferenças entre estas duas concepções ultrapassam o plano meramente teórico. No que importa ao tema aqui tratado, podemos apontar as mais importantes: (1) *gestão coletiva*: enquanto nos países de tradição de *droit d'auteur* a gestão coletiva é marcada por um sistema de oligopólio, nos países de *copyright* o regime legal se centra nos aspectos concorrenciais da atividade das entidades de gestão¹⁰⁷; (2) *Limites e Exceções*: nos Direitos continentais (e América Latina) as exceções aos Direitos de Autor e conexos encontram-se tipificadas na lei através de uma enumeração exaustiva, enquanto nos EUA resultam não apenas de regras legais específicas, mas também de uma cláusula geral, o *Fair Use*¹⁰⁸; (3) *cópia privada*: a questão da cópia privada suscita a questão de saber se e como devem ser remunerados os titulares dos direitos pela utilização feita das obras e prestações¹⁰⁹, havendo divergência de tratamento nos países europeus e nos EUA; (4) *direitos conexos*: a construção destes direitos se deu por necessidade de proteção aos artistas ou executantes, editores e produtores, como consequência das inovações tecnológicas, uma vez que se entendia não se poder proteger tais figuras no regime de Direito de Autor por não haver o elemento criativo em suas prestações. Nos países de *copyright*, as prestações dos artistas intérpretes e executantes, bem como dos produtores de fonogramas e videogramas e dos radiodifusores, são protegidas como obras pelo Direito de Autor¹¹⁰.

¹⁰⁶ Neste sentido ver Alain STROWEL. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, p. 144; Jane C. GINSBURG, "European Copyright Code – Back to First Principles (With Some Additional Details)", p. 125-289.

¹⁰⁷ Capítulo VI.

¹⁰⁸ Capítulo II.

¹⁰⁹ Item 10, Capítulo II.

¹¹⁰ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 37-56.

Estas diferenças entre os dois regimes têm fundamento, além das questões de fundamentação, em fatores económicos e culturais, sendo estes últimos um dos maiores entraves a uma maior harmonização¹¹¹⁻¹¹²⁻¹¹³.

7. A DINÂMICA ENTRE O DISCURSO E A REALIDADE

Como vimos, nos anos 1980 assistiu-se a um vertiginoso crescimento da indústria do conteúdo, que exerceu pressão para que se alargasse a proteção à sua propriedade, o que, naturalmente fez emergir vozes que se insurgiram contra essa expansão excessiva, alertando para o facto de que tal excesso é prejudicial para a sociedade como um todo¹¹⁴⁻¹¹⁵.

¹¹¹ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 57-62.

¹¹² Para um maior aprofundamento da internacionalização do Direito de Autor e da paradoxal continuação da existência de divergência entre os sistemas, ver Leonardo Estevam de Assim ZANINI. “A Proteção Internacional do Direito de Autor e o Embate Entre os Sistemas do Copyright e Droit d’Auteur”, p. 115-130.

¹¹³ Para opiniões ponderadas a respeito das semelhanças entre as tradições, ver Paul GOLDSTEIN. *International Copyright*, p. 3-4; e Jane C. GINSBURG. “A tale of two copyrights: literary property in Revolutionary France and America”, p. 285-286.

¹¹⁴ Pamela Samuelson, Jessica Litman, Wendy Gordon e Jaymes Boyle (Dan HUNTER. *Culture war*, p. 1112). Entre a literatura mais atual podemos apontar Lessig e Benkler, William W. Fischer, Julie E. Cohen, Mark Lemley, Jonathan Zittrain, Neil Weinstock Netanel, Mark Rose. Fora dos EUA apontamos José de Oliveira Ascensão, em Portugal; Peter Drahos, na Austrália; Michael Geist, no Canadá; e Bernt Hugenholtz na Holanda (Newton SILVEIRA. “Prefácio”). No Brasil assiste-se atualmente a um movimento dos doutrinadores no sentido de se posicionarem contra a tese maximalista, tais como Hermano Duval e Eduardo Vieira Manso; também Pedro MIZUKAMI; Ronaldo LEMOS; Bruno MAGRANI; Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call to reform”; e Ronaldo LEMOS. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Ver ainda: <<http://direitosautorais.blog.com/direito-autoral-em-obras-musicais/direitos-autorais-2> (obras musicais); <www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=40%3Anoco-es-sobre-direito-autoral&catid=6&Itemid=14>.

Eliane Y. ABRÃO. “Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais”; e Denis Borges BARBOSA. *Uma introdução à propriedade intelectual*.

¹¹⁵ Como afirmou “Copyright is now perceived more as an industrial property than as an author’s right” (T.C. JAMES. “Copyright Law of India and the Academic Community”, p. 210). Um exemplo clássico desta realidade é o aumento do prazo de proteção, que era de 50 anos, para 70 anos. Em 1993 uma Diretiva da União Europeia aumentou os prazos para proteção do Direito de Autor e, logo após, os EUA promulgaram o Copyright Term Extension Act (ACTEA), de 1998 que estendeu os prazos da mesma forma. Veja-se em <<http://www.copyright.gov/legislation/s-rep104-315>>.

São várias as razões para essa defesa: (i) a criação precisa de alguma liberdade para se garantir a contínua disseminação de conteúdos. Qualquer criador poderá testemunhar que o processo criativo de uma obra ou conteúdo não surge de forma completamente livre e autônoma e sem uma base, sendo certo que se inspira sempre em ideias, nuances, ou até mesmo em partes de obras anteriores. Neste sentido, uma proteção excessiva poderia coibir este processo criativo, o que certamente prejudicaria a evolução da sociedade como um todo; (ii) os direitos de autor englobam não apenas entretenimento, como também questões que envolvem conhecimento, educação e acesso à cultura. No mesmo sentido, uma proteção excessiva é prejudicial ao maior acesso a estes conteúdos; e (iii) também envolve conteúdos destinados à informação, pelo que existe o risco de monopólio se não existir limitação ao seu controle absoluto¹¹⁶.

Neste sentido, a doutrina majoritária das diversas jurisdições adotou uma posição de defesa da criação, mostrando-se contra os instrumentos legislativos que surgiram nessa época, sem que no entanto esta posição tenha sido capaz de influenciar o processo legislativo. Assim, o que vemos são leis que protegem excessivamente a grande e velha indústria de conteúdos criativos, em detrimento dos criadores, dos usuários e da sociedade em geral.

Para rebater tal posicionamento legislativo, a doutrina adotou quase em bloco um discurso contra a indústria, que nos parece excessivo, fundamentando as suas convicções numa visão demasiado romântica e simplista, não fazendo distinção entre as diversas situações e participantes.

Nesta linha de raciocínio, por exemplo, Oliveira Ascensão indica que, atualmente, os documentos internacionais apontam como finalidade do direito autoral, não apenas a recompensa e o fomento da

html>. O comitê deu 2 razões para a justificação do aumento do prazo: primeiro, que o aumento do termo iria fornecer um aumento de renda que iria servir de incentivo para produção de próximas obras; segundo, iria ajudar os detentores de direitos corporativos, como os estúdios cinematográficos e as editoras, a reduzirem o fator de risco. O Comitê ainda argumentou que seria benéfico para o domínio público. No entanto, a doutrina em sua maioria não concorda com esta argumentação. Para maior aprofundamento sobre monopólio Akhil PRASAD; Aditi AGARWALI. “Revisiting the historical “Copy-Wrongs” of “Copy-Rights”! Are We Resurrecting the Licensing Era?”, p. 235-237.

¹¹⁶ Bernt HUGENHOLTZ; Ruth L. OKEDIJI. Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright. Final Report, p. 10.

criação intelectual, mas também a proteção dos investimentos. Além disso, afirma que, embora seja justificada, esta proteção não deve caber no âmbito do direito autoral¹¹⁷. Em outra obra, o autor vai além desta visão, indicando que a obra literária ou artística pretence ao mundo da cultura, e que a componente cultural tem que se manter extremamente forte e não se pode deixar absorver por preocupações comercialistas ou egocêntricas¹¹⁸.

Este discurso parece demonstrar uma visão ideal do mundo, que talvez não se adeque à realidade, sendo certo que o investidor é parte fundamental da equação para distribuição e disseminação de conteúdo criativo.

O Direito de Autor aparece intrinsecamente ligado à figura do investidor, e é-lhe indissociável, enquanto “combustível” do sistema. Recorde-se que a proteção autoral surgiu para a proteção do investimento. Ao mesmo tempo, cumpre observar que a iniciativa de disseminar conteúdo partiu, não do Estado, mas de investidores – certamente com fins lucrativos, mas sem que tal intuito deva ser visto pejorativamente.

Recorde-se que, na sua génese, a proteção ao Direito de Autor era o objetivo inicial da estruturação do sistema. Não podemos olvidar que a criação só circula por conta de um intermediário, que põe também seu esforço, dinheiro, energia e, muitas vezes, criatividade na elaboração de novas formas de disseminação de conteúdos, e que tal empreendimento deve ser também protegido, uma vez que faz parte de todo o processo. Donde, se se pretender maior disseminação de conteúdos criativos, será necessário atender ao fundamento económico do negócio em que assenta essa disseminação, fundamento esse que muitas vezes a doutrina parece não levar em consideração ou considerar desejável.

É certo que se trata de um dos direitos de propriedade com mais restrições impostas pelo Estado, e que em muitas circunstâncias tal limitação deve realmente ocorrer, sob pena de essa disseminação de conteúdos ficar reduzida e em benefício de poucos participantes. No entanto, esta restrição deve ser feita de forma muito bem pensada e

¹¹⁷ José de Oliveira ASCENSÃO. “Convergência de Tecnologias: Perspectivas Jurídicas”, p. 92. E indica que, mesmo que esta proteção se justifique, não deve caber no âmbito do direito autoral. Não concordamos, por acharmos que este investidor é parte fundamental da equação para distribuição e disseminação de conteúdo criativo.

¹¹⁸ José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 58.

ponderada, sem discursos maniqueístas que apresentam a figura do disseminador como culpado de todas as falhas do sistema.

É chegado o momento de adotarmos um discurso mais ponderado. Com efeito, cabendo ao jurista académico o papel de formador de opinião, deverá mostrar-se criterioso ao adotar determinada posição. Neste sentido, se atacar a indústria como um todo, não só acabará por influenciar a opinião pública, como não colherá qualquer benefício para o discurso de que dependa a resolução do problema. Nos parece, além disso, que esse discurso se tem mostrado condescendente com o papel do Estado.

Uma das soluções que a doutrina da maioria aponta para a circulação de obras é a limitação ao direito de propriedade, feita às custas do titular do direito. Se em determinadas situações – tais como: liberdade para garantir a continuação do processo criativo e permitir reproduções instrumentais/técnicas no processo de disseminação – não vemos como poderia ser de outra forma¹¹⁹, em outras situações existem diversos mecanismos em que o Estado poderia atuar de forma mais direta, sem tentar impôr tal ônus ao particular¹²⁰. Nesta categoria, vislumbramos questões como a do acesso a bibliotecas e à educação em geral.

Além disso, a crítica da doutrina sobre o papel do Estado, centra-se prioritariamente na questão da formulação de leis inadequadas. Acreditamos que o problema vai muito além dessa questão e que é anterior à construção legislativa. De facto, mostram-se essenciais as políticas que permitam o crescimento de uma sociedade vocacionada para a procura de informação, conhecimento e educação, e que valorizem e fomentem tanto os seus criadores quanto os seus cidadãos. Naturalmente, numa primeira abordagem a lei terá um papel a desempenhar como instrumento neste desafio. No entanto, estamos a falar de políticas sociais, culturais e económicas de médio e longo prazo. Ou seja, o papel do Estado nesta seara não se restringe simplesmente à

¹¹⁹ No Capítulo III explicitamos nosso entendimento de uma maior necessidade de proteção do escopo do Direito de Autor.

¹²⁰ Guibault, por exemplo, indica que numa sociedade com outros mecanismos pode até não ser necessário instituir limites e exceções, pelo menos delineados na forma de lei, para que o interesse público esteja assegurado. Ver em Lucie GUIBAULT. *Discussion Paper on the question of Exceptions to and Limitations on Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Right*.

elaboração de leis que imputam ao particular atribuições que, pela sua natureza, devem ser fomentadas por si.

Mesmo o discurso contra a grande indústria deve ser muito bem pensado. O foco da discussão deve ser a limitação da atuação destes participantes, no sentido de não coibir a presença de outros agentes. No entanto, imputar a esta grande indústria a responsabilidade de garantir acesso à educação e ao conhecimento, ou a qualidade das obras criativas, é um erro. O papel do operador económico é dar lucro. Cabe ao Estado, oferecer tais benefícios através dos seus próprios mecanismos, caso seja essa a política que procura alcançar. Além disso, o discurso tendente à culpabilização da indústria mediante pressões junto dos órgãos legislativos apresenta uma base débil por olvidar que, se as pressões surtiram efeito, foi pela fraca, incompetente e questionável suscetibilidade do Estado.

Quando dizemos que a doutrina não está fazendo distinção entre as diversas situações e participantes pretendemos chamar a atenção para o facto de que, no momento atual, assistimos a uma mudança no perfil do intermediário (investidor), que se diversificou no ambiente digital, abrindo espaço a negócios que, ao contrário da tradicional indústria do conteúdo, têm o potencial de disseminar obras criativas diversificadas.

Ou seja, novos modelos de negócios que visam distribuir (no sentido técnico) obras diversificadas, como por exemplo, de nicho ou locais¹²¹. Deveríamos estar na era de ouro da disseminação de conteúdo; infelizmente, e ao contrário do que se poderia supor, o que observamos não tem sido satisfatório, apesar de existirem movimentos de diversos participantes que gostariam de aproveitar as possibilidades de

¹²¹ Trazemos aqui alguns modelos que exploram obras de nicho. Trata-se de uma lista meramente exemplificativa: <<https://mubi.com/>> (plataforma de distribuição de filmes fora do circuito de Hollywood); <<https://www.smashwords.com/>> (plataforma de distribuição de livros para auto-edição). Aspen Law, em <www.aspenlaw.com> (plataforma de aluguer de textos jurídicos). Além disso, as opções de distribuição de conteúdo aumentaram consideravelmente. Casos de pessoas que exploram suas obras de forma independente através de canais como o youtube são cada vez mais frequentes – ver <<http://www.businessinsider.com/richest-youtube-stars-2014-3>>. O White Paper reconhece a importância destas novas formas de distribuição *online* dizendo que elas não só abrirão os horizontes culturais, mas também providenciarão oportunidades para o desenvolvimento de novos mercados para produtos culturais (Reuven ASHTAR, “Licensing as Digital Rights Managements, From the Advents of the Web to the iPad”, p. 181).

exploração e disseminação de conteúdos digitais¹²². Há mesmo quem denomine esta era como um período de “Nova Renascença” e que, onde uns enxergam caos, outros enxergam o começo de um turbilhão de novas ideias¹²³.

Neste sentido, há quem aponte que o controle absoluto que a antiga indústria tinha sobre a obra dos criadores está acabando e que o poder foi entregue aos criadores¹²⁴. Apesar de exagerada, esta que é uma vez mais uma visão romântica da situação, o facto é que a grande indústria está ameaçada diante de uma maior independência dos criadores e da presença de novos intermediários com modelos de negócios mais inovadores. Mesmo assim, os intermediários continuam a existir e, aparentemente, não vão de continuar. O que se observa é que há pouca doutrina a chamar a atenção para a necessidade de proteção destes novos participantes; ou seja, estes novos intermediários, para terem o seu lugar no mercado e com isto auxiliarem na difusão de conteúdos, necessitam de menos barreiras impostas pelo Direito de Autor.

Mais uma vez, não conseguimos compreender a forma negativa com que o intermediário é visto. De facto, esta figura assume um papel importante na disseminação, e seria utópico acreditar que, mesmo com as inovações tecnológicas, o criador será completamente independente.

¹²² Nos EUA, no âmbito das discussões acerca dos dispositivos de proteção tecnológica, que geraram enormes controvérsias no Congresso, os debates são conhecidos como “battle between Hollywood and Silicon Valley”. Hollywood e seus aliados, representando a indústria do conteúdo, tentaram a todo o custo a proteção destas medidas, enquanto o Silicon Valley e seus aliados, representando a indústria da tecnologia da informação, tentam implementar uma abordagem mais livre. (YiJun TIAN. “Problems of anti-circumvention rules in the dmca & more heterogeneous solutions”, p. 762). Trata-se obviamente de uma metáfora; porém, quando se diz Hollywood, estamos referindo grandes grupos económicos de conteúdo criativo, tais como gravadoras de música, grandes editoras, etc.

¹²³ Steven BEER; Kathyryne E. BADURA. “The New Renaissance: a Breakthrough Time for Artists”, p. 67.

¹²⁴ Steven BEER; Kathyryne E. BADURA. “The New Renaissance: a Breakthrough Time for Artists”, p. 69.

Para além desta visão negativa do intermediário, cumpre também observar que a maioria da doutrina tem uma visão que consideramos bastante inapropriada que talvez reflita uma visão limitada da importância do valor económico da criação do autor e da sua necessária, desejável e merecida recompensa. Esta visão é observável quando a doutrina constantemente refere que o objetivo do Direito de Autor é, em geral, o serviço do interesse público, através de disposições legais que incentivem a criação de novos trabalhos, e que a compensação económica a criadores e titulares de direitos é reduzida a um “mal necessário”, que deve ser apenas a necessária a providenciar um incentivo à criação de novos trabalhos. Parece-nos, tudo isso, uma exploração abusiva do criador e um desmerecimento do seu esforço intelectual.

Esta visão paternalista do criador tem sido bastante prejudicial para este mesmo grupo e para a sociedade em geral. Consideramos que o que poderá de algum modo incentivar a criação de novas obras é um conjunto de políticas públicas de uma determinada jurisdição, aliado a uma política de incentivo ao empreendedorismo. Na verdade, os ganhos do criador ou titular de direitos não devem ser vistos como mínimos.

Vemos poucos doutrinadores a apontarem de forma explícita que as regras de Direito de Autor devem garantir proteção suficiente por forma a que os criadores mantenham o seu nível de investimentos na produção de novos trabalhos distribuídos *online*, enquanto salvaguardam o interesse público¹²⁵.

Neste sentido, é fundamental que os académicos coloquem em discussão todas estas nuances e particularidades de um sistema altamente complexo, e que vão ao cerne das questões, abandonando uma visão purista do Direito, uma vez que este é dependente de uma abordagem mais ampla da sociedade em que se insere.

¹²⁵ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 1.

8. CONCLUSÃO

A génese da proteção autoral nos mostra que, desde o seu surgimento, as leis tiveram como propósito a proteção ao investimento. Apesar de tratado com um viés negativo, consideramos esse facto não deveria suceder. A disseminação do conteúdo só é possível, pelo menos até ao momento atual, através do intermediário, do investidor. É certo que as novas tecnologias permitiram uma série de inovações que levaram muitos a crerem num futuro com menos intermediários. Tal suposição nos parece um pouco prematura, principalmente tendo em conta o tipo de conteúdo com que estamos lidando, intrinsecamente ligado a outras indústrias de consumo – o marketing e o entretenimento, por exemplo –, as quais demandam uma estrutura mais complexa do que apenas o talento do criador.

No espaço territorial europeu vemos que, não obstante se haver procurado a harmonização legislativa, os esforços empreendidos não têm conseguido fazer face aos desafios. Parece não fazer sentido que, após 23 anos da instituição da União Europeia, ainda não tenha sido atingido um grau de harmonização minimamente aceitável numa área que não conhece fronteiras e que tem cada vez mais importância tanto económica quanto cultural e educacional, permitindo um maior intercâmbio cultural que deveria ser um dos objetivos desta União.

Os EUA também se encontram num momento importante quanto aos rumos legislativos que pretende adotar. Notamos que a proteção ao conteúdo criativo nos EUA mostra uma peculiaridade interessante do ponto de vista teórico, que se relaciona com o facto de que, apesar de serem uma nação vocacionada para uma economia de mercado, pretendem manter em vista a satisfação do interesse público e proporcionar um ambiente de criação tanto académico quanto de entretenimento, talvez por não enxergarem como antagónicos os interesses do mercado e o interesse público. No entanto, este país, de modo especial, enfrenta grandes pressões da indústria de conteúdos para a manutenção desta maximização da proteção autoral.

O Brasil, por sua vez, parece não estar fazendo qualquer tentativa para acompanhar os movimentos em torno das discussões e proces-

sos de alterações legislativas que vêm ocorrendo no mundo inteiro. Continua em vigor uma Lei de Direito de Autor obsoleta que não refere o ambiente digital e parece não querer aderir aos Tratados, perdendo, assim, uma oportunidade de modernizar seu quadro legal atinente a um assunto de importância cultural, económica e educacional para o país.

Não deixa de ser curioso que se encontre com instrumentos jurídicos internacionais tão ultrapassados uma área tão mutável e que tanta tem gerado, além de que envolve interesses económicos muito avultados.

Merece-nos também atenção que, num mundo cada vez mais globalizado, e estando em causa um conteúdo com vocação internacional, persista a dualidade de tratamento entre os sistemas. De facto, se no ambiente analógico poderíamos compreender que o mercado suportasse tal distinção, parece-nos evidente que o actual mercado é global e não se coaduna com tratamentos tão díspares.

CAPÍTULO II

LIMITES E EXCEÇÕES

Neste capítulo iremos tratar dos Limites e Exceções, instrumentos com que os legisladores procuram alcançar o necessário equilíbrio entre os interesses do titular do Direito de Autor e o interesse público. Serão tratadas neste âmbito, quer a questão dos limites mais afetados no ambiente digital, quer a questão da definição dos seus fundamentos, natureza e consequências para as relações contratuais e, consequentemente, para a disseminação e fruição do conteúdo criativo.

1. INTRODUÇÃO

O assunto dos Limites e Exceções vem recebendo cada vez maior atenção da comunidade internacional de Direito de Autor. No debate, que se prolonga há anos, discute-se, nomeadamente, o papel da proteção do Direito de Autor e a consequente amplitude que este tomou nos últimos anos.

Assim, dado que é praticamente impossível retirar direitos concedidos, os acadêmicos inicialmente e, ultimamente, os legisladores confiam na melhoria e na devida estruturação de um sistema de Limites e Exceções¹²⁶ aos direitos exclusivos concedidos aos criadores e subsequentes titulares de direitos. Contudo, como veremos no presente capítulo, entendemos ser este um fardo demasiado pesado para os Limites e Exceções, os quais na realidade configuram um instrumento de controle do abuso do poder exclusivo, mas não devem ser o único ponto de atenção dos legisladores e acadêmicos.

Como observa Nabhan, nunca foi tarefa fácil a definição das fronteiras entre direitos exclusivos e Limites e Exceções, enquanto gera intensos debates, envolve filosofia e teoria e, especialmente, tem enorme impacto económico e social. É, nas palavras do referido autor, um tema simultaneamente clássico e premente¹²⁷.

Se no ambiente analógico já era tema controverso, no ambiente digital estes problemas se alargaram sensivelmente, trazendo uma maior necessidade de definir seus contornos e o tratamento desejado.

2. DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DOS LIMITES E EXCEÇÕES NO SISTEMA DE DIREITO DE AUTOR

Os Limites e Exceções aos direitos exclusivos concedidos aos criadores foram sendo introduzidos nos ordenamentos jurídicos, em virtude da constatação de que uma concessão absoluta destes direitos acabaria por acarretar uma obstrução indevida à circulação da informação e do conhecimento, e à disseminação de criação de conteúdos, o que acabaria por ferir o interesse público.

Entende-se que os bens culturais, enquanto forma de satisfazer as necessidades de educação, informação e entretenimento, assentam numa relação de simbiose com a sociedade em que o criador vive, a qual permite à comunidade o usufruto dos valores culturais existentes e simultaneamente a oportunidade de se gerarem novas formas ori-

¹²⁶ Christophe GEIGER, “Promoting Creativity Through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”, p. 517.

¹²⁷ Victor NABHAN. “As Fronteiras do Direito de Autor: Seus Limites e Exceções. Jornadas de Estudo da ALAI”, p. 96.

ginais de expressão^{128 129}. Neste sentido, tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos, no seu art. 27, como o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu art. 15, incluem numa mesma disposição, tanto “o direito de toda a pessoa à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora”, como “o direito de se de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de beneficiar do progresso científico”.

Surge, assim, a necessidade de se estimular um equilíbrio que permita, de um lado, o incentivo à criatividade dos autores e a que lhes sejam assegurados proventos económicos resultantes da sua criação. Por outra parte, é necessário facilitar ao coletivo o acesso a bens culturais, mas sem prejuízo daquela proteção aos interesses dos criadores que, através das suas obras, contribuem para a formação e desenvolvimento da cultura e da ciência em benefício de todos os cidadãos.

Por mais individualista que possa ser a concepção do Direito de Autor em determinado sistema, o certo é que a maioria das legislações do mundo, ao mesmo tempo que reconhecem ao criador o direito exclusivo de explorar sua obra, deixam a salvo um conjunto de Limites e Exceções ao direito patrimonial exclusivo, o qual é de interpretação notoriamente restritiva na atual conjuntura¹³⁰.

Até à Revisão da Convenção de Berna de 1971, a única disposição contida em um convénio internacional que estabelecia os limites sob os quais se podiam estabelecer exceções ao direito de exploração do autor, era referente ao direito de reprodução, nos termos do art. 9.2. Em dois instrumentos internacionais posteriores, no art. 13 da ADPIC, Anexo 1C do Tratado da OMC e no art. 10 do TODA, foram

¹²⁸ Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, p. 9.

¹²⁹ Daniel GERVAIS. “Making Copyright Whole: Principled Approach Limits and Exceptions”, p. 15 (O autor afirma que as obras novas necessitam de obras pré-existentes. Conceitualmente, isto pode ser enquadrado como liberdade de criar, a qual, até certo ponto, é a liberdade de cópia. No entanto, como em tudo no Direito, afirmações genéricas devem ser evitadas. Nem todas as obras se baseiam em obras já existentes. Concordamos, sim, que a possibilidade de inspiração em obras existentes contribui para o enriquecimento cultural).

¹³⁰ Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, p. 12.

reconhecidos limites aos demais direitos exclusivos do autor¹³¹. Apesar disto, observa-se que até então o Direito de Autor se orientava para o incremento dos níveis de proteção, para o aprimoramento do escopo dos direitos exclusivos. Nesse contexto, as chamadas limitações ou exceções ocupavam um espaço secundário no processo de revisão das legislações, interpretando-se qualquer nova restrição como uma afronta à exclusividade e um prejuízo injustificado para os legítimos interesses dos autores.

No entanto, o advento das novas tecnologias a partir de meados do século XX fez emergir a adoção de medidas técnicas de proteção dos conteúdos criativos salvaguardados nos Direitos de Autor, as quais de certa forma ameaçaram, em primeira instância, a própria eficácia das modalidades de limitações, agora sujeitas a restrições de ordem absolutamente prática. Todavia, em um segundo momento, a intensa utilização destes mecanismos teve como consequência uma acrescida necessidade de a questão ser tratada, tanto pela doutrina, quanto pelos legisladores.

No sistema atual de Direitos de Autor, os direitos exclusivos ainda são vistos como a regra e as limitações como a exceção, permitindo concluir que, em caso de dúvida, os juízes devem seguir o princípio de que Limites e Exceções devem ser interpretados restritivamente. Este entendimento permeia tanto o sistema de *droit d'auteur* quanto o de *copyright*.

Por isso mesmo é que a doutrina tem propugnado a adoção de uma nova visão dos Limites e Exceções, no sentido de que sejam vistos, não como meros acessórios ao sistema de Direito de Autor pensados em momento posterior à definição de direitos, mas sim como normas auxiliares de grande importância para que se alcance o equilíbrio do sistema.

Parece ser o momento de se analisar este sistema de forma a otimizar as relações existentes e garantir a equidade pretendida. Tal como definido por Gervais, os Limites e Exceções se apresentam atualmente nas legislações nacionais como uma “manta de retalhos”, incapaz por isso mesmo de satisfazer nenhuma das partes¹³².

O mesmo autor faz a interessante observação de que, diante de uma realidade em que cada vez mais usuários são confrontados com diversas possibilidades de utilização dos mais variados conteúdos dispo-

¹³¹ Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, p. 21.

¹³² Daniel GERVAIS. “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Limits and Exceptions”, p. 15.

nibilizados, ao mesmo tempo que se vêm perante restrições impostas por titulares de conteúdo, os usuários são cada vez mais obrigados a compreenderem a dinâmica do sistema de Direito de Autor, por si só bastante complexa, para melhor compreenderem o sistema. Achamos esta visão interessante e louvável, mas ela demandaria uma mudança de mentalidades profunda e geral, tanto por parte do usuário, que precisa estar receptivo a esta mudança e não mais satisfeito com seu papel passivo, como por parte do próprio Estado, que deve promover uma cultura de informação, como ainda por parte do legislador, que deve perceber que o direito está ao serviço da sociedade, devendo portanto ser-lhe acessível.

Neste sentido, diversos estudos vêm sendo elaborados por acadêmicos que analisam especialmente os sistemas norte-americano e europeu, visando compreender o tratamento destas figuras e o seu impacto em domínios como os da educação, acesso à cultura, ensino, pesquisa, entretenimento, liberdade de expressão, etc.¹³³

3. DELIMITAÇÃO

Delimitar e conceitualizar o tema é tarefa particularmente difícil. Em primeiro lugar, porque o próprio legislador não dá uma resposta clara a tais questões. Depois, porque, a própria terminologia não é utilizada de forma uniforme pelos legisladores, o que não será por acaso, conforme denunciam alguns doutrinadores¹³⁴. Além disso, a falta de uma regulação a nível internacional só agrava o problema^{135 136}.

Em consequência disso, a doutrina lança-se numa grande discussão sobre a terminologia adequada e a consequente delimitação,

¹³³ Daniel GERVAIS. “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright”, p. 500.

¹³⁴ Christophe GEIGER, “Promoting Creativity Through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”, p. 517.

¹³⁵ Daniel GERVAIS. “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Limits and Exceptions”, p. 12.

¹³⁶ Ver ainda, Bernt HUGENHOLTZ; Ruth L. OKEDIJI. *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, p. 19, em que, além de as convenções internacionais tratarem de forma escassa o tema, os relatórios oficiais destes órgãos pouco esclarecem sobre o conceito destas figuras.

questionando mesmo se os termos “limites” ou “exceções” geralmente utilizados serão os mais adequados.

Na tentativa de delimitar as figuras, Oliveira Ascensão começa por excluir deste assunto as regras que fixam a duração¹³⁷ do Direito de Autor e aquelas que definem o que fica excluído da tutela legal¹³⁸, também chamadas limitações genéricas.

Alguns autores franceses, porém, estabelecem uma distinção dogmática: a exceção afasta a exclusividade do autor naqueles casos em que ou não se justifica ou deve ceder prioridade a outros direitos igualmente tutelados¹³⁹; por outro lado, as limitações visam *boner le droit*, ou seja, circunscrevem ou delimitam o escopo do direito, razão pela qual, na opinião destes autores, estes são chamados limites internos e limites externos. Portanto, as figuras que tradicionalmente são enunciadas neste capítulo são rotuladas no Direito francês como “exceções”.

Contestando esta visão, Oliveira Ascensão entende que “os limites não são exceções, porquanto não há direitos absolutos e os limites são apenas regras negativas”. Prefere por isso denominar as hipóteses em questão de “utilizações livres”, ou seja, “modalidades de utilização de obras protegidas que não necessitam de autorização do autor ou titular, nem, em geral, do pagamento de remuneração”¹⁴⁰.

Assim sendo, a regulação dos casos de não incidência da proteção autoral – como as paráfrases, por exemplo – não constituiria limitação ou utilização livre da obra protegida, mas sim exclusão do âmbito da proteção autoral. Além disso, outras formas de limites, como as licenças obrigatórias ou não voluntárias, também não se confundem com as

¹³⁷ Sobre a discussão acerca da fundamentação do prazo de duração do Direito de Autor ver: Pedro João Fialho da Costa CORDEIRO. “A Duração do Direito de Autor”, p. 175.

¹³⁸ José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito autoral*, p. 256-257.

¹³⁹ Michel VIVANT; Jean-Michel BRUGUIÈRE. *Droit d’auteur*, p. 368.

¹⁴⁰ José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Autoral*, p. 256.

utilizações livres, porque são sujeitas a regras especiais, que incluem o pagamento de remuneração ao titular^{141 142}.

Mais recentemente, Daniel Gervais entende como limites as condições no exercício de Direitos de Autor, incluindo a transformação de um direito exclusivo em direito de remuneração, como por exemplo no caso da licença compulsória. Exceções seriam, por sua vez, a não aplicação do direito exclusivo em uma situação específica¹⁴³.

Posteriormente, o mesmo autor analisa dois relatórios elaborados no mesmo período temporal, em territórios diferentes – os EUA e a União Europeia – cujo foco são os Limites e Exceções sob o ponto de vista do seu co-protagonismo no sistema, e uma melhor delimitação destas figuras seria um passo importante para se garantir esse objectivo.

O relatório europeu, elaborado pelo Grupo “Wittem”, que propõe um Código de Direito de Autor Europeu, aponta como caminho um código comum em que os Limites e Exceções ficariam divididos em 4 grupos, baseados em: (1) questões económicas; (2) liberdade de expressão; (3) direito de participar na vida social e cultural, nomeadamente, educação, pesquisa, bibliotecas, direitos de pessoas com deficiências; (4) questões concorrenciais¹⁴⁴.

Toda esta indefinição legislativa, que tanto debate tem suscitado na doutrina, pressupõe uma falta de clareza sobre o tema e a necessidade de delimitá-lo com rigor. Por isso mesmo, e também em vista de uma cabal compreensão do presente estudo, entendemos ser importante indicar qual o conceito que vamos adotar.

Consideramos que os termos adequados para o tratamento são aqueles mais utilizados, isto é, “limites” e “exceções”, uma vez que o termo “utilizações livres” pode gerar incerteza em virtude de as “utilizações” não estarem perfeitamente delimitadas.

¹⁴¹ Manoel Pereira dos SANTOS. *A proteção autoral de programas de computador*, p. 315; Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, p. 35; Paul GOLDSTEIN. *International Copyright: principles, law and practice*. p. 319 e 320; Denis Borges BARBOSA. “Abuso de direitos na propriedade intelectual – Patentes e direitos autorais”.

¹⁴² Sobre o interesse público em Direito de Autor ver: Manoel Pereira dos SANTOS. “As limitações aos direitos autorais”, p. 66-72.

¹⁴³ Daniel GERVAIS. “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Limits and Exceptions”, p. 3.

¹⁴⁴ Daniel GERVAIS. “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright”, p. 504-508.

Em nossa opinião, a proposta de denominação “limites externos e internos” é desadequada, seja porque o que se pretende dizer com “limites externos” não deveria ter tal nomenclatura, seja pelo facto de os “limites” nunca terem feito parte do exclusivo do autor.

Quanto à delimitação, entendemos que a exclusão de certas obras da proteção, isto é, a dicotomia ideia-expressão¹⁴⁵ e o requerimento de originalidade/criatividade, bem como o prazo de duração, nem sequer constituem uma limitação ou exceção, tratando-se, antes, do próprio escopo do Direito de Autor. Relativamente ao período de proteção da obra, ao contrário de alguma doutrina¹⁴⁶, entendemos que não se trata de um limite económico, por ser esse um aspecto indissociável da proteção, uma vez que não existe Direito de Autor *ad eternum*.

Numa era em que são utilizados contratos de adesão e dispositivos tecnológicos de proteção vinculando públicos em quantidades inimagináveis, entendemos que é de extrema relevância delimitar o escopo do Direito de Autor e identificar as situações que devem ser colocadas sob a esfera dos Limites e Exceções. O que pretendemos aqui evidenciar é a admissibilidade de se discutir sobre Limites e Exceções, e designadamente sobre sua importância, objetivo e alcance. Entendemos, todavia, de suma importância que o escopo do Direito de Autor seja visto como a bússola orientadora desse mesmo sistema e que por isso seja estável e seguro, por forma a manter o fundamento da proteção e, nesse sentido, abrindo espaço a um questionamento mais limitado.

Convém certamente ressaltar que os elementos considerados como “de proteção”, designadamente, a dicotomia ideia-expressão e o requisito de criatividade/originalidade, são subjetivos e podem ser interpretados à luz da conjuntura do momento em que se vive. Contudo, tais elementos não podem ser ignorados, ultrapassados ou deturpados, uma vez que constituem o escopo do Direito de Autor e, portanto, seus pilares fundamentais¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Hugenholtz e Okediji, por exemplo, não afirmam de forma explícita, mas citam a dicotomia ideia-expressão em um contexto em que se esclarece sobre limites e exceções, dando a entender que se incluiria neste regime, com o que não concordamos. Bernt HUGENHOLTZ; Ruth L. OKEDIJI. *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, p. 26.

¹⁴⁶ Lyman Ray PATTERSON; Stanley W. LINDBERG. *The Nature of Copyright*, p. 236.

¹⁴⁷ O âmbito de proteção do Direito de Autor nunca foi tão amplo como atualmente, sendo por isso alvo de crítica por parte da doutrina, com o que concordamos. Isto se dá, tanto em relação ao tipo de obras protegidas (como fotografias, fonogramas,

Portanto, em nosso entender, os limites são os económicos, ou seja, o esgotamento do direito de distribuição¹⁴⁸, os limites à exploração económica absoluta, como por exemplo, a cópia privada, e os limites às reproduções temporárias.

As exceções são, por seu lado, permissões especiais idealizadas para beneficiar categorias particulares de usuários, tais como bibliotecas, professores, estudantes, pesquisadores e pessoas com necessidades especiais, bem como a sociedade em geral através da liberdade de expressão.

Esta delimitação, em nosso entender, origina-se na compreensão dos próprios termos limites e exceções, interpretados sob o ponto de vista do titular do direito. Ou seja, neste entendimento, o limite incidirá mais na esfera do direito do autor do que a exceção. Nos limites existe, portanto, um “travão” de direitos; ou seja, não existe mais Direito do Autor para além do limite. Como diz Cláudia Trabuco, existe uma ideia de fixação de fronteiras do direito¹⁴⁹.

No caso das exceções, sobrepõe-se ao direito do autor o direito emergente da sociedade. Assim, concluímos que o limite tem uma força maior perante o direito do autor, enquanto a exceção apresenta maior força sob o enfoque da sociedade.

No entanto, chamamos a atenção para o facto de que esta definição não pode ser tratada de maneira compartimentada. Tanto os limites quanto as exceções podem se cruzar entre si.

4. AS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS LIMITES NO AMBIENTE DIGITAL

Como já observado, se no ambiente analógico o tema dos limites aos Direitos de Autor já levantava questões, no ambiente digital a sua revisão tornou-se urgente, uma vez que evidenciou as falhas do siste-

filmes, softwares), seja quanto ao âmbito dos direitos exclusivos (como novas formas de disseminação: rádio, TV, cabo e satélite) e, ainda, quanto ao prazo de duração. (Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 1). Neste sentido, é cada vez mais importante que o legislador e os Tribunais tenham em mente o âmbito de proteção dos Direitos de Autor, ou seja, o equilíbrio de interesses entre o autor e demais detentores de direitos e a sociedade.

¹⁴⁸ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p 15.

¹⁴⁹ Cláudia TRABUCO, “O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital”, p. 468.

ma e gerou novas situações que exigem tratamento especial. Assim, podem-se apontar as seguintes questões:

1) As novas formas de exploração que surgem neste ambiente colocam a questão do alcance dos direitos de exploração e da pertinência de haver limites no ambiente digital, ou então, se seria necessário criar outras formas de limitação.

2) O estabelecimento do equilíbrio de interesses entre os titulares de Direitos de Autor e os usuários dos conteúdos protegidos.

3) A relação entre as limitações e o uso de medidas tecnológicas e contratos¹⁵⁰, conforme a definição da natureza destas figuras, que acarreta consequências para a extensão do seu alcance e sua força.

Ricardo Parilli traz alguns exemplos que ilustram a questão da complexidade das limitações no ambiente analógico e digital:

- a massificação da cópia privada, cujo direito de remuneração compensatória ainda gera muita oposição em alguns países em desenvolvimento, e que no mundo analógico gerava graves prejuízos aos titulares de direitos, parece hoje ainda mais inaceitável no ambiente digital;
- os serviços de empréstimos por parte de bibliotecas a seus usuários, justificados em muitos países com base na figura da cópia privada e do princípio do esgotamento, muitas vezes em razão de uso para fins de investigação, são hoje também tecnologicamente possíveis mediante transferências eletrônicas ou através da submissão de suportes digitais. Esta situação é vista cada vez mais como uma concorrência direta com as editoras ou provedoras comerciais de informação, em prejuízo também dos próprios autores, cuja retribuição econômica é geralmente proporcional ao número de exemplares vendidos;
- a digitalização de suportes analógicos em digitais por parte de instituições educativas e bibliotecas, que é geralmente admissível quando tem fins de preservação, parece que excede os limites estabelecidos especialmente no caso de utilização pelos usuários, em especial se ainda for permitida uma cópia privada, no caso de existirem no mercado exemplares legítimos que se

¹⁵⁰ Sebastian LÓPEZ MAZA. *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*, p. 4.

possam adquirir em condições razoáveis¹⁵¹.

Por fim, acrescentamos mais uma questão: a disparidade de tratamento entre os regimes fechados e abertos nos sistemas nacionais tem produzido resultados diversos e levantado questões pertinentes sobre a necessidade de maior flexibilização.

Nesse sentido, iremos proceder à análise de como cada território objeto deste estudo procede ao tratamento destas figuras.

5. SISTEMAS DE LIMITES E EXCEÇÕES ABERTOS OU FECHADOS

Como forma de sistematizar o regime de Limites e Exceções, os diferentes países adotaram abordagens diversas, que acabam por gerar grande falta de harmonização, prejudicial ao bom funcionamento do sistema, que atualmente não tem muitas fronteiras¹⁵². A diferenciação é consequência da dualidade dos sistemas de *copyright* e *droit d'auteur*.

Assim, nos países de direito civil continental europeu e, conseqüentemente, no Brasil, o regime adotado foi de *numerus clausus*, em decorrência dos próprios sistemas constitucionais. Por outro lado, nos países sob influência do *copyright*, no caso específico deste estudo os EUA, adotou-se, ao lado de uma lista taxativa, um princípio genérico: *Fair Use*; ou seja, neste país o que se observa é um sistema misto de Limites e Exceções e cláusula aberta.

5.1 UNIÃO EUROPEIA

A nível europeu, destaque-se inicialmente que as limitações foram verdadeiramente harmonizadas somente em relação aos programas de computador e base de dados. Já a DSI teve como pretensão resolver algumas das incertezas sobre a extensão das limitações sob as leis europeias, tanto para obras em formato analógico quanto para as digitais.

¹⁵¹ Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, p. 56-57.

¹⁵² José de Oliveira ASCENSÃO. “Convergência de Tecnologias: Perspectivas Jurídicas”, p. 93.

O seu processo de implementação foi bastante intenso e longo¹⁵³ com uma série de *lobbies* e pressões de várias partes, resultando em uma lista taxativa de 21 exceções, sendo que somente uma delas – a limitação para reproduções temporárias, além da regra dos três passos – era obrigatória para implementação nos Estados Membros^{154 155}. O resultado desta implementação na União Europeia foi um quadro bastante heterogêneo, que segue sendo alvo de grandes controvérsias e críticas¹⁵⁶. Ao nível das legislações nacionais, o escopo dos direitos concedidos aos titulares pôde, assim, ser estabelecido tanto de forma ampla como de forma limitada, conforme a escolha de cada Estado Membro, servindo de orientação para os Tribunais locais.

Os Limites e Exceções na DSI foram estabelecidos nos artigos 5 e 6. O artigo 5 apresenta uma lista exaustiva dos usos legais que, sem necessidade de prévia autorização pelo titular do direito, se pode fazer de uma obra protegida, sujeitos à conformidade com o teste dos três passos; o artigo 6 trata das medidas tecnológicas de protecção.

A lista do artigo 5 apresenta as seguintes categorias: (i) exceções associadas a direitos de reprodução, incluindo cópia privada, atos de reprodução por bibliotecas, estabelecimentos educacionais, museus ou arquivos, e cópias efémeras realizadas por organizações de radiodifusão; (ii) exceções relacionadas com direitos de reprodução, direitos de comunicação e direitos de distribuição, incluindo reprodução para fins de ilustração, ensino e pesquisa, para pessoas com necessidades especiais, para fins de citação ou caricatura. O artigo 5 (4) especifica que estas exceções são aplicáveis aos direitos de distribuição, desde que o uso seja justificado com o objectivo de reprodução autorizada.

A Diretiva parece ter escolhido o sistema fechado de limitações. No entanto, há quem entenda que o artigo 5 (5), que estabelece a regra dos três passos, suscita uma dúvida relacionada com esta questão, enquanto especifica que tais exceções são aplicáveis somente se satis-

¹⁵³ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 13.

¹⁵⁴ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 5.

¹⁵⁵ Item 11, Capítulo II.

¹⁵⁶ Um dos maiores críticos foi Hugenholtz que fez um estudo específico sobre o tema. Ver Bernt HUGENHOLTZ. “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, p. 499.

fizerem os requisitos dessa regra, isto é, se se aplicarem apenas a casos especiais, e não conflituarem com a normal exploração da obra, não prejudicando de forma irrazoável os interesses legítimos dos titulares de direitos. Nesse sentido – prossegue o entendimento – a DSI teria escolhido uma mistura dos dois sistemas, o que levantaria questões sobre o modo como os Estados Membros com sistemas fechados hão-de aplicar o teste nos seus sistemas nacionais¹⁵⁷.

Por outro lado, há quem entenda justamente o contrário, nomeadamente, que esta regra fornece critérios bastante específicos, fornecendo a certeza legal que o *Fair Use*¹⁵⁸ não apresenta¹⁵⁹. No entanto, não acreditamos que a comparação seja válida, uma vez que da análise da regra dos três passos¹⁶⁰ resulta que esta apresenta uma aplicação que, na prática, pende para o interesse do investidor/titular do direito, enquanto que o *Fair Use* tem na sua génese a proteção dos interesses da sociedade.

Está em andamento atualmente o processo para reforma da DSI. Foi recentemente aprovado um relatório que servirá de base para a elaboração de uma Proposta que se espera que seja disponibilizada até ao final do ano de 2015¹⁶¹ ¹⁶². A reforma tem como uma de suas maiores preocupações a questão dos Limites e Exceções nos territórios dos Estados Membros, e como foco principal o estabelecimento de compulsoriedade de algumas das suas exceções, de forma a garantir aos usuários o máximo possível de acesso a obras protegidas. A questão da flexibilização do sistema, porém, não é abordada de forma direta.

É importante ressaltar que a doutrina do *Fair Use* nunca foi legalmente definida a nível europeu. O *acquis communautaire*¹⁶³ baseia-se na

¹⁵⁷ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 18.

¹⁵⁸ Item 5.2.1. Capítulo II.

¹⁵⁹ Tim COOK, “Exceptions and Limitations of European Copyright Law”. p. 244.

¹⁶⁰ Item 5.4, Capítulo II.

¹⁶¹ <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fE-P%2f%2fNONGML%2bREPORT%2bA8-2015-0209%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>>.

¹⁶² A importância económica deste tema pode ser vista no estudo Economic Contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright – SEO Economic Research – Comissioned by the Computer & Communications Industry Association. Amsterdam.

¹⁶³ Termo francês referente ao conjunto de leis da União Europeia, envolvendo os seus objetivos, regras substantivas e, em particular, legislações primárias e secundárias.

DSI e lista os Limites e Exceções, deixando alguma margem de flexibilidade a cada Estado Membro.

Levando em conta a complexa tarefa de estabelecer uma lista *numerus clausus* no ambiente digital, a Comissão Europeia, no âmbito da sua Agenda Digital, tem dado alguns novos passos políticos no sentido de formatar um novo e unificado quadro legal para o Direito de Autor. Ainda não se sabe até que ponto irão os legisladores progredir nesta área; no entanto, o conceito americano de *Fair Use* tem sido ventilado também no direito continental europeu¹⁶⁴. O exemplo mais aproximado de um sistema de *Fair Use* é o do Reino Unido, conforme indica o facto de, em 2006, o *Growers Review* ter recomendado que uma exceção fosse criada para obras criativas, transformadas ou derivadas (particularmente no contexto do conteúdo gerado por usuário), nos termos do *Fair Use*, dentro dos limites estabelecidos pela Convenção de Berna¹⁶⁵. O Governo britânico, por exemplo, já concordou expressamente com uma maior flexibilização das exceções, referindo que tal solução pode ser benéfica para o país¹⁶⁶.

Convém observar que é quase impossível transportar diretamente a doutrina do *Fair Use* para o sistema de direito civil, uma vez que o direito europeu se baseia em medidas legais, e não em sentenças de juízes. O espaço para a flexibilidade é escasso, embora aberto.

A União Europeia tem pela frente um grande desafio legal sobre o modo como deverá ser alterado o seu regime atual de Direito de Autor e em que direção deverá ir. Uma legislação muito restrita e uma margem de flexibilidade mínima nesta questão iria causar problemas, nomeadamente, em relação ao acesso pelo usuário a conteúdos criativos – acesso, esse, considerado insatisfatório –, ao nível de cada Estado Membro e da União Europeia como um todo.

Na busca de uma maior flexibilização de seus Limites e Exceções, alguns Estados Membros procuraram rever a implementação nacional do Art. 5 da DSI. No mesmo sentido, alguns tribunais nacionais têm

rias e jurisprudência que, em conjunto, formam parte do ordenamento legal da União Europeia. (Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds”, p. 504).

¹⁶⁴Tim COOK, “Exceptions and Limitations of European Copyright Law”, p. 243.

¹⁶⁵<<http://www.officialdocuments.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>>.

¹⁶⁶Tim COOK, “Exceptions and Limitations of European Copyright Law”, p. 244.

dados suas próprias soluções, buscando formas de flexibilização fora do sistema de Limites e Exceções de seus ordenamentos nacionais¹⁶⁷.

Hugenholtz entende haver boas razões e uma boa oportunidade para introduzir essa medida nos sistemas nacionais de Direito de Autor na Europa, afirmando que tal necessidade é quase auto-evidente. Chama também a atenção para o facto de que, no último século, os países que seguem o *Civil Law* perderam muita flexibilidade, em contraste com o ritmo acelerado de mudanças trazidas no século XXI pela tecnologia¹⁶⁸.

Seguimos a linha de raciocínio de Hugenholtz, evidenciando a necessidade premente de flexibilização, que consideramos ser mais adequada para um ambiente alta e rapidamente mutável e tecnicamente complexo.

5.2 EUA

Nos EUA os Limites e Exceções são tratados através de três meios. O primeiro é uma cláusula geral denominada *Fair Use*, que merece tratamento em apartado no presente estudo¹⁶⁹; o segundo é uma lista específica de exceções, positivada no *Copyright Act*; e, por fim, uma regra especial do *Librarian of Congress*, que determina a cada três anos uma lista taxativa de novas exceções, a qual será também tratada em apartado¹⁷⁰.

A lista específica de exceções do *Copyright Act* encontra-se nos §§108-122. Elas podem ser divididas nas seguintes categorias: limites para apoiar a liberdade de informação; limites para uma ação ou propósito social específico (§110 (3); §110 (4); §§110 (8), (9) e §121; §118; §120 (a)); limites para uso privado (§§109(a) e (c) §108.); limites relativos a atividades que são necessariamente acessórias em relação a outras ações permitidas e economicamente razoáveis (§110 (7); §112; §§113 (c); §113 (d) e §120 (b); §117; §512.); licenças compulsórias que podem ser justificadas por custos de transação, em virtude da importância de certos setores da indústria, ou por outros fatores (§111;

¹⁶⁷Tim COOK, “Exceptions and Limitations of European Copyright Law”, p. 244.

¹⁶⁸Bernt HUGENHOLTZ. Fair Use in Europe: in search of Flexibilities, p. 2.

¹⁶⁹Item 5.2.1.

¹⁷⁰Item 6.1.1, Capítulo III.

§114 (d) (2); §115; §116; §§ 119 e 122). Os limites para o ensino e as bibliotecas estão positivados na Seção 108, e a *First Sale Doctrine* está positivada na Seção 106.

5.2.1 O FAIR USE

Fair Use pode ser traduzido como “uso leal”, “uso legítimo” ou “uso justo”, mas, seguindo a linha de Alexandre Dias Pereira, acreditamos que o melhor é manter o termo em sua língua original¹⁷¹. Trata-se de uma figura própria do sistema norte-americano, e que nasceu da interpretação jurisprudencial através de um número substancial de decisões judiciais. Inicialmente, o *Fair Use* foi elaborado pela doutrina como limite ao direito de reprodução, e só posteriormente é que foi reconhecido de forma expressa no *Copyright Act*, como uma limitação a todos os direitos exclusivos contemplados no mesmo texto legal¹⁷². Neste sentido, o uso de uma obra protegida, incluindo o uso para reprodução em cópias ou fonogramas, ou por quaisquer outros meios especificados nas Seções 17 U.S.C. § 106 e 17 U.S.C. § 106a, para propósitos de crítica, comentários, notícias, reportagens, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala), ou pesquisa, não representa uma infração ao direito exclusivo do autor.

Para determinar se o uso de uma obra protegida em um caso particular está enquadrada como *Fair Use*, os fatores a se considerar devem incluir: a) a natureza da utilização (comercial, educacional); b) natureza da obra intelectual protegida; c) quantidade e proporcionalidade do trabalho copiado em relação ao todo; d) efeito do uso no mercado da obra originária.

A Seção 107 fornece um teste equilibrado dos quatro fatores a examinar para a aplicação ou não da doutrina. Não se estabelece qual dos fatores é determinante; logo, podem todos ser interpretados da mesma maneira, levando em conta as particularidades de cada caso. O legislador utilizou esta estratégia de forma propositada, para promover uma análise caso a caso, considerando todo o contexto e todas as

¹⁷¹ Seguindo posição de Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Excepção)”, 3.

¹⁷² Ricardo Parrilli ANTEQUERA. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”.

circunstâncias relevantes. Desse modo, os fatores são igualmente significantes, mas não é certo que sejam igualmente fortes, nem quando ou como podem ser aplicados na realidade em causa.

Desde a primeira fase em que este princípio era ainda pouco aplicado, o fator mais importante levado em conta pelos Tribunais era o fator económico, avaliando os lucros cessantes do titular do direito.

O *Fair Use* é portanto uma exceção aberta que permite aos Tribunais desculpar atos que normalmente seriam considerados infração, e tem sido considerado “the most troublesome in the whole law of copyright¹⁷³”. Alexandre Dias Pereira questiona se esta figura aberta é contrária às exigências da legalidade e tipicidade (*numerus clausus*) das restrições à propriedade. O princípio do *numerus clausus* seria, conforme sua observação, uma exigência constitucional, que estabelece uma reserva de lei. Assim, as disposições legais relativas às restrições aos Direitos de Autor seriam normas excepcionais, não comportando, por isso, aplicação analógica. Além disso, o princípio da interpretação em conformidade com as constituições dos países ditaria uma interpretação tendencialmente restritiva das referidas normas, reforçando uma exigência de auto-contenção judicial. Assim, em seu entender, a figura do *Fair Use* seria um elemento pelo menos estranho, senão mesmo contrário à lógica do sistema, pois deixar ao arbítrio do julgador a determinação, conforme as circunstâncias, da licitude ou ilicitude de uma determinada utilização de obra protegida por Direitos de Autor, seria a negação pura da lógica da legalidade fechada exigida neste setor do sistema jurídico¹⁷⁴.

Outras críticas a esta doutrina se fundam no facto de se tratar de uma doutrina vaga e subjetiva que permite poucas possibilidades de se arguir *Fair Use*. Logo, não obstante o objetivo louvável da lei, entendem alguns doutrinadores que, na prática, tal objetivo é pouco alcançado¹⁷⁵. Alegam esses mesmos autores que esta é uma crítica legítima.

¹⁷³ Conforme pronunciado no caso *Dellar v. Samuel Golswyn, Inc*, 104 F.2d 661, 662 (CA2 1939) e referido em outros casos, como *Triangle Publications, Inc v. Knight-Rider Newspapers, Inc.*, 626 F. 2d 1171, 1174 (CA5 1980); *Meeropol v. Nizer*, 560 F. 2d 1061, 1068 (CA2 1977), cert. Denied, 434 U.S. 1013 (1978).

¹⁷⁴ Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”, p. 4.

¹⁷⁵ Sérgio Vieira BRANCO JÚNIOR. *Direitos autorais na Internet e o uso de obras alheias*, p. 72 e 77.

Não concordamos inteiramente, uma vez que ainda se recorre a esse princípio, e verifica-se boa vontade por parte do poder judiciário norte-americano para com a aplicação da doutrina do *Fair Use*, quando não contenda com uma das questões jurídicas basilares deste sistema – o direito dos contratos. Oliveira Ascensão, por exemplo, entende que “o *Fair Use* é uma construção de grande melindre e complexidade”^{176 177}.

Esta figura é considerada o limite mais significativo do exclusivo do titular de Direitos de Autor nos EUA e foi sendo construída com a intenção de ser um ponto de equilíbrio entre os direitos de propriedade dos criadores e o interesse da coletividade^{178 179}. O seu fundamento é polêmico, havendo quem entenda se tratar de uma regra de razão equitativa, enquanto outros entendem tratar-se de resposta a uma falha de mercado¹⁸⁰.

Apesar de estarmos ciente da complexidade da aplicação de uma espécie de princípio com definição tão ampla, especialmente no ambiente digital, em que a realidade fática é tão complexa, tão dinâmica e, acima de tudo, realiza-se a uma velocidade difícil de ser alcançada pelo legislador, este princípio tem-se mostrado um importante e justo auxiliar no ordenamento norte-americano¹⁸¹.

5.2.2 FAIR USE NO AMBIENTE DIGITAL

No ambiente digital, a aplicação desta figura vem sendo constantemente posta em causa. Historicamente, houve sempre tentativas de

¹⁷⁶ XXII SEMINÁRIO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.

¹⁷⁷ Manuella SANTOS. *Direito autoral na era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*, p. 134-137.

¹⁷⁸ Robert BURREL; Allison COLEMAN. *Copyright exceptions: the digital impact*, p. 249-250.

¹⁷⁹ Eduardo Lycurgo LEITE, “A doutrina do fair use delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante”, p. 79.

¹⁸⁰ Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”, p. 5.

¹⁸¹ A simples existência deste princípio, quando dada a conhecer às partes, produz algum efeito no sentido de fornecer algum suporte, mesmo que psicológico, ao criador, que se sente mais seguro para fazer uso de obras pré-existentes. (Patricia AUFDERHEIDE; Aram SINNREICH. “Documentarians, Fair Use and Free Expression: Changes in Copyright Attitudes and Actions with Access to Best Practices”).

a indústria lhe limitar o alcance. O meio acadêmico chama a atenção para o facto de que esta doutrina justifica a continuação da liberdade de uso privado no ambiente digital, de modo a salvaguardar a vida privada, a liberdade de expressão e de utilização da obra para fins criativos.

O caso mais conhecido no ambiente digital data de 1984, quando foi proferida sentença na ação que a *Universal City Studios* e a *Walt Disney Productions* moveram contra a *Sony Corp*¹⁸². O caso é mais conhecido como *Betamax*¹⁸³.

O titular do direito, a *Universal*, falhou em fornecer evidências empíricas de que o uso de gravação de vídeo privada de radiodifusão de TV gratuita configurava uma infração a Direitos de Autor que teria reduzido a quantidade de telespectadores, ou ainda que teria impactado negativamente nos seus negócios. A decisão do Tribunal concluiu que o *time-shifting*, ou seja, a prática de gravar um programa de televisão para ser assistido posteriormente, é considerado um *Fair Use*, e por razões que suscitam perplexidades no âmbito da doutrina¹⁸⁴, a saber: deixou o ônus da prova por conta do titular do direito, o qual teve que demonstrar o impacto da infração no uso comercial da obra. No entanto, parece-nos evidente que, primeiro, se trata de uma questão processual e, segundo, a indústria possui mais dados sobre seu próprio negócio, podendo fornecer ao processo as provas necessárias.

Da mesma forma, mais recentemente, no caso *Kelly v. Arriba Soft Corp*¹⁸⁵, o Tribunal entendeu que constituía *Fair Use* o uso de *thumbnails*¹⁸⁶ de fotografias para uso em uma página de busca.

¹⁸² *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

¹⁸³ Este caso é considerado o responsável por “abrir as portas” para o desenvolvimento de novas tecnologias sem o receio de processos movidos pelas empresas detentoras de direitos autorais. A Suprema Corte decidiu a favor da Sony, com o argumento de que uma companhia não poderia ser considerada responsável por promover uma tecnologia que alguns consumidores poderiam vir a usar para infringir direitos autorais. No entanto, para que tal argumento fosse aplicado na prática havia apenas outro requisito: que a tecnologia fosse capaz de outros usos substanciais que não violassem os direitos autorais. Ou seja, contanto que a tecnologia disponibilizada não tivesse como foco principal a violação de direitos autorais, mas que a violação fosse um reflexo de alguns dos possíveis usos do aparelho, a companhia não poderia ser responsabilizada (Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 37).

¹⁸⁴ <https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm>.

¹⁸⁵ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F. 3d. 934 (9th Cir. 2002).

¹⁸⁶ Item 11, Capítulo II.

Após o caso *Sony v. Universal*, diversos Tribunais basearam suas decisões nesta sentença, que aplicou o *Fair Use* baseando-se principalmente neste fator económico. Com o tempo, e com o crescente poder da indústria do conteúdo criativo *online*, os Tribunais norte-americanos começaram a ser mais flexíveis e a focar-se mais em outros fatores, como veremos.

Dois outros casos, recentes, são o *Perfect 10* e o *Google Books*, sendo este último o caso mais paradigmático de aplicação da doutrina do *Fair Use* no contexto digital, que será posteriormente tratado em item apartado, dada a sua relevância e particularidade¹⁸⁷.

Já no caso *Perfect 10*, conexo com uma revista de entretenimento para adultos que opera sob subscrição em um *website*, diversos usuários copiaram imagens de modelos do seu *site* e as colocaram em vários outros *websites*, em violação aos Termos de Serviço da *Perfect 10* e de Direitos de Autor. Desta forma, através dos mecanismos de busca da *Google* e da *Amazon*, os usuários podiam conectar os *links* aos *sites* das terceiras partes que hospedavam as imagens e, no caso do mecanismo de busca da *Google* (*Image search*), e visualizar versões *thumbnails* das imagens sem ter acesso ao verdadeiro *site* em que as imagens estavam hospedadas.

A revista *Perfect 10* ajuizou ação contra a *Amazon* e a *Google*, por violação dos seus direitos de distribuição e de colocação à disposição do público. O 9º Circuito decidiu que o fornecimento de *thumbnails* das imagens constituía *Fair Use*, entendendo que o uso era altamente transformativo¹⁸⁸ para estes tipos de versões, e que estava indicada a fonte da informação. O uso de imagens neste diferente contexto era, portanto, suficiente para satisfazer o primeiro fator da análise do *Fair Use*. Apesar de tais imagens poderem hipoteticamente suplantar a licença da *Perfect 10*, o Tribunal entendeu que o uso era tão transformativo como parte de um mecanismo de busca que o benefício público daí advindo iria ultrapassar quaisquer vantagens económicas que a *Google* possa ter tirado.

¹⁸⁷ Item 9.1.2, Capítulo II.

¹⁸⁸ Usando a máxima de Lavoisier e aplicando-a ao mundo tecnológico: na natureza, nada se perde, nada se cria; tudo se transforma. O fator “transformativo” apesar de ser absolutamente necessário, substancialmente muda a análise em favor do *Fair Use* (Ashley PAVEL. “Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies”, p. 1625).

De acordo com o 4º fator do *Fair Use* – o efeito no mercado para o valor da obra protegida – o Tribunal entendeu que as versões *thumbnails* não prejudicavam o valor de imagens grandes, ou seja, estas versões não eram substitutas das versões em tamanho original, em virtude do próprio modelo de negócio do *Perfect 10*.

Em suma, os esforços da *Google* no sentido de desenvolver a tecnologia de busca de imagens tiveram como consequência derradeira um guia significativo para *Fair Use* Digital. Este caso sugere que alguns Tribunais estão dispostos a permitir o uso de material protegido em novos contextos tecnológicos que forneçam à sociedade benefícios significativos¹⁸⁹ e que não prejudiquem de forma direta a normal exploração econômica da obra.

Apesar destas decisões, os acadêmicos têm chamado atenção para o perigo da diminuição da aplicação deste princípio no ambiente digital¹⁹⁰.

Entendemos que esta preocupação tem algum fundamento, mas vemos que, diante de decisões como a *Sony vs Universal* e, mais recentemente, a *Google Books*, parece que a doutrina continua a ser levada em consideração. No entanto, no que concerne a casos que envolvem relações contratuais e/ou uso de dispositivos tecnológicos de proteção e, ainda, a evasão a estes, a análise se torna bem mais complexa e tem sido menos aplicada. Nestes últimos casos, provavelmente, o princípio está ameaçado, como se verá.

Atualmente, há um grande movimento no sentido de apelar para a necessidade de adaptar a doutrina do *Fair Use* ao ambiente digital, e de defender a revisão dos preceitos da DMCA^{191 192} relativos à proibição de neutralização de proteções técnicas, de forma a salvaguardar esta doutrina no ambiente digital¹⁹³.

¹⁸⁹ Clark D. ASAY. “Copyright’s Technological Interdependencies”, p. 220-221.

¹⁹⁰ Roberto CASO. *Digital Rights Management. Il Commercio delle Informazioni Digitali tra Contratto e Diritto d’Autore*, p. 59-67; Taylor B. BARTHOLOMEW. “The Death of Fair Use in Cyberspace: Youtube and the Problem with Content ID”, p. 67.

¹⁹¹ Sobre expectativas dos consumidores e os produtos digitais, ver Krzysztof BEBENEK, “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectation and the DMCA Anti-Circumvention Regime”.

¹⁹² Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”. p. 7.

¹⁹³ David NIMMER. “How Much Solicitude for Fair Use Is There in the Anti-Circumvention Provision of the Digital Millennium Copyright Act?”; e Pamela SAMUEL-

Ocorre esta defesa da necessidade de adaptação da doutrina do *Fair Use* no DMCA por se entender que este pode empreender uma super-proteção da informação digital se os Tribunais e a legislação não adotarem uma orientação adequada no sentido da preservação da doutrina.

Procurando proteger a doutrina do *Fair Use*, existe uma linha doutrinária que defende a *Fair Use Circumvention*, ou seja, a previsão expressa de uma exceção que permitisse aos utilizadores neutralizar licitamente todas as medidas técnicas de proteção de modo a poderem fazer o uso justo das obras tecnologicamente protegidas. Seria assim consagrado um direito legalmente garantido dos utilizadores que serviria de base à imposição de deveres aos titulares de direitos no sentido de autorizarem usos permitidos^{194 195}.

Convém observar que o Audio Home Recording Act (AHRA) deu um significado específico ao termo *Fair Use* no mundo digital, ao afirmar que os consumidores poderiam usar de maneira razoável qualquer suporte que tivessem adquirido ou licenciado. De acordo com o AHRA, os consumidores poderiam copiar qualquer arquivo um número infinito de vezes, mas não poderiam copiar as cópias¹⁹⁶. Este ato foi aprovado em 1992, emendando a lei federal, e estabelecendo que todos os dispositivos de gravação devem incorporar o sistema *Serial Copy Management System* (SCMS), que permite que seja feita uma cópia, mas não a cópia da cópia; estabelece, ainda, uma taxa por cada novo dispositivo de gravação digital e uma porcentagem do preço de todas as fitas de áudio digitais ou discos a serem pagos pelos fabricantes de dispositivos de suporte digital e distribuídos aos titulares de direitos cujas músicas estejam presumivelmente sendo copiadas. Com esta taxa, os titulares de direitos concordam em não cobrarem o direito de reivindicar infração de Direitos de Autor contra consumidores que estejam utilizando dispositivos de gravação em suas casas.

A despeito das dificuldades que esta doutrina tem encontrado na sua aplicação efetiva no ambiente digital, ela ainda segue mantendo sua importância, conseguindo ter uma aplicação efetiva em razão de dois

SON. “Intellectual Property and the Digital Economy. Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised”.

¹⁹⁴ Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”, p. 7.

¹⁹⁵ Também tratado no Item 5.3, Capítulo IV.

¹⁹⁶ Joan van TASSEL. *Digital Rights Management: Protecting and Monetizing Content*.

fatores: facilidade de acesso a conteúdos intelectuais protegidos, e dificuldade em obter autorização do autor, restando ao sistema a definição quanto à sua obrigatoriedade, ou não, e um maior esclarecimento junto da sociedade quanto à sua existência e escopo de aplicação. No entanto, clama-se por uma maior definição dos seus requisitos, e por uma atenção maior dos Tribunais à sua aplicação.

5.3 *BRASIL*

No Brasil, estabeleceu-se um rol taxativo e limitado, nos arts. 46 a 48 da LDA¹⁹⁷. É de salientar que o Anteprojeto para a nova Lei de Direitos de Autor previa uma alteração nos incisos do artigo supracitado, com a inclusão de uma versão do *Fair Use* em novos incisos então elaborados, e entendia-se que tais alterações seriam bem-vindas, em virtude sobretudo do uso em massa de medidas de proteção tecnológicas abusivas¹⁹⁸. O Anteprojeto pretendia, ainda, inserir expressamente o Direito de Autor no contexto mais amplo da função social da propriedade em geral, dando-lhe maior conteúdo e visando não apenas estimular a criação intelectual e a diversidade cultural, como também garantir a liberdade de expressão¹⁹⁹. No entanto, como já mencionado²⁰⁰, o Anteprojeto foi suspenso e não há previsão para o recomeço das discussões.

Recorde-se que o Direito de Autor no Brasil é estudado como conjunto de regras fechado e autossuficiente, e não como parte de um sistema legal mais amplo, até pelo facto de o Brasil não ter aderido aos Tratados Internacionais. A interação entre a legislação de Direito de Autor e outras regras de Direito Civil é ainda inexplorada e há poucos acadêmicos na área, o que em certa medida explica a escassa produção doutrinária.

Neste sentido, a consequência lógica da noção romântica de Direito de Autor no Brasil era a ideia de que a lista de exceções e limitações deve ser interpretada em sentido estrito, não se deixando espaço

¹⁹⁷ Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 46.

¹⁹⁸ Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 47.

¹⁹⁹ Claudio Lins de VASCONCELOS. “As Limitações, o *Fair Use* e a Guinada Utilitarista do Direito Autoral Brasileiro”, p. 56.

²⁰⁰ Item 5, Capítulo I.

para que os juízes decidam com base em princípios mais amplos, e permitindo que qualquer controvérsia se decida em favor do autor.

Até há pouco tempo, boa parte da doutrina brasileira era de opinião que as limitações se interpretem como realidades específicas e fechadas, ou seja, como *numerus clausus*, não podendo estender-se para além do que a lei fixou²⁰¹. Porém, em virtude dos avanços tecnológicos, tem havido um debate intenso que permitiu uma análise mais aprofundada e ampla do tema²⁰².

Denis Borges Barbosa, por exemplo, argumenta que as limitações dos arts. 46 a 48 não são taxativas. Para este autor, há necessidade de uma interpretação sistemática e teleológica dos referidos artigos que assegure a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em conexão com os direitos do autor. No entender do autor referido, se as limitações de que tratam os arts. 46 a 48 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais do Direito de Autor, que também é um direito fundamental conforme o art. 5º XXVII, da CF/1988, isso significa que o resultado da ponderação desses valores em determinadas situações deve ser levado em conta e, portanto, tais limitações não podem ser consideradas como a totalidade das limitações existentes²⁰³⁻²⁰⁴.

A efetivação da função social tem como objetivo principal a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade. Esta visão tomou corpo ao longo da segunda metade do século XX, com a superação do patrimonialismo e individualismo estrito de influências liberais. Tratava-se de uma demanda constitucional, sendo por isso mesmo obrigatória. Nesse sentido, os princípios fundamentais apontados nesse âmbito são três: a informação, a cultura e a educação, aos quais se podem acrescentar, ainda, outros como o direito dos consumidores à

²⁰¹ Neste sentido, Plínio CABRAL. “A Revolução Tecnológica – Desafios de uma Nova Era”; e Carlos Alberto BITTAR, *Contornos Atuais do Direito de Autor*.

²⁰² Pedro MIZUKAMI; Ronaldo LEMOS; Bruno MAGRANI; Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call to reform”, p. 109-114.

²⁰³ Denis Borges BARBOSA. *Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor*, p. 30-31.

²⁰⁴ No mesmo sentido, Eduardo PIMENTA. *Princípios de Direitos Autorais*.

livre concorrência, ao entretenimento ou os impactos da concentração de titularidade patrimonial²⁰⁵⁻²⁰⁶.

Diante disto, alguns autores entendem que o sistema brasileiro poderia ser considerado próximo da essência do sistema anglo-saxônico²⁰⁷⁻²⁰⁸, no sentido de que essa estaria implicitamente prevista no art. 46, interpretado à luz da função social²⁰⁹. Consideramos tal entendimento um pouco exagerado, apesar de sermos favorável a uma aproximação a um sistema mais flexível. Porém, permitir que o juiz use de alguma liberdade decisória é bastante diferente de aplicar uma doutrina em que o juiz é obrigado a ter em consideração um sistema amplo de exceções.

Defendendo também uma interpretação mais ampla dos limites, Eliane Abrão aponta que o interesse público é o responsável pelas exceções concedidas a esses direitos²¹⁰.

Um outro autor, Allan Rocha Souza, entende que a única interpretação juridicamente sustentável parece ser a interpretação extensiva quanto aos limites da proteção, cabendo ao Poder Judiciário, após análise do caso concreto, o ônus de verificar da satisfatória demonstração da existência e relevância dos interesses coletivos apresentados. Rocha Souza entende também que o Direito de Autor actualmente em vigor no Brasil se posiciona em sentido oposto aos demais direitos do

²⁰⁵ Cf. Allan Rocha de SOUZA, *A função social dos direitos autorais*, p. 268. Por seu lado, José de Oliveira ASCENSÃO. “O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma”, p. 19, defende que o direito de autor no Brasil também deve ter uma função social, o que nos leva a crer que este autor entende que as limitações devem levar em conta uma interpretação mais ampla.

²⁰⁶ Conforme relata Cláudia Trabuco, este princípio, já bastante utilizado na doutrina alemã, também encontra defensores no direito português (Cláudia TRABUCO, “O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital”, p. 463, notas 5 e 6).

²⁰⁷ Claudio Lins de VASCONCELOS. “As Limitações, o Fair Use e a Guinada Utilitarista do Direito Autoral Brasileiro”, p. 49.

²⁰⁸ Também nesta linha, Allan Rocha de SOUZA. *A função social dos Direitos Autorais*, p. 268.

²⁰⁹ Refutando a aplicabilidade do *Fair Use* no Brasil, ver Eduardo MAGRANI. “As Limitações no Direito Norte-Americano e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro”. 67-86.

²¹⁰ Eliane Y. ABRÃO. “Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Género Propriedade Intelectual”, p. 86. No mesmo sentido, Carlos Alberto BITTAR. *Contornos Atuais do Direito de Autor*, p. 69.

país, direitos esses em que é cada vez mais perceptível a diminuição de um Estado Liberal e um maior intervencionismo em prol do interesse coletivo. Contrariamente, o Direito de Autor confere uma maximização cada vez maior à sua proteção do autor²¹¹.

Allan Rocha Souza parece criticar a suposta diminuição da intervenção do Estado no Direito de Autor. Todavia, o que nos parece que tem ocorrido é, antes, uma intervenção ineficaz. A sua crítica, em nossa opinião, incide portanto sobre o elemento errado, e olvida a abstenção do Estado na função de elaboração e execução de políticas públicas.

Por fim, trazemos o esclarecimento mais recente de Iracema Fazio, que lembra que, a despeito de os direitos de autor estarem inseridos nos Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, XXVII, que regulamenta estes direitos, não trata especificamente da função social. Tal facto, em seu entendimento, lamentavelmente enfraquece a possibilidade de evocação da função social como princípio norteador deste sistema e possibilita o entendimento de que as limitações ao exclusivo do autor devem ser interpretadas de forma restrita. Concordamos com a exposição da autora, lembrando a necessidade de uma revisão do sistema autoral brasileiro²¹².

5.4 O TESTE DOS TRÊS PASSOS

O teste (ou regra) dos três passos teve sua gênese no Reino Unido, com uma fórmula valorativa, característica do *Common Law*. Esta fórmula foi aprovada por não pressupor um universo taxativo de limites, de maneira a representar um escape para a falta de consenso.

Na Convenção de Berna ficou estabelecido, no art. 9 (2), que o teste dos três passos deve ser objeto de legislação dos países membros para permitir a reprodução de obras em casos especiais, desde que tais reproduções não conflituem com a normal exploração da obra e não prejudiquem de forma irrazoável os legítimos interesses do autor. O Artigo estipula três condições que devem ser satisfeitas antes que uma exceção ao direito de reprodução possa ser justificada com base nas leis nacionais: (i) limitação da aplicação para “certos casos especiais”; (ii) a reprodução não autorizada “não conflitue com a normal explo-

²¹¹ Allan Rocha de SOUZA. *A função social dos Direitos Autorais*, p. 275.

²¹² Iracema FAZIO. *A Cópia privada, o uso privado e o download de obra protegida*, p. 148.

ração da obra”; e (iii) a reprodução não autorizada não prejudique de forma irrazoável o legítimo interesse do autor²¹³. Este teste constitui um critério vago e geral que permitiu aos países conceder exceções ao então recentemente introduzido direito de reprodução, e a formulação de uma concessão suficientemente ampla para cobrir todas as exceções na legislação dos países signatários. O Acordo TRIPs, o TODA e o TOIEF estenderam a aplicação do teste a todos os outros direitos exclusivos^{214_215}.

Como se sabe, a revolução digital pôs em causa a adaptação do balanço entre as diferentes partes interessadas de forma a preservar o equilíbrio. O primeiro passo nesse sentido foi uma tentativa de adaptar os direitos económicos e assegurar a garantia legal das medidas tecnológicas de proteção. Porém, nenhuma solução foi dada em matéria de Limites e Exceções, que permaneceram obsoletos e confinados a uma concepção estrita²¹⁶.

Segundo atesta a doutrina, o que se pretendia era que o teste dos três passos se tornasse o instrumento de flexibilidade necessário para adaptar a cada caso²¹⁷. Questiona-se como poderia tal teste servir tal objetivo de flexibilidade, quando o que estava em causa era claramente limitar a abrangência desses instrumentos. De resto, a realidade mostrou que tal não aconteceu, havendo divergências quanto à adequação deste instituto no ambiente digital.

Daniel Gervais, por exemplo, entende que este teste constitui uma ferramenta flexível de equilíbrio que oferece aos legisladores margem para criação de um sistema apropriado de Limites e Exceções ao nível nacional²¹⁸. Em sentido contrário, há quem entenda que o

²¹³ Christophe GEIGER; Daniel GERVAIS; Martin SENFTLEBEN. “The Three Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, p. 616.

²¹⁴ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 10.

²¹⁵ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A Tensão entre os Limites do Direito e as Medidas Tecnológicas e Outras Relativas à Informação e à Gestão dos Direitos”, p. 88-89.

²¹⁶ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 11.

²¹⁷ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 11.

²¹⁸ Christophe GEIGER; Daniel GERVAIS; Martin SENFTLEBEN. “The Three Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, p. 625.

teste está demasiado focado nos interesses dos titulares de direitos e não nos interesses públicos a que se deveria propor²¹⁹. O próprio Gervais, que é favorável ao teste e o considera um instrumento flexível, indica que, quando transposto para as legislações nacionais, pode ser fundamentalmente modificado, de modo especial quando implementado como mecanismo de controlo adicional relativamente aos Limites e Exceções, já por si próprios definidos de forma muito restrita. Ou seja, o teste poderá ser corrompido²²⁰.

Este teste deveria ser catalisador da diminuição do âmbito dos Limites e Exceções. Em França, por exemplo, o teste dos três passos foi visto como uma ameaça à exceção da cópia privada. Contudo os legisladores e os tribunais franceses evitaram questionar se, à luz do teste dos três passos, este limite permitia o *download* de música da *Internet*. Esta hesitação causou confusão e levantou muitas dúvidas acerca do modo como aplicar o teste dos três passos em circunstâncias específicas. Atualmente, a sua aplicação tem sido considerada inadequada para proteger o interesse público em matéria de acesso a obras protegidas e de liberdade de expressão²²¹, até porque nunca se clarificou a interpretação a dar às expressões: “normal exploração de um trabalho” e “prejuízo injustificado para os legítimos interesses do autor”²²²⁻²²³.

No entanto, com a revolução digital observou-se que esta conclusão pode não ser tão simples. Com efeito, se à primeira vista esta premissa está correta, uma análise mais profunda permite perceber que não é esta a conclusão a que se tem chegado em matéria de amplitude dos Limites e Exceções. O que se tem observado é que, muito pelo contrário, estes estão necessitando de maior flexibilidade e de serem aplicados de forma mais criteriosa e, acima de tudo, harmonizada. São portanto fundamentais mecanismos que garantam a eficácia de sua concretização.

²¹⁹ Haochen SUN. “Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law”, p. 281.

²²⁰ Christophe GEIGER; Daniel GERVAIS; Martin SENFTLEBEN. “The Three Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, p. 617.

²²¹ Edward L. CARTER. “Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression”, p. 326-327.

²²² Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 3.

²²³ Bernt HUGENHOLTZ; Ruth L. OKEDIJI. *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, p. 7.

Mesmo que se admita pôr em causa a obrigatoriedade dos Limites e Exceções, entendemos que não é essa a discussão que a regra dos três passos suscita. O que se advoga é a necessidade de um instrumento verdadeiramente flexível e que realmente estabeleça o difícil equilíbrio entre a questão económica e o interesse público, que parece não ser completamente tido em consideração pelo instrumento existente.

O teste tem estado sob pressão devido à sua aplicação rígida e restritiva no contexto de decisões legislativas no sentido de se equilibrarem os diferentes interesses envolvidos. Mais recentemente, produziu uma crescente fricção com a liberdade legislativa de formular regras no sentido do equilíbrio entre o Direito de Autor e a liberdade²²⁴. A questão central aqui é o facto de o Direito de Autor já não representar um mecanismo legal que reflete de um lado o direito de autores e das partes interessadas, e do outro os direitos de usuários finais; na actualidade, o que o Direito de Autor deve levar em consideração é, antes, o amplo espectro de interesses que se desenvolveu no âmbito desse mesmo direito. Esses interesses englobam o interesse de autores e intermediários, que cada vez mais pode entrar em conflito com outros autores que contam também com as limitações, e ao mesmo tempo com o interesse da sociedade em ser-lhe facultado acesso amplo à informação²²⁵.

6. FUNDAMENTO DOS LIMITES E EXCEÇÕES

Na doutrina actual verifica-se um amplo debate sobre os fundamentos dos Limites e Exceções aos Direitos de Autor. Estes são a sua própria razão de ser, ou seja, a razão pela qual o legislador entendeu ser importante impor um limite ao direito exclusivo e absoluto do autor, e, no caso das exceções, julgou pertinente que para bem da sociedade sejam beneficiadas determinadas categorias e situações.

O que observámos, inicialmente, foi a existência de uma certa confusão entre os conceitos de natureza e de fundamentos. Esta situa-

²²⁴ Guido WESTKAMP. “The “Three-Step-Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making”, p. 3.

²²⁵ Guido WESTKAMP. “The “Three-Step-Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making”, p. 4.

ção talvez venha contribuir para uma falta de harmonização no tema, a nível tanto académico quanto legislativo. Observa-se, ainda, que esta falta de clareza no âmbito da interpretação doutrinária se dá tanto ao nível terminológico quanto ao nível conceitual.

Um exemplo desta falta de clareza pode ser observado no estudo “*The Relationship Between Copyright and Contract Law*”. Começando por explicar as razões de ser de alguns Limites e Exceções, os autores adoptam inicialmente o termo “natureza” mas prosseguem com uma explanação claramente centrada nos fundamentos²²⁶. Isto se pode observar quando indicam que, na União Europeia, alguns doutrinadores definem os limites não como direitos, mas como interesses ou liberdades, ou ainda como “uma reivindicação da aplicação da regra do direito objetivo”, ao passo que outros alegam tratar-se de “direitos” dos usuários²²⁷. Na mesma linha, a doutrina norte-americana qualificou umas vezes essas figuras como “direitos” e, outras vezes, como mera reparação contra falhas de mercado²²⁸.

No entanto, acreditamos que quando a doutrina se está a referir a “interesses ou liberdades” ou, por outro lado, a uma mera “reivindicação de direitos”, está classificando a natureza dos institutos, ou seja, se são normas de imposição obrigatória ou meros benefícios. Esta questão, que tem importância *per se*, decorre, em última instância, do próprio fundamento. Isto porque, mesmo que os Limites e Exceções sejam impostos por lei, estarão sempre baseados no ordenamento vigente em que estão implementados e, portanto, nos fundamentos que os regem. Concebemos, portanto, os fundamentos dos Limites e Exceções como uma espécie de fonte de onde jorra água – neste caso, o porquê da sua existência, isto é, a sua origem²²⁹.

Não obstante esta utilização inadequada dos termos e dos conceitos, o estudo acima indicado resume eficazmente a vasta literatura

²²⁶ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship between Copyright and Contract Law*, p. 84.

²²⁷ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship between Copyright and Contract Law*, p. 85.

²²⁸ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*.

²²⁹ Não queremos confundir, no entanto, com o instituto das fontes do direito, instituto que vem sendo sistematizado pela doutrina. (Sebastião CRUZ. *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, Introdução, p. 162 e ss.).

sobre fundamentos, explanando ainda a complicada tarefa de comparimentalizar as respectivas definições²³⁰.

O estudo indica também que, segundo alguns doutrinadores, exceções como as que tenham como propósito a paródia, crítica, e notícias se baseiam, indubitavelmente, em direitos fundamentais, ou seja, em direitos humanos como a liberdade de expressão. Aponta-se, ainda, que outros limites económicos (como, por exemplo, a *First Sale Doctrine*, o princípio do esgotamento, e a cópia privada) se fundamentam em falhas de mercado.

O mesmo estudo enfatiza a dificuldade de se estabelecer uma distinção estanque entre fundamentos e limites. Como exemplo ilustrativo, até mesmo os limites baseados em falhas de mercado podem ter implicações em interesses públicos fundamentais, tais como a *First Sale Doctrine* e o princípio do esgotamento, que se baseiam na impossibilidade de controlar o uso sucessivo de uma obra abrangida pelo Direito de Autor, legitimamente adquirida, mas que também permitem maior acesso à obra pelo público, aumentando assim a circulação da cultura e da informação. Outro exemplo é o da exceção à cópia privada, que alguns autores consideram justificada pelo direito fundamental à privacidade^{231 232}.

Pamela Samuelson elaborou uma lista detalhada do que entende serem os fundamentos dos Limites e Exceções, com nove justificações: interesses de proteção da disseminação da autoria; interesse dos consumidores; interesses específicos da indústria e, de forma mais geral, o interesse público; interesses necessários para se alcançarem objetivos de política social; equilíbrio dos interesses de partes interessadas; correção de falhas de mercado; interesses políticos.

Observa-se que Limites e Exceções relacionados com ensino, arquivos, instituições de educação, bibliotecas, museus, etc., parecem não suscitar divergência na doutrina quanto a estarem fundamentados em interesses de disseminação de conhecimento, e, em última instân-

²³⁰ Parece-nos pertinente esclarecer que este estudo utiliza a palavra 'limite' para o que entendemos ser uma exceção.

²³¹ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, p. 84.

²³² No mesmo sentido Pamela SAMUELSON. "Justifications for Copyright Limitations and Exceptions".

cia, no interesse público²³³, variando nas legislações nacionais apenas o grau de proteção concedido²³⁴.

Relativamente às cópias temporárias ou incidentais, ou seja, as que permitem a normal operação da transmissão do conteúdo, o limite baseia-se no facto de não ter importância económica, qualificando-se, portanto, como limites para acomodar usos incidentais²³⁵. Ainda para esta autora, o fundamento da cópia privada seria a proteção da privacidade²²⁹. Há ainda quem considere não se tratar sequer de um limite, por se situar fora do âmbito do Direito de Autor²³⁶ – algo que, no direito português, é refutado por Dário Moura Vicente²³⁷.

No direito brasileiro, vemos pouca discussão doutrinária acerca do assunto. No entanto, como vimos, é crescente neste país, a defesa de que o Direito de Autor deva buscar auxílio no princípio da Função Social, que rege a propriedade intelectual em geral, aplicando-se assim, também aos Limites e Exceções.

Uma questão digna de referência é a de os próprios Tratados Internacionais terem falhado em definirem de forma cuidadosa o que entendem por interesse público²³⁸, o que teria sido de grande auxílio no tratamento do tema.

De nossa parte, entendemos que, em última instância, os Limites e Exceções se baseiam fundamentalmente no Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, no interesse público em geral. Mesmo os limites de matriz económica, tais como o esgotamento ou as reproduções temporárias e a cópia privada, têm na sua génese alguma função de interesse público.

No entanto, entendemos que se deve fazer uma ressalva de suma importância no ambiente digital. Sabe-se que as regras de direito não são estanques e que existem em função da realidade que se apresenta.

²³³ Pamela SAMUELSON. “Justifications for Copyright Limitations and Exceptions”, p. 10-26.

²³⁴ Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 5.

²³⁵ Pamela SAMUELSON. “Justifications for Copyright Limitations and Exceptions”, p. 20.

²³⁶ Rui PINTO. *Obras não Protegidas, Uso Privado, e Utilizações Livres, Contributo para Estudo do seu Regime, Relatório do Seminário de Direito da Sociedade da Informação*, p. 56.

²³⁷ Dário Moura VICENTE. “Cópia Privada e Sociedade da Informação”.

²³⁸ Edward L. CARTER. “Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression”, p. 318.

Nesse sentido, surge a questão dos limites económicos, que devem ser analisados sob os dois prismas que fundamentam a sua existência: o prisma económico, no sentido de se proteger o investimento do titular e, por outro lado, o interesse público. Sob o ponto de vista económico, considerando as características que estas atividades assumiram no contexto digital, demanda-se uma maior regulação e análise cuidadosa dos perigos decorrentes das suas características, por forma a não impactarem negativa e irreversivelmente no investimento e, em última instância, no interesse público, que consubstancia o equilíbrio do sistema.

Poderíamos ser levados a entender que a interpretação da aplicação dos Limites e Exceções deveria ser mais no sentido *favorável* ao interesse público, em detrimento dos interesses individuais do titular do direito. No entanto, o que cremos que tem levado a alguma distorção no sistema é a visão do interesse económico como antagónico do interesse público. Ou seja, não podemos olvidar que o bom funcionamento do mercado constitui um interesse legítimo da sociedade.

Por outro lado, se se pretende o tão almejado um Estado social, é necessário que sejam revistos e clarificados os Limites e Exceções específicos para fins de ensino, biblioteca, pesquisa, de carácter social, os quais, como se verá, ainda estão pouco fortalecidos, especialmente na União Europeia e no Brasil, justamente os dois espaços territoriais supostamente mais voltados para a ótica social.

No momento atual em que estes institutos clamam por uma revisão e atualização para o ambiente digital, é de suma importância o consenso quanto aos seus fundamentos, para que se possa perspectivar um tratamento adequado nas legislações nacionais. Na União Europeia, é notória a dificuldade de consenso quanto aos fundamentos, devido à multiplicidade de jurisdições com diferentes contextos históricos e culturais. Contudo, tal situação não pode ser impedimento para que se alcance um consenso, de suma importância para a uniformização da política europeia.

7. A DEFINIÇÃO DA NATUREZA DOS LIMITES E EXCEÇÕES E SUA CONSEQUÊNCIA NA INTERAÇÃO COM OS CONTRATOS

A definição do fundamento dos Limites e Exceções ultrapassa o interesse filosófico, na medida em que a sua definição tem conse-

quências de grande impacto no tocante à definição da sua natureza, e, conseqüentemente, ao relacionamento entre o Direito de Autor e o Direito dos Contratos.

O interesse neste relacionamento aumentou exponencialmente, no meio precisamente da década de 1990, de modo particular com a adoção da *Internet* como meio de consumo, tendo sido esta questão das exceções ao Direito de Autor e a fundamentação de sua regulação uma questão central em vários estudos, artigos e consultas sobre conteúdo digital.

A natureza dos Limites e Exceções ao Direito de Autor diz respeito ao seu caráter obrigatório, ou não, e tem como base os seus fundamentos, ou seja, a razão pela qual se protege as obras.

A questão enfrenta também a polaridade dos interesses em causa: enquanto os titulares de direitos acreditam que os Limites e Exceções são meramente um ponto de partida para negociação entre estes e os usuários, ou seja, uma espécie de regra padrão para direitos de propriedade, os usuários alegam que estes direitos de propriedade lhes conferem direitos subjetivos, direitos que – alegam – não podem ser eliminados através da livre escolha de uma das partes, seja através de contrato, seja através de dispositivos de proteção tecnológica²³⁹.

Muitos doutrinadores consideram que as exceções que salvaguardam liberdades fundamentais – tais como paródias, citações, cópia privada, crítica, notícias, etc. – têm caráter de política pública. Em outras palavras, não podem ser limitadas, a não ser que se questionem os fundamentos dos quais derivam, o que não é possível em uma sociedade democrática. Neste sentido, um usuário não poderia ser forçado por contrato a abrir mão de sua liberdade de expressão ou da sua privacidade, já que os contratos não podem ignorar normas de políticas públicas²⁴⁰.

Da mesma forma, há doutrina que acredita que os contratos privados não podem suplantar as exceções que se baseiam no interesse geral. No entanto, sendo o Direito de Autor também um instrumento ao serviço do interesse geral, um equilíbrio deveria ser estabelecido entre os interesses dos usuários e os dos titulares de direitos, por exemplo através de uma remuneração justa a estes. Há, ainda, quem argumente que as exceções com menor impacto em princípios fundamentais da

²³⁹ Paul WEISS. *Clickwraps, Copyright Pre-emption and Misuse*.

²⁴⁰ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, p. 85.

sociedade deveriam ser regras imperativas, em vez de serem normas de políticas públicas²³².

Já os limites exclusivamente fundamentados em falhas de mercado, limites esses que, segundo alguns doutrinadores, não refletem um valor fundamental da sociedade ou de interesse geral, segundo estes parecem estar fadados a desaparecer no ambiente digital, uma vez que agora os titulares de direitos podem impedir a cópia digital de obras e executar seus direitos. Exemplos destes limites são as cópias efêmeras feitas por organizações de radiodifusão, para inclusão incidental da obra em outro material; e a exceção para uso em conexão com a demonstração ou reparação de equipamentos²⁴¹. Para além de não concordarmos com este fundamento, somos também de opinião que os limites económicos, mesmo aqueles que se baseiam em falhas de mercado, podem e devem continuar a existir, embora com uma profunda revisão e adaptação.

Em conclusão, o fundamento de cada limite e exceção de Direito de Autor é crucial para determinar a possibilidade de serem excluídos por contratos. De acordo com os exemplos acima, e à luz da opinião da doutrina, poder-se-ia concluir que, enquanto uma cláusula impeditiva de crítica de uma obra, por exemplo, não seria executável, as exceções baseadas em falhas de mercado podem ser seguramente excluídas. Contudo, como somos de opinião de que não existem Limites e Exceções que tenham como único fundamento as falhas do mercado, não podemos concordar com a conclusão de que tais Limites e Exceções possam ser afastados por contratos ou dispositivos tecnológicos. Todavia, ressalvamos ser também nossa opinião que os mesmos Limites e Exceções devem ser analisados e adaptados, levando em séria consideração a questão económica do criador/investidor.

Desde 2010 se vem chamando a atenção para a inexistência de um estudo empírico que possa auxiliar e servir de base para a decisão sobre os benefícios ou malefícios de se estabelecerem Limites e Exceções obrigatórios²⁴². Encontrámos apenas um estudo, de 2014, especificamente sobre exceções para bibliotecas e ensino, no qual se alerta

²⁴¹ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*.

²⁴² Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, p. 102.

para o perigo de uma solução simplista, como seria a de tornarem obrigatórias todas as exceções para o equilíbrio do sistema.

De facto, como já exposto, entendemos que em todos os Limites e Exceções existe fundamento de carácter de interesse público, o que para muitos doutrinadores implicaria que todas as exceções deveriam ser obrigatórias. Contudo, relembramos que não se deve assumir uma posição simplista, tornando os Limites e Exceções obrigatórios, sem que estes sejam revistos, estudados e analisados, tendo sempre em consideração o fundamento económico do criador e do intermediário.

Não nos podemos olvidar que existe um criador e um investidor e que estes devem também estar protegidos já que, em última instância, os seus interesses também fazem parte do interesse público. Os interesses do investidor, tantas vezes vistos unicamente sob o prisma individualista de interesse do empresário em auferir lucro, são na verdade, em última instância, de interesse público, tendo em vista a estrutura do mercado.

7.1 EUA

Quanto ao relacionamento entre os Limites e Exceções do Direito de Autor e os Contratos, destaca-se, desde logo, que nos Estados Unidos “a liberdade contratual é suprema”²⁴³ e que a jurisprudência tem interpretado a 14ª Emenda como protecção à liberdade contratual. Portanto, um contrato legalmente executável poderá provavelmente ignorar os Limites e Exceções dos Direitos de Autor. O *Copyright Act* não contém qualquer disposição que torne imperativos os limites de Direitos de Autor; isto é, não estabelece que estes não possam ser excluídos por contrato. Observa-se que em decisões anteriores ao DMCA o *Fair Use* prevaleceu sobre os instrumentos contratuais²⁴⁴. Dado o risco iminente de se limitar o alcance do *Fair Use* no ambiente digital, relativamente aos contratos e dispositivos tecnológicos, o DMCA tem sido criticado por, segundo alguns, proteger de forma excessiva os direitos dos investidores. Há, no entanto, quem entenda

²⁴³ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 116.

²⁴⁴ No sentido de o *Fair Use* prevalecer sobre as cláusulas contratuais – caso *DSC Communications Corp. v. DGI Techs., Inc.*, 83 F.3d 597 (5th Cir. 1996); *LaserComb Am., Inc., v. Reynolds*, 911 F.2d. 970 (4th Cir. 1990).

que este parece ter tentado consagrar, mesmo que de forma tímida, a continuação da aplicação deste princípio pelos Tribunais, ao não deixar claro se esta prevalecia ou não sobre os contratos. Porém, o que se observa é que os casos posteriores à promulgação deste instrumento mostraram que os contratos prevalecem sobre o que se poderia entender como *Fair Use*²⁴⁵.

Diante destas decisões antagônicas, bem como perante o próprio avanço tecnológico e a indefinição do DMCA, ainda é incerto qual o caminho efetivamente escolhido pela jurisprudência. No entanto, o que um estudo detalhado permite concluir sobre o sistema norte-americano de Direitos de Autor e, especificamente, sobre Limites e Exceções, é que os EUA têm procurado outras formas de garantir o equilíbrio do Direito de Autor, deixando intacto o princípio supremo de garantia dos contratos. Isso pode ser observado tanto em relação à lista exaustiva dos Limites e Exceções quanto em relação à manutenção do princípio do *Fair Use*. Na lista exaustiva, vemos que os limites conexos com educação, por exemplo, foram alvo de uma lei específica que, embora susceptível de falhas, representa um avanço, um indício de precaução e uma espécie de princípio orientador do que o sistema pretende proteger. No mesmo sentido, as exceções para bibliotecas são mais abrangentes do que as existentes na União Europeia.

Também a doutrina do *Fair Use*, mesmo que criticada por alguns doutrinadores, e mesmo que de difícil aplicação, tem vindo, como observámos, a servir como um escudo e válvula de escape para a ponderação dos interesses. Por último, de forma a amenizar tendencial diminuição da aplicação da doutrina no âmbito digital, o sistema prevê uma revisão de 3 em 3 anos pelo *Librarian of Congress*, que analisa situações concretas, o que revela uma visão que procura seguir os avanços tecnológicos e adaptar-se à realidade existente, não existindo equivalente na União Europeia e Brasil.

Podemos testemunhar esta visão com o facto de, no decurso da elaboração e pesquisa da presente tese, termos constatado maior facilidade em aceder a artigos científicos de origem norte-americana do que aos de origem europeia e, menos ainda, brasileira.

²⁴⁵ Caso *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996).

7.2 UNIÃO EUROPEIA

Na União Europeia a questão da obrigatoriedade dos Limites e Exceções ficou expressamente prevista nas Diretivas Programas de Computador e Base de Dados, considerando nulas e vazias as cláusulas em contrário. Apesar destas disposições expressas, a doutrina nesta área tem levantado, entre outras críticas²⁴⁶, algumas questões²⁴⁷ e incertezas quanto à capacidade de a Diretiva Programas de Computador estabelecer uma natureza jurídica para as suas exceções²⁴⁸. Outra crítica, que consideramos da maior importância, prende-se com o facto de os Estados Membros não terem implementado de forma harmonizada as disposições acima referidas²⁴⁹.

A DSI, como já vimos, lista no seu Artigo 5 diversas exceções ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público, embora só a primeira – referente a reproduções temporárias realizadas com o propósito meramente técnico/instrumental²⁵⁰ – deva ser obrigatoriamente objecto de transposição pelos Estados Membros²⁵¹. Este Artigo foi amplamente criticado pela doutrina, tendo as principais críticas sido relativas à natureza opcional da lista e sobre a sua frustrada pretensão de ser exaustiva²⁵².

De acordo com a DSI, portanto, os Limites e Exceções de Direitos de Autor são maioritariamente opcionais. No entanto, o Artigo 6 (4) da Diretiva lista sete exceções que devem obrigatoriamente ser

²⁴⁶ Estelle DERCLAYE. *The Legal Protection of Database: a comparative analysis*, p. 176; e Lucie GUIBAULT, “Wrapping information in Contract: How Does it Affect the Public Domain?”, p. 94-97.

²⁴⁷ Neste sentido, ver Estelle DERCLAYE. *Copyright Contracts, Public Policy: Can Adhesion Contracts Override Copyright Limits? The Answer Lies within Copyright Law Itself*, p. 184.

²⁴⁸ Neste sentido ver Severine DUSOLLIER. “La Contractualisation de L’utilisation des Ouvres et l’Expérience Belge des Exceptions Impératives”, p. 498.

²⁴⁹ Lucie GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 219.

²⁵⁰ Item 5.1, Capítulo II.

²⁵¹ Por esta razão, Hugenholtz definiu as exceções na Diretiva Sociedade da Informação como uma “lista de compras” (Bernt HUGENHOLTZ. “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, p. 501).

²⁵² Lucie GUIBAULT. “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright”, p. 39-40.

respeitadas pelas medidas tecnológicas de proteção. Isto significa, no entender de alguns autores, que pelo menos três daquelas exceções deveriam ser consideradas obrigatórias contra acordos de licenças²⁵³, o que é contestado pela doutrina, com base em diversos fatores.

Primeiro, a DSI é posterior às Diretivas Programas de Computador e Base de Dados, e as duas últimas têm disposições legais expressas acerca da natureza obrigatória dos direitos que concedem. Portanto, se os legisladores europeus também quisessem estipular na DSI a natureza mandatória das exceções, tê-lo-iam feito²⁵⁴.

Segundo, isto é confirmado pela leitura da Proposta para a Diretiva, cuja emenda 156 propôs a introdução de um novo Artigo 5 (6) estabelecendo que “nenhuma medida contratual pode conflitar com as exceções ou limitações incorporadas em lei nacional em relação ao Artigo 5”. Esta emenda não foi aceita pela Comissão, o que claramente indica a posição nesta matéria²⁵⁵.

Terceiro, além de não haver proteção expressa a limites de Direitos de Autor de contratação privada, há permissões específicas para direitos e privilégios que podem ser excluídos por contrato.

O Considerando 45 estabelece que “as exceções e limitações referidas no Artigo 5 (2), (3) e (4) não deveriam, no entanto, impedir a definição de relações contratuais idealizadas para assegurar compensação justa para os titulares de direitos como permitido pela lei nacional”.

Além disso, o Artigo 6 (4) exclui da aplicação das exceções de Direitos de Autor serviços *on-demand* disponibilizados ao público em termos contratuais acordados, de forma que membros do público possam acessá-los em lugar e em momento por eles escolhido.

O Considerando 45 foi interpretado de forma diferente pela doutrina, ao ponto de alguns acreditarem estar aí claramente estabelecido que as exceções dos Artigos 5 (2) a 5 (4) podem ser excluídas por

²⁵³ Bernt HUGENHOLTZ. “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, 501-502.

²⁵⁴ Thomas HEIDE. “Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures”, argumentando que a Diretiva Programa de Computador deveria ter servido de modelo para a DSI, pois o seu tratamento das exceções é mais eficiente.

²⁵⁵ EUROPEAN PARLIAMENT; COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND THE INTERNAL MARKET. 17 January 2001, PE 298.368/5-197, in: IViR 2007 Part I, p. 138.

contrato²⁵⁶. Outros argumentam que o significado deste Considerando é que “a capacidade de executar usos legítimos não requer a autorização de titulares de direitos e é um fator que deve ser considerado no contexto dos acordos contratuais”²⁵⁷. Esta interpretação indica que o campo de ação dos titulares de direitos diz respeito, não a contratos, mas à determinação de preço, com referência às exceções que são compensadas por licença compulsória.

No entanto, não existem dúvidas sobre a interpretação da parte relevante do Artigo 6 (4), que claramente exclui obras disponibilizadas *online* da aplicação das exceções listadas no Artigo 6, e deixa a questão para discussão privada. Esta disposição foi criticada pela doutrina por estabelecer uma proteção com dois pesos distintos para exceções de Direitos de Autor, e uma reforma foi aconselhada²⁵⁸.

Finalmente, nem todos os doutrinadores estão convencidos das disposições legais acima e indicam que as cláusulas contratuais podem excluir Limites e Exceções. Alguns consideram que a questão foi deixada aos legisladores nacionais²⁵⁹.

O que observamos é que a doutrina não é esclarecedora, parecendo até, por vezes, que ela confunde o carácter de transposição obrigatório dos Limites e Exceções, nas legislações nacionais dos Estados Membros, com o facto destes serem ou não obrigatórios no sentido de poderem ser ou não afastados por contrato.

Outros doutrinadores argumentam, ainda, que a interpretação da lei de Direito de Autor nacional e europeia existente pode fornecer um escudo eficiente, especialmente para limites de Direitos de Autor, baseados em direitos fundamentais ou liberdades e no interesse público²⁶⁰.

²⁵⁶ Severine DUSOLLIER. “La Contractualisation de L’utilisation des ouvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, p. 502; Thomas HEIDE. “Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures”, p. 327.

²⁵⁷ IViR 2007 Part I, p. 137.

²⁵⁸ Severine DUSOLLIER. “La Contractualisation de l’utilisation des ouvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, p. 502. Patricia AKESTER. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, 2009, p. 122.

²⁵⁹ Severine DUSOLLIER. “La Contractualisation de l’utilisation des ouvres et l’expérience belge des exceptions impératives”, p. 503.

²⁶⁰ Bernt HUGENHOLTZ. The Future of Copyright Limitations; Estelle DER-CLAYE. *Copyright Contracts, Public Policy: Can Adhesion Contracts Override Copyright Limits? The Answer Lies within Copyright Law Itself*, p. 186.

No entanto, a parte da literatura examinada que clama por uma formulação da natureza das exceções parece prevalecer, embora não haja consenso se a sua natureza é ou não obrigatória.

Nenhuma jurisprudência europeia ajuda a clarificar se as exceções prevalecem sobre os contratos, ou vice-versa. A jurisprudência sobre este assunto é praticamente inexistente, com exceção da cópia privada, em relação à qual o Tribunal declarou que se trata, não de um “direito”²⁶¹, mas de uma prerrogativa. Além disso, as decisões focaram-se no dever do titular de informar a existência de uma medida de proteção tecnológica, considerada como parte essencial do produto, o que indica que foram tratadas sob o ponto de vista da proteção ao consumidor. Os termos da licença (provavelmente proibindo a reprodução) não foram examinados. Portanto, a jurisprudência da União Europeia deixa em aberto a questão da possibilidade de exclusão dos limites de Direitos de Autor por cláusulas contratuais.

Note-se que Portugal, Irlanda e Bélgica adotaram os Limites e Exceções como obrigatórios. No entanto, a forma como este acolhimento foi feito nestes ordenamentos jurídicos foi diferente. Enquanto algumas jurisdições escolheram algumas exceções e as declaram imperativas, outras jurisdições protegem todas as exceções referentes às medidas de proteção tecnológicas.

O sistema de exceções de Direitos de Autor português fornece uma lista exaustiva, que é interpretada restritivamente pelos Tribunais, e ainda, uma lei específica sobre cópia privada, recentemente alterada. O Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos fornece uma proteção contra contratos. O Artigo 75 (5) do CDADC estabelece que “qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários dos usos listados nos parágrafos 1, 2 e 3 deste artigo (que a lei chama de usos livres), é nula e vazia, sem prejuízo

²⁶¹ Casos: *François M. v. EMI France, Auchan France* – Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 6^{ème} chambre, Jugement du 2 septembre 2003; *Cour d’Appel De Versailles, 1re Chambre, 1re section, 30 septembre 2004*; *Stéphane P., UFC Que Choisir v. Universal Pictures Video France et Autres* – Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} chambre, 2^{ème} section, Jugement du 30 avril 2004; *Cour d’Appel de Paris, 4^{ème} chambre, section B, Arrêt du 22 avril 2005*; *Cour de Cassation – Première chambre civile Arrêt du 28 février 2006*; e *Christophe R., UFC Que Choisir v. Warner Music France, Fnac* – Tribunal de Grande Instance de Paris 5^{ème} chambre, 1^{ère} section Jugement du 10 janvier 2006. (Natali Helberger, *Christophe R. vs Warner Music: French court bans private-copying hostile DRM*. Disponível em <http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=180>).

dos arranjos contratuais sobre as formas de exercício, em particular para estabelecer o montante da compensação justa”²⁶².

Para além da Bélgica, não há análise suficiente na legislação, na literatura ou na jurisprudência destes países para clarificar as razões da escolha dos respectivos legisladores. Uma grande crítica é que não há pesquisa empírica revisando o impacto destas diferentes regulações no relacionamento entre os titulares e usuários de obras, o que torna difícil entender se a legislação que estabelece exceções imperativas ajuda os usuários a beneficiarem das exceções ou se prejudica os interesses dos titulares.

Só Portugal parece estabelecer de forma clara que o contrato, em sua forma integral, é nulo e vazio²⁶³.

Finalmente, parece relevante relembrar que a Proposta de Reforma da DSI, em andamento no Parlamento Europeu, tem entre os seus pontos principais o estabelecimento de limites e exceções obrigatórios, o que parece evidenciar que a União Europeia entendeu ser necessário esclarecer esse carácter obrigatório. Após uma análise da proposta, chamamos a atenção para o risco que uma medida genérica pode criar, já que não são tidas em atenção as particularidades de cada situação e, no caso específico dos Limites e Exceções, os seus fundamentos e consequências económicas para todas as partes. O processo deve, por isso, ser conduzido de forma extremamente cuidadosa.

7.3 *BRASIL*

No Brasil, a discussão é ainda incipiente, a doutrina é escassa e inexistente a jurisprudência sobre o assunto. No entanto, vemos que a doutrina do país clama por uma maior aproximação de uma visão em que os limites vão ser considerados em sentido amplo, levando em conta o princípio da função social para a propriedade intelectual. Tal clamor encontra obstáculo, no entanto, pelo facto de o princípio não estar explicitamente estabelecido no dispositivo constitucional que trata do tema autoral. Por outro lado, lembramos que o direito

²⁶² António Machuco ROSA. “Direito de Autor e Direito de Acesso: Os Livros Eletrónicos, as Bibliotecas Públicas e o Princípio do Esgotamento”, p. 152-157.

²⁶³ Martin KRETSCHMER; Estelle DERCLAYE; Marcelle FAVALLE; Richard WATT. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, p. 104.

brasileiro tem um cunho forte de proteção do consumidor, pelo que questões nesta área e que envolvam interesses do consumidor têm uma grande tendência a serem julgadas em seu favor. No entanto, a ausência de uma política explícita neste sentido compromete uma maior segurança jurídica nesta área.

8. *FIRST SALE DOCTRINE*, ESGOTAMENTO E EXAUSTÃO

A *First Sale Doctrine*, que tem como parente europeu o princípio do esgotamento, e no Brasil se apresenta como princípio da exaustão dos direitos, é um limite económico (pelo menos numa primeira análise) aos direitos do autor, permitindo que adquirentes legítimos de um trabalho protegido por este sistema possam vender ou dispor dessa cópia sem a autorização do titular do direito. Tal princípio é aplicado com base no facto de que o direito de distribuição do autor se restringe apenas à primeira venda de uma determinada cópia, ou seja, esgota-se nesta.

Este princípio é considerado essencial para equilibrar a relação entre o interesse do titular do direito e o próprio interesse público, uma vez que permite a alienação, empréstimo e venda em determinados casos, contribuindo, assim, para a disseminação de conteúdos. Por outro lado, é importante para a própria economia, uma vez que permite a proliferação de novos mercados. Nos EUA, esta doutrina foi articulada no caso *Bobbs-Merril Co. v. Straus*, em 1908, na Suprema Corte, que posteriormente levou o Congresso a codificá-la na Secção 106 do *Copyright Act*, de 1909.

Tal como o *Fair Use*, este princípio foi sempre alvo de manobras por parte da indústria no sentido de ser ignorado e, com o advento da era digital, as manobras estão sendo cada vez mais utilizadas e bem-sucedidas.

Com o advento da tecnologia digital e computadores pessoais, na década de 1980, as indústrias dependentes da proteção de Direitos de Autor ficaram preocupadas com a segurança de seus produtos, uma vez que, como sabemos, a tecnologia tornou fácil e de baixo custo a cópia e distribuição de conteúdo criativo *online*. Por ocasião da Emenda de 1980 ao *Copyright Act*, em que os *softwares* se tornaram eligíveis para a

proteção de Direito de Autor, a indústria criou um *lobby* no Congresso no sentido de se incluir uma exceção à *First Sale Doctrine*. Reconhecendo que a *First Sale Doctrine* permitia “empresas de alugueis a legalmente dispor de cópias legitimamente adquiridas de programas de computador”, e que *softwares* alugados poderiam ser facilmente copiados, o Congresso estabeleceu então como lei o *Computer Software Rental Amendments Act of 1990*, que emendou o §109 para proibir qualquer pessoa na posse de uma cópia particular de programa de computador de alugar ou emprestar a cópia para propósitos comerciais²⁶⁴.

Desta forma, através de relações contratuais consubstanciadas em licenças, e através da legislação, a indústria do *software* conseguiu, de forma bem-sucedida no começo da década de 1990, uma maneira legal de contornar a *First Sale Doctrine*.

Já anteriormente, durante a década de 1980, os estúdios de Hollywood tinham feito *lobby* para obterem restrições similares aos fonogramas e *softwares* para aluguel de cassetes de vídeos. Chegou mesmo a ser apresentada uma proposta, mas a oposição dos consumidores e da indústria de aluguel de vídeo tentou convencer o Congresso a abandoná-la. Como por fim Hollywood acabou tendo lucro com a própria indústria de aluguel, pois obviamente era das suas empresas que as lojas compravam as fitas, os receios acalmaram e o *lobby* foi abandonado²⁶⁵.

Por outro lado, uma série de instituições públicas e industriais devem sua existência a esta doutrina. Conforme refere a *American Library Association*, é esta doutrina que permite o empréstimo de livros²⁶⁶. Da mesma forma, negócios que lucram com compra, venda ou aluguel de suportes de conteúdo de segunda mão não poderiam existir sem esta doutrina. Negócios de aluguel de filmes e jogos²⁶⁷ compram esses suportes e posteriormente alugam esses itens aos consumidores.

Além das manobras utilizadas pela indústria no sentido de ignorarem este princípio, uma das dificuldades de ser utilizado é a falha da própria legislação, que atualmente não faz distinção entre cópias tangíveis e digitais. No entanto, há um grande debate acerca da aplicabili-

²⁶⁴ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, p. 665.

²⁶⁵ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, p. 665.

²⁶⁶ No mesmo sentido, Stephen McINTYRE. “Game Over for First Sale”, 15.

²⁶⁷ Tais como o antigo modelo de negócio da *Redbox*, *GameFly* e *Netflix*.

dade dessa doutrina a arquivos digitais, uma vez que nem a legislação nem os órgãos oficiais se posicionam claramente sobre esta questão.

Nos EUA, num relatório de 2001, o *Copyright Office* observou que as cópias tangíveis e digitais estão protegidas na Seção 109a. No entanto, este órgão deu a entender que as transmissões de arquivos digitais podem não estar protegidas por esta mesma Seção quando o proprietário original não apaga o arquivo do seu computador, antes de o compartilhar. Desta forma, o órgão não recomendou uma emenda à Seção 109 no sentido de ela englobar as revendas digitais. Esta discussão decorria da falta de certeza, nessa ocasião, acerca da possibilidade de através de dispositivos tecnológicos serem apagados os arquivos depois de compartilhados. Atualmente, apesar de já se saber que tal tecnologia é possível, até ao momento o *Copyright Office* ainda não se pronunciou²⁶⁸ sobre a sua definição, por alegar que não tem conhecimento de provas convincentes de problemas²⁶⁹.

Os académicos norte-americanos se dividem quanto aos benefícios da *First Sale Doctrine* no ambiente digital. Há quem entenda que o advento destes negócios baseados neste limite resultou em perda de lucros para os titulares de Direitos de Autor e que isso pode gerar menos criação de conteúdos no futuro²⁷⁰. Os indicadores mostram que, atualmente, os lucros da indústria do cinema estão estagnados e há quem culpe negócios inovadores legítimos, como a *Netflix* e a *Redbox* (nos seus novos modelos de negócio de aluguer de vídeo por *streaming*)²⁷¹. Nos parece que tal estagnação não se relaciona só com a mudança do analógico para o digital. Como vimos, desde o advento de tecnologias de cópia para os consumidores como as máquinas fotocopadoras e leitores de cassetes de vídeo, a indústria do conteúdo tem incessantemente lutado contra a *First Sale Doctrine* através de *lobbies*, esquemas de licenciamento e processos judiciais²⁷². Parece evidente

²⁶⁸ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, p. 663.

²⁶⁹ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, p. 57.

²⁷⁰ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, 662.

²⁷¹ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, (2012), 669.

²⁷² No mesmo sentido, Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 15.

que estes acadêmicos se baseiam em questões negociais, além de entrarem em contradição quando indicam que a indústria de Hollywood continua a ter lucros²⁷³.

Há ainda quem entenda que a aceitação da *First Sale Doctrine* seria a legalização da pirataria digital²⁷⁴, do que veemente discordamos. Primeiro, porque sempre existiu pirataria, desde o início da tecnologia de impressão²⁷⁵. Segundo, porque a questão vai muito além de uma simples legislação. Envolve questões de comportamento do consumidor, sentimentos de injustiça e, especialmente, dificuldade de acesso a conteúdos de forma legítima. Acreditamos que a *First Sale Doctrine*, pelo contrário, seria um mecanismo para prevenir a pirataria. O próprio histórico de contenda entre a indústria do conteúdo e as novas tecnologias, que vem desde há muito, mostra que as duas realidades podem coexistir e até complementarem-se.

Outra parte do meio acadêmico defende que a erosão da *First Sale Doctrine* no ambiente digital irá minar o equilíbrio pretendido pelo Direito de Autor^{276 277}.

Além disso, há estudos que indicam que os mercados de revenda acabam, na realidade, por beneficiar os produtores ao aumentarem oportunidades futuras de vendas e a consciencialização dos consumidores em relação aos produtos²⁷⁸. Considera-se que estes mercados secundários são benéficos para os consumidores, enquanto beneficiam da concorrência de preços²⁷⁹.

²⁷³ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, 667-668.

²⁷⁴ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, 672.

²⁷⁵ Adriana Tolfo OLIVEIRA. “Os Critérios Praticados pelo ECAD na Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais advindos das Obras Musicais”, p. 5.

²⁷⁶ Todd MOSLEY. *Mourning the Loss of Copyright Unsung Hero: Destruction of the First Sale Doctrine*.

²⁷⁷ No mesmo sentido, Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 9.

²⁷⁸ Ishihara MASAKAZU; Andrew CHING. *Dymanic Demand for New and Used Durable Goods without Physical depreciation: the case of Japanese VideoGames*, p. 30-31.

²⁷⁹ Contrário à percepção popular, a presença de um mercado de bens usados é benéfico para fornecedores também sob algumas condições (Hal R. VARIAN. “Reading Between the Lines of Used Book Sales”, (“[T]he used [book] market does not have a big impact in terms of lost sales in the new [book] market.”)).

No entanto, o que está ocorrendo é que os Tribunais norte-americanos têm decidido que a *First Sale Doctrine* apenas se aplica ao mundo analógico^{280 281}. Além disso, parece que, ao aceitarem as licenças²⁸² como tais, ou seja, ao admitirem que não existe uma verdadeira venda, os Tribunais têm conseguido se esquivar da árdua tarefa de se comprometerem com uma posição mais firme sobre a *First Sale Doctrine*.

Limitar a transferência dos arquivos digitais de qualquer conteúdo criativo pode sufocar os mercados em segunda mão, que oferecem conteúdo usado por uma fração do preço do mercado e, mais gravemente, colocam um ônus no empréstimo de bibliotecas²⁸³.

Eventualmente, o Congresso norte-americano terá que se posicionar sobre a expansão da *First Sale Doctrine* relativamente a arquivos digitais. Resta saber qual será o seu posicionamento. Há quem aposte que, em última análise, ficará por conta dos consumidores se informarem e votarem com suas “carteiras”²⁸⁴. No entanto, deve-se notar que este raciocínio não é tão simples em relação à situação das bibliotecas e das instituições correlatas.

Com algumas semelhanças, a *First Sale Doctrine* desenvolveu-se em paralelo no Direito Continental Europeu, sendo denominada “princípio do esgotamento”²⁸⁵.

No direito europeu há quem considere que este princípio está ultrapassado no ambiente digital devido ao crescente poder de controle do titular do direito da cópia sob posse do usuário²⁸⁶. Como princípio aplicável neste território, considera-se que o direito de distribuição

²⁸⁰ Todd MOSLEY. *Mourning the Loss of Copyright Unsung Hero: Destruction of the First Sale Doctrine*.

²⁸¹ Caso Capitol Records, LLC v. Redigi, Inc., 934 F. Supp2d 640, 656 (S.D.N.Y. 2013).

²⁸² Item 4.1.3, Capítulo III.

²⁸³ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, p. 57.

²⁸⁴ No mesmo sentido, Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 60.

²⁸⁵ Péter MEZEI. “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion on the Online Environment”, p. 23, par. 1.

²⁸⁶ Manuel Lopes ROCHA; Henrique CARREIRO; André LENCASTRE. *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto), Anotada e Comentada*, p. 29.

da cópia de um trabalho se “esgota” em relação àquela cópia particular quando o autor permite a venda dessa cópia²⁸⁷.

Conforme leciona Alexandre Pereira, no âmbito europeu há argumentos que defendem que esta teoria se baseia na teoria da segurança do tráfego jurídico e na teoria da recompensa, sendo esta última mais no ambiente digital. Segundo esta teoria, o princípio do esgotamento seria aplicável também neste domínio, uma vez que, aquando da primeira alienação da cópia da obra, o titular dos direitos teria a possibilidade de receber uma remuneração pela sua prestação espiritual, ficando nessa medida cumprido o fim do direito de distribuição. Todavia, contra esta perspectiva argumenta-se que, na transmissão digital, a utilização posterior do exemplar reproduzido não será de todo irrelevante, uma vez que poderá ser ilimitadamente reproduzido e transmitido a terceiros, não sendo possível ao titular dos direitos receber uma compensação adequada pela primeira venda, além de que, os direitos de aluguer ou comodato não se esgotam com a distribuição de exemplares corpóreos²⁸⁸. Cabe a ressalva de que este raciocínio pode estar desfasado, uma vez que atualmente já existem meios tecnológicos que permitem gerir a reprodução posterior da cópia digital, permitindo maior controle da utilização subsequente.

Ainda segundo este autor, o alargamento do âmbito do esgotamento é criticado pela generalidade dos autores, que recusam admiti-lo como princípio geral, devendo pelo contrário ficar confinado apenas às transações que envolvam a propriedade de exemplares corpóreos das obras no mercado interno²⁸⁹.

Há que ressaltar que, no direito europeu, este princípio tem um alcance mais complexo, por envolver o direito comunitário, o que significa que, se o titular de um direito de propriedade intelectual ou um terceiro com seu consentimento lançar no mercado de um Estado-Membro um produto que constitui uma exploração de um direito de propriedade intelectual, já não poderá opor-se a que tal produto circule livremente em toda a União. Ou seja, o titular não pode invocar

²⁸⁷ J. A. L. STERLING. *World Copyright Law*, p. 370.

²⁸⁸ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 512.

²⁸⁹ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 513.

o seu direito de distribuição para proibir a venda dessa mercadoria por um importador paralelo num outro Estado-Membro²⁹⁰.

Recorde-se que a transmissão digital²⁹¹ é global e não mais territorial, o que na União Europeia torna este princípio sem sentido.

Observa Alexandre Pereira que, nos termos do art. 4º da Diretiva Programa de Computador, o direito de distribuição na Comunidade esgota-se relativamente ao original ou às cópias de uma obra “quando a primeira venda ou qualquer outra forma de primeira transferência da propriedade desse objeto na Comunidade for realizada pelo titular do direito ou com seu consentimento”²⁹². Do teor literal da norma, conjugada com o preâmbulo da Diretiva, resulta que o esgotamento só se aplica à distribuição de cópias em suportes corpóreos, com exclusão do aluguel e do comodato. À luz destas observações, esclarece este autor, parece resultar que, sob o prisma da Diretiva, o esgotamento não se aplicará nem à cópia transacionada mediante comércio eletrónico direto, nem à cópia privada efetuada na sequência de acesso em rede a obras colocadas à disposição do público. O citado autor lembra ainda que, apesar do direito de distribuição poder ser afastado relativamente à cópia realizada nos termos de uma reprodução livre (art. 5,(4)), tal não sucederá relativamente a cópias obtidas por *downloads*.

Em suma, a distribuição eletrónica estaria considerada excluída da regra do esgotamento comunitário, e o comércio eletrónico direto parece beneficiar de um privilégio em relação ao comércio eletrónico indireto e ao comércio tradicional. Esta solução teria a seu favor razões de segurança jurídica. Defendem-na os que reconhecem analogia técnica e económica entre a distribuição física e a distribuição eletrónica, considerando-a, porém, “superficial”²⁹³.

Todavia, a questão está longe de ser pacífica. Em alternativa, sustenta-se que deveria também ocorrer o esgotamento se o fornecimento *online* substituir a distribuição de cópias tangíveis, isto é, se a *Internet* for usada meramente como meio de entrega, a distinguir da utilização em linha no âmbito dos contratos de prestação de serviços²⁹⁴.

²⁹⁰ Michael M. WALTER. *Distribution Right*, p. 997.

²⁹¹ Fazemos uma ressalva quanto a este termo que será esclarecido no Item 3.3, Capítulo V. Por enquanto utilizaremos desta forma, por ser o mais conhecido.

²⁹² Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 516.

²⁹³ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 517.

²⁹⁴ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 517.

Na jurisprudência europeia, a análise desta questão decorre há uma década e vários Tribunais já tiveram oportunidade de se pronunciar: inicialmente em relação ao *software* e, posteriormente, em relação a outros conteúdos criativos, tais como jogos, áudio-books e e-books²⁹⁵.

No caso *Oracle v. UsedSoft*, de 2012, o Tribunal aplicou o chamado princípio da equivalência *offline-online* ao interpretar a venda. Este princípio indica que o esgotamento se aplica a cópias intangíveis de *software* (e outros bens digitais) e a cópias tangíveis, pois a situação *online* é essencialmente comparável à situação *offline*²⁹⁶. O Tribunal de Justiça indica que a Diretiva Programa de Computador refere-se ao esgotamento sem especificar a forma como a cópia é vendida. Indica ainda que o método de transmissão *online* é o equivalente funcional ao fornecimento de um meio material²⁹⁷. Relativamente à categorização das licenças, este caso forneceu, ainda, linhas orientadoras que podem ser uma preciosa ajuda para perceber quais os casos em que o princípio do esgotamento é admissível no mundo digital, situação que teremos oportunidade de analisar mais substancialmente no capítulo próprio²⁹⁸.

No entanto, quando se trata de outros bens digitais (apesar da observação feita no caso *UsedSoft*), parece ser tendência dos tribunais alemães não aplicarem o princípio do esgotamento²⁹⁹, considerando que em tais casos o que ocorre é uma reprodução e não uma distribuição. Em alguns outros casos, os Tribunais entendem que ocorreu meramente uma comunicação ao público³⁰⁰.

Alguns casos ainda estão pendentes de decisão pelos Tribunais europeus, havendo grande expectativa quanto à direção que se irá tomar³⁰¹. A jurisprudência europeia ainda não parece ter formado uma

²⁹⁵ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”. p. 414.

²⁹⁶ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 415.

²⁹⁷ Péter MEZEI. “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion on the Online Environment”, p. 65.

²⁹⁸ Item 4.1.3, Capítulo III.

²⁹⁹ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 421

³⁰⁰ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 421.

³⁰¹ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 423.

convicção estável em relação a este assunto, havendo casos que pendem para a aplicação do esgotamento no mundo digital e outros que parecem negá-lo.

Por exemplo, um caso que ainda se encontra pendente e que se refere apenas à questão do princípio do esgotamento é o caso Tom Kabinet, que lançou na Holanda um *site* que permitia a venda e compra de *e-books* “usados”, legalmente adquiridos e livres de DRM, mas que foi ameaçado pela *Deutsch Publishers* com um processo judicial³⁰². Após negociações sem sucesso com a associação holandesa de editores, a associação fez o requerimento de injução preliminar contra o *site*, tendo o Tribunal competente recusado este pedido, indicando que não era evidente, dada a decisão do *UsedSoft*, que a revenda de *ebooks* fosse proibida pela lei europeia³⁰³.

No Brasil, esta doutrina é tratada como princípio da exaustão dos direitos. Lembra Denis Borges Barbosa que, com a venda, está cumprido o papel de se assegurar retorno ao investimento, e fica garantido o balanço constitucional de interesses e cumprida a equação da justiça. No entanto, o nascimento de técnicas de reprodução acessíveis aos consumidores acabou com tal equação³⁰⁴.

A Lei brasileira não é clara quanto à positivação desta teoria, nem mesmo no ambiente analógico, porquanto sua aceitação não é garantida nem pela doutrina, nem pela legislação³⁰⁵. A LDA não possui um dispositivo expresso sobre o princípio da exaustão. A sua aceitação só seria defensável através de uma interpretação teleológica do seu articulado.

Há quem defenda, como Denis Borges Barbosa, que a regra do artigo 93, II, da LDA que preserva para o produtor de fonogramas a faculdade de autorizar ou não a distribuição de exemplares da reprodução por meio de venda ou locação, constitui uma confirmação da

³⁰² Tom Kabinet pretendia guardar 20% da receita da venda de cada *ebook* vendido através do seu *site* num fundo de garantia para benefício do autor em causa.

³⁰³ Péter MEZEI. “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion on the Online Environment”, p. 65.

³⁰⁴ Denis Borges BARBOSA. “Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão dos direitos em direito autoral”.

³⁰⁵ O Projeto de Lei n. 3133/2012 estabelecia um dispositivo que determinava de forma expressa a exaustão dos direitos.

presença genérica da regra do esgotamento de direitos autorais para todos os demais casos.

Denis Borges Barbosa entende que a existência dessa explícita contemplação na lei é uma confirmação da presença genérica do princípio da exaustão, pois se a lei excepcionou a exaustão para essas hipóteses isso pode ser sinal da possibilidade de aplicação deste instituto como regra geral³⁰⁶.

Consideramos que tal interpretação poderá ser aceitável, embora passível de deixar margem a diversos questionamentos e, portanto, indicando uma falha da lei.

Não há jurisprudência nos Tribunais brasileiros confirmando a existência de um princípio da exaustão no país.

Por outro lado, Alexandre Pereira tem uma interpretação diferente, entendendo e, inclusivamente, elogiando o pioneirismo da lei brasileira, que estabelece no art. 29, inciso VII, “a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário”³⁰⁷. No entanto, há que ressaltar que o inciso VI deste mesmo artigo traz uma exceção ao direito de distribuição que deve ser observada, ao excluir o direito de distribuição quando intrínseco ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra.

Barbosa é de opinião que “a tentativa de estender ao *corpus mechanicum* os direitos exclusivos relativos à obra imaterial, impedindo por exemplo que o comprador de um livro ou disco o revenda ou empreste sem pôr em causa a utilização da obra imaterial, pode constituir abuso do direito exclusivo”³⁰⁸. Fazemos a ressalva de que a invocação desta teoria é de difícil aceitação pelos Tribunais. De facto, a questão da decisão sobre a possibilidade de aplicar estas doutrinas no ambiente digital não tem respostas simples. No entanto, entendemos

³⁰⁶ Denis Borges BARBOSA. “Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão dos direitos em direito autoral”.

³⁰⁷ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de autor e liberdade de informação*, p. 519.

³⁰⁸ Denis Borges BARBOSA. “Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão dos direitos em direito autoral”.

que uma ponderação deve levar em conta alguns fatores: se se destina a uso comercial, ou não; se o intermediário pode garantir que utiliza de forma efetiva a tecnologia *forward-and-delete*³⁰⁹; e, por fim, entendemos ser pertinente conceber um novo conceito de distribuição digital, necessário inclusivamente para outras questões pertinentes para o ambiente digital³¹⁰.

9. EXCEÇÕES PARA BIBLIOTECAS E ENSINO *ONLINE*

9.1 *BIBLIOTECAS*

As bibliotecas têm sido das instituições que mais impacto sofreram com o ambiente digital, uma vez que a existência delas depende dos Limites e Exceções da *First Sale Doctrine* e do princípio do esgotamento e exaustão; dependem também do *Fair Use, no caso específico dos EUA*; e ainda de exceções próprias estabelecidas nas leis de cada país.

Relativamente à aplicação da *First Sale Doctrine*/esgotamento/exaustão às bibliotecas públicas que utilizem recursos digitais, grande é o desafio atual já que estas, para efetuarem os empréstimos, sempre se apoiaram nestes princípios, desde o ambiente analógico. O advento de novas tecnologias trouxe questões com complexas soluções, que levaram a ponderar os mais diversos interesses envolvidos. Neste contexto, há quem alerte para o facto de que as bibliotecas digitais trazem o risco de desequilíbrio do sistema editorial, e que instituições intermediárias, tais como editoras, livrarias e bibliotecas, iriam perder sua importância ou iriam mesmo deixar de existir³¹¹. Alguns questionam se estas instituições irão assumir novos papéis ou se realmente se tornarão prescindíveis³¹².

Quanto a nós, entendemos que estas entidades terão necessidade de se reinventar, mas que subsistirão. Tal especulação se dá pelas se-

³⁰⁹ Item 7.1, Capítulo IV.

³¹⁰ Item 9, Capítulo V.

³¹¹ Cliff MCKNIGHT; Jack MEADOWS; David PULLINGER; Fytton ROWLAND. “ELVYN —Publisher and Library Working Towards the Electronic Distribution and Use of Journals”.

³¹² Como diz Barlow: “a frenzy of deckchair arrangement” on the slowly-sinking ship of copyright law” (J.P. BARLOW, “The new economy of ideas”).

guintes possibilidades: (i) se a coleção digital estiver acessível a todos os usuários, sem custos, e estes puderem utilizar os conteúdos disponíveis sem infringirem as leis de Direitos de Autor; (ii) se houver a possibilidade de empréstimos entre bibliotecas; e (iii) a estes usuários for permitida a execução de cópia privada de material visualizado – a consequência destas possibilidades é que a primeira venda da cópia digital para aquela biblioteca passa a ser a última venda no mundo digital³¹³. Tal especulação, em nossa opinião, parece olvidar os recursos tecnológicos de proteção. De fato, há o temor de que muitas pessoas poderiam visualizar as cópias da biblioteca, simultaneamente, por conta do rápido processamento dos computadores, que supera a visualização única por livro impresso no modelo tradicional. Ou seja, se o *download* do arquivo fosse permitido pela biblioteca com a mesma disponibilidade que as máquinas fotocopadoras, isso obviamente iria afastar a necessidade de compras individuais do texto do autor ou editor da obra, diminuindo, assim, a compensação advinda da publicação da obra. No entanto, cremos que as tecnologias de proteção são capazes de controlar tal possibilidade.

Autores e editores de livros impressos usualmente dividiam os custos de criação e disseminação destes produtos de informação pela venda de cópias individuais, algumas para pessoas, outras para bibliotecas e outras para instituições. Diante desta nova situação, sugere-se que se dividam os custos entre múltiplos consumidores no ambiente digital. Conseguir-se-ia tal solução cobrando aos usuários por cada acesso e/ou para cada tipo de uso das obras numa coleção da biblioteca digital, que poderia ser feito na base de taxas por unidade, ou tempo *online*, ou por *bytes*.

Desta forma, por qualquer serviço com valor agregado que possa ser fornecido para os usuários poder-se-iam obter receitas tanto para os editores como para os autores, assim como para a biblioteca.

Para impedir sérias erosões de tal sistema de receitas, estabelecer-se-iam algumas regras sobre as cópias e os conteúdos a que os usuários tenham tido acesso (ex: proibição da revenda)³¹⁴.

³¹³ Jane C. GINSBURG. “Copyright without walls? Speculations on Literary Property in the Library of the Future”, p. 107.

³¹⁴ Bruce A. LEHMAN. *Green Paper: Intellectual property and the national information infrastructure*.

Parece-nos que esta solução poderá ser adequada no contexto de “bibliotecas” privadas. Mas, o que dizer das bibliotecas públicas? Estas têm por fim o acesso à cultura e ao ensino, e nos parece que cobrar uma taxa poderá constituir um obstáculo ao seu acesso, ferindo, assim, princípios fundamentais. No entanto, existem outras soluções que podem ser muito mais adequadas para estas bibliotecas que não têm fins comerciais e que passam por uso de dispositivos tecnológicos de proteção. No entanto, conforme relata Machuco Rosa, o que está ocorrendo atualmente é que os livros eletrônicos também passaram a ser licenciados às bibliotecas, e não mais depositados ou vendidos, tendo como consequência a transferência do controle da utilização que antes era da biblioteca para passar a ser dos editores, que se têm mostrado muito reticentes em disponibilizar livros eletrônicos às bibliotecas públicas. Desta forma, são feitas licenças nos mesmos moldes daquelas usadas para o público consumidor em geral, embora algumas editoras tenham recusado inclusivamente esta solução. Outras estão adotando modelos de licenciamento geridos por uma fileira comercial: editor – distribuidor – biblioteca – leitor, cadeia esta acompanhada de contratos em cada um dos seus pontos de contato. Nesta relação, os distribuidores disponibilizam os livros na sua plataforma com um sistema de DRM incorporado³¹⁵.

Parece-nos um uso abusivo esta forma de licenciamento através de contratos de adesão que geralmente são utilizados para relações contratuais com consumidores finais. De facto, as bibliotecas, mesmo que não tenham fins comerciais, são usuários “normais”, ficando por isso prejudicadas por verem as suas relações contratuais limitadas a estes instrumentos, quando, na verdade, deveriam utilizar instrumentos contratuais que lhes permitissem negociação, obtendo, desta forma, melhores condições.

Além das condições gerais de licenciamento, os distribuidores utilizam ainda um dos três modelos ulteriores de licenciamento que prevêm as utilizações posteriores das quais os usuários da biblioteca poderão beneficiar: (i) perpétuo – um leitor de cada vez, ganhando a biblioteca um direito de acesso que, em alguns casos, pode expirar ao

³¹⁵ António Machuco ROSA. “Direito de Autor e Direito de Acesso: Os Livros Eletrônicos, as Bibliotecas Públicas e o Princípio do Esgotamento”, p. 152-157. Seguimos de perto esta obra nos parágrafos que se seguem.

fim de um certo número de leituras, apresentando um preço muito mais elevado do que o preço de venda do livro em formato tradicional (entre 20 a 100 vezes mais); (ii) subscrição – por tempo indeterminado, com acesso simultâneo a mais do que um indivíduo; (iii) pagamento por leitura (*pay-per-view*), em que o livro é alugado por um certo período de tempo e paga-se por cada leitura realizada e os termos da licença estabelecem quanto tempo o leitor tem para poder ler o livro.

Cumpre-nos observar que nenhum destes modelos permite a cópia privada, nem a impressão, nem o empréstimo entre bibliotecas. Outro problema é a falta de interoperabilidade entre as plataformas.

Por fim, ressalte-se que a limitação de empréstimos imposta pelas bibliotecas, no modelo tradicional, está relacionada com o limite físico, não tendo ligação com a lei. Ou seja, não existe um dispositivo legal que impeça os empréstimos simultâneos; estes são apenas limitados pelo próprio carácter físico das cópias. Contudo, entendemos que no ambiente digital, devido às características técnicas da obra, que permite reprodução técnica infinita, há necessidade de ressaltar que os empréstimos devem ser limitados; ou, então, a previsão de remuneração adequada, em nome da racionalidade económica, ou seja, do equilíbrio do Direito de Autor.

Em conclusão, somos capazes de identificar quatro desafios no que concerne às bibliotecas. O primeiro e o segundo dizem respeito à diferenciação entre as obras que já nasceram digitais e as obras impressas com as suas necessárias cópias (entenda-se: digitalização) para fins de preservação e empréstimos, quer a bibliotecas, quer aos próprios usuários. O terceiro desafio diz respeito às licenças atribuídas às bibliotecas, ou seja, ao facto de estas recorrerem a contratos de adesão e, desta forma, estarem ignorando as exceções. O quarto desafio relaciona-se com a delimitação do conceito de biblioteca – ou seja, existem bibliotecas públicas e outras privadas, e até admitimos que nem todas as privadas têm carácter comercial – e com impacto dos Limites e Exceções nos vários tipos de bibliotecas. Além destas categorias tradicionais, começam a surgir com a *Internet* plataformas que podem ter características próximas de uma biblioteca tal como a concebemos, mas cuja natureza deve ser cuidadosamente analisada pelo facto de que os Limites e Exceções têm de ser aplicados criteriosamente, conforme o caso.

9.1.1 TRATAMENTO NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS

No sistema norte-americano, são distintos os direitos usados para fornecer acesso a livros em bibliotecas e a recursos eletrônicos. Reside aqui uma das principais questões relativas às bibliotecas, uma vez que estas se apoiam na *First Sale Doctrine* para fazerem os empréstimos, tanto a usuários quanto entre bibliotecas. Contudo, as editoras e a indústria do entretenimento defendem que, no quadro da Seção 109, para obras impressas, o direito de distribuição das bibliotecas não deveria existir para obras eletrônicas, já que esta requer que uma cópia seja feita. Parece ser este o entendimento do DMCA ao modificar a Seção 108 para autorizar a produção de cópias digitais para arquivos e preservação, sem porém ir mais além. O direito de distribuição como arquivo digital ou cópia para substituição de uma obra análoga ainda requer autorização, de acordo com as mudanças feitas na Seção 108.

Há também uma conexão com a exceção do *Fair Use*, e o entendimento de que, ao invés de assumir que a cópia digital requer autorização independente, o Congresso deveria ter tomado a posição de que as cópias podem ser feitas no curso de uma transmissão legal, e que as cópias “incidentais” feitas para o exercício legítimo do direito de distribuição deveriam ser consideradas *Fair Use*³¹⁶. Não foi assim, no entanto, que o Congresso procedeu.

Assim, o que vem ocorrendo é que os acordos contratuais estão a substituir as cláusulas de acesso estabelecidas nas leis de Direito de Autor para o acervo digital das bibliotecas, convertendo-se em fonte imediata de autorização para arquivar, usar e distribuir obras digitais³¹⁷.

Por algum tempo as bibliotecas tiveram o direito de distribuição de cópias digitais de qualquer obra requerida, de acordo com as Seções 108 (d) e (e). Porém, para projetos de digitalização em massa, incluín-

³¹⁶ Caso *Sega Enterprises, Ltd v Accolade, Inc.* 977 F.2d 1510 (9th Cir.1992); O *Ninth Circuit* julgou que a produção de cópias intermediárias que fossem necessárias numa outra atividade legal (produção de um *software* concorrente mas que não infraia regras) é considerada “*fair use*”.

³¹⁷ Item 9.1.2, Capítulo II.

do o *Google Book Search*, a única fonte de autorização para distribuir as obras digitalizadas é o *Fair Use* ou a permissão do titular do direito.

O *Study Group* recomendou mudanças no *US Copyright Law*, seção 108, para as exceções para bibliotecas. O estudo entendeu que, para se ampliarem exceções disponíveis para bibliotecas no ambiente digital, é necessário definir com maior precisão os termos “biblioteca” e “arquivos”, bem como os respectivos requisitos. O *Study Group* recomendou duas novas exceções para facilitar a preservação digital, para obras publicadas que estejam “em risco” e para propósitos de preservação de conteúdo não restrito por registro ou controle de acesso. Estas recomendações, no entanto, estão focadas em preservar e não em aceder, ou pelo menos, não em acesso remoto³¹⁸.

Nota-se, no entanto, que o acervo adquirido originalmente em formato digital do qual façam parte artigos e *e-books*, é obtido sob licença. Subsiste, assim, a discussão sobre se os termos da licença substituem as exceções, conforme vimos.

Existe doutrina a sugerir que as bibliotecas deveriam incentivar a padronização de termos de transações para aceder a produtos de informação digital, por forma a assegurar o acesso público de forma razoável e em termos não discriminatórios. Além disso, as bibliotecas e as Universidades devem também experimentar darem aos autores uma alternativa às editoras convencionais, como forma de manterem os seus trabalhos disponíveis para usos educacionais e de pesquisa³¹⁹.

No âmbito europeu verifica-se haver ainda muito trabalho a fazer em relação a acervos digitais das bibliotecas. Primeiro, porque a questão da exceção continua a ser tratada pelas leis nacionais, resultando numa variedade de diferentes soluções. Segundo, porque as leis não concedem propósitos educacionais a bibliotecas (especialmente no ambiente digital), ou seja, não dão o tratamento preferencial que estas figuras das exceções para bibliotecas merecem.

³¹⁸ June M. BESEK. “The development of digital libraries in the United States”. p. 187-193.

³¹⁹ Pamela SAMUELSON. “The NII intellectual property report”, 21–27.

A maioria das exceções só beneficia bibliotecas e instituições educacionais tradicionais, referindo-se a fotocópias ou uso em “sala de aula”, falhando ao não englobar atividades digitais e *online*.^{320 321}

Como resultado de um cenário desigual e insuficiente, as bibliotecas e estabelecimentos educacionais se vêem obrigados a voltar-se para o licenciamento, a fim de cobrirem a maioria dos usos digitais, de forma que, em alguns casos, as licenças são obtidas para usos específicos, cobertos já para as exceções existentes.

As dificuldades práticas derivam em sua maioria tanto das incertezas legais como da dificuldade de se estabelecerem preços e condições para quaisquer dos usos não cobertos formalmente por uma exceção. Na prática, o que se tem visto é que as instituições educacionais e as bibliotecas são muito cautelosas e acabam procurando licenças desnecessárias.

Entende-se que deixar esta questão sob crivo somente privado de licenciamento confere às editoras grande poder de negociação e abre portas para eventuais abusos.

Alexandre Pereira traz à colação um caso, na Alemanha, em que o Tribunal de Munique, na sentença de 10/02/2007, decidiu que, tendo em conta a alteração no Direito de Autor germânico resultante da transposição da DSI, uma biblioteca pública que presta serviço de entrega de documentos, incluindo distribuição por correio eletrônico de artigos protegidos individualmente solicitados pelos seus utilizadores, infringe o sistema autoral, não sendo esta utilização abrangida pelo art. 53 da Lei de Direito de Autor relativo à cópia privada. Posteriormente, em 2009, o Tribunal de Recurso de Frankfurt a.M. decidiu que é permitido às bibliotecas públicas digitalizarem obras publicadas e disponibilizarem os ficheiros em terminais específicos situados nas suas instalações, mas já não podem facultar ao utilizador a realização de cópia digital dos materiais protegidos³²².

³²⁰ Raquel XALABARDER. “Digital Libraries in the current legal and educational environment: towards a remunerated compulsory licence or limitation?”, p. 230-251.

³²¹ O Relatório para Proposta de Reforma da DSI foca bastante sua atenção a esta questão.

³²² Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 183.

A ausência de uma exceção para projetos de digitalização em massa é bastante criticada pelos doutrinadores europeus e por avaliadores externos em estudos sobre os impactos das exceções na economia europeia, alertando-se, no entanto, para a necessária diferenciação de tratamento entre obras que estejam ainda em comércio – que devem ter uma compensação prevista – e obras fora de comércio³²³.

No Brasil, a ausência de uma exceção específica para as Bibliotecas, mesmo no ambiente analógico, traz uma enorme insegurança jurídica, sendo severamente criticada pela doutrina³²⁴.

Note-se que a Federação Internacional de Associações e Instituições Bibliotecárias (IFLA) vem liderando, desde 2009, uma campanha junto da OMPI para o estabelecimento de um tratado internacional que estabeleça exceções e limitações aos Direitos de Autor para bibliotecas e arquivos, visando em especial os países em desenvolvimento, e garantindo o acesso a conteúdos nos diferentes formatos e suportes. Pretende-se dar continuidade ao plano de trabalho já existente, que prevê a realização de discussões para a celebração de um instrumento com padrão internacional mínimo de exceções e limitações aos Direitos de Autor para bibliotecas e arquivos, que não possam ser substituídos por contratos privados³²⁵.

A digitalização e a tecnologia abriram portas a novas perspectivas para a preservação e o acesso a obras culturais. Diversas iniciativas vêm sendo implantadas, tanto nos EUA, quanto na União Europeia e no Brasil. A World Digital Library interliga acervos digitais de dezenas de bibliotecas mundiais com o apoio da UNESCO. A Biblioteca do Congresso dos EUA tem colaborações com outras instituições científicas e culturais.

Na União Europeia, o projeto Europeana tem tido grandes avanços, bem como o Projeto Gutenberg, a Gallica digital, da Biblioteca Nacional da França, a Brasileira, na Universidade de São Paulo e, em Portugal, a Biblioteca Nacional Digital e as Bibliotecas Digitais da Uni-

³²³ Julien BOULANGER; Alexander CARBONNEL; Raphael De CONINCK; Gregor LANGUS. *Assessing the Economic Impacts of Adapting Certain Limitations and Exceptions do Copyright and Related Rights in the EU. Analysis of Specific Policy Options*, p. 3.

³²⁴ Ronaldo LEMOS, et al. *Contribuição à Consulta Sobre a Reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98)*.

³²⁵ MINISTÉRIO DA CULTURA/FEBAB.

versidade de Coimbra³²⁶. Todas estas iniciativas vêm enfrentando problemas na tentativa de criação e preservação de seus acervos.

Como vimos acerca das bibliotecas tradicionais que pretendem oferecer acervos digitais, estas vêm enfrentando obstáculos que dizem respeito à indefinição da aplicabilidade da *First Sale Doctrine*/esgotamento/exaustão a conteúdos digitais, assim como em relação à cópia privada, que também ainda não se encontra delimitada neste ambiente e, no que concerne ao *Fair Use*, também existe a dificuldade de se aplicar este princípio já que este é aplicado em análise posterior e, obviamente, apenas nos EUA.

Relativamente à questão da *First Sale Doctrine*, a nossa posição, já expressa, é que ela deveria ser adaptada ao ambiente digital. No entanto, fazemos a ressalva de que a mesma se aplica em situações que envolvem interesses bastante diversos, ou seja, questões verdadeiramente económicas, tais como ofertas de conteúdo para entretenimento, e questões de acesso a conhecimento, como no caso de bibliotecas. Neste sentido, é compreensível que a aplicação deste princípio ao ambiente digital ainda esteja pendente, já que estão em causa interesses legítimos mas que envolvem análises e ponderações distintas. É por este motivo que vemos como solução possível uma exceção o mais restrita possível para bibliotecas, levando em consideração também questões económicas, permitindo a continuação da operação das instituições, e causando o menor dano possível ao titular de direitos. Lembramos que já existem dispositivos tecnológicos capazes de prevenir a utilização dos conteúdos na forma, quantidade, tempo, valor, etc., que o titular entender necessário, e que, por isso, grande parte dos receios dos titulares podem ser resolvidos através destes mecanismos.

Existe um estudo realizado por consultores externos da União Europeia que realça o impacto económico da imposição de exceções obrigatórias, revelando que existem efetivamente perigos na adoção de exceções obrigatórias. Contudo, não pretendendo contestar ou concordar com os argumentos económicos apresentados, é interessante notar que são apresentados também mecanismos alternativos às exceções como forma de se garantir o acesso ao conhecimento³²⁷.

³²⁶ Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 164.

³²⁷ Julien BOULANGER; Alexander CARBONNEL; Raphael De CONINCK; Gregor LANGUS. *Assessing the Economic Impacts of Adapting Certain Limitations and Ex-*

Além destas possibilidades apresentadas, entendemos que uma intervenção direta estatal também tem cabimento, sobretudo no âmbito de assuntos que dizem respeito às atribuições do Estado, nomeadamente, a educação e a cultura.

9.1.2 BIBLIOTECAS DIGITAIS PRIVADAS

Em âmbito privado estão sendo planejados e executados diversos projetos, tais como o *Internet Archive*, que estabeleceu uma parceria com a Biblioteca Alexandrina digital³²⁸. Um dos maiores projetos e, portanto, da maior importância, por ter sido também alvo de longa disputa judicial, é o projeto *Google Books* que se iniciou em 2002. Fazemos aqui já a ressalva de que a doutrina tem tratado este projeto como uma biblioteca digital. No entanto, após uma análise mais aprofundada, percebemos que este é um caso *sui generis*, pois envolve elementos que poderão efectivamente permitir a classificação como biblioteca, embora a determinação da sua natureza requeira extrema cautela. De facto, o *Google Books* tem, por um lado, a componente nobre de permitir o acesso a obras que se encontram no domínio público; todavia, e por outro lado, além de poder obter receitas com tais obras a partir da publicidade, por exemplo, existe ainda a componente de agregadora de livros digitais e de plataforma que agrega diversos distribuidores de livros, obtendo também receita por essa via, e diferenciando-se assim de uma biblioteca.

Google Books é um projeto pioneiro da empresa homónima que pretende digitalizar a literatura disponível a nível mundial. Para tanto, foram firmadas parcerias com Universidades e Bibliotecas Públicas. Como se verá, esta pretensão esbarrou em uma série de obstáculos legais, com consequências diferentes nos territórios aqui analisados, consoante o tratamento da natureza dos Limites e Exceções. Perante esta situação, o escopo do projeto foi sendo alterado ao longo de sua implementação³²⁹.

ceptions do Copyright and Related Rights in the EU. Analysis of Specific Policy Options, p. 4.

³²⁸ Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 164.

³²⁹ Clark D. ASAY. “Copyright’s Technological Interdependencies”, p. 221.

Em 2004, a *Google* anunciou acordos com algumas das maiores Bibliotecas de Investigação e com instituições de arquivo, estabelecendo o *Hathi Trust*³³⁰. Apesar disso, o projeto gerou muita controvérsia, nomeadamente, entre os titulares de direitos e diversas organizações a eles associadas, os quais alegam que a *Google* não obteve permissão para digitalizar as suas obras, ou seja, para criar uma cópia, violando por isso os Direitos de Autor.

Nesse sentido, em 2005, alguns editores e autores avançaram com processos judiciais por violações de Direitos de Autor, encontrando-se alguns desses casos ainda pendentes³³¹. Em 2006, as partes deram início às negociações com vista a um acordo, que ocorreu em 2008, denominando-se *Amended Settlement Agreement (ASA)*. Foi aprovado a título provisório, mas foi objecto de fortes objeções, cerca de quinhentas, provenientes de empresas como a *Amazon* e a *Apple*. Em 2011, saiu a sentença relativa a um dos litígios pendentes – uma ação coletiva – que naquela altura analisou o acordo ASA sob a ótica da concorrência³³².

No tocante aos conteúdos de obras em domínio público, neste projeto os usuários podem aceder e fazer o *download* do texto completo. Quanto aos outros títulos, a quantidade de texto a que o utilizador tem acesso está dependente do acordo feito entre a *Google* e o titular do Direito de Autor.

São três, portanto, as situações possíveis e distintas: (i) acesso ao livro digitalizado mediante pagamento dum determinado valor; (ii) *link* para aquisição de cópia física da obra; (iii) novamente o *link*, mas para aquisição do *e-book*. Estas duas últimas opções estão disponíveis na *Google Play Store*³³³.

A *Google* sempre se apoiou no facto de que tanto a digitalização de livros inteiros como a disponibilização de pequenos trechos dos livros para pesquisa do utilizador constituíam e constituem *Fair Use*.

³³⁰ Angel Siegfried DIAZ. “Fair Use & Mass Digitization: The Future of Copy-Dependant Technologies After Authors Guild v. HathiTrust”. p. 684.

³³¹ Clark D. ASAY. “Copyright’s Technological Interdependencies”, 223.

³³² Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 166-169.

³³³ How Google Books, GOOGLE BOOKS, <<https://support.google.com/books/answer/43724?hl=en>> (visitado em 28/09/2015).

Nesse sentido, ressalta-se o papel que o caso teve na definição da aplicação do princípio *Fair Use* no âmbito digital.

A *Google* tem alcançado importantes vitórias com seu argumento de que digitalizar e apresentar pequenos trechos de obras *online* constitui *Fair Use*. Os Tribunais entenderam que o uso é transformativo e que o projeto, além de trazer benefício para a sociedade, tem potencial para aumentar as vendas dos livros, ao contrário do que alegam as editoras.

Apesar de haver a possibilidade de uma reviravolta, em virtude dos litígios ainda pendentes, o Tribunal de 1.^a instância estabeleceu o que entende ser *Fair Use* na esfera digital: digitalizar inteiramente trabalhos que estejam protegidos por Direitos de Autor, colocando-os depois ao alcance de novos usos altamente benéficos, sem afetar negativamente o mercado da obra³³⁴.

À luz do caso em questão, alguns aspectos merecem ser analisados. Primeiro, deve-se questionar a legitimidade da *Google* para digitalizar as obras protegidas, que pode estar fundamentada com o facto de a empresa ter a pretensão de constituir uma biblioteca digital. Mesmo que este projeto configure uma biblioteca digital, as exceções a essa finalidade são restritivas em relação a usos comerciais. Logo, a única defesa será o *Fair Use*.

Segundo, há que analisar a questão relativamente aos pequenos fragmentos disponibilizados. Partindo do pressuposto de que a *Google* tem legitimidade para digitalizar as obras, com base no alegado *Fair Use* e na sua pretensão de ser uma biblioteca digital, parece então que os pequenos trechos disponibilizados constituem, de facto, *Fair Use*.

E por fim, o que aparentemente suscitava maior problema antes dos acordos era, em nosso entender, a questão da possibilidade de compra de uma versão digitalizada sem o consentimento do titular. Ou seja, ficava nesta questão a dúvida sobre o modo como o *Google* procedia à distribuição dos *royalties* decorrentes desta venda, não havendo prévio acordo com o titular. Tudo indica que os acordos com os titulares permitiu que esta questão ficasse resolvida.

Quanto às obras do domínio público, há que manter a cautela e a vigilância. Se, por um lado, a *Google* incorre em consideráveis custos para proceder a esta digitalização e disponibilização, e se é indiscutível o benefício deste projeto para o público, por outro lado, há que ter em

³³⁴ Clark D. ASAY. "Copyright's Technological Interdependencies", p. 224.

conta os rendimentos decorrentes da publicidade paralela à visualização das obras expostas e pertencentes ao domínio público.

Do ponto de vista da doutrina do *Fair Use*, chama a atenção o facto de, na análise da aplicação da exceção, não ter sido importante a questão da natureza comercial. Esta situação pode advir do facto de que os Tribunais já não consideram este fator como o mais relevante.

O fator que mais se levou em consideração e que foi primordial para a aplicação da doutrina foi a natureza transformativa do uso secundário, bem como o interesse público³³⁵.

Na União Europeia, a *Google* firmou acordo com cinco bibliotecas para discutir os benefícios do projeto. Até ao momento só digitalizou obras do domínio público e livros para os quais tenha negociado direitos de digitalização com os titulares.

O projeto enfrenta neste território dois grandes entraves: o primeiro, a natureza dos Limites e Exceções e a ausência de um princípio flexível; o segundo, a preocupação com questões concorrenciais, nomeadamente, com o projeto Europeia.

O Livro Verde de 2008 tem entre as suas preocupações a difusão dos conhecimentos no ambiente em linha para fins científicos, pedagógicos e de investigação, tendo em conta os Limites e Exceções mais relevantes para a difusão dos conhecimentos de acordo com a harmonização estabelecida pela DSI.

Porém, como já vimos, a lista de Limites e Exceções da DSI é bastante restritiva, uma vez que os seus Considerandos, em especial o Considerando 40, ainda realçam o perigo, para os titulares de direitos, de possíveis prejuízos maiores decorrentes da digitalização.

Além disso, a Comunicação COM (2009) 532 de 19.10.2009, publicada pela Comissão, levanta novamente a questão da digitalização em massa para preservação de arquivos e/ou para sua difusão. Conclui a Comissão que “segundo o atual quadro jurídico, as bibliotecas e os arquivos não gozam de uma exceção geral que lhes permita digitalizar integralmente as suas coleções (digitalização em massa), existindo apenas uma exceção que se limita a atos de reprodução específicos para fins

³³⁵ Kelly MORRIS, «“Transforming” Fair Use: Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.», p. 172.

não comerciais (DSI, art. 5º, 2º, c) e devendo as bibliotecas limitar as exceções à disponibilização das obras em linha nas suas instalações”³³⁶.

Um princípio flexível como o *Fair Use* poderia auxiliar a *Google Books* a proceder dentro das regras do Direito de Autor em território europeu.

Na ausência deste princípio, há quem entenda que o Tribunal de Justiça da União Europeia deve interpretar a regra dos três passos como um dispositivo de flexibilização³³⁷. No entanto, pode ser que esta não seja a solução pretendida pela União Europeia em termos concorrenciais.

Ao mesmo tempo, a proposta de Reforma da DSI tem entre as suas prioridades a maior flexibilização dos Limites e Exceções para fins de ensino e pesquisa, e aponta para a problemática conceitualização das instituições como públicas e privadas. Por fim, tanto os EUA como a UE devem decidir se instituições privadas com características tão *sui generis* como a *Google Books* podem efetivamente ser consideradas bibliotecas digitais.

A questão da importância de a digitalização³³⁸ ser feita por instituições com missão de serviço público, como a Biblioteca do Congresso ou instituições privadas como a *Google*, tem a sua razão de ser. Tal facto levanta questões de controle do conhecimento, porquanto a permissão de que uma empresa privada possa ter monopólio de facto sobre livros digitalizados poderá levar a um mecanismo de precificação anti-concorrencial³³⁹.

³³⁶ Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 166-169.

³³⁷ Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”, p. 185.

³³⁸ Muitas bibliotecas estão empenhadas em programas de digitalização das obras para tornar a sua coleção mais acessível. Cada vez mais, se um conteúdo não é encontrado *online* é considerado como não existente, pelos usuários. (Dame Lynne BRINDLEY. “Phoenixes in the internet era – the changing role of libraries”, p. 178).

³³⁹ Sobre questões concorrenciais, ver Travis HANNIBAL. “Estimating the Economic Impact of Mass Digitization Projects on Copyright Holders: Evidence from the Google Book Search Litigation”. Ainda, James GRIMMELMANN. “The Elephantine Google Books Settlement”, p. 497-520. Frank MÜLLER-LANGER; Marc SCHEUFFEN. “The Google Book Search Settlement: a Law and Economic Analysis”, p. 7-50.

9.2 *ENSINO ONLINE*

O Ensino *online* é uma realidade que se tornou possível com a nova tecnologia digital. Este tipo de ensino pode ter duas vertentes: ao vivo, ou a pedido, através da tecnologia *streaming live* ou *on demand*. A definição mais simples e fundamental do conceito de ensino *online* é a de uma forma de educação em que os estudantes estão separados de seus instrutores no tempo e/ou no espaço³⁴⁰. Esta definição, apesar de aparentemente simples, pode levar a diversas interpretações e conceitualizações³⁴¹.

A exceção ao Direito de Autor para fins de educação decorre da defesa dos direitos fundamentais, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Já a Convenção de Berna fornece duas exceções que podem afetar o ensino digital: (i) a exceção para propósitos de educação e (ii) a exceção imperativa para citação. Estabelece ainda a Convenção que os países signatários podem introduzir qualquer outra exceção ao direito de reprodução desde que sigam o teste dos três passos. Note-se que as exceções não são obrigatórias, no sentido de que os países não são obrigados a adotá-las em suas legislações nacionais.

Por algum tempo chegou-se, no entanto, a questionar se a exceção para fins de ensino, inicialmente idealizada para o ambiente analógico, também se aplicaria à educação *online*. Apesar de a disposição da Convenção de Berna ser ampla, a maioria dos países em suas legislações nacionais limitaram de forma significativa o escopo desta exceção³⁴².

O ensino *online* pode ter lugar através de atividades envolvendo o uso de conteúdos preexistentes protegidos pelo Direito de Autor, ou através de atividades que envolvam a criação e subsequente exploração de obras concebidas para a instrução levada a cabo em sessões online. As maiores questões ocorrem no primeiro grupo³⁴³.

³⁴⁰ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 2.

³⁴¹ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 6.

³⁴² Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 7-8.

³⁴³ Raquel XALABARDER. “Copyright exceptions for teaching purposes in Europe”.

Da mesma forma que nas bibliotecas, uma instituição de educação tem, neste âmbito, duas opções: ou obtém licenças para conteúdos existentes, ou se apoia em exceções. Um dos grandes entraves à adaptação desta exceção ao ambiente digital é que a educação *online* é um mercado novo e potencialmente lucrativo, e não deve haver conflito com a normal exploração da obra.

Impõe-se, portanto, analisar se a exceção não poderá entrar em concorrência económica com os autores, e considerar o risco, não só dessa concorrência, como também de se disponibilizarem para o público obras que podem levar a usos em massa não autorizados³⁴⁴.

9.2.1 TRATAMENTO DO TEMA NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS

Na União Europeia, a exceção para fins de educação é tratada na DSI, Artigo 5 (3) (a), que estabelece a utilização unicamente com fins de ilustração e para efeitos de ensino ou investigação científica, desde que a fonte seja indicada e na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido. Esta terminologia é criticada por não ter havido clarificação quanto ao que se considera de natureza “comercial”, tanto mais que a maioria dos cursos envolvem contrapartidas financeiras³⁴⁵. O artigo 5 (3) (a) não impõe condições em relação à natureza das obras permitidas para propósitos de ensino. No entanto, o artigo não esclarece que instituições podem invocar a limitação em questão, e não menciona as categorias permitidas (ex: universidades, escolas, etc). Só o Considerando 42 oferece alguma luz em relação a esta questão, esclarecendo que a estrutura organizacional e os meios de financiamento não são fatores decisivos, porquanto o que é considerado é a natureza não comercial da atividade educacional e a natureza não comercial do estabelecimento. Esta exigência é criticada pela doutrina³⁴⁶.

Observa-se, ainda, que nesta exceção não estava explicitado ela envolver também o ensino *online*, e, diante desta falha, o Memorando

³⁴⁴ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 12-13.

³⁴⁵ Raquel XALABARDER. “Copyright exceptions for teaching purposes in Europe”, p. 8.

³⁴⁶ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 18.

Explanatório que acompanha a Proposta da DSI confirma sua aplicação para o novo ambiente digital.

Entende-se que a exceção se aplica tanto a atos de reprodução (temporária) quanto de comunicação ao público, não sendo claro, no entanto, se se aplica a *downloads* para usos privados dos alunos, especialmente considerando a dificuldade de se conceituar “usos privados”³³⁶.

Alguns Estados Membros deram uma interpretação estrita à exceção e outros nem sequer a introduziram em suas legislações. Em alguns Estados Membros, como a Dinamarca, Finlândia, Suécia e França, o uso das obras para fins educacionais está sujeito à conclusão de extensivos acordos coletivos entre as sociedades de gestão coletiva e estabelecimentos educacionais. Este sistema tem algumas vantagens, mas cria também alguma incerteza legal para os estabelecimentos de ensino, devido ao risco de falta de acordo entre as partes. Alguns países prevêem a exceção apenas para o direito de reprodução. E, como ressalta Silke Ernst, há ainda países que introduziram de forma dúbia as regras em suas legislações domésticas, ao ponto de não ser possível determinar as suas reais intenções³⁴⁷.

As diferentes formas como os Estados Membros incorporaram a exceção em suas legislações nacionais originam uma série de implicações negativas³⁴⁸.

À luz do artigo 6 (4), que determina que na ausência de medidas voluntárias pelos titulares de direitos com que se garante aos usuários o exercício do direito a limites e exceções, alguns Estados Membros devem tomar medidas para assegurar que os titulares obedecem à regra. No entanto, a DSI não define “medidas apropriadas”. Alguns Estados Membros interpretaram esta disposição de formas diferentes: alguns estabeleceram um mecanismo de resolução de conflitos ou mediação (Finlândia, Dinamarca, Estônia, Grécia e Hungria), outros (França) criaram uma autoridade administrativa de forma a impedir o abuso de tais medidas pelos titulares, e outros ainda (Bélgica, Alemanha, Espanha e Irlanda)³⁴⁹ recorrem aos Tribunais.

³⁴⁷ Silke ERNST; Daniel HÄUSERMANN. “Teaching Exceptions in European Copyright Law – Important Policy Questions Remain”, p. 6-7.

³⁴⁸ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 20.

³⁴⁹ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 25.

O subparágrafo 4 do artigo 6 (4) ainda traz alguma confusão: as disposições legais sobre as medidas de proteção não devem ser aplicadas a obras disponíveis ao público através de acordos contratuais, de forma que os membros do público possam aceder-lhes num lugar e num tempo escolhido por eles. Esta disposição limita a possibilidade de Estados Membros intervirem no ambiente *online* e tomarem as medidas apropriadas descritas no artigo 6 (4) (1) e (2) da DSI. O Considerando 53 especifica que as formas não interativas de usos *online* devem permanecer sujeitas a estas disposições legais (artigo 6 (4) 1 a 3). As formas não interativas de uso *online* podem ser: *webcasting*, *web radio* e transmissões similares)³⁵⁰.

Por fim, há que destacar o sistema alemão, que prevê uma exceção relativa ao acesso à *Internet* para fins de ensino e pesquisa científica, permitindo desta forma aos usuários um acesso de considerável amplitude, e que ao mesmo tempo delimita cuidadosamente as hipóteses possíveis. Temos aqui um exemplo de como se permite a disponibilização pública, tendo em atenção qual a fruição subsequente³⁵¹.

No entanto, como se pode ver, esta falta de harmonização entre os Estados Membros constitui um obstáculo a que o espaço territorial europeu possa verdadeiramente oferecer um ambiente de ensino transnacional³⁵².

Nos EUA, como vimos, a doutrina do *Fair Use* permite a cópia para fins de ensino, estudo, pesquisa e críticas. Em princípio, o ensino *online* enquadrar-se-ia nesta exceção, desde que atendidas todas as regras do *Fair Use*.

Além disso, o *Copyright Office* apresentou recentemente um relatório recomendando alterações no DMCA, e sugerindo que os legisladores tornem as leis mais claras a fim de se diminuir a separação entre salas de aula tradicionais e de ensino *online*. Foi ainda sugerido que se disponibilizem senhas que proporcionem aos estudantes acesso a materiais com Direitos de Autor protegidos, devendo ser removidos

³⁵⁰ Maria Daphne PAPADOPOULOU, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, p. 25.

³⁵¹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A Tensão entre os Limites do Direito e as Medidas Tecnológicas e Outras Relativas à Informação e à Gestão dos Direitos”, p. 83.

³⁵² Silke ERNST; Daniel HÄUSERMANN. “Teaching Exceptions in European Copyright Law – Important Policy Questions Remain”, p. 17.

dos computadores e servidores quando se tornem desnecessários. Ressalta, porém, que as exceções para fins didáticos em leis de Direitos de Autor devem só ser conferidas a instituições sem fins lucrativos.

O que se discute atualmente é a possibilidade de copiar trabalhos divulgados *online*, porquanto qualquer modalidade de reprodução na era digital se torna imediatamente uma distribuição, tendo em vista a discussão ainda em curso acerca da configuração de um direito de reprodução pelo simples facto de uma obra estar no ecrã de um computador ou de vários simultaneamente³⁵³.

Além das exceções taxativas, foi promulgado em 2002 o *Technology, Education and Copyright Harmonization Act*, conhecido como *Teach Act*, para permitir o uso limitado de material protegido, em educação *online* ou em qualquer outra “transmissão” de conteúdo protegido para estudantes. Esta disposição ficou codificada na Seção 110 (2) do *U.S. Copyright Act*. Observe-se que o *Teach Act* se aplica somente a transmissões digitais.

Pode-se também evocar o *Fair Use*, no caso de cópias. A lei é especialmente rigorosa em relação ao *upload* de materiais para *sites*, transmitidos digitalmente, e cujo *download*, transmissão e alteração sejam fáceis de realizar.

Apesar de o *Teach Act* ser claramente um sinal de que o Congresso reconhece a importância da educação *online*, há quem critique nesta legislação a abrangência muito limitada e a sua visão de que a educação *online* é algo ainda meramente acessório onde os estudantes podem aceder a cada “sessão” num período de tempo prescrito.

A noção de *class session* levantou diversas questões, significando, em geral, que o estudante que acede devidamente ao material não poderá manter o acesso a cópias depois de sair da conta. Outra ambiguidade do *Teach Act* relaciona-se com o conceito de “porções” das obras audiovisuais. A lei não dá um significado, mas um relatório do *Congressional Research Service* indica que, em alguns casos, pode ser utilizada uma obra inteira. Deve ser levada em consideração para o tipo de obra a natureza do mercado e os propósitos instrucionais.

A doutrina critica no *Teach Act* os seguintes pontos: estabelece implicitamente um papel para a instituição de educação; cria responsabilidades susceptíveis de recaíem sobre os instrutores, levando as ins-

³⁵³ Itens 2 e 3, Capítulo V.

tuições a imporem restrições ao acesso; ao mesmo tempo, desenvolve novas políticas e dissemina informações sobre o Direito de Autor. Por outro lado, o *Teach Act* isenta a instituição da responsabilidade que possa resultar de cópias temporárias ou transitórias. Além disso, a lei não permite que se mantenha no sistema conteúdo disponibilizável aos estudantes por um período maior do que o razoavelmente necessário para facilitar a transmissão digital³⁵⁴.

Algumas obras são explicitamente excluídas do âmbito de abrangência da lei: obras que são comercializadas originalmente para comunicação ou disponibilização como parte de atividades educativas transmitidas via rede digital, com o objetivo de proteger o comércio de material educacional; e comunicação pública ou disponibilização de cópias que não tenham sido adquiridas legalmente.

O *Teach Act* inclui a proibição de se converterem materiais em formato analógico para o digital, exceto quando a quantidade convertível se limita às obras que podem ser propriamente feitas ou disponibilizadas, ou quando uma versão digital não esteja disponível para a instituição, ou a versão digital esteja disponível mas protegida por DRM.

Por fim, observa-se que um ponto fraco da lei foi não ter mencionado bibliotecas, o que, na opinião de alguns, impede o aparecimento de serviços inovadores desta natureza, que poderiam ser úteis para se encontrarem oportunidades de formatar programas de educação *online*³⁵⁵.

Apesar das críticas, entende-se que este instrumento legislativo é um sinal claro do reconhecimento da necessidade de equilibrar interesses de bibliotecas e de alunos, de um lado, e titulares de direitos, de outro³⁵⁶.

No Brasil, como vimos, as limitações e exceções aos direitos exclusivos estão previstas nos artigos 46 a 48, da LDA, com vista a permitir que esses direitos não impeçam o acesso à cultura ou ao livre fluxo de ideias dentro da sociedade. Garante-se, por exemplo, a reprodução de pequenos trechos para fins não lucrativos, didáticos, de crítica ou debate. A atual LDA não prevê expressamente uma isenção

³⁵⁴ Kristine H. HUTCHINSON, “The Teach Act: Copyright Law and Online Education”. 2204-2240.

³⁵⁵ Kenneth D. CREWS. “Copyright Law and Distance Education: Overview of the Teach Act”.

³⁵⁶ Laura N. GASAWAY. “Balancing Copyright Concerns: the Teach Act of 2001”, p. 82.

específica para a educação, como fazia a lei anterior no artigo 49, I, “a” (Lei 5.988/73). Apesar desta ausência, permanece o entendimento de que a reprodução e divulgação de obra para propósitos de ensino, estudos ou pesquisa, continua sendo excluída do âmbito do direito do autor. Este entendimento busca fazer uma analogia com a doutrina do *Fair use*. O problema da questão da exceção para fins de ensino, no Brasil é que o ordenamento jurídico vigente refere-se apenas a “pequenos trechos” (art. 48, VIII), deixando a questão aberta à livre interpretação e criando grande incerteza jurídica no ambiente acadêmico. Além disso, resta a questão quanto à possibilidade de utilização desta exceção por entidades privadas³⁵⁷.

Neste sentido, parece evidente a necessidade de construção neste país de uma política de Direitos de Autor para o ensino *online*, bem como uma flexibilização da função social destes direitos, possibilitando a redução dos riscos de problemas jurídicos para as partes interessadas.

Repare-se que o acima exposto diz respeito ao ensino tradicional. Relativamente ao ensino *online* a lei é omissa, até porque, como vimos, ela não trata sequer da realidade digital, e o Anteprojeto que iria supostamente tratar dessa questão foi arquivado.

10. A CÓPIA PRIVADA

O limite da cópia privada é a permissão de reprodução atribuída ao particular na mira do uso privado, não coletivo, nem comercial. Inicialmente, os problemas conexos com a cópia privada digital diziam respeito a conteúdos digitais, como o CD, DVD e o disco rígido, e foram potenciados no contexto da *Internet*, devido à ausência de um suporte tangível³⁵⁸, pelo menos na concepção tradicional, que entende que as reproduções na *Internet* não têm um suporte material³⁵⁹.

A cópia privada é um dos limites que mais têm causado no ambiente digital. Há quem afirme que, em geral, a cópia privada não pa-

³⁵⁷ Maria do Carmo D. FREITAS; Helenara Braga AVANCINI; João E. CASTRO. “A propriedade intelectual e o ensino à distância na Internet: o que diz a Legislação Brasileira?”.

³⁵⁸ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 186.

³⁵⁹ Item 2, Capítulo V.

rece se conciliar bem com o fenómeno da digitalização, especialmente por conta das medidas tecnológicas de proteção que estão sendo utilizadas de forma a impedir esta cópia de forma praticamente absoluta³⁶⁰, tanto para uso comercial, como agora também para usos não comerciais.

A natureza deste limite é controversa, havendo mesmo quem considere que nem sequer constitui uma exceção, por se situar fora do âmbito do Direito de Autor e, neste sentido, não precisar de consentimento^{361 362}. Em sentido contrário, Dário Moura Vicente indica que o uso privado está incluído no Direito de Autor, e constituindo um mecanismo na tão importante procura do justo equilíbrio do sistema³⁶³. A definição da sua natureza baseia-se no de este limite tocar em questões como o uso para fins de educação e disseminação de conhecimento, na questão da privacidade e, conseqüentemente, em questões que ultrapassam o âmbito do Direito Privado³⁶⁴.

10.1 TRATAMENTO DO TEMA NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS

A União Europeia tem colocado em dúvida este limite desde as Diretivas Software e Base de Dados e, partindo desta mesma premissa no Livro Verde que precedeu à DSI³⁶⁵, o legislador comunitário não estabeleceu uma linha clara na hora de regular a cópia privada, limitando-se a oferecer alternativas distintas aos legisladores nacionais que lhes permitam tomar suas decisões finais (art. 5.2 b), e estabelecendo-lhes o cumprimento de uma série de pautas (art. 6.4, parágrafos

³⁶⁰ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 169.

³⁶¹ Rui PINTO. *Obras não Protegidas, Uso Privado, e Utilizações Livres, Contributo para Estudo do seu Regime, Relatório do Seminário de Direito da Sociedade da Informação*, p. 56.

³⁶² Oliveira Ascensão parece inicialmente ter este entendimento em José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1992, p. 198. Porém, em obra posterior parece adotar outro entendimento em IDEM. “O Fair Use no Direito Autoral”, p. 90.

³⁶³ Dário Moura VICENTE. “Cópia Privada e Sociedade da Informação”.

³⁶⁴ Cláudia TRABUCO. “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital. Reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, p. 35 e 37.

³⁶⁵ A tentativa de harmonização já vinha ocorrendo desde 1995, que, no entanto, foi mal sucedida devido às divergências entre os Estados Membros sobre o tratamento, que se mostraram, à época, impossíveis de serem superadas.

2 e 4)³⁶⁶. Na linha das demais exceções, os Estados Membros não são obrigados a adotar este limite.

Tem-se associado a cópia privada a uma compensação equitativa dos titulares de direitos³⁶⁷, o que revela a íntima relação do problema da cópia privada e dos sistemas de remuneração com a faculdade de os titulares de direitos utilizarem medidas tecnológicas de proteção.

Portanto, e mais uma vez, o facto de ser um limite voluntário não se coaduna com o desejo de harmonização das leis europeias³⁶⁸.

A DSI permite que os Estados Membros adotem suas limitações, incluindo sobre a cópia privada, mas não limita claramente o seu *status* legal, o seu âmbito e força legal, tanto em relações contratuais como na utilização de DRM para impedir a cópia privada³⁶⁹.

Apesar de tender mais para um futuro controlado pelo DRM do que o atual sistema de taxas de compensação³⁷⁰, a DSI instrui os Estados Membros a permitirem a cópia privada, tendência que nos parece mais justa para com o próprio consumidor. Atualmente, a DSI não determina explicitamente o sistema como forma de compensação, mas as taxas permanecem a forma mais comum de remuneração na União Europeia.

A ideia de que o DRM pode efetivamente superar falhas de mercado tem fundamentado as disposições legais da DSI. Nesse sentido, o seu artigo 5 (2) (b), assim como o artigo 9 (2) da Convenção de Berna,

³⁶⁶ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 171; e Francisco Javier CABRERA BLÁZQUEZ. “Regulación de la Cópia Privada a Nivel Europeo y Jurisprudencia Reciente en Materia de Redes P2P. Autor y Derecho”, p. 2.

³⁶⁷ Através de taxas que são impostas a equipamentos de reprodução (seja na manufatura, seja na importação) (ex: gravadores de video e tocadores de MP3) e/ou arquivo vazio (ex.: CDs e DVDs virgens). As taxas em geral têm sua base legal nas normas nacionais sobre cópia privada, que requerem compensação justa aos detentores de direitos. Sistemas de taxas de compensação existem na maioria dos Estados Membros mas variam consideravelmente em relação a tarifas e âmbito.

³⁶⁸ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 172.

³⁶⁹ Natali HALBERG; Bernt HUGENHOLTZ. “No place like home for making a copy: private copying in European Copyright Law and Consumer Law”, p. 1063.

³⁷⁰ A Comissão Europeia mostrou sua preocupação quanto a este sistema, que não parece estar levando em consideração as alterações ocorridas no ambiente digital, conforme ficou evidente na *Copyright Levies Reform*. Cláudia TRABUCO. “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital. Reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, p. 53; Javier Cabrera BLÁZQUEZ. “Digital Rights Managements Systems (DRMs): Recent Developments in Europe”, p. 4.

instruem os Estados Membros a preverem um sistema de compensação pela cópia privada e que o cálculo do montante para compensação justa para atos de cópia privada digital levem em conta a aplicação, ou não, de medidas tecnológicas de proteção. Assim, gradualmente, os dispositivos tecnológicos de proteção estão substituindo taxas para cópias privadas que se tornaram cada vez mais obsoletas.

O carácter necessário desta compensação se deduz do Considerando 35. No entanto, os termos ambíguos da DSI deixaram a interpretação livre para o Tribunal de Justiça Europeu³⁷¹.

Um outro problema envolvendo esta questão é que as regras sobre cópia privada na DSI não se referem diretamente a usos transformativos. Apesar de algumas disposições legais na DSI permitirem aos Estados Membros estabelecer tais usos não transformativos, como a citação e a paródia, a DSI trata a cópia privada principalmente sob a ótica do consumo.

No ponto relativo à não previsão de utilização de obras para propósitos transformativos, consideramos ser esta uma falha grave do sistema europeu, em virtude principalmente de ser esta possibilidade uma das maiores válvulas de escape para a manutenção do processo criativo, nomeadamente, para o aproveitamento de obras existentes em vista da criação de novos conteúdos criativos. Como já observámos, através do *Fair Use*³⁷², o sistema norte-americano procura – ainda que timidamente – manter o critério do uso transformativo, que tem sido levado em consideração na avaliação da aplicação desta doutrina em âmbito digital.

Uma outra restrição a esta limitação é o Artigo 5 (5) que determina, por razões económicas, a obediência ao teste dos três passos. Matéria de muita especulação, e eventualmente para o Tribunal de Justiça decidir, é a questão de saber se um limite genérico à cópia privada obedece aos limites deste teste. Tem-se questionado no ambiente digital, onde os

³⁷¹ O caso *Padawan Sl. vs Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* levou o Tribunal a analisar a compensação justa, com a presunção de que os fabricantes e importadores de tais dispositivos tecnológicos poderiam facilmente repassar os custos para os indivíduos que adquirissem os dispositivos de reprodução digital (Jaclyn KAVENDEK. “The Positive and Negative Consequences of the European Union Court of Justice’s Amazon Decision on International Private Copying and America”, p. 801) e caso *Amazon.com International Sales, Inc. v. Austro-Mechana*, que teve que lidar com a questão da duplicidade de cobrança em mais de um Estado Membro (*ibid.* 810).

³⁷² Como no caso *Google Books*, por exemplo.

usuários podem fazer cópias de forma extremamente simplificada, se a cópia privada se pode qualificar como “um caso especial”.

Por outro lado, o Artigo 6 (4) busca assegurar que os usuários de obras protegidas possam beneficiar das limitações estabelecidas na DSI, apesar das medidas de proteção tecnológica. Os Estados Membros podem, mas não são obrigados a estender esta regra “permissiva” à exceção da cópia privada, o que vários países de facto não fizeram. Nesses países, os consumidores que não puderem realizar uma cópia recorrem aos tribunais, a agências governamentais especiais, ou à intervenção governamental direta para assegurarem que as cópias possam realmente ser feitas. Mesmo em relação à determinação de conteúdos isentos existe ainda divergência. Na Itália, por exemplo, a limitação restringe-se a cópias de gravação de som ou obras audiovisuais, enquanto outros países consideram que ela se aplica a todos os conteúdos³⁷³.

Por exemplo, a recentemente revisada Lei de Direito de Autor Francesa, estabelece uma autoridade especial que tem como competência regular as medidas de proteção tecnológicas. Por outro lado, esta autoridade tem o poder de arbitrar disputas e determinar o número mínimo de cópias privadas autorizadas, dependendo do tipo de obra protegida.

Os instrumentos legais articulados no Artigo 6 (4) da DSI não podem ser usados em obras protegidas *on demand* por medidas de proteção tecnológicas que sejam objeto de contratos acordados. Como o conteúdo protegido em geral é oferecido *online* no quadro de instrumentos contratuais de adesão, esta exceção passa efetivamente por cima da regra.

Os titulares podem usar medidas de proteção tecnológicas para controlar o número de reproduções permitidas, de acordo com os Artigos 5 (2) (b) e 5 (5).

Enquanto a maioria dos países permite algumas regras sobre cópia para uso privado, no Reino Unido e na Irlanda esta é, em geral, considerada infração.

A maioria dos Estados Membros tratam a cópia privada como um simples benefício atribuído ao usuário, mas alguns países, como a Bélgica e Portugal, deram o *status* de direito ao imunizar a cópia pri-

³⁷³ Sari DEPREUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 53.

vada contra regras contratuais que estabeleçam o contrário³⁷⁴. Outros países, como a França, Itália e Espanha, atribuíram força à limitação no que concerne a medidas de proteção tecnológicas.

Como o Direito europeu tem tratado muitas questões de Direito de Autor sob a ótica do Direito do Consumidor, a análise deste sistema baseia-se em princípios consumísticos. Surgem assim algumas questões, nomeadamente, sobre a expectativa legítima dos consumidores, sobre o teste de justiça dos termos contratuais, e sobre as regras acerca da informação aos consumidores. O problema desta abordagem reside no facto de ela se prestar largamente à interpretação, havendo pouca jurisprudência definindo se os consumidores têm direito a fazer cópia privada.

Como resultado deste tratamento voltado mais para a ótica do consumo³⁷⁵, gera-se, mais uma vez, a falta de harmonização e a diferenciação no tratamento por parte dos ordenamentos nacionais. A lei alemã, por exemplo, como forma de compensar esta propensão à proteção do consumidor e a consequente ausência de proteção para as demais questões, é mais generosa em relação a cópia privada para propósitos de estudo e pesquisa do que, por exemplo, para questões puramente consumísticas, tais como fitas, cassetes e programas de TV.

O facto de alguns considerarem que os dispositivos de proteção tecnológica ainda não eram tecnologias capazes de garantir a proteção eficaz contra a cópia indevida, levou que as taxas se estendessem a suportes digitais como CDs e DVDs. Assim, para alguns, enquanto não se encontrar um funcionamento plenamente efetivo destas medidas de proteção, persistirá o argumento de que o limite à cópia privada tem o seu fundamento nas imperfeições do mercado.

³⁷⁴ Item 7.2, Capítulo II.

³⁷⁵ A questão da cópia privada sob a ótica do consumidor parece estar presente na análise da sua expectativa, bem como na questão da informação correta, ou não, que lhe é transmitida. Ou seja, se quando se adquire um conteúdo digital são indicados os seus direitos ou a ausência dos mesmos. Pesquisas com consumidores têm demonstrado que realizar cópias para uso privado com propósitos sociais (compartilhar com amigos e família), fazer cópias de segurança, é um elemento importante do modo como os consumidores se acostumaram a lidar com o conteúdo digital, o que demonstra que esta é já uma realidade; ou seja, a cópia privada foi garantida pela exigência do mercado. Convém analisar se a possibilidade de invalidar cláusulas que proibam a cópia privada, que iria certamente ser de grande benefício para os consumidores, não vai também prejudicar sensivelmente novos modelos de negócios atrativos.

Em suma, a questão da cópia privada na União Europeia tem levantado alguns problemas de difícil resolução: (i) as leis não definem o que se entende por uso privado e não definem a sua extensão³⁷⁶; (ii) o uso para fins profissionais e acadêmicos também não está definido (por exemplo, o caso do professor que faz cópias para alunos em classe, sendo que, como vimos, a lei alemã inclui esta situação no limite da cópia privada para fins de investigação e científicos)³⁷⁷; (iii) a doutrina debate sobre o número de cópias a permitir, mas a DSI não traz nenhuma indicação a este respeito³⁷⁸; (iv) a existência de muitas disparidades entre a forma como este limite foi harmonizado nas legislações nacionais, e sobre o tratamento nos Tribunais³⁷⁹.

Nos EUA, o AHRA estabeleceu, em 1992, a exceção exclusiva para o direito de reprodução, estabelecendo compensação para os titulares de direitos, em reação ao risco que a cópia privada apresenta no contexto digital.

Os EUA só permitem cópia privada se os titulares de Direitos de Autor forem devidamente compensados e reconhecem este limite da cópia privada como uma forma de equilibrar a proteção dos Direitos de Autor em relação aos benefícios sociais associados.

Até ao momento, a Suprema Corte apenas tratou deste limite de forma indireta e, ao avaliar a questão indica que alguns autores chegam mesmo a encorajar a cópia dos seus trabalhos para usos legítimos. No caso *Grokster v. MGM*, a Suprema Corte também determinou que um equipamento apenas dotado da capacidade de gravar não incorre automaticamente em infração de Direitos de Autor, e baseia a sua decisão no facto de haver um sistema de compensação que remunera os titulares de direitos³⁸⁰, reconhecendo, assim, a necessidade do limite para a cópia privada.

³⁷⁶ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 190-193.

³⁷⁷ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 199.

³⁷⁸ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 237.

³⁷⁹ Sari DEPREEUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 57.

³⁸⁰ Jaclyn KAVENDEK. “The Positive and Negative Consequences of the European Union Court of Justice’s Amazon Decision on International Private Copying and America”, p. 800.

A posição da Suprema Corte em relação à cópia privada pode ser surpreendente, tendo em vista as suas decisões que têm como tendência proteger o titular do direito, ao contrário do que parece acontecer nesta situação, em que existe maior proteção ao usuário. Esta permissibilidade pode ser, talvez, uma forma de se tentar alcançar um equilíbrio com decisões favoráveis à indústria, ao permitir o uso indiscriminado de licenças para fornecimento de obras protegidas, que, em última instância acabam impedindo o usuário de gozar amplamente de seus direitos.

No direito brasileiro, ressalta-se que a LDA é considerada uma das leis mais restritas do mundo, já que, entre outras coisas, não concede aos titulares o direito à cópia privada³⁸¹. O denominador comum das restrições do art. 46 é o uso não comercial da obra. A lei estabelece inclusivamente um valor para natureza informativa, educacional e social do uso. O ponto mais controvertido do art. 46 é o facto de estabelecer como infração a cópia de pequenos trechos para uso privado do copiado. Portanto, uma obra não pode ser copiada por inteiro, ao contrário do que era permitido na lei anterior³⁸². Além disso, a lei não distingue entre obras publicadas recentemente e obras fora de circulação. Considerando a posição da lei brasileira na cópia privada em ambiente analógico, somos obrigados a concluir que no ambiente digital a questão será ainda mais controvertida, porquanto, nesse âmbito, a reprodução tem características ainda mais problemáticas para o titular do direito. Por outro lado, convém lembrar que a Constituição brasileira requer a observância da função social em todas as formas de propriedade, incluindo a imaterial, sendo pois de vital importância que a LDA seja interpretada à luz deste princípio³⁸³.

O Anteprojeto brasileiro previa alguns incisos que buscavam mitigar esta rigidez da lei atual, permitindo, por exemplo, cópias para uso pessoal e de pequenas composições para fins didático-pedagógi-

³⁸¹ Sérgio BRANCO. “Brazilian Copyright Law and How it Restricts the Efficiency of the Human Right to Education”, p. 117. Ver ainda *Contribuição à Consulta Sobre a Reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98)*.

³⁸² Sérgio BRANCO. “Brazilian Copyright Law and How it Restricts the Efficiency of the Human Right to Education”, p. 125.

³⁸³ Sérgio BRANCO. “Brazilian Copyright Law and How it Restricts the Efficiency of the Human Right to Education”, p. 132.

cos³⁸⁴. Porém, não tratava da questão no ambiente digital, o que continuaria a constituir um vazio legal e um obstáculo ao desenvolvimento do ambiente tecnológico neste país.

Face ao acima exposto, em relação ao tratamento do tema nos diversos sistemas aqui estudados, concluimos que, em matéria de limitação da cópia privada, a doutrina tem-se dividido em três soluções: (a) admiti-la sem restrições; (b) proibi-la radicalmente; (c) compatibilizá-la, na medida do possível, com a utilização de medidas tecnológicas de proteção e licenças de uso por parte dos usuários³⁸⁵.

A opção que nos parece mais razoável é manter o limite, mas não em termos absolutos, precisando um pouco mais seu alcance e restringindo seu âmbito de aplicação ao entorno digital, através de medidas tecnológicas de proteção como, por exemplo, a de limitar o número de cópias privadas ou o espectro de pessoas³⁸⁶. Tal opção poderia levar a reconsiderar o sistema de remuneração por compensação.

Parece-nos ainda que, como este limite tem na sua gênese uma orientação económica, instituições como bibliotecas, instituições de ensino e outras com função de disseminação de conhecimento, não deveriam estar dependentes deste limite.

11. EXCEÇÕES PARA REPRODUÇÕES TEMPORÁRIAS

As novas realidades tecnológicas utilizam em seus processos, cada vez mais, as reproduções temporárias, cuja determinação conceptual nos Tratados Internacionais continua complexa, e demandam a necessidade de se definirem Limites e Exceções para o ambiente digital³⁸⁷.

³⁸⁴ Aristides Tranquillini NETO, “Digital Rights Management e *Fair Use*”. p. 47.

³⁸⁵ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 180.

³⁸⁶ Sebastián LÓPEZ MAZA. *Límites del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital*, p. 182.

³⁸⁷ Alexandre Dias PEREIRA, “Instrumentos de Pesquisa, Direitos Exclusivos e Concorrência Desleal”, p. 226.

Neste ambiente de incessante procura da informação, surgiram os chamados motores de pesquisa (ou de busca)³⁸⁸ e as hiperligações³⁸⁹. Em sentido estrito, a expressão apenas abrange os motores de pesquisa (*finders, browsers, crawlers*)³⁹⁰. O processo de utilização da obra envolve que o computador do utilizador ligado em rede aceda à informação armazenada em outros computadores ligados à *Internet*. Isto significa que, quando o utilizador navegando na rede pretender ver a informação de outro computador, ou quando desejar fazer *browsing*, o seu computador fará automaticamente uma cópia da informação pedida na memória de acesso (RAM)³⁹¹. Se esta informação não for gravada pelo utilizador, ela desaparecerá depois de algum tempo ou quando o computador do utilizador for desligado.

Assim, o problema que aqui se coloca é o facto de haver uma reprodução do conteúdo no computador do utilizador que, embora não seja feita deliberadamente, constituindo apenas um veículo para o acesso a essa informação, e não tendo valor económico, pelo menos à partida, levanta questões por ser uma espécie de cópia. Por outro lado, se não existisse esta reprodução temporária, o acesso à informação seria mais lento e poderia tornar-se impossível.

Os Tratados da OMPI são omissos na questão das reproduções temporárias, mas autorizam as partes a conceberem novas exceções e limitações que se adequem ao ambiente digital.

Neste sentido, o direito norte-americano tratou o tema através de uma limitação à responsabilidade dos servidores pelos atos de referência a um *site* que contém material infrator na Seção 512 (d) do DMCA, abrangendo ligações em *hyperlinkings*, diretórios *online*, motores de pesquisa (*browsers*) e outros semelhantes. No entanto, trata-se de

³⁸⁸ Os motores de pesquisa funcionam com um mecanismo em que os usuários formulam um certo questionamento, escrevendo-o no *site* do provedor do serviço de busca, e este responde, providenciando uma lista de hiperligações que irá levar o usuário ao conteúdo desejado. (Emanuela AREZZO. “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union. What Future for the Internet After Svensson”).

³⁸⁹ Hiperligações externas servem para entrelaçar *sites*, tornando possível aos usuários juntar, com poucos cliques, informação obtida em diferentes localizações online. (Emanuela AREZZO. “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union. What Future for the Internet After Svensson”).

³⁹⁰ Alexandre Libório Dias PEREIRA. «A Liberdade de Navegação na Internet: “Browsers, Hyperlinks e Metatags”», p. 227-260.

³⁹¹ Item 2.5, Capítulo VI.

uma limitação restrita, na medida em que apenas isenta de responsabilidade os *sites* de busca em caso de material ilícito. Os casos de referências a material não infrator estão a descoberto, não havendo qualquer limitação ou exceção específica para o direito do autor nesse âmbito, até porque nem todos os *sites* gozam de tal isenção.

Cabe aqui a ressalva de que no direito norte-americano é ainda bastante controverso o tratamento da cópia RAM em geral, ou seja, de todos os atos que envolvam reproduções temporárias para transmissão de conteúdo *online*³⁹².

Já no direito europeu, relativamente a motores de pesquisa e outras ferramentas de localização de informação não foi regulada a responsabilidade dos prestadores de serviços. No entanto, a DSI parece excluir do âmbito do direito de reprodução o *browsing*, *caching* e *RAM* meramente técnica/instrumental^{393 394}, todos os quais permitem

³⁹² Item 2.5, Capítulo V.

³⁹³ Item 2.6, Capítulo V.

³⁹⁴ No direito europeu, o assunto foi tratado, não diretamente na DSI, mas na Diretiva sobre comércio eletrônico, nos artigos 12º a 15º, devendo-se, assim, coordenar os artigos 2º e 5º da DSI com os artigos da Diretiva de comércio eletrônico. (Cláudia TRABUCO. “Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede”, p. 145-156). Segundo Cláudia Trabuco, parece claro que o legislador comunitário entendeu que existem atos de reprodução temporária por intermediários em processos de transmissão em rede que podem, em dadas circunstâncias, colidir com o direito exclusivo dos detentores, conforme se pode depreender do Considerando 42 da Diretiva sobre comércio eletrônico. Já em relação ao *caching*, estabelece o artigo 13º da Diretiva sobre comércio eletrônico que os prestadores não são responsáveis no que respeita ao armazenamento automático, intermédio e temporário de informação, efetuado apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que (a) o prestador não modifique a informação; (b) o prestador respeite as condições de acesso à informação; (c) o prestador respeite as regras relativas à atualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo setor; (d) o prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo setor, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e e) o prestador atue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitou o acesso. Parece haver uma preocupação do legislador comunitário em atenuar as consequências negativas que podem resultar do *caching* mediante o respeito pelo prestador das condições de acesso às páginas que tenham sido estabelecidas pelos seus titulares ou que, mediante a utilização de cópias *cache*, impede o acesso não autorizado a páginas protegidas através de mecanismos técnicos, mediante o cumprimento de regras relati-

a eficácia dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia.

Entende-se que é fundamental este limite obrigatório a nível comunitário já que estes atos ocorrem de forma transnacional e são fundamentais para o funcionamento da *Internet* e o conseqüente fluxo de informação e conhecimento, que constitui o objetivo principal do sistema de Direitos de Autor. Obviamente, este caráter transnacional não se extingue a nível europeu. Contudo, ganha especial importância dados os objetivos a que a União Europeia se propõe, nomeadamente, de harmonização e livre circulação da informação.

Para ilustrar este caráter transnacional, Alexandre Pereira fornece um exemplo bastante ilustrativo ao indicar que um vídeo pedido de uma base de dados na Alemanha para um computador pessoal em Portugal implicará uma cópia do vídeo no local da base de dados e, depois, uma média de uma centena de atos efémeros de armazenagem durante o processo de transmissão até Portugal.

Percebemos assim que, se não houver uma harmonização nos Estados Membros e se uns exigirem autorização para atos auxiliares de armazenagem enquanto outros dispensarem este requisito, o risco de entrave à livre circulação das obras e serviços de material protegido aumentará exponencialmente³⁹⁵.

Concordamos com Alexandre Pereira quando indica que a prestação de hiperligações não deveria ser considerada, enquanto tal, uma infração aos Direitos de Autor. Deve-se às hiperligações e aos motores de busca boa parte do êxito dos novos *media* interativos. A hiperligação apenas remete o utilizador para um *site* e o motor de busca fornece os meios de o alcançar com um simples clique³⁸⁰. Reiteramos que tais instrumentos são fundamentais para a liberdade de informação, de conhecimento e de expressão – expressa, p.e., em paródias, críticas, etc.

vas à atualização da informação, de forma a evitar a divulgação de páginas que foram já alteradas pelos seus titulares, a que se junta a obrigação de remover ou impossibilitar o acesso à cópia cache se a página original foi removida ou o seu acesso impossibilitado e a não interferência do prestador na utilização legítima de tecnologia, impedindo a obtenção de ganhos económicos a partir de publicidade ou, por exemplo, o número de acessos à página. (IDEM. *O Direito da Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 397).

³⁹⁵ Alexandre Libório Dias PEREIRA. «A Liberdade de Navegação na Internet: “Browsers, Hyperlinks e Metatags”». 227-260.

As hiperligações, quer sejam simples, profundas ou incorporantes³⁹⁶, assim como o *browsing*, estão excluídas do direito de reprodução pela DSI segundo um princípio de liberdade dos atos de navegação³⁹⁷.

Relativamente às *thumbnails*, versões de fotos ou imagens em tamanho reduzido usadas por sítios de busca como *Google Images* como forma de se facilitar o reconhecimento e organização, com *links* para os *websites* em que as fotos e as imagens são publicadas, existem ainda divergências quanto à possibilidade de sua utilização.

No direito norte-americano, como vimos, tal reprodução de fotografias e outras obras pode constituir *Fair Use*, nos termos do *US Copyright*³⁹⁸. Parece que a tendência será a de considerar os *thumbnails* como *Fair Use*, tendo em vista o critério de não prejuízo económico para o titular do Direito de Autor, assim como o uso transformativo. No entanto, o problema persiste, na medida em que, no que a estes direitos concerne, os *sites* de busca não podem recorrer a uma exceção.

O Tribunal de Apelação de Paris (no caso SAIF c/Stés Google France et Google INC, 26 de janeiro 2011, 08/13423) decidiu que os serviços do *Google* não excedem os limites de um “serviço intermediário” e que o mero facto de que o *Google* está “ciente de que uma indexação automática pode infringir obras protegidas não é suficiente para lhe imputar responsabilidade, na medida em que os serviços estão prontos a serem desindexados sob notificação”. Numa forma mais precisa, a Suprema Corte Francesa, no julgamento de 12 de Julho de 2012, aplicou ao *Google Images* o Sistema de limitação de responsabilidade estabelecido na Lei Francesa e regulou que uma vez que o *Google*, que é um provedor de serviços de referência, desindexou uma fotografia depois de ser notificada que estava cometendo infração, não tem obrigação geral de impedir futuras postagens. Isto significa que, apesar de os sistemas de indexação que usam *thumbnails* serem possíveis infratores das leis de Direitos de Autor em França, se os *sites* de busca que usam este

³⁹⁶ Hiperligações simples – hyperlink/as profundas (*deep link*) são as que ligam para páginas internas de um determinado *site*. *Inlinking* são as que incorporam o conteúdo deste *site* ao *site* do prestador do serviço.

³⁹⁷ As hiperligações levam outras questões, como a do direito de concorrência. Para estudo, ver <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Cunha-Lavinia-Cavalcanti-Lima-HIPERLIGACOES-E-CONCORRENCIA-DESLEAL.pdf>>.

³⁹⁸ Meng DING. “Perfect 10 v Amazon.com: A Step Toward Copyright’s Tort Law Roots”.

sistema retirarem prontamente as imagens quando forem devidamente notificados da infração, não são responsabilizados.

Em abril de 2014, foi proposto, em França, um Projeto estabelecendo a gestão coletiva compulsória da reprodução e comunicação ao público de obras plásticas, gráficas e fotográficas, por serviços de *sites* de busca. A minuta do projeto explica que os *sites* de busca ignoram a remuneração que os autores podem esperar de suas fotos e das bases de dados de imagens que oferecem um serviço pago aos usuários, individuais ou profissionais. A minuta do Projeto imporia uma cessão automática dos direitos dos titulares às Sociedades de Gestão Coletiva previamente aprovadas, que ficariam encarregadas de negociar acordos com serviços de *sites* de busca, de forma a autorizar a reprodução e representação das obras e o pagamento dos *royalties*³⁹⁹. A Suprema Corte alemã decidiu que colocar a hiperligação de uma página A para uma página B não é colocar à disposição do público. Já a Suprema Corte sueca decidiu que uma hiperligação pode tornar um trabalho acessível ao público⁴⁰⁰.

É inquestionável que os motores de busca providenciam benefícios sociais ao incorporarem num novo trabalho um trabalho original, nomeadamente, enquanto ferramenta de referência electrónica e, por isso, fazendo com que as *thumbnails* sejam transformativas⁴⁰¹.

Quem pretende reclamar da utilização abusiva de obras nesse contexto deve apresentar provas de que o uso da *thumbnail* está excedendo a função transformativa e que a exploração normal do conteúdo está sendo prejudicada⁴⁰².

³⁹⁹ Talvez seja por isso que o responsável pelo editor de imagens jpg <<https://www.eff.org/deeplinks/2015/10/theres-no-drm-jpeg-lets-keep-it-way>> venha considerando a possibilidade de utilizar DRMs para proteção das imagens.

⁴⁰⁰ Thomas DREIER; Bernt HUGENHOLTZ. “Information Society Directive – Directive 2001/29/CE”, p. 361.

⁴⁰¹ Adam WALKER. “Thumbnails, Search Engines, and Copyright: a Whole Mess Confusion”, p. 653.

⁴⁰² Adam WALKER. “Thumbnails, Search Engines, and Copyright: a Whole Mess Confusion”, p. 654.

12. CONCLUSÃO

No presente capítulo tivemos a pretensão de mostrar a razão de ser dos Limites e Exceções visando uma maior compreensão de seu papel no sistema de Direito de Autor. Os seus fundamentos e a sua natureza já eram controversos no ambiente analógico, mas a realidade digital veio dar maior dimensão à questão, clamando-se por uma revisão da forma como se encaram os fundamentos e a natureza, no sentido de deixarem de ser meras figuras coadjuvantes do sistema.

Nesta tarefa analisámos o funcionamento dos dois sistemas existentes na Europa continental (e Brasil) e nos Estados Unidos, ou seja, *droit d'auteur* e *copyright*, que apresentam uma diferença fundamental relativamente à sua flexibilidade, e defendemos que esta via seja também adotada nos países de *droit d'auteur*, devido ao potencial contributo do sistema *copyright* para o equilíbrio do regime autoral.

Vimos que a União Europeia apresenta diversos desafios, nomeadamente, ao nível da harmonização da sua legislação de Direitos de Autor, facto que vem sendo debatido exaustivamente nas suas instituições. A tarefa é bastante complexa, tendo em conta que até ao momento, mesmo em outras esferas, a União Europeia não atingiu uma harmonização, parecendo haver alguma resistência neste sentido, o que tem grande impacto em matérias como a propagação dos conteúdos digitais, já que esta não tem fronteiras. O debate acerca da definição da natureza dos Limites e Exceções assume grande importância neste espaço territorial neste momento em que se discute se hão-de ou não ser obrigatórios tais Limites e Exceções. Este é um dos temas mais melindrosos nesta seara, já que o direito da União Europeia não prevê uma regra flexível, como o *Fair Use* nos EUA, pelo que a questão deve ser alvo de grande ponderação e têm de ser considerados mecanismos alternativos para se garantir o equilíbrio do sistema.

Como pano de fundo deste debate estão os fundamentos dos Limites e Exceções, havendo grande divergência tanto sobre os funda-

mentos que estão na base de cada um destes e se quanto à discussão sobre a existência de alguma hierarquia entre eles.

Vimos que, apesar de os fundamentos não serem estanques, após uma análise mais cuidadosa da doutrina, concluímos que tende-se a colocá-los em compartimentos separados, o que em nosso entender não beneficia a discussão. Entendemos que os fundamentos se interpenetram e que, no fim de contas, não há nenhum limite ou exceção com caráter eminentemente económico, pois cada qual acaba também por assumir caráter de interesse público. Isto não significa, porém, que o caráter económico não deva ser levado em consideração e entendido também, em última instância, como interesse público, em virtude da necessidade de manutenção do equilíbrio do sistema.

Já no território norte-americano, que estabeleceu um sistema misto, a discussão pende para outras questões, quais sejam, até que ponto a cláusula aberta, *Fair Use*, pode ajudar à manutenção do equilíbrio do sistema e em que medida está ela ameaçada no ambiente digital. Vimos que alguns Tribunais vêm mostrando uma nova ótica em relação aos critérios que a doutrina do *Fair Use* sempre exigiu para ser aplicada, nomeadamente, a ponderação não só do fator económico, mas também, e agora com especial ênfase, o fator transformativo. Tal situação também se explica pela necessidade da continuação do processo criativo a que o uso transformativo poderá dar fundamento e que está intrinsecamente ligado à própria gênese da proteção do Direito de Autor norte-americano.

O Brasil, por sua vez, à semelhança do direito continental europeu, apresenta um rol taxativo de Limites e Exceções. Pareceu, em algum momento, que o país estava pronto para operar uma mudança mais profunda no sistema, ao propor no Anteprojeto para reforma da LDA a inclusão de uma cláusula ao estilo do *Fair Use*. Infelizmente, houve uma paragem abrupta nesse caminho, suspendendo-se o andamento do seu trâmite legal. A inflexibilidade do sistema, no entanto, parece poder ser abrandada em virtude da inserção dos Direitos de Autor no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais protegidos a nível constitucional e que demandam que se respeite a função social da propriedade. Apesar desta proteção constitucional, bem como

da grande proteção ao consumidor, a legislação deste país se apresenta como uma das mais desfasadas no mundo ocidental, trazendo grandes prejuízos ao sistema autoral brasileiro, nomeadamente, em questões como a do acesso à cultura e ao conhecimento, problemas estes que nem mesmo os Limites e Exceções baseados em uma função social estão sendo capazes de solucionar.

O teste dos três passos, introduzido pela Convenção de Berna, deveria ser um instrumento de alguma flexibilização. Contudo, apresenta ainda maiores desafios no ambiente digital, porquanto a maioria dos usos que antes eram considerados “especiais”, passaram a ser triviais nesta nova realidade, em especial, a cópia privada.

Em nossa opinião, após análise do funcionamento do sistema norte-americano, baseado em uma cláusula que permite maior flexibilidade ao sistema, entendemos que uma cláusula semelhante, embora com as devidas alterações para o sistema jurídico de *droit d’auteur*, poderá representar um avanço para o nível da equidade e garantia de continuação de criação e disseminação de conteúdos ao mesmo tempo que salvaguarda os interesses do criador e do titular do direito.

Por outro lado, também nos debruçamos sobre os Limites e Exceções específicos mais afetados no ambiente digital e que vêm apresentando maiores desafios na sua adaptação e aplicação, embora por questões diferentes. Neste sentido, analisou-se inicialmente a questão das bibliotecas e ensino *online*, nos territórios aqui objeto de estudo, visando alguma comparação entre a forma de tratamento.

Observamos que, enquanto os Estados Unidos têm uma exceção específica para bibliotecas e, ainda, uma lei específica para o ensino *online*, o mesmo não acontece na União Europeia nem no Brasil. Pelo facto de a União Europeia não ter uma exceção específica para estes fins, o que não deixa de ser curioso em um território com uma presença cultural tão forte e uma ideologia tão voltada para o Estado Social, alguns países vêm utilizando o limite da cópia privada como fonte subsidiária, o que representa inúmeros problemas, tal como visto.

Por fim, analisamos as exceções que supostamente são baseadas em fundamentos económicos, o princípio do esgotamento, a cópia privada e os limites para reproduções temporárias.

O princípio do esgotamento – a *First Sale Doctrine* e o princípio da exaustão, seus equivalentes – é um dos mais afetados no ambiente digital e é bem verdade, vem sendo ameaçado, desde o ambiente analógico. Atualmente, tal ameaça parece ser mais evidente e eficaz, tendo em vista a engenhosa possibilidade de se estabelecerem relações contratuais através de licenças que não mais transferem a propriedade do conteúdo para o usuário. No entanto, concordamos com os doutrinadores que defendem a possibilidade de manutenção deste princípio e a sua aplicabilidade a arquivos digitais, defendendo, contudo, que seja profundamente revisado e limitado, de forma a continuar garantindo a racionalidade econômica.

Já em relação à cópia privada, parece ser esta, em nossa opinião, efetivamente a que suscita maior preocupação e maior necessidade de regulamentação e reforma. Enquanto os outros limites demandam uma mera adaptação, sem contudo alterar a sua gênese, a cópia privada, no ambiente digital necessita efetivamente de uma mudança de base para poder continuar a existir, de forma a assegurar o equilíbrio do sistema.

Quanto às reproduções temporárias, parece-nos um pouco desfocado da realidade o facto de os Estados Unidos não terem um consenso jurisprudencial nesta seara, sendo estas de suma importância neste ambiente, já que na maioria das vezes estas são meramente instrumentais.

Já na União Europeia parece existir atualmente um consenso de que tais reproduções são admissíveis e cabem dentro da exceção.

De referir, por fim, a importância que assume a interação da natureza obrigatória ou não obrigatória com os contratos, e o problema de se saber se estes podem efetivamente evadir os limites e exceções.

Mais uma vez, deparámo-nos com abordagens diferentes nos sistemas analisados, encontrando uma problemática falta de harmonização na União Europeia e, ainda, uma divergência quanto à sua obrigatoriedade.

Por outro lado, nos EUA, tal questão parece não ser central para a solução do problema, já que naquele país a supremacia dos contratos assume uma grande importância, além de que o sistema vem buscando equilíbrio através do *Fair Use*.

A análise em relação ao Brasil parece estar limitada pela pouca produção doutrinária e jurisprudencial e, ainda, por apresentar realmente um sistema fechado e pouco flexível, dando pouca margem para sustentação de argumentos que beneficiem os interesses públicos, podendo somente apoiar-se no princípio da função social da propriedade, que é débil por poder levar a entendimentos extremos e, por vezes, deturpados, do que se quer tratar quando se refere a “social”, tendo somente em vista, as massas.

CAPÍTULO III

AS RELAÇÕES CONTRATUAIS COM O USUÁRIO FINAL

Neste Capítulo tratamos as relações entre o titular do direito, que, na maioria das vezes, se consubstancia na figura de um intermediário/investidor e o usuário final. Este capítulo mostra detalhadamente os contratos *online*, que apresentam características mistas de contratos de venda e de aluguer, a dificuldade de lhes definir a natureza, bem como as consequências dessa indefinição. Mostramos, ainda, como estes instrumentos vêm apresentando desafios à teoria dos contratos, e ao Direito de Autor, uma vez que, através de seus termos não passíveis de negociação, direitos protegidos pelas leis autorais estão sendo ignorados pelos titulares de direitos, em detrimento dos usuários e, por outro lado, como esta situação vem minando o equilíbrio do Direito de Autor. Por fim, mostraremos como cada espaço territorial está tratando os problemas decorrentes desta nova realidade.

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Autor tem apresentado uma relevância econômica crescente, envolvendo valores de grande vulto. Como é natural, o advento de tantas transações e situações novas gera questões jurídicas antes inexistentes ou consideradas insignificantes e que, por isso, não recebiam a atenção devida.

Estas transações realizam-se através de Licenças e/ou Contratos que, no ambiente digital, apresentam características próprias e, portanto, consequências jurídicas diversas. Isso permitiu que, em certos momentos, se afirmasse que chegaria o momento em que ocorreria uma transição do Direito de Autor para o Direito dos Contratos⁴⁰³.

Por outro lado, se é certo que as relações contratuais são cada vez mais numerosas e que, dessa forma, estabelecem regras próprias, estranhas ao Direito de Autor, é também certo que este sistema ainda tem possibilidade de oferecer limites à imposição total e absoluta dessas regras particulares. No entanto, para que tal finalidade seja atingida, são necessárias reformas profundas neste sistema.

Constatou-se que os contratos estão sendo cada vez mais utilizados para limitar os direitos/privilégios concedidos pela Lei de Direito de Autor, e para darem proteção a elementos e conteúdos não abrangidos por Direitos de Autor.

Por outro lado, as formas de limitação do uso abusivo dos contratos para evadir a lei de Direito de Autor têm sido variadas, recorrendo-se, por exemplo, ao Direito do Consumidor, ao Direito Civil, através da teoria dos contratos e formação dos contratos, e aos Limites à Liberdade Contratual, sem que, no entanto, se tenham atingido soluções satisfatórias.

A evolução do tratamento do tema difere de forma substancial nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil, dotando-o de ainda maior complexidade, devido ao facto de as transações serem cada vez mais

⁴⁰³ “There will be a moment from copyright to contract”. Robert DENICOLA. “Mostly Dead? Copyright Law in the New Millennium”, p. 194.

globalizadas, reclamando soluções mais harmonizadas que, no entanto, ainda não se vislumbram.

A grande questão da natureza dos Limites e Exceções, abordada no capítulo anterior, é de grande importância nesta situação em que os contratos são utilizados como forma de evasão à lei do Direito de Autor.

Analisaremos, ainda, o problema do alargamento do âmbito de proteção do Direito de Autor, sem se levar em conta os requisitos de originalidade e criatividade, bem como a dicotomia ideia-expressão.

Sistematizando, as questões principais no que concerne à relação entre contrato e Direito de Autor são: (i) o contrato pode pretender impedir a aplicação do que é estabelecido pelos limites e exceções; (ii) o contrato pode pretender ir além do que é estabelecido como objeto de proteção pela lei de Direito de Autor (situações em que, por exemplo, há ausência da dicotomia ideia-expressão); e (iii) o contrato pode pretender diminuir o âmbito de proteção do Direito de Autor.

2. CONTRATOS (D)E DIREITO DE AUTOR

O exercício dos Direitos de Autor e dos demais direitos de propriedade intelectual apoia-se no sistema contratual, uma vez que o sistema autoral apenas fornece definições, proteção e algumas formalidades. As negociações contratuais, que são economicamente a razão principal para se deter direitos de propriedade, ficam ao abrigo do sistema contratual de cada jurisdição.

Neste sentido, devido à dicotomia entre Direito Civil e *Common Law*⁴⁰⁴, existem, portanto, diferenças significativas entre os sistemas jurídicos nacionais, baseados naqueles dois sistemas, sendo de recordar que o direito europeu teve grande desenvolvimento no século XIX sob a influência de um pensamento liberal e do princípio da autonomia da vontade, enquanto o Direito dos contratos norte-americano evoluiu a partir das noções de promessa e confiança, isto é, da proteção das

⁴⁰⁴ Andreas RAHMATIAN. “Dealing with rights in *copyright*-protected works: assignments and licenses”, p. 298.

expectativas das partes⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷. Em ambos os casos, porém, pressupõe-se a necessidade de um caráter vinculativo entre as partes, de forma a manter a ordem económica, sendo este o modo mais efetivo de proteger a confiança numa sociedade baseada em trocas económicas.

A despeito das diferenças entre os dois sistemas, há aspectos em comum, tais como a tripla função que assumem: i) estabelecer o que é um contrato válido; ii) estabelecer regras padrão; iii) estabelecer regras de interpretação. Note-se, neste sentido, a ausência de averiguação da justiça do contrato.

Por outro lado, na realidade atual do Direito de Autor digital, assiste-se a uma evolução do instrumento contratual, nomeadamente, na relação com o usuário final, e que se assume cada vez mais no sentido dos contratos de adesão.

De facto, estes tipos de contratos vieram desafiar alguns pressupostos do sistema contratual tradicional, especialmente o da averiguação da justiça contratual, pelo facto de não serem fruto de uma negociação tal como se concebe nos contratos tradicionais e, também, pelo facto de serem relações contratuais feitas à distância, com características muito especiais, principalmente ao nível da forma como a

⁴⁰⁵ Exemplo: Na maior parte dos países da União Europeia continental, a titularidade originária do Direito de Autor sobre as obras criadas por encomenda ou em execução de um contrato de trabalho pertence ao respectivo criador, mas os sistemas de *Common Law* atribuem originariamente esse direito (ou pelo menos determinados direitos de reprodução da obra) ao comitente ou empregador. Daí a importância da determinação da lei aplicável aos contratos em apreço sempre que estes apresentem conexões com mais do que um sistema jurídico.

⁴⁰⁶ Para maior aprofundamento da história do direito dos contratos, ver A.W.B. SIMPSON. *A History of the Common Law of Contract*; Michael P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*.

⁴⁰⁷ Em 1989 e 1984, o Parlamento Europeu adotou duas Resoluções advogando a criação de um *European Code of Private Law* como o método mais efetivo para se alcançar a harmonização no mercado interno. Em 1999, o *Pavia Group* produziu um rascunho preliminar contendo informação comparativa valiosa e modelos para um potencial futuro Código (*European civil Code – Preliminary Draft, Study Group for a European Civil Code, Academy of European Private Lawyers*). Em 2000 o Parlamento Europeu questionou à Comissão um estudo sobre esta possibilidade. Em Julho de 2001, a Comissão emitiu a “Communication on European Contract Law”. (D. STUDENMAYER, “The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects”. 673). A Comissão emitiu o “Action Plan in February 2003 (*A More Coherent European Contract Law*, COM (2003) 68 Final). Em 2004 a Comissão emitiu o documento “The Way Forward, COM (2004) 651 Final).

informação é disponibilizada e a aceitação é realizada e, em última análise, pelo facto de estarem sendo utilizados para relações contratuais das mais diversas naturezas.

3. CONTRATOS DE ADESÃO

Os contratos de adesão foram pela primeira vez mencionados na doutrina por Raymond Saleilles⁴⁰⁸, no início do Século XX. Observou este Autor que muitos contratos praticados não apresentavam as características comuns de negociação, ou seja, vontade e declaração de um negócio jurídico. Isso permitiu que se indagasse se verdadeiramente correspondiam a esse tipo de instrumento. Inicialmente, Saleilles acreditava não corresponderem, mas na falta de uma expressão melhor, poderiam ser chamados de “contratos de adesão”.

Nestes contratos há predominância exclusiva de uma só vontade unilateral, que dita as suas intenções, normalmente sem possibilidade de negociação, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e tendo como característica principal a pré-formulação de cláusulas que dão molde a um certo tipo contratual. O formulador em geral é uma empresa, ou um grupo de empresas, que fixa o conteúdo, deixando o instrumento à disposição para quem desejar contratar⁴⁰⁹⁻⁴¹⁰. Esta situação ocorre por uma questão de facilidade e pela impossibilidade prática de preparar milhares de contratos individualizados para transações económicas similares. Neste sentido, nas transações realizadas através de uma página da *Internet*, os contratos são considerados como “contratos de adesão padronizados através de cláusulas contratuais gerais”. Grandes são as discussões acerca da legitimidade destes instrumentos em face da teoria clássica dos contratos, e especialmente da manifestação da autonomia privada e da formação dos contratos⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Raymond SALEILLES. De la declaration de la volonté, 229-230.

⁴⁰⁹ Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

⁴¹⁰ Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA. *Contrato de Adesão*. p. 28.

⁴¹¹ Para maior profundidade, ver Frederico CASTROY BRAVO. *La persona jurídica*, p. 12; Emilio BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, I, p. 99-101; Orlando CARVALHO, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*.

Porém, o que atualmente se pensa é que nos ordenamentos jurídicos não há barreira à aceitação desta construção, desde que não se violem princípios de ordem pública ou de bons costumes, nem se infrinja uma eventual proibição legal específica⁴¹².

Há quem fale em⁴¹³ “falta de liberdade contratual”, ou falta de liberdade de determinação de seu conteúdo. Cremos, no entanto, que tal terminologia não é a mais precisa, uma vez que a liberdade contratual em causa é no sentido da liberdade de um usuário definir se entra ou não em uma relação contratual. O que não ocorre é a liberdade de determinar o conteúdo.

Além disso, o procedimento normal que costuma se produzir na fase da geração do contrato (oferta seguida de aceitação) dá-se no mais puro sentido, já que o destinatário da oferta limita-se a realizar um simples ato de aceitação, quando lhe interessam as condições oferecidas ou a negar-se à perfeição do contrato⁴¹⁴.

Assim, vemos que na contratação via *Internet* a aceitação pelo consumidor dos termos e condições do acordo se dá através de um clique, sem que possa negociar o seu conteúdo, e muitas vezes concretizando a manifestação da vontade de forma bastante diversa daquela até então concebida, através de um simples *click*, ou mesmo *browse* no sítio da parte ofertante, como se verá detalhadamente.

A impossibilidade de negociar um acordo com cada usuário explica por que razão os programadores desenvolveram a prática de impelir contratos de adesão, que já vem sendo utilizada para licenciamento de *softwares* há muitos anos, tendo-se evoluído para o uso de licença padrão no âmbito do Direito de Autor. Esta impossibilidade de contratação individual, juntamente com a evolução dos dispositivos de proteção tecnológicos (DRM), levaram à crescente utilização de contratos padronizados e com uma variedade de métodos de licenciamento, permitindo o uso de obras protegidas.

Apesar deste aumento no uso de contratos de adesão, o princípio da liberdade dos contratos permanece uma pedra angular do sistema legal ocidental. Porém, o que se observa é que, pelo facto de as partes

⁴¹² Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA. *Contrato de Adesão*. p. 40.

⁴¹³ Angel LÓPEZ Y LOPEZ; V.L. MONTÉS; E. ROCA. *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y Contratos*, p. 222.

⁴¹⁴ José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. *Derecho de Contratos*. p. 37.

nem sempre gozarem de poder de negociação igual, o exercício irrestrito de liberdade contratual de uma das partes pode levar a distorções no mercado.

Nesse sentido, uma variedade de limites foi sempre admitida, de forma a manter a ordem pública, a preservar a boa moral dentro da sociedade e a assegurar que as relações privadas tomem lugar em conformidade com os princípios da boa-fé e da razoabilidade. É essa a razão por que ao longo dos anos o equilíbrio dos fundamentos do princípio da liberdade de contrato tem sido posto em causa pelo uso generalizado de contratos de adesão em que deixou de haver partes com poder de negociação igual⁴¹⁵.

No âmbito do Direito de Autor, as práticas atuais de padronização das relações contratuais trazem o problema de que tais contratos restringem frequentemente a legítima capacidade de uso pelos destinatários ou usuários finais. Assim, além das provisões de Direito de Autor, os usuários finais devem concordar com restrições contratuais impostas pelos titulares de direitos.

Vê-se, assim, que o uso dos contratos de adesão levanta questões, tanto no âmbito do Direito dos Contratos como no do Direito de Autor.

4. LICENÇAS PARA UTILIZAÇÃO FINAL (EULAs)

No âmbito das obras protegidas por Direitos de Autor, estas figuras contratuais são conhecidas por *End-user License* e *End-user License Agreement*, expressões que têm origem nas práticas de distribuição da indústria de *software*, atenta a rapidez com que as transações económicas têm vindo a ocorrer, exigindo práticas contratuais mais eficientes.

Introduziram-se, assim, novos modelos para que tal se tornasse possível, Surgiram primeiro as licenças *Shrink-wrap*, nos anos 1990, que eram acordos de licenças com termos e condições contratuais que só podiam ser lidas e aceitas pelo consumidor depois de este abrir o produto. Era comum o *software* chegar embrulhado em plástico (*Shrink-wrap*) com um adesivo colado à frente e um manual do usuário listando as condições e termos do seu uso, apresentadas em forma de contrato. Porém, o usuário só tinha a oportunidade de conhecer e

⁴¹⁵ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 194-196.

analisar o teor das cláusulas contratuais depois de já ter efetivamente aceitado, ao abrir o lacre. O seu aspecto mais peculiar é efetivamente o de considerarem que a abertura do pacote contendo o programa de computador implicaria já a aceitação das cláusulas do contrato ainda não lido.

Com o advento da *Internet*, outro tipo de *EULA* foi criado, o *Click-wrap*⁴¹⁶. A licença *Click-wrap* aparece no ecrã do usuário do programa de computador, em que este deve clicar no “botão” *online*, declarando que leu os Termos e Condições do uso do programa de computador e que concorda com os referidos termos. É em geral um produto que inclui termos pré-estabelecidos e condições de venda com que os consumidores devem concordar antes de aceder à obra⁴¹⁷.

A mais recente invenção inspirada nestes dois modelos é o *Browse-wrap*, cujo termo se refere ao *browsing* (“navegar”) em um *website*, ou seja, ao uso de um *website* ou à realização de uma transação específica originada neste.

Uma característica fundamental destes contratos é a de que seus termos e condições são em geral não negociáveis.

Em contraste com o *Click-wrap*, o *Browse-wrap*, em geral, consiste em um *link* que o usuário deve acessar, ou qualquer outra forma em uma página *Web* que direciona o leitor a uma apresentação de termos e provisões de um acordo ou contrato. Os termos e provisões de um acordo *Browse-wrap* são, geralmente, exibidos numa página *Web* ou numa localização remota da página inicial (por exemplo, no fundo de uma longa página *Web*).

Na maioria dos casos, a localização destes termos não exige ao usuário que sejam lidos, presumindo-se que o usuário concordou com os termos e condições de um acordo *Browse-wrap* ao meramente fazer

⁴¹⁶ Andrew Peter SPARROW. *Music Distribution and the Internet: a Legal Guide for the Music Business*, p. 17.

⁴¹⁷ Talvez o aspecto mais problemático das EULAs, do ponto de vista contratual, é a cláusula que lida com a propriedade e com direitos de propriedade intelectual, sendo que estas são contratos que procuram, entre outras coisas, designar interesses de propriedade e de propriedade intelectual, em conteúdos potencialmente valiosos, sem a possibilidade de negociação. Kim BARKER. “MMPORGing – The legalities of Game Play”, p. 4.

o *browsing* da *website* associada, independentemente de os termos e condições terem sido realmente analisados pelo usuário^{418 419}.

O *Click-wrap* distingue-se do *Browse-wrap* na medida em que o primeiro requer que o leitor ativamente consinta com os seus termos e provisões. Este apresenta os termos à frente e no mesmo local para consentimento. No *Browse-wrap* o local para “consentimento” é remoto (observe-se que se considera que o usuário aceitou os termos simplesmente ao *navegar* no *website*).

Apesar de terem sido idealizados no âmbito do *software*, estes dois instrumentos vêm sendo cada vez mais utilizados também para os demais conteúdos criativos. Acordos *Click-wrap* são comumente usados para apresentar e obter consentimento a uma *EULA* para *softwares* e jogos comprados ou descarregados da *Internet*. Por outro lado, *Browse-wrap* são normalmente usados para apresentar termos que se aplicam a serviços fornecidos por uma página da *Internet*.

Vemos que ainda há pouca jurisprudência sobre o assunto, e a que conhecemos centra-se especialmente nos Estados Unidos. Desta forma, a análise desta evolução acaba por se limitar ao direito norte-americano. A despeito da reduzida jurisprudência, cujo primeiro caso remonta a 2002, os Tribunais já tiveram oportunidade de analisar estas figuras jurídicas, mas ainda não conseguiram articular padrões claros para estabelecer o que entendem ser uma *EULA* válida⁴²⁰.

A doutrina sempre foi conservadora e se mostra reticente quanto ao uso destas figuras, e aponta as questões centrais: (i) falta de negociação dos termos/falta de notificação, que diz respeito à formação dos contratos e desequilibra o poder de negociação; (ii) cláusulas abusivas e, (iii) no âmbito do Direito de Autor, possibilidade de eliminar direitos dos usuários concedidos por este sistema.

Os Tribunais norte-americanos têm baseado as suas decisões em um teste sobre a notificação e vêm mostrando vontade em considerar outras doutrinas que possam, tal como veremos, mitigar a dureza dos termos injustos. Essas doutrinas, não tendo sido ainda muito bem aceitas, também não foram totalmente descartadas.

⁴¹⁸ <http://ul451.gsu.edu/lawand/papers/su03/darden_thorpe/>.

⁴¹⁹ Um histórico dos processos judiciais nos Tribunais norte-americanos pode ser visto em <https://ilt.eff.org/index.php/Contracts:_Click_Wrap_Licenses>.

⁴²⁰ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 43.

4.1 QUESTÕES JURÍDICAS DAS EULAs

A doutrina sempre se mostrou reticente em relação ao uso dos termos encontrados nos *Shrink-wraps*. Não obstante, os contratos *Click-wrap* foram construídos a partir do sucesso de casos em que se arquitetou uma analogia do *Click-wrap* com *Shrink-wrap*, mesmo tendo em conta o facto de estes próprios serem de aceitação legal discutível.

A indústria de conteúdos criativos foi bem-sucedida em sua estratégia de convencer os Tribunais a interpretar o *Click-wrap* como o equivalente legal do *Shrink-wrap*, apesar da ausência de uma forma física e de o consentimento ser em forma de um clique digital, ao invés da remoção do lacre. Os Tribunais entenderam que se tratava de acordos passíveis de serem executados apesar dos vários argumentos contrários a respeito de regras de contrato relativas à oferta e aceitação⁴²¹.

Órgãos de Defesa dos Consumidores e doutrinadores rapidamente juntaram esforços para testar a legitimidade dos *Click-wrap* através de uma grande variedade de argumentos contratuais.

Posteriormente, também chamaram a atenção para o facto de que tais instrumentos ultrapassam em diversos momentos os limites estabelecidos pelas leis de Direito de Autor e expandem o seu âmbito de proteção, minando o equilíbrio pretendido e prejudicando usuários finais.

Não obstante a resistência encontrada – em muitos aspectos jurídicos, tais como Direito dos Contratos, Direito de Autor e Direito da Concorrência – nos Tribunais, a aceitabilidade deste instrumento contratual está em contínua evolução.

Muitos argumentam que estes tipos de acordos dão um contributo significativamente positivo à sociedade, ao facilitarem as transações comerciais. Ou seja, entendem que devem ser executáveis, não porque manifestam os sinais clássicos de negociação, mas porque trazem benefícios para a sociedade e porque, em geral, não prejudicam o licenciado⁴²².

⁴²¹ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 36-39.

⁴²² Nathan J. DAVIS. “Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap”, p. 578.

A expansão da utilização destes instrumentos tem trazido questões e discussões sobre a Teoria dos Contratos. Têm sido amplamente debatidas entre doutrinadores, especialmente entre civilistas questões como as seguintes: (i) limites à liberdade contratual; (ii) formação dos contratos; e (iii) definição da natureza do instrumento contratual, ou seja, se se trata de venda ou aluguel. Neste seguimento, nos pontos sobre os limites à liberdade contratual e sobre a formação dos contratos, iremos apenas mostrar o panorama da situação atual, na medida em que não acarreta consequências jurídicas diretas para o estudo aqui tratado.

Por outro lado, compreender se se trata de uma licença ou venda, tem consequências diretas para a questão da *First Sale Doctrine*/princípio do esgotamento/exaustão. Iremos, por isso, analisar essa questão e tentar trazer um contributo para o assunto.

4.1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INVOCACÃO DOS LIMITES À LIBERDADE CONTRATUAL E OUTRAS TEORIAS PARA IMPEDIR ABUSOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE AUTOR

No âmbito específico do Direito de Autor, o que vem ocorrendo é que para a exploração comercial dos conteúdos criativos, cada vez mais o ambiente digital recorre a contratos, graças à sua estrutura e à sua natureza interativa.

Paralelamente, e como consequência destas mudanças, o que tem ocorrido é um uso extensivo de medidas tecnológicas de proteção, aliadas a práticas contratuais que permitem aos titulares de direitos estabelecerem cláusulas que possibilitam a extensão de seus privilégios muito além do consagrado no regime de Direito de Autor, em detrimento dos usuários e da proliferação da informação, conhecimento e criatividade, trazendo um indesejável desequilíbrio para o sistema⁴²³.

A proliferação desta utilização tem como consequência que os contratos possam ser utilizados como complemento ou substitutos à lei de Direito de Autor, como uma solução rápida para a determinação de condições de uso de material protegido.

⁴²³ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 2.

Ressalte-se que é uma tendência recente o uso de contratos de adesão para vincular consumidores ou usuários finais a termos restritivos de uso do material protegido.

Como visto, as práticas contratuais para uso de obras protegidas levantam duas questões: se os limites dos Direitos de Autor são provisões obrigatórias que se sobrepõem a qualquer cláusula contratual em contrário, e em que ponto as partes são obrigadas a respeitar as cláusulas que entendam serem abusivas; se, por outro lado, se podem estabelecer cláusulas que estendam o âmbito de proteção do Direito de Autor.

Admitindo que limites legais são simples regras padrão que podem ser excluídas da aplicação de um contrato negociado entre duas entidades, e dando-se a possibilidade de se estabelecerem cláusulas conforme a livre vontade das partes, será isso também verdade no caso de contratos não negociados com usuários finais? Esta questão foi sempre objeto de debate, mas viu a sua importância aumentar no contexto dos contratos realizados na *Internet*.

Apesar de alguns estudos teóricos acerca do tema⁴²⁴, acerca da questão central da natureza (ou seja, se são obrigatórios ou não) e do âmbito dos limites (ou seja, se neles estão incluídos os requisitos de originalidade/criatividade e a dicotomia ideia-expressão e domínio público), a conclusão ainda é vaga.

Estas situações vêm ocorrendo devido ao princípio da liberdade contratual e, assim, é com o objetivo de impor limites a esta liberdade total do intermediário que se utilizam de contratos que são ao mesmo tempo imparciais e impossíveis de serem negociados. Daí que, levando em conta estas características, sejam utilizados diversos princípios e teorias nas diversas jurisdições. Ou seja, as constantes situações atuais em que a estrita aplicação do princípio da liberdade contratual tem conduzido a resultados injustos para pelo menos uma das partes, tem gerado debates sobre este corolário⁴²⁵⁻⁴²⁶.

⁴²⁴ Lucie GUIBAULT, (under the supervision of Prof. Bernt Hugenholtz). “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights with Regard to General Interest Missions for the Transmission of Knowledge: Prospects for their Adaptation to the Digital Environment”.

⁴²⁵ Para maior aprofundamento, ver Gregory S. ALEXANDER. “The Limits of Freedom of Contract in the Age of Laissez-Faire Constitutionalism”, p. 103-118. Também Grant GILMORE. *The death of Contract*.

⁴²⁶ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 111-112.

No âmbito dos contratos, o limite à liberdade contratual e algumas outras teorias como a do abuso do direito vêm sendo utilizados para mitigar o desequilíbrio que se pode gerar, sem ainda terem conseguido um resultado efetivo, como resumidamente exporemos a seguir.

O sistema norte-americano, pelo facto de ser *Common Law*, não sistematiza o Direito dos Contratos nem tampouco os limites à liberdade contratual. De forma casuística, podemos observar algumas teorias construídas para tentar minimizar o poder dos contratos. Uma dessas teorias é a denominada *Unconscionability* (negociações sem cognoscibilidade responsável, ou inconscientes) que descreve os termos considerados extremamente injustos ou predominantemente unilaterais em favor da parte que tem superior poder de negociação, e fá-lo no intuito de combater práticas contrárias à boa-fé. Segundo esta teoria, um contrato injusto é considerado inexecutável porque nenhuma pessoa razoável (homem médio) ou mais bem informada concordaria em celebrá-lo por não poder ser beneficiado, em virtude de a contrapartida oferecida ser inexistente ou flagrantemente inadequada. Não há critérios padronizados para determinar o uso e aceitação desta teoria, pelo que fica ao critério subjetivo do juiz, e só se aplica quando a execução desse contrato for uma afronta à integridade do sistema judicial. Em geral, esta teoria é mais aplicada na defesa de consumidores privados, por oposição a entidades ou corporações, e nota-se que os Tribunais têm sido relutantes em aplicar esta doutrina⁴²⁷.

Neste sistema, esta interação é complicada devido à questão jurisdicional, porquanto o Direito dos Contratos é tratado ao nível estadual e o Direito de Autor ao nível federal. As diferentes decisões acerca da possibilidade de uma lei estadual passar por cima de uma lei federal, como nos casos *Vault* e *ProCD*, deixam a questão em aberto. Alguns argumentam que esta doutrina se aplica especificamente a contratos de adesão por permitirem uma proteção equivalente à lei aos titulares. No entanto, devido à divisão dos Tribunais acerca da questão, as regras contratuais ainda são consideradas pouco confiáveis como ferramentas de protecção dos limites do Direito de Autor⁴²⁸.

⁴²⁷ Ryan J. CASAMIQUELA. “Contractual Assent and Enforceability: Cyberspace”, p. 488.

⁴²⁸ Estelle DERCLAYE; Marcella FAVALE. “Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda”, p. 116-117.

Outra doutrina que vem sendo cogitada é a do *misuse* (preferimos manter o termo no seu original), que considera abusivas as práticas que impedem outros de desenvolver ou criar novas obras sob o pretexto de proteção do Direito de Autor. Esta doutrina é utilizada mais entre entidades comerciais do que entre consumidores privados, e baseia-se na proteção da política pública, determinando que é do interesse da sociedade os direitos concedidos por lei serem usados de forma coerente com os propósitos para os quais foram concedidos. Esta doutrina limitar-se-ia a determinados limites e exceções que tenham como fundamento o interesse público, e em caso de cláusulas que impedem inovação e criação, tais como limites para paródias e citações, mas não se aplicaria à exceção para as bibliotecas. Embora de pouco aplicada na prática, existe uma ampla defesa de sua aplicação pelos acadêmicos, que clamam até a sua regulamentação e adaptação para uso no caso de contratos que ignoram limites de Direito de Autor⁴²⁹.

Na União Europeia a liberdade contratual é protegida indiretamente por Direitos Humanos, e o princípio da boa-fé é levado em conta nas regras sobre boas condutas a serem seguidas antes e durante a relação contratual. Este princípio é acolhido em toda a União, mas cada Estado Membro estabelece exatamente os detalhes de como acolherá este princípio em seus ordenamentos⁴³⁰, o que uma vez mais torna evidente o problema da falta de harmonização no território.

Outra doutrina utilizada no âmbito dos contratos é a regra *contra proferentem*. De acordo com esta regra, em caso de dúvida, uma cláusula contratual é interpretada pelos Tribunais no sentido menos vantajoso para a parte que estabeleceu a cláusula, com o objetivo de proteger a parte mais fraca⁴³¹.

Não há jurisprudência na União Europeia em que tenham sido aplicados estes princípios no âmbito da interação entre os contratos e os limites do Direito de Autor. Segundo os especialistas, seria muito

⁴²⁹ Estelle DERCLAYE; Marcella FAVALE. “Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda”, p. 118-119.

⁴³⁰ Estelle DERCLAYE; Marcella FAVALE. “Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda”, p. 112.

⁴³¹ Estelle DERCLAYE; Marcella FAVALE. “Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda”, p. 113.

difícil fazer uma previsão acerca da sua utilização e aceitação, devido às diferenças de tratamento por parte dos Estados Membros⁴³².

Na União Europeia, a doutrina equivalente ao *misuse* do direito norte-americano é a do abuso do direito, também utilizada sem sucesso, e na perspectiva da qual esse abuso pode ser causado por a) negligência, quando uma pessoa não adota um comportamento razoável ou prudente; b) dolo; e c) exercício do direito para um propósito diferente do que foi conferido⁴³³.

No Brasil, não há jurisprudência alguma que trate do tema da interação entre a liberdade contratual e as práticas relativas ao Direito de Autor. No entanto, devemos lembrar que o Brasil tem tratado das questões do Direito de Autor apoiando-se em outras áreas do direito, como o Direito do Consumo e o Direito Penal, pelo que supostamente existe uma tendência à proteção da parte considerada mais fraca.

Neste ordenamento, também existe a figura do abuso do direito, utilizada nos mesmos moldes que na União Europeia. Além disso, pela Ordem Econômica estabelecida na CF/88, as relações contratuais têm que prosseguir a função social, pelo que, nesse sentido, a liberdade contratual vem sofrendo sérias restrições⁴³⁴.

Por fim, observa-se que em todos os três sistemas, existem regras de políticas públicas que também podem limitar os contratos. No entanto, a prática mostra que é muito difícil provar o comportamento ilegal, além de que as regras de concorrência são raramente utilizadas para limitar contratos.

Em suma, as medidas apresentadas pela legislação, na qual a doutrina se baseia e sobre as quais vem elaborando as suas construções teóricas, apresentam fragilidades, falta de clareza e falta de efetividade, não resolvendo as questões fundamentais já apresentadas. Assim, concluímos que o Direito de Autor deve retomar o seu legítimo lugar de destaque e não deve ser visto como um mero guia ou um sistema a que se recorre quando é conveniente. Não olvidemos nesta tarefa o papel do legislador.

⁴³² Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 298-299.

⁴³³ Estelle DERCLAYE; Marcella FAVALE. “Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda”, p. 119.

⁴³⁴ Sobre os princípios atuais dos contratos modernos no Brasil, ver Paulo NALIN. *Do Contrato – Conceito Pós-Moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*.

4.1.2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Incitados a se pronunciarem sobre o tema, os Tribunais vêm mostrando uma tendência a procurarem formas de simplificar as restrições ou constrangimentos do Direito dos Contratos e requisitos de notificação e consentimento, de forma a tornarem aceitável a execução dos termos dos acordos que, em seu entender, passam no teste da razoabilidade mas falham na questão da formação.

Observa-se que os *Click-wrap* são menos complexos do que os *Shrink-wraps* e *Browse-wrap*, do ponto de vista do consentimento pelo utilizador⁴³⁵, havendo, no entanto, entendimento de que, na realidade, esta distinção não faz diferença, pois, apesar de o clique do licenciado manifestar o consentimento para que a transação se realize e a relação contratual se estabeleça, é frequente o usuário não ler, não podendo por isso consentir realmente com os termos do contrato em si, o que deveria levar os Tribunais a analisarem mais cuidadosamente essas figuras^{436 437}. Entendemos, no entanto, que o usuário deve ser responsabilizado por ler os termos do arranjo contratual. Não pode ser invocado como justificção o facto de o usuário não ter como hábito a leitura dos termos. Contudo, também somos da opinião que o papel do legislador e dos Tribunais deveria ser no sentido de se exigir a elaboração de termos contratuais cuja leitura seja mais simples e mais clara⁴³⁸.

⁴³⁵ Indranath GUPTA. “Are Websites Adequately Communicating Terms & Conditions Link in a Browse-wrap Agreement?”, p. 2-3.

⁴³⁶ Timothy CALLOWAY. “Cloud Computing, ClickWrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: a Perfect Storm?”, p. 165.

⁴³⁷ Uma empresa fornecedora de jogos *online*, a *GameStation* fez, por brincadeira de 1º de abril, um teste sobre quanto é que os leitores lêem efetivamente dos termos do contrato, e modificou o contrato para estabelecer que o contratante concordava com a “venda da sua alma”. A conclusão foi que somente 12% das pessoas efetivamente liam os termos estabelecidos. (Timothy CALLOWAY. “Cloud Computing, ClickWrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: a Perfect Storm?”, p. 164).

⁴³⁸ Uma outra solução seria criar uma comissão de revisão deste tipo de contratos, como por exemplo, existe na Coreia do Sul, e que poderia provar ser mais barata do que o recurso à litigação pelas partes envolvidas, além de que aliviaria o sistema judicial. Esta comissão, para além de analisar se as EULAs são suficientemente claras para os usuários, poderia também funcionar como um mecanismo de resolução alternativa de disputas, ou como uma forma de mediação, o que seria certamente um benefício para todas as partes envolvidas, até porque estamos perante uma área onde se exige

Geralmente, as decisões dos Tribunais nesta área reconhecem aos fornecedores de tecnologia e titulares de conteúdo criativo a complexidade de protegerem o conteúdo de que são titulares através de patentes. Daí que, no interesse de ficar assegurada a eficiência económica e dos negócios⁴³⁹, os tribunais tenham entendido que estes contratos são executáveis, pelo menos aqueles em que tenha havido uma notificação. No entanto, nota-se que a notificação tem sido frequentemente interpretada como oportunidade de ler.

As decisões revelam que, antes da transação, a falta de notificação e da oportunidade de ler não tornam o contrato necessariamente inválido⁴⁴⁰; no entanto, uma provisão particular não deve ser executada enquanto o licenciante não tiver recebido uma notificação real da estipulação.

Por outras palavras, há para o licenciante obrigação de executar de acordo com os termos de uso quando o licenciado se torna consciente de tais termos, e não quando a transação começa. Por outro lado, vemos que, apesar dos avisos da doutrina, a jurisprudência, especialmente nos EUA, tem procurado aceitar estas figuras jurídicas. E isso acontece devido, especialmente, à inegável importância económica da aceitação do vínculo contratual oficializado através da rede digital.

De facto, não nos parece possível, nem mesmo desejável, recuar aos moldes tradicionais de oficialização dos contratos. Parece ser esta uma realidade intransponível.

Diante desta realidade, na tentativa de se construir um modelo que indique de forma mais explícita os seus termos, houve na doutrina norte-americana quem sugerisse dividir-se o conceito de consentimento em duas partes: consentimento real e consentimento presumido. Consentimento real significa acordo manifestado, expresso, enquanto consentimento presumido significa que o licenciado, ao concordar expressamente com a transação, também está presumivelmente

que o julgador tenha um conhecimento aprofundado destas matérias. (Kim BARKER. “MMPORGing – The legalities of Game Play”, p. 9).

⁴³⁹ Apesar de haver defesa de que o produtor do *software* está adequadamente protegido pelo direito de patente, deve-se observar que muitos não o fazem por terem revelado o código fonte. Assim, aos detentores do *software* deve ser permitido estabelecer os parâmetros dos seus negócios. A liberdade de fazer isso, no entanto, está sujeita ao pré-existente direito do licenciado.

⁴⁴⁰ Cheryl PRESTON. “Please Note: you Have Waived Everything: Can Notice Redeem Online Contracts?”, p. 536.

concordando com o consentimento para certos termos do contrato⁴⁴¹. Porém, aparentemente tal ideia ainda não colheu a aceitação da generalidade da doutrina, da indústria e do legislador.

É facto que os contratos *online* são amplamente praticados nos territórios aqui analisados, e não só. Embora na União Europeia exista pouca jurisprudência e no Brasil ela seja inexistente acerca da aceitação da existência dos contratos, parece-nos que em ambas essas regiões a condução desta questão pelos Tribunais não será diferente daquela que se verifica nos Estados Unidos. Ou seja, no que concerne à notificação, esta não constitui justificação para que os contratos não continuem sendo plenamente utilizados.

Apesar de acreditarmos que os *clickwraps*, em que há um consentimento explícito ao se clicar no botão “eu concordo”, irão continuar a ser utilizados, tal não significa que não haja uma exigência em relação à proteção do usuário, possivelmente através de outros fundamentos jurídicos. Assim, esta proteção poderá ser conseguida através de uma ampla regulação da notificação, e ainda através do rigor dos Tribunais, banindo as cláusulas abusivas de tais figuras.

O caso dos *Browsewraps* é um pouco mais complexo, e ainda está para se ver o seu desfecho nos Tribunais⁴⁴², em virtude do entendimento de que a notificação não corresponde aos critérios aceitos na teoria dos contratos.

Assim, vislumbra-se que o Direito do Consumidor, em geral, e o Direito de Autor, especificamente, deverão assumir ainda mais importância neste cenário, sob pena de erosão do sistema autoral.

4.1.3 DEFINIÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL COMO LICENÇA OU VENDA

As licenças – nomenclatura importada da propriedade industrial e de uso corrente nos países de *copyright* – distinguem-se, geralmente, das transmissões e onerações, já que o titular dos Direitos de Autor não aliena o seu exclusivo de exploração económica. As licenças servem diversos fins, que correspondem genericamente ao processo eco-

⁴⁴¹ Nancy S. KIM. “Clicking and Cringing”, p. 797.

⁴⁴² Michael SERINGHAUS. “E-book Transactions: Amazon “Kindles” the Copy Ownership Debate”, p. 173.

nómico: produção, distribuição e utilização final^{443 444}. No entanto, no presente estudo iremos tratar somente da parte que trata da relação entre o intermediário e o usuário final.

Em uma licença, o titular de direitos autoriza um ou mais sujeitos a praticarem atos de utilização dos bens, sem que o seu exclusivo de exploração económica seja alienado. Por esta razão, a licença distingue-se, em princípio, das transmissões de Direitos de Autor⁴⁴⁵.

Definir a natureza do instrumento contratual apresenta vários desafios. Inicialmente, é necessário perceber se o que estamos definindo é a relação contratual ou o que cabe dentro do conceito de licença.

Alexandre Pereira analisa a questão da natureza do instrumento contratual no âmbito do *software*, indicando a existência de doutrina nos seguintes sentidos: 1) alguns autores entendem que se trata de contratos de compra e venda; 2) outros julgam que são contratos de locação de conteúdo e, 3) uma terceira corrente defende se tratar de uma figura *sui generis*⁴⁴⁶. Lembramos que apesar de este autor tratar da questão no âmbito do *software*, a análise a que iremos proceder a partir das questões por ele evidenciadas também será adaptada, *mutatis mutandis*, a outros conteúdos criativos.

O autor elucida que o *software* é independente do suporte físico. Os programas de computador são imateriais e coisas incorpóreas. Este é apenas um instrumento fungível e dispensável da circulação daqueles, sendo por isso um elemento sem influência na qualificação do contrato de licença de utilização propriamente dito, com o que concordamos.

Nesse sentido, poderia parecer *a priori* que, com o advento de novas tecnologias como plataformas para *e-books*, o suporte deixaria de ficar indissociado da própria obra. Esta confusão se dá pois o utilizador fica limitado ao tipo de plataforma utilizada. Porém, o dispositivo em si, ou seja, o instrumento que possibilita a fruição da obra, pode ser substituído e é independente da obra criativa digital.

⁴⁴³ Alexandre Dias Libório PEREIRA. “Das Licenças de Software e de Base de Dados”, p. 15.

⁴⁴⁴ Cláudia TRABUCO. “O Direito de Autor e as Licenças de Utilização sobre Programas de Computador”, p. 152.

⁴⁴⁵ Vide José de Oliveira ASCENSÃO, “Direitos do utilizador de bens informáticos”, p. 342.

⁴⁴⁶ Alexandre Dias Libório PEREIRA. *Das Licenças de Software e de Base de Dados*, p. 18.

Esta discussão problemática é prejudicada pelo facto de a maioria da literatura tratar da questão no âmbito do *software*, o qual, a despeito de ser considerado obra protegida no quadro das leis de Direito de Autor, tem características muito diversas das demais obras criativas⁴⁴⁷.

Alexandre Pereira baseia-se no argumento temporal para caracterizar como locação ou comodato, quando a utilização for concedida temporariamente, ou como compra e venda ou doação, quando a utilização for dada a título permanente. Assim, para o autor, o critério de classificação parece ser o limite temporal da fruição.

Recorde-se que a questão não é puramente teórica, já que se esta qualificação como compra e venda de um direito de utilização de uma obra protegida não proceder, a alternativa será o regime da locação, com a consequência nomeadamente de ser imposto um limite à duração da licença e de o licenciado necessitar de autorização prévia do licenciante para transmitir a sua posição a terceiros⁴⁴⁸.

Para o autor supracitado, tal solução representaria um entrave ao comércio e à circulação dos bens informáticos, eclipsando o esgotamento do direito de distribuição.

Concordamos que seja considerada uma compra e venda quando haja a transferência. Mas é necessário acautelar que o critério não seja meramente temporal, pois mais uma vez seria dar à indústria do conteúdo uma possibilidade de ludibriar o consumidor, cedendo um produto por tempo indeterminado, o que dá a entender ao leigo que se trata de uma venda, quando na verdade se trata juridicamente de um aluguel e, portanto, sujeito à restrição do princípio do esgotamento.

Não falta quem apresente a possibilidade de uma terceira via, que seria considerar estes contratos figuras *sui generis*⁴⁴⁹, não qualificáveis nem como compra e venda nem como locação, sendo as disposições destes contratos apenas aplicáveis, caso a caso, por analogia. No entan-

⁴⁴⁷ Oliveira Ascensão afirma que as obras literárias abrangem os programas de computador. O esquema internacionalmente adotado consistiu em assimilá-los a obras literárias. Mas, em sua visão, esta assimilação nunca será completa: é necessário distinguir, dentro do regime das obras literárias, o que se aplica ou não à obra técnica, o programa de computador. (José de Oliveira ASCENSÃO. “Aspectos Jurídicos de Obras Digitais em Linha de Obras Literárias, Musicais, Audiovisuais, Base de Dados e Produções Multimédia”, p. 86).

⁴⁴⁸ Giuseppe MAZZIOTTI. *EU Digital Copyright Law and the End-User*, p. 67.

⁴⁴⁹ Valentin LÓPEZ CARRASCOSA. *La contratación informática. El nuevo horizonte contractual*, p. 168-169.

to, entendemos que tal solução é uma forma de contornar a questão, trazendo incerteza jurídica para o regime destes contratos.

Alexandre Pereira, no último artigo que referimos, é de opinião que a operação económica destas licenças corresponderá, consoante os casos, ao figurino da compra e venda ou da locação, cujos regimes deverão ser atendidos por razões não apenas de segurança jurídica mas também de justiça material.

Primeiro, acreditamos que a melhor solução seria, não a adoção de uma figura *sui generis* que utilize por analogia as figuras da compra e venda e locação, mas sim o início de um regime de direito digital que comece a considerar as diversas possibilidades desse ambiente. Consideramos que esta tentativa de encaixar uma realidade completamente diferente em um sistema de direito pré-existente não está sendo satisfatória. A existência de modelos de negócios muito diversos e muito recentes, aliados à tecnologia cada vez mais avançada dificulta muito o processo de qualificar estas figuras contratuais. Este facto leva-nos a acreditar que realmente temos que tratar os contratos *online* como figura diferente das já existentes.

Contudo, considerando o direito vigente, e procurando uma solução imediata, uma vez que não há indícios de alterações substanciais nas legislações, nem tampouco nos Tratados Internacionais, concordamos que é necessária uma análise caso a caso, havendo necessidade de uma análise aprofundada do instrumento contratual em si mesmo.

Enfatizamos, porém, que acreditamos dever ser tido em consideração como critério, não apenas o do limite temporal da utilização, mas também o da fruição do conteúdo.

Estes instrumentos contratuais são apresentados pela indústria em termos de *marketing* e nomenclatura, e por vezes como contrato de venda do produto. No entanto, logo se percebeu que, a despeito de o consumidor ter efectivamente a posse do produto, acabava por não ter verdadeiramente a propriedade do mesmo com todos os direitos que lhe estão associados. O esquema contratual traz diversas cláusulas que condicionam os direitos dos usuários e, nesse sentido, diversas foram as vozes insurgindo-se contra essas figuras.

As legislações não se têm posicionado sobre o assunto. Nesta nova fase em que o uso dessas licenças foi expandido para a comercialização de obras protegidas para além do *software*, parece ser o momento

oportuno para se definir tal questão. Não parece, no entanto, ser esta a intenção do legislador. A proposta de Reforma da Diretiva sobre Direito de Autor na União Europeia não se posiciona sobre o assunto. Do mesmo modo, nos EUA não há posicionamento a nível legislativo, e menos ainda no Brasil.

No direito norte-americano, há doutrinadores que apontam o facto de que os Tribunais estão ainda inconsistentes, não conseguindo determinar se as Licenças, como por exemplo os Termos de Serviço oferecidos e apresentados pela *Amazon.com* na compra de *e-books*, podem constituir uma venda⁴⁵⁰. Chama-se a atenção para o facto de que a maior parte dos consumidores não terá um grau de compreensão para perceber a diferença entre licenciamento e compra, principalmente porque os termos de uso estão muitas vezes posicionados de forma pouco visível durante o estabelecimento da relação contratual.

Há jurisprudência no sistema norte-americano que vai no sentido de que o Tribunal simplesmente se baseou na nomenclatura utilizada pelo vendedor que estabelecia tratar-se de uma “licença”⁴⁵¹, devendo-se observar que tal decisão foi proferida no quadro do ainda muito incipiente ambiente digital. Por outro lado, em caso mais recente, o Tribunal Federal norte-americano realmente analisou as características do contrato e chegou à conclusão de que se tratava verdadeiramente de uma Licença, independentemente de ter havido um único pagamento e de se ter adquirido um direito perpétuo de “posse”⁴⁵². Acreditamos que se trata de um direito perpétuo de fruição, já que o Tribunal indicou não haver propriedade da cópia.

No caso *Vernor X Autodesk, Inc.*⁴⁵³, o Tribunal entendeu, com base em outros fundamentos, que os utilizadores no fundo somente detinham uma Licença e não uma cópia. Para tanto, estabeleceu três fatores a serem analisados para determinar se se tratava de uma venda ou uma licença: (i) se o titular do direito indica especificamente se está garantindo uma Licença ou uma compra; (ii) se o titular do direito restringe significativamente a possibilidade de o usuário transferir o *software*; e (iii) se o titular do direito impõe restrições efetivas de uso.

⁴⁵⁰ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, 57.

⁴⁵¹ Caso *MAI-Sys. Corp. X Peak Computer Inc*, 991 F. 2d, 511 (9th Circuit. 1993).

⁴⁵² Caso *DSC Commc’ns Corp. X Pulse Commc’ns, Inc.* 170 F. 3d 1354 (Fed. Cir. 1999).

⁴⁵³ *Vernor v. Autodesk*, 621 F. 3d 1102 (9th Cir. 2011).

A doutrina norte-americana critica com veemência esta análise porque se apoia simplesmente na construção do acordo pelo titular do direito. Chama ainda a atenção para o facto de que tal análise é feita no âmbito restrito dos *softwares*, e que tais critérios, se não são suficientes para analisar um contrato referente a determinado programa de computador, sê-lo-ão muito menos para o caso de outros conteúdos criativos.

A especial crítica a esta lógica prende-se com a defesa da manutenção da *First Sale Doctrine*. Conforme diz a doutrina, e observando-se que este autor baseia sua defesa na questão temporal, esta “transferência perpétua de posse de uma cópia mas com retenção da propriedade da cópia pelo titular do direito é uma noção inventada e incoerente que não encontra abrigo no *Copyright Act*”⁴⁵⁴.

Mais uma vez, acreditamos que o critério deveria se basear, não somente neste ponto, mas também na fruição dada ao usuário. Assim, devemos ter em consideração se fica garantida uma cópia do produto, o que no caso dos *e-books* parece claro ocorrer, uma vez que, mesmo havendo uma deterioração ou perda do suporte, o usuário continua a ter direito à sua cópia.

Na União Europeia, há jurisprudência favorável ao consumidor. No já anteriormente analisado caso *Oracle v UsedSoft*, o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que a empresa não poderia impedir os clientes de revenderem *software* por eles adquirido. Chegou a essa conclusão refulutando o argumento básico de que o instrumento contratual se denominava “licença” em vez de “venda”⁴⁵⁵. Este mesmo Tribunal analisou a questão do ponto de vista do próprio conteúdo da licença, concluindo que uma venda ocorre até mesmo no mundo *online*, quando é concedida uma licença perpétua para uso e o titular obtém uma remuneração económica apropriada⁴⁵⁶. Ainda nesta decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu as orientações para as circunstâncias nas quais o direito de distribuição do titular pode ser considerado esgotado: (i) se uma remuneração económica apropriada foi obtida pelo titu-

⁴⁵⁴ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, 57.

⁴⁵⁵ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell music, ebooks, games, and movies”, 431.

⁴⁵⁶ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 415.

lar; (ii) se o titular concedeu ao comprador original o direito de uso da cópia sem um limite de tempo (licença perpétua); (iii) se melhorias, atualizações e quaisquer outros serviços adicionais devem estar cobertos em um contrato de serviço de manutenção concluído entre o titular e o comprador original; (iv) se a cópia original fica sem utilidade⁴⁵⁷.

Porém, ainda existem dúvidas quanto à efetiva orientação dos Tribunais dos Estados Membros, e tal é evidente, por exemplo, no Tribunal de Berlim, no caso que envolve jogos *online*, e que colocou um órgão de Defesa do Consumidor (VZBV) contra a empresa Valve, em 2013. O Tribunal decidiu que se tratava, não de uma venda, mas de um serviço *online*, e por isso não havia um direito de distribuição⁴⁵⁸, mas sim um serviço *online*, pelo que o que estava a ser considerado era um direito, não de distribuição, mas de colocar à disposição do público⁴⁵⁹.

Como visto, os EUA parecem mais propensos a considerar o instrumento contratual como uma licença, enquanto a União Europeia ainda se encontra em fase de análise. Contudo, notamos uma tendência para averiguação do próprio conteúdo relativo à licença.

De nossa parte, após a análise dos argumentos utilizados pelos Tribunais, quer norte-americanos, quer da União Europeia, consideramos que existe, efetivamente, a possibilidade de se desenvolver um modelo de negócio em que não se transfira o título de propriedade para o usuário. Em nosso entender, a questão que deve ser analisada é de que modo o modelo de negócio apresenta seu produto ao consumidor. Ou seja, quando se compra um *e-book*, por exemplo, o usuário cria uma expectativa legítima de que tem a posse e propriedade do produto. E isto é verdade na medida em que, como já apontamos, o consumidor, mesmo perdendo o suporte técnico, continua a ter a sua cópia; ou seja, em termos de aparência do direito, trata-se de uma venda. Isto não impede que a indústria seja criativa e desenvolva modelos de negócios com características diferentes da venda. Nesses casos, a decisão será mercadológica, restando ao consumidor decidir se quer entrar na relação contratual ou não.

⁴⁵⁷ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 416.

⁴⁵⁸ Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 420.

⁴⁵⁹ A questão dos direitos envolvidos será também analisada no Item 3.3, Capítulo V.

Agora, em nossa opinião, o que não pode ocorrer é permitir-se que a indústria simplesmente ponha um nome num acordo contratual, imponha as restrições que deseje, mas apresente o produto ao consumidor como uma venda, que faz sua análise de compra baseado nesses fatores.

4.1.4 FIRST SALE DOCTRINE E PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO E EXAUSTÃO DOS DIREITOS

A definição do instrumento contratual como licença ou como verdadeira venda tem impacto direto na aplicação da *First Sale Doctrine* e princípio do esgotamento/exaustão.

Não obstante a doutrina da *First Sale Doctrine* e o princípio do esgotamento e exaustão, os titulares de direitos efetivamente encontram meios de controlar cópias de suas obras em posse dos usuários. A lei permite que os titulares criem arranjos contratuais de forma que os usuários adquiram somente uma licença de uso de uma cópia particular e não adquiram a titularidade que permite transferência posterior ou venda da cópia sem permissão do titular do direito. Como já evidenciamos no Item 8.1, Capítulo II, apesar dos avisos dos acadêmicos, a *First Sale Doctrine* já vem sendo ameaçada há décadas e, desde o advento das tecnologias de cópia para consumidores, a indústria do conteúdo tem incessantemente lutado contra esta, no que diz respeito ao presente Item, através de licenciamento, sendo que a tecnologia digital trouxe esta discussão para os holofotes⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹.

O direito dos contratos tem um papel na possibilidade de evasão da *First Sale Doctrine*: os termos contratuais determinam a sua aplicabilidade como questão de Direito de Autor; ou seja, para a *First Sale Doctrine*, a presença ou ausência de um privilégio depende dos termos do contrato⁴⁶².

Continua crescente a proliferação de licenças não negociáveis, as EULAs, já que estas permitem que a indústria continue a ter controle do conteúdo protegido, o que não aconteceria se se tratasse de um contrato de compra e venda. A capacidade de fazer a *First Sale Doctrine* irrelevante explica a popularidade das licenças. Com o esgotamento do

⁴⁶⁰ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 16.

⁴⁶¹ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 15. Em que cita artigo de Richard COLBY. “First Sale Doctrine – the Defense that never was?”.

⁴⁶² Raymond T. NIMMER, “Copyright First Sale and the Overriding Role of Contract”, p. 1345–1346.

direito do titular na primeira venda mediante este artifício das licenças, tem sido difícil provar que uma verdadeira transferência de propriedade alguma vez ocorreu, especialmente porque a jurisprudência não é uniforme. Todavia, as decisões mais recentes parecem favorecer os titulares de direitos⁴⁶³.

O 9.º Circuito, por exemplo, tem sido criticado por estar sendo prolífico em aceitar o modo como os titulares de direitos podem evitar a realização de uma venda efetiva aos consumidores⁴⁶⁴. Pode-se dizer que, observando determinadas formalidades, o titular pode continuar detendo a propriedade de praticamente qualquer suporte de arquivo protegido que “venda”, evitando assim a *First Sale Doctrine*. Mais especificamente, o 9.º Circuito tem decidido que são os seguintes fatores a determinarem se a transferência constitui uma venda ou licença: (1) se o titular especificar ter sido concedida uma licença ao usuário; (2) se o titular restringir significativamente a capacidade de o usuário transferir o conteúdo; e (3) se o titular impuser consideráveis restrições ao uso. Ou seja, a transferência é uma licença, e não uma venda, se o titular do direito disser que é uma licença⁴⁶⁵, conforme algumas decisões⁴⁶⁶.

A aceitação pelos Tribunais destes contratos de adesão em defesa dos titulares de direitos ameaça acabar com a *First Sale Doctrine*, minando o equilíbrio entre usuários e titulares, prejudicando mercados secundários e as indústrias deles dependentes, e abrindo a porta a condutas anticoncorrenciais, conforme defende grande parte da doutrina norte-americana⁴⁶⁷, com a qual concordamos.

Na União Europeia, existe menos jurisprudência do que nos EUA, e vem seguindo uma linha diferente. Já no Brasil, a jurisprudên-

⁴⁶³ Terence LEONG. “When the Software We Buy is Not Actually Ours: An Analysis of *Vernor v. Autodesk* on the First Sale Doctrine and Essential Step Defense”.

⁴⁶⁴ Casos *Apple Inc. v. Psystar Corp.*, 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011); *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011); *F.B. T. Prods., LLC v. Aftermath Records*, 621 F.3d 958 (9th Cir. 2010); *MDY Indus., LLC v. Blizzard Entm’t, Inc.*, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010); *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010); *Wall Data Inc. v. L.A. Cnty. Sheriff’s Dep’t*, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006); *Triad Sys. Corp. v. Se. Express Co.*, 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995); *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); *S.O.S., Inc. v. Payday, Inc.*, 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989); *United States v. Wise*, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977).

⁴⁶⁵ Jenny Lynn SHERIDAN. “Does the Rise of Property Rights Theory Defeat Copyright’s First Sale Doctrine?”, p. 353.

⁴⁶⁶ Item 8.1, Capítulo II.

⁴⁶⁷ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 20.

cia é inexistente, sendo a questão, por isso, analisada exclusivamente do ponto de vista legislativo. Desta forma, deparamo-nos mais uma vez com a dificuldade que advém do facto de não existir uma definição explícita (salvo em alguns países) acerca da obrigatoriedade de respeitar os limites em geral, e este especificamente.

Vimos que grande parte da doutrina europeia tem-se mostrado mais favorável a que se interpretem estes instrumentos contratuais como venda, talvez até como uma forma de se garantir a continuidade do princípio do esgotamento. Tal facto pode ser explicado, pelo menos em parte, pelo cariz marcadamente de maior proteção ao consumidor, por se entender no direito europeu que é este a parte mais fraca da relação, bem como pelo facto de não se observar um regime tão marcado pela presença da supremacia contratual, como nos Estados Unidos.

Perante este quadro de incerteza, a indústria tem sido criativa em delinear diversos modelos de negócios que são instrumentalizados através de contratos, não havendo qualquer obstáculo legal a que se permita que se opte por um modelo de licenciamento, ao invés de uma venda. Porém, o que vem ocorrendo é a opção por um modelo de licenciamento largamente mais favorável à indústria, sem no entanto ser transparente para com o usuário.

Face à complexidade do tema em questão, é demasiado redutor indicar exclusivamente a necessidade de uma legislação que estabeleça genericamente se uma situação específica é enquadrável como venda ou como licença.

Nessa medida, a solução poderia passar pela elaboração de um teste que forneça uma orientação sobre o que é aceitável como licença ou, pelo contrário, aquilo que deve ser encarado como venda. Contudo, realça-se que este teste não deve permitir que, pelo facto de se apresentar uma licença como tal, esta seja por si mesma admissível, como, por exemplo, o teste estabelecido pelo 9º Circuito norte-americano.

O que consideramos que deve fazer parte da análise são pontos como o da duração da relação contratual e a sua fruição. Ou seja, modelos de negócios que, em primeiro lugar, se apresentam como venda, em termos de nomenclatura e em termos de mercadologia, mas que estabelecem restrições à propriedade do consumidor, são inaceitáveis. Note-se, ainda, que não é suficiente para que esta classificação (como licença) seja aceitável o simples facto de se indicar que é uma licença,

com o intuito praticamente exclusivo de limitar de forma abusiva os direitos do usuário, em casos que tenham claramente características de venda, por exemplo, e tendo em conta questões de tempo e fruição.

Assim, a par do teste que serviria de guia, reclama-se uma análise caso a caso dos instrumentos contratuais que se entenda serem abusivos. Reclama-se também uma definição da natureza dos Limites e Exceções, já que toda esta incerteza é benéfica, especialmente para a indústria; e, se a União Europeia e o Brasil pretendem de facto salvaguardar a parte que entendem ser mais fraca, o usuário, é urgente tratar dessa questão.

Os *e-books* são um dos conteúdos criativos em que está mais presente a questão da *First Sale*/princípio do esgotamento e exaustão. Relativamente às regras de distribuição destas plataformas⁴⁶⁸, um comprador não pode fazer, nem cópias digitais nem cópias físicas para depois revender ou mesmo emprestar, a título gratuito ou oneroso, ou doar. Contudo, devido a exigências do mercado, alguns editores permitem que se venda um *e-book* “usado” depois de comprado, e existe ainda a possibilidade de o editor permitir que o comprador possa copiar o arquivo para qualquer um dos seus aparelhos, bem como imprimir ou fazer uma cópia privada.

E-books são normalmente “vendidos” sob *EULAs* muito restritivas e que incluem tecnologia DRM que previne os “compradores” de revender, emprestar⁴⁶⁹ e transferir um exemplar depois da sua “compra”⁴⁷⁰. O que parece que poderá ocorrer com maior facilidade é o facto de o usuário ser induzido em erro devido à forma como este instrumento contratual é apresentado, através de uma *EULA* que, como já visto, é muitas vezes pouco clara e pode gerar questões de informação ao usuário.

O que em geral pode ocorrer nestas transações é o usuário não estar completamente ciente de todas as condições do contrato e, por

⁴⁶⁸ Inicialmente, houve uma desconfiança quanto à aceitação dos ebooks pelos consumidores. No entanto, no último ano, nos EUA, relata-se um crescimento de 200% (<<http://www.publishers.org/press/30/>>)

⁴⁶⁹ Deve-se ter em atenção que alguns vendedores de ebooks permitem o empréstimo sob certas circunstâncias. A *Amazon*, por exemplo, autoriza o usuário a emprestar um *e-book* a outro dispositivo de sua fabricação, *Kindle*, por um período de duas semanas.

⁴⁷⁰ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, 57.

esse motivo, ficar especialmente vulnerável a confundir uma venda com uma licença e vice-versa.

Um exemplo desta aparente figura contratual de venda é o *Kindle*, da *Amazon*, que promove o produto como tal⁴⁷¹ ⁴⁷². No entanto, conforme observam alguns doutrinadores, quando a empresa está dizendo que se põe à “venda” um livro eletrônico, a expressão “venda” é “mistificadora”, pois a empresa não está vendendo realmente um livro, mas apenas garantindo certas condições de acesso; isto é, ela está a prestar um serviço. Segundo os mesmos autores, nestes dispositivos os editores transferem para o domínio digital a lei que se aplica nos objetos analógicos, e retêm da lei apenas as restrições e direitos de exclusividade que ela estipula, declaram irrelevante o suporte físico e, assim, omitem os usos legítimos⁴⁷³. Porém, como já tivemos oportunidade de nos posicionar⁴⁷⁴, entendemos ser inaceitável tal aparência de venda com características de licença, ou seja com as restrições que lhe são inerentes.

No caso dos *softwares*, esta prática de “aluguel” foi um pouco mais fácil de aceitar pelo consumidor, e por dois motivos: primeiro, por uma questão comportamental, ou seja, como não havia nada na realidade analógica comparável com o *software*, o comportamento e as expectativas em torno desta nova realidade foram criados para este produto. Em segundo lugar, pelas próprias características do produto – no caso dos *softwares*, há de facto a necessidade de atualizar o que vincula o usuário ao vendedor, algo que não ocorre no caso de livros⁴⁷⁵.

Mais uma vez, a própria indústria fornece evidência de que é inaceitável caracterizar esta relação como venda, porquanto o consumidor cria legítimas expectativas em relação à posse e propriedade do produto que, futuramente, poderão ser defraudadas⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ Michael SERINGHAUS. “E-book Transactions: Amazon “Kindles” the Copy Ownership Debate”, p. 150.

⁴⁷² Michael SERINGHAUS. “E-book Transactions: Amazon “Kindles” the Copy Ownership Debate”, p. 169-171.

⁴⁷³ António Machuco ROSA, “Direito de Autor e Direito de Acesso: Os Livros Eletrônicos, as Bibliotecas Públicas e o Princípio do Esgotamento”, p. 150.

⁴⁷⁴ Item 8.1, Capítulo II.

⁴⁷⁵ Apesar disto, a indústria vem sendo criativa e lançando diversas funcionalidades que incrementam o produto e serviço, atualizando-o com alguma frequência.

⁴⁷⁶ Tal ocorreu no caso do livro “1984” em que a Amazon apagou todos os exemplares dos livros dos *kindles* dos seus usuários, através do sistema de DRM. Tal situação

Também os jogos *online* são produtos que apresentam grandes dificuldades no âmbito digital, devido à sua própria qualificação como obra criativa. O programa de computador para jogos apresenta problemas especiais de aplicação da lei⁴⁷⁷.

Na doutrina norte-americana, a maior parte dos jogos *online* é considerada como programas de computador. Porém, muitos aspectos deste conteúdo dificultam a sua classificação no âmbito do sistema tradicional de Direito de Autor⁴⁷⁸. O que vinha ocorrendo é que, ao contrário dos programas de computador para dispositivos pessoais, jogos *online* eram, em geral, difíceis de copiar; ou seja, eram muito mais parecidos com videocassetes e DVDs do que com um programa de computador convencional, o que significava que colocar um cartucho ou disco dentro da consola permitia ao jogador acessar aos seus conteúdos, mas não criava uma cópia permanente no dispositivo (isto é, o jogo não era “instalado” ou arquivado no disco rígido local). Por estas razões, até então os produtores de jogos *online*, em geral, vendiam o produto ao invés de licenciá-lo⁴⁷⁹. Ao mesmo tempo, o Congresso determinou que não havia necessidade de estender o *Amendments Act* de

nunca poderia ter ocorrido se o instrumento contratual tivesse sido verdadeiramente uma venda. Michael MATTIOLI. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”, p. 228.

⁴⁷⁷ A ausência de uma conceitualização dos jogos *online* é uma das questões mais complicadas que o Direito de Autor enfrenta no ambiente digital. O conteúdo, como um todo, não se enquadra em nenhuma qualificação de obras protegidas em nenhum dos ordenamentos estudados. O Tribunal Alemão BGH, por exemplo, descreveu em uma decisão estes conteúdos como produtos híbridos. Já o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que os jogos *online* não podem ser considerados apenas como jogos de computador porque eles contêm outras obras criativas que têm de ser analisadas separadamente do programa de computador, que é a base do jogo, e, conseqüentemente, o jogo, como um todo, tem de ser considerado como um trabalho artístico ao abrigo da DSI. (Maša ŠAVIC. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”, p. 418 e 419). Ainda, por ser um dos conteúdos que mais permitem interação com o usuário, tem suscitado diversas questões quanto ao *User Generated Content* e aos direitos dos usuários sobre estas interações. Sobre isto, ver Leah SHEN. “Who Owns the Virtual Items?”.

⁴⁷⁸ Seth ASCHER. “Will Sony’s Fourth Playstation Lead to a Second Sony v. Universal?”, p. 232-236.

⁴⁷⁹ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 13.

1990 aos jogos *online*, e excluiu do âmbito do Ato os tipos que eram fabricados para utilização em consolas de uso doméstico⁴⁸⁰.

Uma vez que a *First Sale Doctrine* deixou de ser aplicada para o *software*, torna-se necessário qualificar os jogos de computador para se perceber se são passíveis de originar direito à *First Sale Doctrine*. Não realizando essa categorização, continuaremos incessantemente nesta discussão acerca da natureza do instrumento contratual.

Apesar de até então a indústria não ter gerado grande controvérsia quanto à possibilidade de transferência de conteúdos, dada a dificuldade de copiar jogos de vídeo tradicionais, tal situação está actualmente a mudar e observa-se uma alteração de mentalidade na indústria, que começa a se preocupar com a forma como a primeira venda pode ameaçar seu negócio⁴⁸¹. Por esta razão, o que actualmente vem ocorrendo é que os fabricantes estão tentando cada vez mais proteger o seu conteúdo, devido às inovações tecnológicas, que permitem a reprodução e cópia.

No direito europeu, porém, ainda há divergências quanto à qualificação dos jogos *online* como programa de computador, e quais as partes que podem ser objeto de protecção⁴⁸².

Há autores que consideram não haver questões quanto ao código. Porém, quanto à mecânica, que é a base do jogo, esta não está protegida, por não ser considerada obra concreta, substantiva e original, podendo no entanto ser protegida por uma patente. Todavia, relembramos que a dicotomia ideia-expressão não é um conceito estanque que se pode adaptar ao avanço e à modernização, pelo que o que hoje não é considerado criativo e original, amanhã poderá sê-lo. Deve-se por isso ressaltar que a mecânica do jogo de computador também poderá, no futuro, vir a ser considerada alvo de protecção de Direito de Autor.

Uma outra dificuldade no direito europeu é o facto de que a Diretiva Programa de Computador não inclui a definição do próprio termo “programa de computador”, de forma que a lei não se torne

⁴⁸⁰ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 14.

17 U.S.C. § 109(b)(1)(B)(ii) (2012) (“This subsection does not apply to . . . a computer program embodied in or used in conjunction with a limited purpose computer that is designed for playing video games and may be designed for other purposes.”).

⁴⁸¹ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 14.

⁴⁸² Para estudo de jogos *online* e questões concorrenciais, ver Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 44-58.

obsoleta⁴⁸³, e, nesse sentido, entende-se que os programas para jogos de computador caem no objeto da Diretiva Programa de Computador, apesar de haver argumentos que refutam tal classificação – algo que transcende o objeto deste estudo⁴⁸⁴.

O que tem ocorrido na União Europeia é que a maioria dos jogos de computador goza de proteção dupla, como programa de computador e como obra cinematográfica, “obra comparada com obra cinematográfica” ou “obra audiovisual”⁴⁸⁵.

Esta classificação incerta tem impacto na definição da aplicação do princípio do esgotamento, e assim é obviamente necessário proceder à sua classificação por razões de segurança jurídica. Na União Europeia, atualmente, a questão de saber se o *software* e os demais conteúdos devem ser alvo do princípio do esgotamento de direitos ainda se encontra bastante controvertida. De facto, além da indefinição quanto à categorização de determinados conteúdos *online*, persiste, como já vimos, uma desarmonização e falta de clareza nas decisões dos Tribunais dos Estados Membros em relação à interpretação do princípio do esgotamento aplicado ao ambiente digital.

Mais uma vez, as incertezas ainda são muitas relativamente aos jogos *online* e a aplicação deste princípio ainda se encontra *sub judice*, devido não só à sua categorização e às cláusulas contratuais usadas, como também à dúvida sobre a aplicação ou não do princípio do esgotamento ao ambiente digital.

Nos parece também que a tentativa de os Tribunais defenderem a evasão deste princípio no ambiente digital deveria estar mais fundamentada em argumentos económicos e não em argumentos que se esgotam em si próprios. Apesar de sermos favorável à aplicação do princípio no ambiente digital, percebe-se a razão por que a indústria de conteúdos criativos está pleiteando tal evasão. Portanto, a análise deveria fundar-se neste critério económico. Pode-se perceber que, do ponto de vista do titular do direito, um mercado secundário de trabalhos digitais possa ter sérios efeitos finan-

⁴⁸³ Definido no *United States Copyright Act, Section 101*, como “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”.

⁴⁸⁴ Para esta questão, ver Paul GOTTLICH. *Online Games from the Standpoint of Media and Copyright Law*.

⁴⁸⁵ Paul GOTTLICH. *Online Games from the Standpoint of Media and Copyright Law*, p. 8-10.

ceiros negativos⁴⁸⁶. Porém, entendemos que, do ponto de vista jurídico, nem o direito contratual nem o Direito de Autor oferecem argumentos plausíveis para se evadir ao princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine* no ambiente digital.

5. A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS PARA ALTERAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR

Até aqui analisámos o impacto dos contratos na evasão aos Limites e Exceções. No entanto, a utilização destes instrumentos também tem gerado preocupação quanto ao desequilíbrio do sistema de Direito de Autor, pois têm sido utilizados para alterar o âmbito de proteção deste direito.

Muitos académicos que estudam o mundo *online* e as implicações da interação do Direito dos Contratos com o Direito de Autor defendem que a regulação da liberdade contratual tenha como limite o próprio Direito de Autor.

De facto, os Limites e Exceções ao Direito de Autor são um instrumento de grande importância para o equilíbrio do sistema. No entanto, não olvidemos que, antes da sua estipulação, é muito importante a delimitação destes Limites e Exceções e do âmbito efetivo do Direito de Autor⁴⁸⁷, anteriormente esclarecida. Esta delimitação assume grande importância como forma de se identificar em que medida o Direito de Autor está sendo desconsiderado pelos contratos, na medida que o impacto dessa agressão é maior no âmago do próprio sistema.

Observe-se que as leis que regem matérias de interesse público são tidas como hierarquicamente superiores às relações privadas negociais⁴⁸⁸, o que insere o Direito de Autor nesta categoria de leis. Contudo, o limite à liberdade contratual assume também a sua importância, assumindo mesmo um papel auxiliar do Direito de Autor, especialmente porque a este faltam mecanismos de controlar os abusos ao seu âmbito. Contudo, ressaltamos que é fundamental que o regime autoral desenvolva mecanismos mais efetivos.

⁴⁸⁶ Bill ROSENBLATT. “ReDigi Gets RIAA NASTYGRAM”.

⁴⁸⁷ Item 3, Capítulo II.

⁴⁸⁸ Pedro Pais VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 591.

Para além do facto de considerarmos que o fundamento económico do Direito de Autor também se engloba na sua natureza de ordem pública e que por isto estamos perante uma lei injuntiva, podemos caracterizá-la assim também pelo facto de ela nunca indicar claramente que tem carácter dispositivo porque nunca utiliza expressões como “por exemplo”, “salvo convenção em contrário”, ou outras semelhantes, que nos levariam a crer que poderiam ser afastadas por contrato⁴⁸⁹.

Recorde-se que a autonomia privada não significa a liberdade de estipular quaisquer conteúdos negociais. A existência de limites à liberdade de construir o conteúdo contratual postula um “juízo de mérito” em relação a cada negócio que se celebra. O “juízo de mérito” é um juízo de licitude. Tem por finalidade situar o negócio dentro ou fora da área do permitido, do *licitus*, quer dizer, no espaço da própria autonomia privada⁴⁹⁰.

Mark Lemley alertava, desde 1995, sobre o uso do contrato de adesão em ordem à expansão dos Direitos de Autor para além das proteções legais estabelecidas, especificamente em relação à interação dos *Wraps*. Este autor observou as implicações deste direito nos contratos na *Internet* e entendeu que esta, para frustrar os objetivos fundamentais da proteção de Direito de Autor, criou um mercado de obras protegidas que usava Direito dos Contratos⁴⁹¹. Lemley era de opinião que a questão da legalidade destes contratos depende de se verificar se estas são executáveis e em quais condições⁴⁹².

Em 1998, William Fisher III afirmava que a questão do âmbito dos direitos de propriedade intelectual na *Internet* e a magnitude da liberdade contratual deveriam ser entendidos como interdependentes. Assinalava o autor que contratos de adesão na forma de *Click-wrap* são o primeiro desequilíbrio da liberdade contratual. Em suma, aquele autor argumentava à época que a extensão dos termos contratuais para além da proteção normal do Direito de Autor deveria ser proibida, e os produtos licenciados deveriam ser protegidos por termos contratuais dentro dos limites da proteção do Direito de Autor⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Pedro Pais VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 586.

⁴⁹⁰ Pedro Pais VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 423-424.

⁴⁹¹ Mark A. LEMLEY. “Intellectual Property and the Shrinkwrap Licenses”.

⁴⁹² Mark A. LEMLEY. “Intellectual Property and the Shrinkwrap Licenses”, p. 1240.

⁴⁹³ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 31.

Concordamos com o que os autores acima indicam relativamente aos termos do contrato não poderem ir além nem tampouco darem proteção àquilo que não é protegível. No entanto, entendemos que a crítica ao contrato deveria centrar-se mais na questão do seu conteúdo do que na forma contratual em si mesma, tendo em vista a tendência jurisprudencial para a aceitação dos *wraps*, independentemente das suas características, e de forma mais ou menos questionável. O caso ProCD nos EUA teve grande destaque por tratar justamente desta questão.

A preocupação dos académicos é com o facto de que ultimamente todos os tipos de informação e conteúdos (como dados científicos, textos educacionais, dados financeiros, música, filmes e até mesmo opiniões legais) estão sendo licenciados para usuários *online* e, portanto, estes tipos contratuais, apoiados em meios tecnológicos, têm o potencial de substituir o regime do Direito de Autor com contratos privados⁴⁹⁴. Além disso, o facto de serem contratos que abrangem uma grande magnitude de usuários, ou seja, o facto de serem em massa, implica a necessidade de um maior cuidado e controle, que deveria ser *a priori*, e que deveria enfatizar a necessidade de se respeitar a lei do Direito de Autor, bem como a própria lei contratual, devido à dificuldade de se fiscalizar *a posteriori*. É necessária, portanto, uma minuciosa avaliação do que é permitido ao âmbito privado⁴⁹⁵.

Niva Elkin-Koren apresenta dois exemplos de situações em que um contrato pode interferir com o Direito de Autor. O primeiro exemplo é a limitação dada ao comprador de um livro relativamente ao número cópias que este possa efetuar ou às citações de pequenos trechos para críticas, e uma outra série de restrições⁴⁹⁶. Depois, cita outro exemplo de uma situação em que um titular de direito poderia tentar impor o pagamento de uma remuneração pela utilização das receitas contidas num livro de culinária aos compradores legítimos deste. Ou seja, o titular estaria, desta forma, a proteger a própria ideia da re-

⁴⁹⁴ Niva ELKIN-KOREN. “Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract”, p. 94.

⁴⁹⁵ Niva ELKIN-KOREN. “Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract”, p. 104.

⁴⁹⁶ Niva ELKIN-KOREN. “Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract”, p. 95.

ceita⁴⁹⁷. A autora coloca uma série de questões a estas situações: em quais circunstâncias os usuários de obras protegidas devem obedecer a provisões contratuais que suplementem ou expandam a proteção de Direito de Autor; se os titulares são livres de expandirem seus direitos além dos disponíveis nas leis do Direito de Autor, ao imporem restrições ao uso de suas obras; até que ponto estas licenças são vinculantes⁴⁸⁴.

As questões colocadas pela autora são pertinentes. No entanto, devido à tendência jurisprudencial e à própria inércia do legislador em definir tais questões, uma maior definição do âmbito dos Limites e Exceções, de um lado, e o próprio âmbito de proteção do Direito de Autor, de outro, pode auxiliar e apresentar um caminho inicial que oriente futuras análises. Neste sentido, conforme já tivemos oportunidade de esclarecer, entendemos que os Limites e Exceções são os limites económicos e os benefícios para determinadas categorias especiais. Já os requisitos da dicotomia ideia-expressão, a criatividade/originalidade e o domínio público são o âmbito, ou seja, a alma do próprio Direito de Autor.

Ao apresentar estes dois exemplos, em que o primeiro se refere a Limites e Exceções e o segundo à dicotomia ideia-expressão, ou seja, ao âmbito do Direito de Autor, a autora leva-nos a crer que ambas as situações têm o mesmo valor e que são inclusivamente uma mesma questão.

No entanto, a nossa convicção é que, como já apontado, se trata de situações distintas. Esta distinção, em nosso entender tem razões tanto de ordem jurídica quanto de ordem prática.

Do ponto de vista jurídico, lembramos que o âmbito do Direito de Autor é a sua razão de ser, bem como os seus princípios basilares que brotaram da sua construção ao longo de um período alargado de tempo. Por isso, embora em certa parte subjetivos e sujeitos a influência da conjectura, não são em caso algum passíveis de afastamento. No caso dos Limites e Exceções, apesar de estes terem cada vez mais importância e de terem na sua génese razões de ordem pública, admitimos a sua discussão académica e a possibilidade de alteração legislativa, ou seja, o seu carácter mutável ao longo do tempo. A título de exemplo académico, poderíamos imaginar que uma determinada jurisdição possa (apesar do absurdo que seria) eliminar uma determinada categoria

⁴⁹⁷ Niva ELKIN-KOREN. "Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract", p. 96.

de limite ou exceção, tal como a exceção para bibliotecas. No entanto, nunca poderia acabar com o requisito da dicotomia ideia-expressão, que faz parte do âmbito do Direito de Autor⁴⁹⁸, sob pena de tornar este sistema completamente sem qualquer razão de ser.

Do ponto de vista prático, lembramos que esta discussão ainda prossegue, pois não existe consenso jurisprudencial⁴⁹⁹ nem legislativo em relação à obrigatoriedade ou não dos Limites e Exceções. Nesse sentido, situações enquadradas como Limites e Exceções correm o perigo de ser ignoradas pelos contratos, o que não acreditamos que beneficie o próprio Direito de Autor. Por outro lado, em virtude da nossa distinção, situações enquadradas como o âmbito do Direito de Autor, não deveriam ser nunca questionadas.

Compreendemos que a concessão de um direito exclusivo de autor a uma obra tem um caráter subjetivo, nomeadamente, no que concerne ao requisito da ideia-expressão e da criatividade. Porém, após a sua atribuição, este é vinculante e, pela sua natureza injuntiva, não há que questionar se um contrato privado pode ou não respeitá-lo.

Na questão do domínio público, que também faz parte do âmbito do próprio Direito de Autor, e que alguns autores também questionam se pode ou não ser afastado por contrato⁵⁰⁰, o ponto é ainda mais flagrante, uma vez que este requisito não é subjetivo e está positivamente determinado nas legislações que esta tese abrange, não suscita por isso qualquer dúvida ou questão que o contrato não poderá passar por cima do que a lei impõe. Observamos que o que ocorre são diversos contratos a regularem obras protegidas por Direito de Autor de forma mais ampla do que a concedida por lei, aumentando por exemplo a proteção concedida em relação à reprodução de uma obra ou à atribuição de proteção a conteúdos que não sejam devidamente abrangidos pelo Direito de Autor. Muitos dos contratos procuram obter

⁴⁹⁸ A doutrina reclama precaução relativamente ao que se considera como objeto de proteção de Direitos de Autor. Ver Anthony R. REESE. “Copyrightable Subject Matter in the Next Great Copyright Act”.

⁴⁹⁹ Niva ELKIN-KOREN. “Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract”, p. 98.

⁵⁰⁰ James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 3.

um controle mais amplo, mais forte e longo dos seus conteúdos do que o estabelecido para o mundo analógico ou mesmo previsto na legislação⁵⁰¹.

No contexto digital, o aumento do uso de cláusulas que expandem o conteúdo do Direito de Autor através de contratos é uma questão com que o Direito Europeu e o Direito Brasileiro têm lidado de forma insuficiente, encontrando-se somente na legislação do Reino Unido uma norma que proíbe a decompilação de *software*⁵⁰². No entanto, apesar deste exemplo, não há uma política explícita sobre contratos e termos que visem estender a proteção do Direito de Autor além do estabelecido na lei.

Nos EUA, a tendência da jurisprudência ainda é incerta, havendo no entanto alguns casos recentes, relativos a *software*, em que os Tribunais se mostraram bastante cautelosos em conferir uma proteção de Direito de Autor a elementos que não estejam englobados no seu âmbito⁵⁰³. Argumentam também que, sempre que o contrato estiver dentro da *general subject matter*⁵⁰⁴ de Direito de Autor, deve estar sujeito ao exercício do equilíbrio desse sistema.

Portanto, identificam-se três tipos de situações que as relações contratuais podem gerar, relativamente aos Direitos de Autor:

a) Os contratos podem ir além do que simplesmente permitir um ato que, de outra forma, seria uma infração ao Direito de Autor. Uma cláusula contratual pode proibir um usuário de um conteúdo protegido de exercitar os seus direitos concedidos pela lei. Além disso, os contratos tanto podem regular conteúdos protegidos como conteúdos não protegidos.

b) Uma cláusula contratual poderia, por exemplo, proibir a reprodução de um elemento não protegido em uma obra protegida, tal como um conteúdo não suficientemente original. Isso constituiria uma extensão da proteção do Direito de Autor. Também se pode argumentar que essa situação poderia mesmo sobrepôr-se à lei de Direito de

⁵⁰¹ James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 2.

⁵⁰² James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 2.

⁵⁰³ Justin van ETTEN. “Copyright Enforcement of Non- Copyright Terms: MDY v. Blizzard and Krause v. TitleServ”.

⁵⁰⁴ O termo *general subject matter* refere-se aos conteúdos que possam a ser objeto de proteção de Direito de Autor.

Autor se a maioria dos usos tiverem de estar de acordo com o contrato. Vê-se, assim, que a proteção *copyright style* – expressão utilizada por um autor inglês para se referir à utilização de contratos pretendendo dar uma proteção ao estilo do Direito de Autor a conteúdos que não são protegidos por este – pode ser fornecida através de uma cláusula contratual, mesmo que a proteção do Direito de Autor tenha sido explicitamente negada tanto pela lei quanto por um Tribunal. Esta situação ocorreu no caso *Pro CD v Zeidenberg*.

c) Uma terceira situação é a utilização, por exemplo, em *free software*, de um contrato que expressamente impede futuros utilizadores de usar o Direito de Autor para regular a reutilização subsequente de uma obra. Por exemplo, o GNU/Linux incorpora um conceito descrito como *copyleft*, que tem como ideia central que os codificadores concedam permissão a todos os usuários para iniciarem, copiarem, modificarem e distribuírem versões modificadas do programa, mas não tenham permissão para adicionarem suas próprias restrições. Cada obra subsequente deve, portanto, não impedir reutilização⁵⁰⁵. A quebra do contrato ocorre se o programador que realizou a última alteração proteger o programa de computador no âmbito do Direito de Autor. Um titular do direito não pode exercer o seu direito sobre a reprodução se estiver em quebra do contrato. Devido à natureza vinculativa do GNU GPL sobre conteúdo subsequente, é discutível que isto fira o equilíbrio do Direito de Autor no âmbito de um conteúdo de *software*, e também no de outros conteúdos criativos, através de outros tipos de arranjos contratuais, como o *Creative Commons*.

Resumindo as três questões que dizem respeito às relações contratuais susceptíveis de regular as obras de Direitos de Autor, elas são: aquelas que inibem futuros titulares de direitos de os explorarem; aqueles contratos que estendem controlo *copyright style* a novas áreas; e aqueles contratos que excluem controlo de Direito de Autor contrário às regras estabelecidas nas leis.

Todas estas três situações podem enfraquecer o equilíbrio entre autores e usuários e reutilizadores estabelecido na lei de Direito de Autor, na medida em que afetam a capacidade do titular de explorar o

⁵⁰⁵ James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 4.

seu direito, uma vez que tanto podem estabelecer níveis mais amplos, quanto níveis mais limitados de exploração.

No entanto, o tema ainda não está resolvido, e observam-se movimentos legislativos ou regulatórios no sentido de se questionar e abrandar os efeitos destas licenças, impedindo o uso abusivo. Enquanto isso, os debates continuam acerca do que é o equilíbrio no Direito de Autor sobre a proteção do criador e o interesse público, e se este equilíbrio vem sendo alcançado.

Primeiramente, cumpre esclarecer que é necessário assumir uma posição de precaução quanto ao que o futuro reserva. Ou seja, o estado atual que as inovações tecnológicas geraram leva a crer que, num futuro mais distante, talvez dentro de algumas décadas, iremos ter uma realidade completamente distinta da atual. Isto é, talvez esteja destinado a ser alterado o modelo de um Estado central com funções de intervenção nos mercados⁵⁰⁶. No entanto, levando em conta a atual conjuntura em que funcionamos, com um Estado que ainda mantém um poder de intervenção devidamente legitimado pela vontade dos cidadãos, resta-lhe exercer o seu papel de forma correta, que tem de ser respeitada⁵⁰⁷.

Dessa forma, o Direito de Autor, enquanto mecanismo emanado dos legítimos órgãos do Estado, tem de ser seguido e não pode ser posta de parte por vontade privada.

O que parece estar causando dificuldade de avaliação quanto ao que um contrato pode restringir ou mesmo alterar no que concerne ao âmbito público é, novamente, a falta de delimitação dos Limites e Exceções.

Como já defendemos, não se deve confundir o âmbito de proteção que é próprio do Direito de Autor com os privilégios que este permite a determinados grupos ou situações para o usufruto de uma determinada obra. Ou seja, entendemos que a dicotomia ideia-expressão, os requisitos de originalidade e criatividade, bem como o domínio público, são a própria razão de ser da proteção do Direito de Autor,

⁵⁰⁶ O exemplo mais óbvio disto é a moeda eletrónica, que tem na empresa Bit-Coin o maior representante.

⁵⁰⁷ Para um estudo sobre os argumentos jurídicos e económicos acerca da supremacia da ordem privada sobre a pública e a necessidade de supremacia da ordem pública sobre a privada, ver Niva ELKIN-KOREN. "Copyrights in Cyberspace – Rights Without Laws?", p. 1156-1185.

pelo que estes não podem de forma alguma ser postos de parte por negociações particulares.

Podemos admitir que os Limites e Exceções sejam objeto de debate quanto à sua obrigatoriedade ou não. No entanto, tal debate não deveria de forma alguma ter espaço quando estão em causa situações que ultrapassam a fronteira dos limites e exceções e atingem o próprio âmbito do Direito de Autor. Assim, situações em que se pretende proteger obras que não são normalmente protegidas pelo Direito de Autor, mesmo que seja apenas uma parte do referido conteúdo ou tentativas de apropriação do que está no domínio público, não devem em hipótese alguma ser aceitas pelo sistema com base no argumento de uma negociação privada prévia. A título de exemplo, vejamos o caso de um contrato que prevê que um determinado conteúdo está protegido durante 500 anos, quando na maioria dos países o Direito de Autor prevê um termo de duração de 70 anos. Faz sentido possibilitar essa situação, quando a lei prevê especificamente um prazo a respeitar? Da mesma forma, podemos fazer analogias com situações cotidianas que envolvam direitos de propriedade que mostram que tais permissões seriam inaceitáveis: por exemplo, permitir que, através de um contrato privado, uma pessoa prometa a um promissor adquirente de um imóvel que este se aproprie da calçada em frente é obviamente ilegal e perfeitamente solucionável.

É certo que, no Direito de Autor, e especialmente no ambiente digital, estas questões exigem solução mais profunda e complexa, mas esta situação não pode servir de forma alguma como uma escusa para que não se respeitem estas fronteiras estabelecidas pelo Estado e que este tem o dever, obrigação e direito de garantir que sejam concretizadas.

Não afastamos, obviamente, as situações em que exista uma dificuldade de se perceber, se se trata de uma situação que o Direito de Autor deve efetivamente proteger, ou seja, se um trabalho preenche os requisitos para ser considerado alvo de Direito de Autor, como por exemplo, os requisitos de originalidade e criatividade. Este dilema foi sempre inerente ao próprio Direito de Autor, o que é muito diferente da situação atual em que se admite que um contrato privado possa definir quais sejam estes requisitos.

Quanto ao dilema da legalidade e admissibilidade do sistema de *Creative Commons* (e suas variáveis), não podemos deixar de notar que, embora apresente algumas questões discutíveis, tal sistema é, na nossa opinião, admissível e legal e não entra em conflito com o Direito de Autor, como alguns sutilmente sugerem⁵⁰⁸. Esta posição pode parecer que está em conflito com o que acabamos de advogar, nomeadamente, a nossa convicção de que o âmbito do Direito de Autor não pode ser posto de parte contratualmente. Passamos a explicar as razões desta posição. No *Creative Commons* a parte contratante abdica *a priori* do seu suposto Direito de Autor. Notamos aqui as duas primeiras diferenças para os contratos com o usuário final: (i) supostamente é um direito, pois nada garante que a intervenção do criador subsequente se venha a qualificar como obra protegível pelo Direito de Autor, preenchendo os requisitos legais; (ii) o criador subsequente está abrindo mão de seus direitos de criação, ou seja, de Direitos de Autor, e não de direitos de usuário final.

Porém, a distinção que nos parece de maior relevância e que permite a existência deste sistema de forma mais harmoniosa com o Direito de Autor é, uma mais vez, a fruição. No caso dos *Creative Commons*, o que está em causa é uma possibilidade de criação, e não uma possibilidade de fruir propriamente do conteúdo. No caso dos contratos que afastam os direitos dos usuários finais, o que está em causa é o bloqueio de determinadas capacidades de acesso e fruição. Mais uma vez, podemos ilustrar com um exemplo do mundo real: há situações em que se determina a doação de um bem imóvel com determinadas condições, ficando a parte beneficiada ciente e vinculada a essas mesmas condicionantes, que podem mesmo restringir determinadas possibilidades de uso e exploração ou direitos normalmente concedidos ao beneficiário.

Diante de tudo isto, casos como o Pro-CD nos EUA e o próprio estabelecimento de uma Diretiva sobre Base de Dados são, em nosso entendimento, graves ofensas ao sistema de Direito de Autor enquanto subtraem a nobreza do seu âmbito⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Niva ELKIN-KOREN. “Copyrights in Cyberspace – Rights Without Laws?”, p. 1187-1198.

⁵⁰⁹ Oliveira Ascensão, um dos maiores críticos desta Diretiva, alerta que, neste sentido, a União Europeia ultrapassou até mesmo o nível, já considerado inaceitável, de proteção à indústria estabelecido nos EUA. José de Oliveira ASCENSÃO. “O Direito

6. TRATAMENTO DO TEMA NOS EUA, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL

6.1 EUA

A despeito das decisões judiciais, as *EULAs* vêm sendo questionadas a nível legislativo, sem que, no entanto, ainda se tenha chegado a um consenso quanto à sua validade e aos seus termos. O *American Law Institute* (ALI) e a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) idealizaram um projeto denominado *UCC Amendment 2B* ou *UCC2B* para suprir as lacunas na regulação das transações *on-line*, especialmente aquelas que afetam bens intangíveis, como são os acordos de licenciamento.

No entanto, a decisão *ProCD v Zeidenberg*, anteriormente citada, confirmou a validade das licenças e mudou a dinâmica das negociações. A proposta *UCC2B* aumentou o seu âmbito, enquanto a ALI retirou o seu apoio ao projeto, e a iniciativa viu seu nome alterado para *The Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA), sendo esta uma tentativa de reordenar a interseção das leis de propriedade intelectual, contratação digital e a *Internet*⁵¹⁰.

Nessa tentativa, o *UCITA*⁵¹¹ definiu que as transações de programas de computador sejam interpretadas como licenças, e não como vendas, de forma que os compradores individuais estejam sujeitos às restrições dos vendedores, que seriam determinadas por contratos individuais entre as partes. Houve muitas críticas a este instrumento e a proposta de promulgação a nível estadual falhou, com a oposição de

de Autor e a Internet. EM particular as Recentes Orientações da Comunidade Europeia”, p. 11.

⁵¹⁰ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 56-58.

⁵¹¹ Concebido para cobrir *software* e outra tecnologia de informação que seja licenciada, mas não vendida, e, portanto, não coberto pelo artigo 2 do UCC. Trata-se de uma lei controversa, particularmente junto dos grupos consumidores, e só foi promulgada nos estados de Maryland e Virgínia. Se a transação consistir em informação de computador e em bens, este estatuto aplica-se só à parte da transação relacionada com a sociedade de informação. Não se aplica a: programação de audiovisual que seja fornecida por radiodifusão, satélite ou cabo; filme, gravação de som, obra musical ou gravação de fono; licença compulsória.

uma série de entidades. Têm-se verificado esforços no sentido de se adotarem regras de proteção dos consumidores. É grande, no entanto, a dificuldade de ultrapassar o tradicional dissenso entre o *UCITA* e os acadêmicos, os grupos de proteção ao consumidor e as bibliotecas. Até ao presente, somente os estados da *Virgínia* e *Maryland* promulgaram o *UCITA*, mas diversos outros estados estão levando em consideração esse diploma. A maioria dos doutrinadores acredita que serão poucos os estados a promulgá-lo a curto prazo⁵¹².

Enquanto *UCITA* não for adotado pelos demais estados ou uma nova lei não vier definir a natureza da relação contratual entre intermediários e usuários na *Internet*, a questão fica em aberto e à mercê da decisão dos Tribunais. Ora, conforme já visto⁵¹³, estes têm decidido pela aceitação dos argumentos trazidos pela indústria, o que na maior parte dos casos leva a crer que se trata de uma licença.

6.1.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DOS CONTRATOS E DIREITO DE AUTOR

Quanto à relação entre o Direito de Autor e os contratos, tem havido desde a década de 90 discussão doutrinária e legislativa norte-americana, com soluções pontuais. Nesse sentido, o DMCA, que foi promulgado para implementar os tratados internacionais e efetivamente estender o alcance do Direito de Autor e limitar a responsabilidade dos provedores de serviços, estabelece na sua Seção 1201 (a) (1) que a cada três anos o *Librarian of Congress* deve emitir determinações relativamente à imposição de Limites e Exceções aos Direitos de Autor para determinadas classes de obras protegidas. Estas determinações dizem diretamente respeito ao Direito de Autor, mas também ao direito na *Internet* em geral, ao remover algumas restrições da propriedade intelectual.

Estas determinações de usos são consideradas uma forma peculiar de regulação na *Internet* pois são emanadas a cada três anos e podem ser revisadas de forma a refletir os novos avanços nas experiências dos usuários digitais. O DMCA promove, por isso, uma série de audiências e determinações que são revisitadas frequentemente no sentido de se

⁵¹² Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 59.

⁵¹³ Item 8.1, Capítulo II.

aperfeiçoar a regulação de áreas tocadas pelo Direito de Autor, tornando-se dessa forma uma fonte muito pontual, e portanto poderosa, de regulação deste assunto na *Internet*.

As determinações de 2010 do *Librarian of Congress* sobre obras excluídas da proteção do Direito de Autor tocou em uma ampla gama de áreas do direito da *Internet*.

Na época actual, as determinações relativas à Direito de Autor permitem a incorporação de filmes em novas obras para comentários ou críticas. Em termos práticos, as determinações significam que o material antigo protegido pode ser copiado para uso educacional⁵¹⁴.

Desta forma, a regulação de Direito de Autor relativamente às EULAs através do DMCA se misturou com conteúdo criativo em geral. Considera-se que o marco divisório das determinações para EULAs em 2010 foram as determinações sobre legalização *jailbreaking*⁵¹⁵ para *iPhones*, em que foi permitido ao usuário remover as limitações estabelecidas pelos fabricantes. Antes de o *Librarian of Congress* criar a exceção do *Fair Use* para *jailbreaking*, os donos de *smartphones* recebiam uma cópia dos Termos de Uso que estabelecia, entre outros termos, que o programa usado era licenciado e não vendido pela *Apple* ao comprador. A mudança foi resultado do *lobby* de grupos como a *Electronic Frontier Foundation* (EFF), que se fundamentaram no *Fair Use*, especialmente no requisito de uso não comercial⁵¹⁶.

Dessa forma, o resultado desta inesperada ação foi que o DMCA transformou a discussão da *Apple* sobre a legalidade da EULA em relação ao *jailbreaking*: passou-se de uma questão de direito de contrato a uma questão sobre *Fair Use* no quadro do Direito de Autor.

⁵¹⁴ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 68.

⁵¹⁵ O *Jailbreak* é um processo que permite que aparelhos com o sistema iOS (*iPhone*, *iPod Touch* e *iPad*) executem aplicativos não-autorizados pela fabricante *Apple*. Um aparelho com *Jailbreak* é capaz de baixar aplicativos anteriormente indisponíveis pela *App Store* via instaladores não-oficiais como o *Cydia*, assim como aplicações adquiridas de forma ilegal. O uso de técnicas *Jailbreak* não é recomendado pela fabricante, já que permitem a execução de aplicativos que provêm de outros lugares além da *App Store*. Entretanto, pelo facto de alguns aplicativos não serem aprovados para entrar na *App Store*, há uma grande variedade de aplicativos que podem ser baixados e que não poderiam sê-lo sem o *Jailbreak*.

⁵¹⁶ Kevin ROGERS. “Jailbroken: Examining the Policy and Legal Implications of iPhone Jailbreaking”, p. 4.

Apesar de haver grande controvérsia sobre o enquadramento do *Fair Use* neste caso⁵¹⁷, e dúvidas sobre o real efeito desta medida, uma vez que o *unlocking* continua proibido⁵¹⁸, esta determinação do *Librarian of Congress* foi recebida com entusiasmo, em virtude da sua inovação, que lançou luz sobre a sobreposição entre a regulação do Direito de Autor e o Direito de Contrato, bem como a regulação de medidas de proteção tecnológicas.

Considera-se no entanto que, numa perspectiva contratual, as determinações sobre *jailbreaking* foram bem-vindas por retirarem a importância do conteúdo da EULA em *smartphones*, uma vez que as determinações do *Librarian of Congress* recentralizam a batalha legal para a determinação do Direito de Autor. A discussão sobre a legalidade das licenças *EULAs Shrink-wrap*, que espelharam as discussões das licenças *EULAs Click-wraps*, foi assim interrompida pelas determinações trienais do *Librarian of Congress* no cumprimento do *DMCA*. Isso significa, na opinião de alguns autores, uma oportunidade única de equilibrar a regulação federal com o uso da tecnologia⁵¹⁹.

Nesse sentido, o *Librarian of Congress* tem agido como árbitro da intersecção do Direito de Autor com o Direito de Contratos, devido à grande sobreposição de precedentes legais em relação à *Internet*.

A questão vem sendo tratada, também, através da jurisprudência. O caso mais conhecido é o *ProCD* em que a empresa usou cláusulas contratuais para proibir seus clientes de revender uma compilação sua que seja propriedade de números de telefones. A proteção desse conteúdo no quadro das leis do Direito de Autor norte-americanas é . Mesmo assim, foi feito um teste pelo Tribunal, e concluiu-se pela inexistência dos requisitos exigidos para a proteção do Direito de Autor. A *ProCD* usou portanto uma cláusula contratual para fornecer proteção “*copyright style*”.

O contrato foi estabelecido através de uma licença *Shrink-wrap*, com a qual os usuários tinham que concordar para terem acesso aos dados da compilação. Os Tribunais fizeram uma abordagem ampla, ao

⁵¹⁷ Kevin ROGERS. “Jailbroken: Examining the Policy and Legal Implications of iPhone Jailbreaking”, p. 9.

⁵¹⁸ Kevin ROGERS. “Jailbroken: Examining the Policy and Legal Implications of iPhone Jailbreaking”, p. 12.

⁵¹⁹ Michelle GARCIA. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”, p. 69-73.

estabelecerem políticas para cláusulas contratuais que estendam uma proteção *copyright style* a obras potencialmente protegidas por Direito de Autor. Na primeira instância, ficou decidido que as cláusulas contratuais não poderiam ser usadas para fornecer a proteção que o próprio Direito de Autor não estabelece. Este caso foi bastante importante na medida em que introduziu o conceito de cláusula *copyright style*.

Em apelação, o 7º Circuito chegou a uma conclusão oposta, baseada no facto de o Direito de Autor ser um direito de propriedade, e o contrato um direito pessoal. No entanto, para reiterar isso mesmo, ambas as instâncias delinearam uma política relativa a cláusulas contratuais que estendam a proteção *copyright style* e procurem impedir a aplicação do Direito de Autor.

Em decisão de que o contrato não poderia ser usado para proteger conteúdo que não seria de outra forma abrangido pela lei de Direito de Autor, o Tribunal decidiu que quando uma obra estiver dentro do “*general subject matter*”, ou seja, dentro do âmbito geral do Direito de Autor, isso é suficiente para invocar este sistema. Esta análise possibilitou ao Juiz argumentar que, neste caso, conceder proteção poderia afetar o delicado equilíbrio da lei do Direito de Autor e do Direito dos Contratos. No entanto, este caso vai mais longe, pois o Juiz fez alguns comentários sobre quando se entende que o equilíbrio do Direito de Autor está afetado por uma cláusula contratual e indicou que o equilíbrio só deve ser salvaguardado quando um contrato erigir uma barreira de acesso a informação que seria acessível diante das leis do Direito de Autor.

Em relação a este último ponto, o julgamento foi revertido. Em apelação, lembrou o Tribunal que o Direito de Autor é um direito que vincula uma pluralidade de sujeitos indeterminados, enquanto as cláusulas contratuais só vinculam as partes do contrato. Assim, se um indivíduo que não era parte do contrato reproduzir uma compilação da *ProCD*, não se poderá alegar quebra do contrato através do próprio instrumento contratual. Foi por essa razão que, em apelação, o Juiz argumentou que os direitos criados pelo contrato não são “equivalentes” aos direitos criados pelo Direito de Autor. No entanto, entendeu que a licença era válida.

Desde 1908, a Suprema Corte, especialmente no caso *Bobbs-Merril Company v. Strauss*⁵²⁰, identificou no quadro do Direito de Autor fun-

⁵²⁰ *Bobbs-Merril Co. v. Strauss*, 210 U.S. 339 (1908).

damentos que contêm princípios *in rem* não passíveis de ser alterados por cláusulas contratuais *in personam*. O réu era uma terceira parte em relação ao vendedor de livros, que os obteve através de um varejista que os havia adquirido da *Bobbs-Merril*.

Sugere-se, assim, que a abordagem do Tribunal de Primeira de Instância⁵²¹ é a mais apropriada para a era digital.

Considera-se que, apesar de se considerar válida a licença, dando portanto ganho de causa à *ProCD*, este caso fornece material proveitoso para se estabelecer um teste que permita averiguar se o material cabe no âmbito da proteção e, conseqüentemente, no âmbito do equilíbrio do Direito de Autor. Como confirmado pelo Juiz, qualquer obra que pudesse ser levada perante o tribunal como susceptível de se encaixar nas categorias do parágrafo 102 –seria o caso das obras literárias, musicais e dramáticas – ficaria abrangida pelo âmbito do Direito de Autor.

Aplicar este teste a toda a vasta gama de obras exigiria, segundo J. Griffin, ter em consideração o equilíbrio do Direito de Autor em relação a várias licenças que digam potencialmente respeito a obras protegidas, particularmente *Shrink-wrap*, *Click-wrap* e *Browse-wrap*. O teste proposto: 1) forneceria regras claras que estabeleceriam as situações em que os contratos estão vinculados ao equilíbrio do Direito de Autor; 2) restabeleceria o equilíbrio do Direito de Autor onde as novas formas de distribuição, baseadas em novas tecnologias, utilizam licenciamento; e 3) restabeleceria o papel dos contratos como forma através da qual se explora meramente um Direito de Autor, em vez de os mesmos se converterem em substituto das suas regras⁵²².

6.2 BRASIL

6.2.1 TRATAMENTO

No direito brasileiro, até ao momento os legisladores não se manifestaram sobre estas licenças específicas. Daí que a análise destas figuras passe pela análise dos instrumentos legislativos já existentes, seja quanto à sua validade em si, seja quanto aos seus termos.

⁵²¹ James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 8.

⁵²² James G. H. GRIFFIN. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”, p. 9.

Observa-se, antes de mais, que a *Internet* é reconhecida pelos Tribunais brasileiros como meio idôneo de transações em que exista declaração de vontades pelas partes, o que leva a crer que os contratos *wraps* são reconhecidos⁵²³. Já a formação da vontade é regulada pelo Código Civil, nos arts. 423 a 434. Apesar de o Código Civil de 2002 ter tido como base uma sociedade industrial e de ter tido uma preocupação com as novas tecnologias, considera-se que este ainda é insuficiente para regular as particularidades do comércio eletrônico⁵²⁴.

O direito brasileiro tem prezado a maior defesa do consumidor, tomando suas decisões com base nessa tendência. O que se pode depreender da legislação existente é que, muito embora os contratos *Wraps* possam ser validados no Brasil, permanece a possibilidade de anulação de algumas cláusulas contratuais quando forem consideradas abusivas. É o caso, por exemplo, da cláusula de eleição de jurisdição, que deve ser anulada quando se constata o abuso por parte do estipulante, conforme parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil (CPC), acrescentado pela Reforma de 2006. A possibilidade de anulação fundamenta-se na constatação da exagerada desvantagem para o consumidor, conforme disposto no art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Entende-se que o CDC alcança também o contexto do comércio eletrônico, levando em consideração as especificidades das novas tecnologias. No Brasil, a proteção ao consumidor é de facto forte, mas é negativo faltar legislação que trate das especificidades do ambiente digital. Além disso, adotando-se a lei de consumo como reguladora dessas relações, surge a questão de caracterizar o que se considera como “consumidor”. Segundo a teoria finalista, o conceito em causa restringe-se à pessoa que utiliza o bem como “destinatário final”. O problema desta teoria é que usa uma categorização pela negativa, ou seja, considera como consumidor o indivíduo “não-profissional”, deixando assim desprotegidos muitos usuários digitais. Nesse sentido, tendo em conta a grande controvérsia no direito do consumo sobre a caracterização de “consumidor”, centrar nesta área a atenção e os esforços é prejudicial,

⁵²³ TJ/MG 1.0024.06.153382-4/001, Março, 2008 e TJ/MG 1.0024.06.986334-8/001, Julho, 2007.

⁵²⁴ Cíntia Rosa Pereira de LIMA. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap): Um estudo comparado entre Brasil e Canadá*, p. 624.

pois deixa de fora do âmbito de proteção um grupo que não cabe no conceito protegido.

Helenara Braga Avancini sustenta que a lei do consumidor apresenta um arcabouço de princípios e cláusulas gerais essenciais para a defesa do consumidor neste âmbito, e isso indica uma boa técnica legislativa auxiliando a sua aplicação⁵²⁵. Concordamos que seja um auxiliar e não a forma principal de proteção dos usuários destes contratos

A despeito de não haver uma lei que discipline o comércio eletrônico, existem mesmo assim mais de 40 projetos de lei que pretendem disciplinar a matéria, tanto no âmbito penal, civil, empresarial, do consumidor, e em outras áreas. O que se observa, porém, é que no âmbito empresarial, a produção legislativa apresenta-se em fase mais embrionária, sendo os mais relevantes os Projetos de Lei n. 1.589/99 e PL 4.906/2001⁵²⁶.

Perante a ausência de uma lei que discipline a matéria do comércio eletrônico, a aplicação dos princípios assume grande importância. Princípios contratuais clássicos como os da liberdade contratual, do consensualismo, da obrigatoriedade do contrato, da relatividade dos efeitos do contrato convivem com princípios sociais modernos como os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio do contrato e da parte vulnerável. O princípio da função social do contrato é analisado sob dois enfoques: a) *inter partes* e b) *ultra partes*. Na contratação telemática, estes princípios desempenham um relevante papel na análise das licenças *wraps*⁵²⁷.

Enfatizamos que, no âmbito acadêmico brasileiro, a pesquisa sobre este tema limita-se a fontes esparsas. Cíntia Lima entende que o Brasil em vez de aprovar os projetos de lei existentes sobre o tema, deveria reabrir discussão e tomar algumas medidas, tais como: (i) um Projeto de Lei específico sobre comércio eletrônico em sentido estrito (como o UECA, no Canadá; UCITA e UETA, nos EUA; e a Diretiva 2000/31/CE, na União Europeia); (ii) um Projeto de Lei para alterar

⁵²⁵ Helenara Braga AVANCINI. “O Direito Autoral e a sua Interface com o Direito do Consumidor”, p. 38.

⁵²⁶ Cíntia Rosa Pereira de LIMA. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap): Um estudo comparado entre Brasil e Canadá*, p. 204-207.

⁵²⁷ Cíntia Rosa Pereira de LIMA. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap)*, p. 620.

alguns artigos do Código Civil, notadamente o art. 225; e (iii) um Projeto de Lei para alterar alguns dispositivos do CDC⁵²⁸. Em relação às sugestões que apontam como exemplo o UCITA e ainda a União Europeia, entendemos ser desejável seguir um qualquer exemplo, e isso é justamente o que não acontece com as leis enunciadas.

Concordamos, no entanto, que teoricamente pode ser uma ideia benéfica a sugestão de uma lei específica para tratamento do tema, e com a criação de uma Agência Reguladora responsável pela regulamentação e pelo incentivo ao comércio eletrónico no País, e também pela fiscalização das entidades certificadoras⁵²⁹.

Destacamos ainda a observação de outra académica que tratou do tema. Em uma opinião bastante ponderada, a autora afirma que a figura do abuso do direito é essencial para equilibrar interesses públicos e privados, pois não é verdade que deva sempre prevalecer o interesse público. Com efeito, constitui interesse público a defesa do interesse privado⁵³⁰. Concordamos inteiramente com esta posição⁵³¹.

6.2.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DE AUTOR E DIREITO DOS CONTRATOS

Quanto à questão da relação entre Direito dos contratos e Direito de Autor, no Brasil não há muita discussão sobre o assunto em termos legislativos, e muito pouco a nível doutrinário.

Ronaldo Lemos, um dos poucos autores que trata do assunto, é de opinião que os contratos *Wraps* acabam por ser um modelo normativo que expande os limites da proteção à propriedade intelectual. O autor foca suas críticas no facto de estes contratos poderem ser utilizados para estender proteções similares àquelas conferidas pela propriedade

⁵²⁸ Cíntia Rosa Pereira de LIMA. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap)*, p. 631.

⁵²⁹ Cíntia Rosa Pereira de LIMA. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap)*, p. 631.

⁵³⁰ Helenara Braga AVANCINI. “O Direito Autoral e a sua Interface com o Direito do Consumidor”, p. 39.

⁵³¹ A referida autora defende também o limite ao excesso de titularidade do exclusivo do Direito de Autor pelo Direito da Concorrência, com o que concordamos. Helenara Braga AVANCINI. *O Direito Autoral Numa Perspectiva dos Direitos Fundamentais: a Limitação do Excesso de Titularidade por Meio do Direito da Concorrência e do Direito do Consumidor*.

intelectual para conteúdos que não estariam originalmente protegidos, funcionando quase como uma forma privada de estabelecimento de direitos *sui generis*. Destaca, assim, a sua absoluta unilateralidade e volatilidade. Lembra o autor que os contratos podem incluir a proteção a direitos que nem sequer existem, e podem ser utilizados como forma de apropriação parcial ou total de bens caracterizados como *res communes*, o que noutra situação contratual seria impensável.

Nesse sentido, o autor é de opinião que estes contratos aumentam a capacidade que os titulares inegavelmente têm de excluir o acesso a bens culturais e limitar o acesso à informação, pelo exercício do seu poder económico⁵³². Como já tivemos oportunidade de afirmar, somos de opinião que deve ser analisado o conteúdo dos contratos, e não o instrumento contratual em si.

Helenara Braga Avancini defende que a utilização da lei do consumidor para as questões de Direito de Autor pode até mesmo ser aplicada à questão da imposição de Limites e Exceções⁵³³. Neste ponto não concordamos com a autora, já que a lei de consumo, como já indicámos, prevê muitas restrições para uma adequada proteção aos usuários em geral, sendo a mais evidente a questão do próprio conceito de consumidor, que não alcança esta generalidade de usuários. Embora a autora tenha razão em considerar o direito do consumidor como um direito cuja aplicação é realmente eficiente no Brasil, parece-nos que não deixa de ser muito limitado recorrer somente a este sistema para as situações de Direito de Autor. No que concerne ao abuso de direito, apesar de este ser um instrumento perfeitamente válido e útil, é de lembrar que sua aplicação é extremamente limitada.

Vemos portanto que no Brasil a defesa dos usuários em relação a estes contratos fica restrita ao código de defesa do consumidor. Como já vimos, em relação ao princípio da exaustão a lei não é clara, deixando uma brecha para interpretação pelos tribunais.

Por outro lado, a questão da natureza obrigatória dos limites tampouco é tratada, sendo também opinião da doutrina que tal questão não é pacífica e que em casos controvertidos restará ao Tribunal a decisão final. Supomos que, com base na tendência brasileira de pro-

⁵³² Ronaldo LEMOS. *Direito, Tecnologia e Cultura*.

⁵³³ Helenara Braga AVANCINI. “O Direito Autoral e a sua Interface com o Direito do Consumidor”, p. 39.

teção ao consumidor, uma eventual discussão acerca do tema deveria ser-lhe favorável, por uma questão de congruência. No entanto, lembramos a rigidez da legislação autoral brasileira que tem-se mostrado um grande entrave para a aplicação de princípios atenuantes.

Lembramos mais uma vez, no entanto, que o conteúdo criativo digital no Brasil não foi devidamente regulado, criando um clima de grande incerteza jurídica.

6.3 UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia tem tido um avanço ainda tímido nas regulamentações das relações contratuais envolvendo conteúdos digitais entre titulares de direitos e usuários finais. Até há pouco tempo, uma interferência direta só tinha ocorrido com a adoção da Diretiva Programa de Computador (91/250/CEE).

No entanto, mais recentemente, a proteção legal dos consumidores de conteúdo digital foi tema central de recentes processos legislativos, que levou ao estabelecimento da Diretiva Direitos do Consumidor (2011/83/EU – DDC).

A DDC substituiu, em 13 de Junho de 2014, a Diretiva 97/7/EC sobre proteção dos consumidores em relação a contratos à distância e a Diretiva 85/577/EEC que protegia os consumidores em vendas fora do estabelecimento comercial. Permanecem válidas a Diretiva 1999/44/EC sobre certos aspectos relacionados com vendas de bens e com as garantias associadas, bem como a Diretiva 93/13/EEC relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Este foi o caminho escolhido pelo legislador europeu para tratar melhor tais relações. No entanto, vê-se que a questão específica dos contratos digitais *click-wrap* e *browse-wrap* ainda continuam sem tratamento direto. Tanto a validade dos contratos quanto os seus termos permanecem ainda sem solução. Em diferentes jurisdições tem havido respostas várias à questão de saber se a apresentação dos termos das licenças através do *Click-Wrap* ou *BrowseWrap* dá ensejo a um ato legal⁵³⁴.

⁵³⁴ Natali HELBERGER; M.B.M. LOOS; Lucie GUIBAULT; C. MAK; L. PESSERS. “Digital Content Contracts for Consumers”, p. 40; Marco LOOS; Natali HELBERGER; Lucie GUIBAULT; Chantal MAK. “The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law”, p. 65-66.

6.3.1 TRATAMENTO POR MECANISMOS DE DIREITO DOS CONSUMIDORES

A União Europeia teve sempre uma preocupação especial com a proteção dos direitos dos consumidores e optou por regular muitas das matérias que dizem respeito a Direitos de Autor através do direito do consumidor. Para tal, surgiram alguns mecanismos de resposta legislativa, alguns dos quais não passaram de propostas, entre eles o Instrumento Opcional de Direito dos Contratos Europeu e Liberdade Contratual, proposto pela Comissão Europeia no Livro Verde COM (2010) 348 em julho de 2010 (2011/2013 (INI)) 2012/C 380 E/09. A ideia que regia o projeto do quadro comum de referência era propor um “instrumento opcional” sem necessariamente se tratar de uma codificação de Direito Europeu dos Contratos, com objetivo de oferecer aos consumidores um alto nível de proteção mais alto do que o *Consumer Acquis*, e beneficiar também os negócios em geral.

No entanto, o rascunho deste instrumento não trazia nenhuma disposição específica sobre contratos de conteúdo digital. No Estudo de Viabilidade, a Comissão questiona se o Direito dos Contratos Europeu deveria também cobrir os conteúdos digitais, independentemente de serem distribuídos num meio físico ou descarregado da *Internet*⁵³⁵. A Comissão Europeia sugeriu que os esforços se concentrassem nos contratos concluídos no ambiente *online* ou, de forma geral, à distância. Apesar disso, o Instrumento Opcional não teve qualquer progresso desde 2011, deixando pendente a questão da harmonização sobre contratos⁵³⁶.

Em 2014, entrou em vigor a DDC, que estabeleceu um regime especial para contratos de conteúdo digital, definido no Artigo 2 (11), enquanto o Considerando 19 do preâmbulo desta enumera exemplos que caem no âmbito desta definição. A Diretiva não decidiu sobre a

⁵³⁵ Marco LOOS; Natali HELBERGER; Lucie GUIBAULT; Chantal MAK. “The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law”, p. 729-758.

⁵³⁶ Para um estudo aprofundado, ver Simon WHITTAKER. “The Optional instrument of European Contract Law and Freedom of Contract”; e Jürgen BASEDOW. “The Optional Instrument of European contract Law: Opting-in through Standard Terms: A Reply to Simon Whittaker”, p. 81-87.

classificação de conteúdo digital fornecido *online* e, portanto, evita a fundamental questão da classificação dos contratos, mas – ainda que de forma pouco eficaz segundo a opinião da doutrina – tentou retirar importância desta questão ao estabelecer que ambas as formas de entrega de conteúdo digital (tangível ou não) caem no seu âmbito, adotando por exemplo o direito de desistência, no caso de conteúdo digital que não se encontra em meio tangível (artigo 16 (m) DDC)⁵³⁷.

Observa-se que as condições de licenciamento de conteúdo digital são cada vez mais percebidas pelos consumidores como excessivamente restritivas ou injustas, ou em detrimento de outros direitos deles, tais como o direito de liberdade de expressão, ou o direito de propriedade ou privacidade⁵³⁸. Assim, quando se aplica o Direito dos Consumidores e o Direito dos Contratos a situações que envolvem conteúdo digital direta ou indiretamente relacionado com o Direito de Autor, sobrevêm dificuldades adicionais, devido ao difícil relacionamento entre ambas as áreas, e em particular devido aos diferentes conceitos de propriedade.

Este relacionamento, por si só complexo, torna-se ainda mais no ambiente digital, por causa da dificuldade em conceitualizar venda ou aluguel, sendo intrigante o facto de esta conceitualização ser tão evitada pelos legisladores.

Muitos académicos alegam que um dos principais motivos de insatisfação relaciona-se com a questão dos Limites e Exceções aos direitos dos titulares, tais como o limite da cópia privada e o facto de não serem conferidos direitos concretos aos consumidores. Apesar desta alegada insatisfação, julgamos que, mais uma vez, o mercado está respondendo às demandas dos consumidores, buscando soluções alternativas para maior possibilidade de acesso e utilização de conteúdo. Em última análise, o consumidor apenas quer ter maior possibilidade de utilização sem se preocupar com questões legais – algo que o mercado tem vindo a garantir⁵³⁹.

Como já vimos, em alguns casos os juízes têm considerado tais Limites e Exceções, não como direitos, mas como meros privilégios, o

⁵³⁷ Natali HELBERGER; M.B.M. LOOS; Lucie GUIBAULT; C. MAK; L. PESSERS. “Digital Content Contracts for Consumers”, p. 44.

⁵³⁸ Natali HELBERGER; M.B.M. LOOS; Lucie GUIBAULT; C. MAK; L. PESSERS. “Digital Content Contracts for Consumers”, p. 45.

⁵³⁹ Como já vimos no Item 10, Capítulo II.

que, dependendo da lei nacional, pode ser evadido por contrato ou por DRMs⁵⁴⁰. Mais uma vez, surge a questão da cópia privada como uma das situações que causa maior entre os doutrinadores, e insatisfação dos consumidores, que envolve muita incerteza legal acerca do escopo das obrigações de informação sobre restrições de uso.

Tal como já tivemos oportunidade de enunciar, entendemos que o limite à cópia privada tem que ser revisto no ambiente digital⁵⁴¹. Porém, cabe a ressalva de que somos completamente favoráveis à transparência quanto à informação ao consumidor.

A questão da justiça das condições contratuais restritivas está longe de uma solução satisfatória. Em relação ao escopo das obrigações de informação, no entanto, a DDC deu um passo adiante que permitiu maior clareza. De acordo com os Artigos 5 (1) (g), (h), (6), (1) e (9) da DDC, exige-se dos vendedores que informem os consumidores sobre a funcionalidade e interoperabilidade do conteúdo digital. Este passo foi uma resposta a reivindicações de diversos académicos e de partes interessadas⁵⁴².

É de destacar que a resposta a estas reivindicações tenha surgido no quadro do Direito do Consumidor e não no do Direito de Autor. Observa-se que o texto da proposta para o Direito de Venda Comum Europeu trata das obrigações de informar sobre a funcionalidade e interoperabilidade do conteúdo digital; todavia, este instrumento segue sem nenhum avanço ao nível do seu processo legislativo.

Argumenta-se que esta abordagem no quadro do Direito do Consumidor pode trazer uma nova perspectiva à interpretação do objetivo e limites dos direitos exclusivos dos autores e que se adequaria à tendência observada em algumas das mais recentes decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, que encara o Direito de Autor, não isoladamente, mas num quadro mais amplo e dentro de um contexto social⁵⁴³.

Compreendemos esta visão de que o Direito de Autor faz parte de uma realidade mais ampla. No entanto, o tratamento mediante o

⁵⁴⁰ *French Cour de Cassation (1re Chambre civil)*, 28 de Fevereiro de 2006, e 19 de Junho de 2008; *Belgian Cour d'appel Brussels, 9th Chambre* 9 September 2005, RG 2004/AR/1649.

⁵⁴¹ Item 10, Capítulo II.

⁵⁴² Ver por exemplo, Lucie GUIBAULT. "Accommodating the Needs for iConsumers: Making Sure They Get Their Money's Worth of Digital Environment", p. 412.

⁵⁴³ Natali HELBERGER; M.B.M. LOOS; Lucie GUIBAULT; C. MAK; L. PESSERS. "Digital Content Contracts for Consumers", p. 47.

Direito do Consumidor torna-se muito restritivo, mesmo que seja no que diz respeito à relação entre o consumidor e o criador. Este caráter restrito resulta de o Direito do Consumidor ter como objetivo principal proteger o próprio consumidor, não tendo em conta a particularidade do Direito de Autor, que é também proteger uma outra parte fraca desta equação: o próprio criador. O Direito do Consumidor tem normalmente uma parte mais forte que é a empresa prestadora do serviço ou que vende o produto, e uma parte que efetivamente precisa de maior proteção: o consumidor. Contudo, tal situação não é tão simples no âmbito do Direito de Autor, já que, enfatizamos, o próprio criador é um dos principais alvos da proteção deste sistema.

O consumidor possui efetivamente alguma força, que decorre de ser protegido por várias associações e pelo facto de agir em conjunto. O criador, por sua vez, embora possua associações que deveriam zelar pela sua proteção, na prática isso não tem ocorrido. Em consequência disso, o criador tem ficado cada vez mais desamparado nesta relação.

Além do mais, como já referimos⁵⁴⁴, é inerente ao Direito do Consumidor uma visão do consumidor complexa, questionável e restritiva, enquanto exclui do seu âmbito usuários que sejam empresários, mesmo que se trate de micro-empresas.

Voltando à análise das questões pontuais do Direito do Consumidor aplicável ao conteúdo digital, no relatório Digital Content Services for Consumers, em matéria de conceitualização da transação, a Comissão favoreceu o conceito de que o conteúdo *online* é oferecido através de um serviço⁵⁴⁵.

No caso das vendas de conteúdo digital intangível, defende-se a aplicação de um teste ao propósito predominante, averiguando-se, assim, se deve ser considerado venda, como já tivemos oportunidade de propor⁵⁴⁶.

O artigo 2 (11) da DDC estabelece que “conteúdo digital significa dados que sejam produzidos e fornecidos em forma digital”. O Considerando 19 elabora mais a definição, estabelecendo que o conteúdo digi-

⁵⁴⁴ Item 6.2.1, Capítulo III.

⁵⁴⁵ <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/empirical_report_final_-_2011-06-15.pdf>.

⁵⁴⁶ J.N. ADAMS. “Software and Digital Content”, p. 396-402.

tal corresponde a “dados tais como *softwares*, aplicações, jogos, músicas, vídeos ou texto”, na forma em que forem acessados. Para os propósitos da DDC o conteúdo digital deve ser considerado como bem tangível. Portanto, música, vídeos, *software* ou jogos vendidos por meios tangíveis são regulados pelo regime dos contratos. Para *download* ou *streaming* a situação é diferente, pois, de acordo com o Considerando 19, não são considerados vendas nem serviços, o que dificulta a solução de várias questões, como a da existência ou não do direito de desistência.

6.3.2 QUESTÕES CONTRATUAIS E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS CONTRATOS E O DIREITO DE AUTOR

Apesar de a DDC regular amplamente os estágios pré-contratuais e contratuais, não contém regras sobre a validade dos instrumentos nem sobre a decisão relativa ao momento em que os termos destes são efetivamente incluídos em um contrato. O Artigo 3 (5) da DDC permite que estas questões sejam decididas pelos Estados Membros. O Grupo de Especialistas que elaborou o projeto forneceu muitas regras sobre a validade dos contratos e a incorporação de termos padrão. No entanto, nem a DDC nem a proposta deste Grupo de Especialistas fornece regras claras sobre a validade dos *Click-wrap* ou *Browse-wrap* e os termos neles incluídos⁵⁴⁷, o que é bastante prejudicial, pois constituem questões fundamentais no ambiente digital.

Já em relação à formação dos contratos, o artigo 9 (1) da Diretiva Comércio Eletrónico, determina que os Estados Membros devem assegurar que seus sistemas legais permitam a conclusão dos seus contratos por meios eletrónicos, não especificando, porém, a forma com que estes instrumentos se devem apresentar. Mantém-se assim a dúvida relativamente à validade de instrumentos contratuais como *Click-wrap* e *Browse-wrap*. Por outro lado, como acima enunciado, esta questão não foi considerada na DDC. Na Proposta do Grupo de Especialistas, há o entendimento de que aparentemente o *Click-wrap* e o *Browse-wrap* são válidos em si mesmos, pelo menos por omissão, desde que o consumidor consinta de facto a conclusão do contrato. No entanto,

⁵⁴⁷ Marco LOOS; Natali HELBERGER; Lucie GUIBAULT; Chantal MAK. “The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law”, p. 733-735.

lembramos que é diferente aceitar instrumentos contratuais digitais ou estas formas específicas.

Parece-nos pertinente indicar que uma das questões de legitimidade dos *click e browse wrap* é exatamente a questão da informação corretamente transmitida ao usuário e a facilidade com que esta pode ser manipulada através destes instrumentos, pelo que, dizer que o que legitima estes contratos é o consentimento do consumidor, pode ser juridicamente perigoso, devendo-se ter em atenção outras características dos instrumentos.

Ainda no que concerne à informação prestada ao usuário, uma outra falha diz respeito à falta de clarificação sobre a própria formação dos contratos, nomeadamente no que diz respeito à aceitação. No caso dos *Click-wraps* parece ser menos discutível, mas no caso dos *Browse-wrap* é substancialmente mais controverso, já que a aceitação dos termos é tácita. Teria sido mais proveitoso se esta questão tivesse sido expressamente tratada na DDC. Com efeito, não se compreende por que é que nesta recente oportunidade de tratar a questão o legislador optou por permanecer omissos, tanto mais que o questionamento era grande e havia forte indignação com os abusos que vêm sendo praticados.

O facto é que, a despeito da ainda existente discussão acerca da sua validade em várias jurisdições, estes contratos estão sendo plenamente utilizados como instrumentos fundamentais para o efetivo funcionamento da realidade digital, o que não significa que não devam ser regulados para se garantir o equilíbrio das partes.

Na União Europeia a questão das licenças *Shrink/click/browse-wrap* somente há pouco começou a chamar atenção, observando-se, ainda, que também a DSI é omissa nesta questão⁵⁴⁸.

Tal como já exaustivamente debatido, no direito na União Europeia, estabeleceram-se alguns Limites e Exceções, sem que se definisse a questão do cariz mandatário. Há quem defenda – e nós também defendemos – que a abordagem deveria ser mudada. Além disso, observa-se que o Considerando 45 da DSI estabelece que as exceções referidas no Artigo 5 (2) e (3) não devem impedir a definição de relações

⁵⁴⁸ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 4.

contratuais estabelecidas na medida do permitido pela lei nacional; o Artigo (6) é bastante controverso⁵⁴⁹.

A DSI introduziu uma série de provisões que poderiam ser implementadas pelos Estados Membros com vista ao equilíbrio relativo a certos atos. Limitando o âmbito dessas provisões a determinados atos em situações específicas, a DSI revela imediatamente que não pretende fornecer uma abordagem ampla no sentido de manter o tradicional equilíbrio do Direito de Autor na esfera digital.

Em suma, até o momento a abordagem dos Estados Membros era no sentido de permitir cláusulas contratuais que restrinjam a aplicação de Direito de Autor. Todavia, como vimos, alguns países adotaram outra abordagem segundo a qual serão consideradas nulas e/ou vazias as cláusulas contratuais que limitem Direitos de Autor existentes⁵⁵⁰. O que suscita uma ponderação geral sobre o benefício desta solução.

7. CONCLUSÃO

Observámos que a génese dos dois sistemas de Common Law e Direito Civil analisados no presente estudo impactam diretamente na forma como os contratos são atualmente tratados. Como vimos, a liberdade contratual é em ambos os sistemas um princípio fundamental que, no entanto, não é absoluto, tendo portanto limites associados. Esta tendência foi sendo imposta pelas legislações como forma de prevenir abusos pela parte considerada mais forte, especialmente com o surgimento e uso em massa de contratos de adesão em que apenas uma das partes, neste caso a parte dita mais forte, estabelecia os termos contratuais. Esta tendência é marcadamente a de um Estado intervencionista, e tem vindo a ser aplicada atualmente.

Uma vez que ainda é controversa a obrigatoriedade de obedecer aos Limites e Exceções aos Direitos de Autor, uma boa forma de resolver ou amenizar a questão poderia ser através do limite à liberdade contratual, principalmente nesta tendência atual de um maior inter-

⁵⁴⁹ Lucie GUIBAULT. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, p. 220.

⁵⁵⁰ Natali HELBERGER; M.B.M. LOOS; Lucie GUIBAULT; C. MAK; L. PESSERS. “Digital Content Contracts for Consumers”. Autores que se dedicam ao tema: Natali Helberger, Lucie Guibault, Chantal Mak and Lodewijk Pussers; José de Oliveira Ascensão; Alexandre Pereira.

vencionismo do Estado nos mercados. No entanto, como se viu, não é isto o que vem ocorrendo efetivamente, não tendo sido bem-sucedidas as tentativas de, através do limite à liberdade contratual, limitar as cláusulas abusivas e, mais grave ainda, as cláusulas que consideramos ilegais (por exemplo, cláusulas que se apropriem do domínio público). Ou seja, existe aqui uma disparidade entre o que o Estado anuncia como sendo a sua política e aquilo que efetivamente pratica, principalmente em relação a determinadas áreas. Em suma, observa-se uma desarmonia na atuação do Estado.

A questão é ainda mais profunda no que diz respeito aos contratos utilizados no ambiente digital. E por motivos como: o da legitimidade de instrumentos utilizados como são os *Wraps* – verdadeiros contratos de adesão em que o consumidor não tem a possibilidade de negociar os termos; ou a utilização destes contratos em vista da evasão aos Limites e Exceções ao Direito de Autor, e em vista da ampliação do âmbito de proteção deste Direito.

Relativamente a estas novas figuras contratuais, nomeadamente as *EULAs*, é grande a discussão acerca da sua validade *per se*. De facto, entende-se que é discutível o *browse-wrap*, em especial, na medida em que não oferece oportunidade a um verdadeiro consentimento. Já os *click-wraps*, se forem apresentados de forma clara e precisa não suscitam tantas dúvidas.

Neste âmbito de discussão, é novamente pertinente relembrar que a não definição dos Limites e Exceções como obrigatórios ou não, suscita a questão de saber se os contratos podem efetivamente afastá-los. Parece-nos que, se foram introduzidos na legislação, não faz sentido que não sejam obrigatórios, pois se assim não for, permitem à parte interessada, que dita os termos contratuais, decidir se os aplica; ora, por uma questão de racionalidade económica, há a possibilidade real de os não aplicar.

Neste capítulo tivemos necessidade de analisar novamente a questão da definição da natureza da transação, mas desta vez sob o ponto de vista do instrumento contratual, ou seja, se se trata de uma licença ou uma venda. Relembramos que esta questão não é puramente teórica já que tem impacto na definição de outras questões relativas ao Direito de autor, como por exemplo a *First Sale Doctrine*/princípio do esgotamento/exaustão.

Vimos que existem várias questões a considerar, nomeadamente, a duração do instrumento contratual, a fruição que este proporciona e a forma como é apresentado aos usuários. Compreendemos a dificuldade de qualificar instrumentos contratuais que na realidade digital estão cada vez mais complexos. No entanto, essa qualificação é indispensável e reclama-se uma definição urgente. Pela nossa parte, entendemos que existe realmente uma compra e venda quando há transferência do conteúdo. No entanto, entendemos que se devem ter em conta critérios específicos como o critério temporal, a fruição e apresentação do conteúdo. Isto não significa que não possam ocorrer situações em que a estrutura do modelo de negócio seja efetivamente uma licença. O que se pretende é que não seja dado ao titular do direito a possibilidade de ludibriar o usuário. Portanto, tudo dependerá da análise aprofundada do contrato em si.

As legislações não se têm posicionado sobre o assunto e a sua omissão apenas gera incerteza e prejudica os usuários que, supostamente, pelo menos na legislação europeia e brasileira, são aqueles que a lei tem especial interesse em proteger.

Os Estados Unidos tratam da questão de forma indireta. Uma vez que este país vem aceitando o uso de licenças como tal, a forma de impedir a evasão dos Limites e Exceções é feita de maneira pontual, estabelecendo o sistema trienal do *Librarian of Congress*, que age como árbitro desta interseção entre Direito de Autor e Direito dos Contratos.

O Brasil também trata de forma indireta, porém sob outro aspecto, Ou seja, na medida em que este sistema não regula com instrumento próprio as questões contratuais no âmbito digital, a solução apontada vem sendo a utilização do Direito do Consumidor como forma de proteção do usuário, especialmente porque esta proteção é um enfoque de grande importância para o país. Quanto ao relacionamento entre o Direito dos Contratos e o Direito de Autor no Brasil, a questão é, como já vimos, ainda bastante incipiente e traz muita incerteza jurídica.

A União Europeia tampouco trata de forma direta. No entanto, pretende fazê-lo na reforma da DSI, o que ainda é incerto, dado o longo processo legislativo que deve percorrer e todas as possibilidades que podem advir desse procedimento. Enquanto tal reforma não for realizada, a União Europeia continua a regular os contratos *online* através de instrumentos de proteção ao consumidor, sem no entanto definir expressa-

mente questões que seriam de suma importância, como a legitimidade dos *wraps* e a definição da natureza dos instrumentos contratuais.

Pelas razões acima expostas, reclama-se a definição da natureza dos Limites e Exceções na União Europeia e no Brasil, e dos critérios relativos à venda ou aluguer que terão impacto em questões de Direito de Autor, nomeadamente nas licenças e na criação de instrumentos próprios que regulem satisfatoriamente todas estas novas realidades, que tantos desafios vêm lançando aos legisladores e doutrinadores.

De facto, o que está em causa é a garantia à fruição dos conteúdos, não somente nas condições estabelecidas pelo titular de direitos, mas também na forma compreendida pelo legislador como a ideal para o equilíbrio do Direito de Autor, equilíbrio esse que pretende salvar o processo criativo e o acesso ao conhecimento, à cultura, à educação e informação, e, em termos gerais, o interesse público.

CAPÍTULO IV

AS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTEÇÃO

O Capítulo IV trata dos dispositivos tecnológicos utilizados pelos titulares de direitos para proteção das obras disponibilizadas na rede, e da forma como esta utilização vem ignorando os direitos dos usuários e, portanto, afetando o equilíbrio pretendido pelo sistema do Direito de Autor. Por outro lado, mostramos como têm sido possibilitados, através desses dispositivos, cada vez mais modelos inovadores de distribuição de conteúdo criativo.

1. INTRODUÇÃO

As medidas de proteção tecnológicas são um dos temas que mais têm suscitado relevante atenção e diversas controvérsias no âmbito do Direito de Autor. Se, por um lado, se revelam um grande aliado dos titulares de direitos no controle da utilização das suas obras, por

outro, geram divergência quanto aos limites a que este controle deve estar sujeito, tendo muitas vezes a possibilidade técnica de ultrapassar a própria lei.

O termo Medidas de Proteção Tecnológicas – em inglês, *Technical Protection Measures* (TPM) – refere-se comumente a medidas técnicas⁵⁵¹ que protegem conteúdos contra o uso não autorizado de dados, ou, ainda, qualquer tecnologia, dispositivo ou componente idealizado no curso normal de sua operação para proteger qualquer conteúdo criativo⁵⁵². Um exemplo importante de tal medida é a “criptação” de dados, que “tranca” os dados que só poderão ser acessados em combinação com uma “chave” de “decriptação”, a qual oferece uma proteção mínima. No entanto, tais TPMs têm funcionalidades limitadas no que concerne à permissão da distribuição comercial de conteúdos digitais, já que a um certo ponto a informação tem que ser “decriptada” para ser usada e, uma vez aberta, o usuário pode acessar o seu conteúdo e usá-la como lhe convier.

Em relação à obra protegida por Direitos de Autor, o termo TPM denota frequentemente uma medida construída primariamente com o objetivo de impedir e restringir a reprodução do material protegido. Para essa finalidade, os arquivos são marcados com a tecnologia escolhida para tal, contendo instruções para o equipamento do usuário e estabelecendo que não é permitido copiar o arquivo.

Já os sistemas de *Digital Rights Management* (DRM) são uma classe de sistemas de proteção de acesso usados por fabricantes de *hardware*, editores, titulares de Direitos de Autor e indivíduos com intenção de limitar o uso de conteúdo e dispositivos digitais após a venda. Trata-se de qualquer tecnologia que impeça o uso de conteúdo digital não autorizado pelo fornecedor do conteúdo⁵⁵⁴, indo além da mera proteção da cópia.

DRM é um termo genérico que engloba três grandes funções: (1) identificar o tipo de direitos envolvidos em uma transação – *down-*

⁵⁵¹ Bernt HUGENHOLTZ; Lucie GUIBAULT; Sjoerd Van GEFFEN. *The Future of Levies in the Digital Environment*, p. 3.

⁵⁵² Michael MATTIOLI. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”, p. 227.

⁵⁵³ Disponível em <<http://www.euro-copyrights.org/index/8/13>>.

⁵⁵⁴ Bernt HUGENHOLTZ; Lucie GUIBAULT; Sjoerd Van GEFFEN. *The Future of Levies in the Digital Environment*, p. 3.

load, subscrição, *streaming*, etc.; (2) os meios legais e técnicos para proteção desses direitos (controle de conteúdo); e (3) a gestão e administração do sistema que esteja sendo usado⁵⁵⁵. Em geral, os sistemas de DRM são capazes de oferecer mais funcionalidades do que simplesmente proteger o conteúdo contra acesso não autorizado ou cópia, descrevendo e identificando conteúdos, e assegurando regras estabelecidas pelos titulares ou prescritas por lei para a distribuição e uso do conteúdo.

Assim, a diferença fundamental é que os TPMs são desenvolvidos genericamente para impedir o acesso ou a cópia, enquanto os sistemas DRM não impedem acesso ou cópia *per se*, mas criam um ambiente em que vários tipos de uso, incluindo cópia, são permitidos ou não, de acordo com os termos estabelecidos pelos titulares de direitos.

Com o crescimento do uso da *Internet* para a distribuição de conteúdo, e ao mesmo tempo, com a crescente necessidade da sua proteção, a tecnologia utilizada nestes sistemas foi-se desenvolvendo cada vez mais. Possibilitou-se assim a emergência de diversos modelos de negócios baseados em DRM, com a garantia de proteção do conteúdo comercializado, assegurando que os consumidores paguem pelo uso efetivo do conteúdo e que este seja protegido, e não permitindo que seja acedido por usuários não autorizados.

Um dos maiores problemas na utilização de DRMs é que estes sistemas podem também limitar aos usuários a prática de atos perfeitamente legais como fazer cópias, emprestar material ou acessar obras em domínio público, usar material protegido sob as regras do *Fair Use*⁵⁵⁶, *First Sale Doctrine* / *princípio do esgotamento*, das exceções para bibliotecas e educação⁵⁵⁷, bem como o uso para a manutenção do processo criativo.

Juridicamente, há que destacar que os DRMs e outros meios de controlo de acesso são proteções no código do programa de computa-

⁵⁵⁵ William KRASILOVSKY; Sydney SHEMEL. *This Business of Music. The Definitive Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry*, p. 161.

⁵⁵⁶ De acordo com o EFF – Eletronic Frontier Foundation – Fundação estabelecida desde 1990 com o objetivo de defender a liberdade de expressão, privacidade e consumidores no ambiente da *internet*, o nome “digital rights management” deveria mudar para “digital restriction management” para deixar claras as suas funcionalidades.

⁵⁵⁷ Para estudo que propõe a eliminação de Direitos de Autor sobre obras académicas, ver Frank MÜLLER-LANGER; Richard WATT. “Copyright and Open Access for Academic Works”, p. 45-65.

dor ou *hardware* legalmente diversos da proteção concedida pelo Direito de Autor, e implica a proteção legal das obras para impedir usos não autorizados, como a reprodução, distribuição, derivação, comunicação pública ou disponibilização. A proteção de acesso implica proteção tecnológica de uma obra ou limitação do uso de uma obra acedida⁵⁵⁸.

É grande a discussão em torno das questões legais, e acerca das vantagens ou desvantagens económicas do seu uso. De um lado, vemos associações e doutrinadores⁵⁵⁹ preocupados com as consequências do uso de DRM para os usuários em geral; de outro, doutrinadores, economistas e juristas, que esgrimem argumentos em defesa do seu uso⁵⁶⁰⁻⁵⁶¹. Neste sentido, buscaremos aqui analisar a forma como estes dispositivos estão sendo utilizados.

2. DRM E INTEROPERABILIDADE

Uma das grandes questões que os DRMs levantam é a respeito da interoperabilidade, que em termos genéricos significa a possibilidade de os usuários integrarem dispositivos de fabricantes e de fornecido-

⁵⁵⁸ Michael EINHORN. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”, p. 279.

⁵⁵⁹ Lawrence LESSING. *Code and Other Laws of Cyberspace*, p. 42.

⁵⁶⁰ Einhorn, por exemplo, traz à colação publicação em conjunto da National Academy of Sciences, National Academy of Engineering, Institute of Medicine, National Research Council – *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*, de 2000, por ocasião do White Paper de 1995, grande influenciador do subsequente *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, que trazia a preocupação de que as medidas de proteção de acesso e DRM iriam criar uma sociedade *pay-per-use*, iria eliminar o *fair use* e colocar em causa um regime de superdistribuição em que os detentores de direitos iriam anexar taxas para cada cópia subsequente a um *download* original. Cita ainda autores como Samuelson e respectivos artigos condenando o uso. Michael EINHORN. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”, p. 283; (Lawrence LESSING. “The Dinosaurs are Taking Over”).

⁵⁶¹ O uso de sistemas de gestão de direitos não é novidade na indústria do entretenimento e tampouco se trata de uma tecnologia desenvolvida com negócios na Internet. A reprodução de arquivos é há muito uma prática comum entre os usuários. E desde então, a indústria vem buscando meios de impedir esta atividade. São muitos os exemplos de tentativas por parte da indústria de impedir a cópia. É praticamente impossível elencar fielmente todos os métodos existentes de tecnologia para controle de acesso, dada a grande diversidade bem como a rapidez com que novos produtos são colocados no mercado à disposição dos detentores de conteúdo. Bernt HUGENHOLTZ; Lucie GUIBAULT; Sjoerd Van GEFFEN. *The Future of Levies in the Digital Environment*, nota 7.

res diversos entre si, com reduzido impedimento. Supostamente, um dos seus efeitos seria um maior acesso aos conteúdos criativos.

As definições e interpretações do termo “interoperabilidade de DRM” são heterogêneas. O *EU High Level Group on Digital Rights Management*⁵⁶², por exemplo, indica que o termo engloba mais do que simplesmente o facto de as partes poderem funcionar em conjunto, e que se estende para a noção de um funcionamento global, próprio do conjunto de todos os elementos dos sistemas em interoperação. Interoperabilidade é a “capacidade que possuem os aparelhos ou equipamentos de comunicarem entre si, independentemente da sua procedência, ou do seu fabricante”⁵⁶³.

Para o usuário, a interoperabilidade significa que pode escolher diferentes dispositivos e usá-los em diferentes serviços; ou seja, maior possibilidade de acesso a conteúdos. Para o produtor ou agregador do conteúdo, a interoperabilidade significa que não está preso a um só canal de distribuição. Para o fabricante do dispositivo, a interoperabilidade significa que seus produtos podem ser usados com diferentes serviços de conteúdo.

O dilema que a interoperabilidade traz é a ponderação dos seus benefícios e malefícios, do ponto de vista do titular de direitos. Sob este aspecto, entende-se que são necessárias algumas medidas de padronização dos sistemas de DRM⁵⁶⁴, uma vez que a interconexão e interoperabilidade de sistemas DRM são inevitáveis para se alcançar a massa crítica, para ganhar consumidores e criar economias de escala. Por outro lado, a concorrência entre sistemas incompatíveis pode também ser útil para melhorar a qualidade, estimulando a inovação e diminuindo o preço dos sistemas DRM⁵⁶⁵.

Até recentemente, a interoperabilidade do DRM tinha sido deixada para as forças do mercado, e diversas partes interessadas argumentam que essa abordagem *laissez faire* deveria continuar.

⁵⁶² O *High Level Group on Digital Rights Management* é parte do processo de implementação do *eEurope* de 2005, e foi estabelecido em 2004, COM (2004) 61 de 03.02.2004.

⁵⁶³ Fabiano MENCKE. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*, p. 59.

⁵⁶⁴ Um exemplo é o Considerando 48 da Diretiva Sociedade da Informação.

⁵⁶⁵ Neste sentido, Bernt HUGENHOLTZ; Lucie GUIBAULT; Sjoerd Van GEF-FEN. *The Future of Levies in the Digital Environment*, p. 16.

Sobre a interoperabilidade, são as seguintes as questões que a doutrina coloca: como pode a lei impor limites à interoperabilidade, sem permitir partilha ilegal de arquivos? Como pode proteger Direitos de Autor forçando empresas a revelar o código fonte de seus DRMs? Ao mesmo tempo, como pode promover progresso sem promover interoperabilidade⁵⁶⁶?

O ponto de partida para a discussão é a observação de pesquisas com usuários e pelo próprio senso comum que sugerem que pelo menos os usuários devem ter uma grande preferência por sistemas e aplicativos de dispositivos eletrônicos interoperáveis.

Contudo, entende-se que o Direito de Autor e, conseqüentemente, o direito do titular do DRM que protege a obra prevalece sobre o interesse do usuário na questão da interoperabilidade⁵⁶⁷.

Contrariamente a esta perspectiva, os tribunais franceses, apoiando-se numa lei adotada em junho de 2006, acabaram por tentar forçar a *Apple* a revelar o código fonte do *FairPlay* tendo a *Apple* ameaçado deixar o mercado francês, o que forçou a uma revisão da lei. A *iTunes Music Store* (“*iTunes*”). *Music Store (iTunes)* utilizava tecnologia DRM chamada *FairPlay*, que tinha capacidade de decidir o uso exato de cada arquivo e, segundo era alegado pela empresa, esta decisão resultou de uma pressão das gravadoras que estavam determinadas a não pôr o seu conteúdo *online* sem proteção tecnológica⁵⁶⁸ de DRM, o que supostamente prejudica os interesses dos usuários^{569 570}. Apesar de a *Apple* não ter abdicado da sua posição em relação aos DRMs em consequência da decisão do Tribunal Francês, nota-se que esta empresa vem abandonando cada vez mais seus sistemas de DRM, apresentando uma plataforma mais interoperável, como consequência das exigências do mercado.

⁵⁶⁶ Deana SOBEL. “A Bite Out of Apple? iTunes, Interoperability, and France’s DADVSI Law”, p. 274.

⁵⁶⁷ Deana SOBEL. “A Bite Out of Apple? iTunes, Interoperability, and France’s DADVSI Law”, p. 270.

⁵⁶⁸ Urs GASSER; John PALFREY. *Case Study: DRM – Protected Music Interoperability and eInnovation*, p. 22.

⁵⁶⁹ Também há o argumento de abuso de posição dominante, que, no entanto, não será aprofundado neste estudo.

⁵⁷⁰ Sobre as questões concorrenciais de interoperabilidade, ver Monika ROTH. “Entering the DRM –Free Zone: an Intellectual Property and Antitrust Analysis of the Online Music Industry”, p. 522.

Nesta mesma linha, outro Tribunal Francês decidiu contra a empresa *Sony* tendo como base a não informação aos usuários que os arquivos vendidos em sua loja de música, a *Connect*⁵⁷¹, não podem ser tocados em outros aparelhos que não sejam fabricados pela *Sony* e que estes aparelhos são incompatíveis com arquivos vendidos em outras lojas de música. Ficou também decidido que a política da *Sony* era ilegal por “prender” a um produto. A *Sony* acabou por decidir a interrupção do serviço⁵⁷². Em nossa opinião, o argumento que levou à decisão do Tribunal não é o essencial na análise deste caso. De facto, deveria ter sido tida em consideração a questão da não informação ao consumidor, essa sim, desleal, e não a questão da falta de interoperabilidade, que é apenas uma decisão comercial.

Analisando o mercado, conseguimos observar nas empresas a tendência para disponibilizarem serviços com maior interoperabilidade, revertendo a estratégia inicial. No entanto, acreditamos que este facto se deve, não a medidas legislativas ou judiciais, mas à concorrência do próprio mercado e à demanda dos usuários.

Por outro lado, no Brasil especialmente^{573 574}, há quem veja na interoperabilidade um debate sobre a função social da propriedade e a boa-fé objetiva, tendo em conta que a boa-fé objetiva determina a consideração dos interesses legítimos da contraparte, ainda que sejam expectativas relacionadas com a relativização do Direito de Autor. Assim, na opinião desses autores, o princípio da boa-fé objetiva desempenharia a sua função no contrato de propriedade intelectual, tanto para determinar a interpretação de suas cláusulas quanto para limitar o exercício abusivo de direitos e fazer emanar os chamados deveres anexos de conduta⁵⁷⁵. Alega-se ainda a questão da confiança do usuário final na utilização do serviço. Os mesmos autores indicam que, no âm-

⁵⁷¹ Urs GASSER; John PALFREY. *Case Study: DRM – Protected Music Interoperability and eInnovation*, p. 11.

⁵⁷² Ver Tribunal de Grande instance de Nanterre, 6ème chambre, 15 December 2006, Associação *UFC Que Choisir c / Société Sony France, Société Sony Reino Unido LTD, Association UFC Que Choisir c / société Sony France, Société Sony United Kingdom LTD*.

⁵⁷³ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*.

⁵⁷⁴ Cristiano Chaves FARIAS; Nelson ROSENVALD. *Direito civil: teoria geral*, p. 41.

⁵⁷⁵ Michael César SILVA; Roberto Henrique Porto NOGUEIRA; Sávio de Aguiar SOARES. *Direito de Propriedade Intelectual, Tecnologia e Interoperabilidade: Estudo à Luz das limitações aos Direitos Patrimoniais de Autor*, p. 79.

bito da contratação por meio eletrônico, a interoperabilidade é pressuposto incontornável para a promoção do acesso e para a integração da coletividade⁵⁷⁶.

Os autores supracitados se apoiam no princípio da boa-fé objetiva, que impõe que no contrato estejam asseguradas as expectativas mínimas, desde que legítimas, das partes para se garantir a utilização da criação protegida pelo regime dos Direitos de Autor no âmbito da vida privada. Ainda segundo a perspectiva destes autores, a interoperabilidade constituiria um mecanismo importante de promoção da efetividade dos direitos e princípios constitucionais, e representaria a tendência no sentido da construção evolutiva do direito aplicável à propriedade intelectual, enquanto possibilita a evolução tecnológica, a democratização da informação e da cultura⁵⁷⁷.

Este posicionamento é bastante radical, ingênuo mesmo e, portanto, descabido, uma vez que não se pode considerar a boa-fé no âmbito empresarial como uma questão de bondade. Consideramos, também, que esta posição revela uma perspectiva paternalista da consciência do usuário, porquanto não pode ser-lhe subestimada a capacidade de leitura e discernimento. De facto, manda o princípio da boa-fé objetiva que “cada um fique vinculado em fé da palavra dada, que a confiança que constitui a base imprescindível de todas as relações humanas não deve ser frustrada, nem abusada e que cada um se deve comportar como é de esperar de uma pessoa honrada⁵⁷⁸”. Ou seja, desde que no contrato o titular de direito não procure ludibriar através de meios obscuros, ou que não informe de maneira clara as funcionalidades do produto ou serviço, não se pode arguir que esteja a causar dano ao princípio da boa-fé. Ao contrário do que imaginam os autores supracitados, há doutrina a posicionar-se no sentido de que, sem a proteção da obra, o desenvolvimento de obras criativas seria diminuído⁵⁷⁹.

Concordamos com esta última posição, já que os DRMs na interoperabilidade constituem uma importante ferramenta ao dispor dos

⁵⁷⁶ Fabiano MENCKE. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*, p. 127.

⁵⁷⁷ Michael César SILVA; Roberto Henrique Porto NOGUEIRA; Sávio de Aguiar SOARES. “Direito de Propriedade Intelectual, Tecnologia e Interoperabilidade: Estudo à Luz das limitações aos Direitos Patrimoniais de Autor”, p. 80.

⁵⁷⁸ Pedro Pais VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 22.

⁵⁷⁹ Deana SOBEL. “A Bite Out of Apple? iTunes, Interoperability, and France’s DADVSI Law”, p. 271.

titulares de conteúdo para garantir o retorno dos seus investimentos e, conseqüentemente, para continuarem com o seu processo de desenvolvimento tecnológico. Por fim, outra questão importante relativamente à interoperabilidade é a possibilidade que alguns autores sugerem do risco de a sua exigência poder causar violação ao Direito de Autor ao obrigar a desativar medidas técnicas de proteção destinadas a protegê-lo. Todavia, esta questão denota uma falta de clareza sobre a forma como a tecnologia funciona. Desativar DRMs para permitir a interoperabilidade não significa desativar todas as medidas técnicas de proteção, ou seja, podemos continuar a ter DRMs para garantir que os Direitos de Autor continuam salvaguardados. Além do mais, o conteúdo destes direitos que correm perigo de serem violados deve ser especificado e deve ser dada atenção aos direitos previstos na licença. Se uma empresa detém uma licença de Direitos de Autor para explorar obras em sua plataforma digital – pensemos no caso da *Apple iTunes Store* –, como é que se pode exigir que seus sistemas sejam interoperáveis com o de outras empresas como, por exemplo, o *Google Play* e, portanto, qual a legitimidade para compelir a empresa a comunicar a uma terceira parte os dados de interoperabilidade que detenha sobre uma medida técnica?

Neste caso, a interoperabilidade poderia resultar em infração do Direito de Autor e, provavelmente, em quebra dos termos da licença que, normalmente, concedem permissão para a exploração limitada. A interoperabilidade e sua realidade irão essencialmente depender dos direitos concedidos pelos licenciantes aos licenciados. Por isso, os contratos entre autores e titulares de direitos servirão como referências para determinar a qualificação dos direitos que eles irão deter; ou então, eventualmente, uma lei determinará a qualificação desses direitos. Vemos assim um embate entre o nível de interoperabilidade e as medidas técnicas de proteção. Há quem levante a questão da possibilidade de se colocar a interoperabilidade como obrigatória, uma vez que esta seria realmente uma limitação das medidas técnicas, permitindo a evasão, desabilitação ou eliminação de medidas técnicas, sujeitas a certas condições⁵⁸⁰. No entanto, cremos que quem levanta estas questões se olvida das licenças concedidas pelo licenciante.

⁵⁸⁰Yves GAUBIAC. “Technical Measures and Interoperability in Copyright”, p. 5.

Actualmente, a lei francesa é a única que inclui provisões detalhadas nesta questão. De acordo com esta lei, os fornecedores de medidas técnicas devem comunicar informação essencial para a interoperabilidade, sob condições específicas.

Na União Europeia, a DSI não trata da interoperabilidade em sua longa lista de exceções limitativas no Artigo 5. O Considerando 54 indica algumas orientações favoráveis à interoperabilidade, mas todas saem fora do objeto da Diretiva. Os Estados Unidos e o Brasil tampouco têm regulação explícita sobre o assunto. É, assim, difícil ver a interoperabilidade como uma exceção ao Direito de Autor. Assim, consideramos que a DSI adotou uma posição correta e ponderada relativamente à interoperabilidade, não a colocando nesta categoria.

De facto, em uma primeira análise, poder-se-ia imaginar que plataformas mais interoperáveis permitiram um amplo acesso aos conteúdos. No entanto, não podemos olvidar questões como a proteção ao código e aos conteúdos, nem que uma intervenção nas estratégias de distribuição podem ser prejudiciais aos negócios, o que, como já tivemos oportunidade de expor, também fere o equilíbrio pretendido pelo regime autoral.

3. QUADRO LEGAL

3.1 *OTODA*

Os Estados responderam ao desenvolvimento tecnológico com novas legislações e duas atividades legislativas de grande importância que serviram de enquadramento legal, tanto para o *DMCA* nos EUA, quanto para a DSI na União Europeia. Referimo-nos ao *TODA* e ao *TOIEF*⁵⁸¹. A provisão mais importante é a do Artigo 11 do *TODA*, que requer que os países signatários forneçam proteção legal e medidas legais efetivas contra a evasão de *DRMs* usados pelos titulares de direitos. Além disso, o Artigo 12 requer a implementação de medidas legais para preservar a integridade das informações sobre gestão de direitos – que são informações que identificam a obra, o autor, o titular do di-

⁵⁸¹ Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions”, p. 8.

reito, ou informação sobre termos e condições de uso da obra que esteja anexada à cópia desta ou apareça em conexão com a comunicação ao público. O propósito desta provisão é proibir a remoção e alteração de certas informações anexadas à obra, facilitando, portanto, o licenciamento e impedindo a cópia não autorizada.

Apesar de os Tratados da OMPI resultarem de um processo de negociação internacional, numerosas provisões – incluindo o Artigo 11 do TODA – foram muito influenciadas pela agenda dos EUA, que viam as negociações da OMPI como uma oportunidade para a aceitação internacional das regras de Direitos de Autor que estavam sendo cogitadas naquele país⁵⁸². Ressalte-se que, como já visto, o Brasil não ratificou estes Tratados.

3.2 UNIÃO EUROPEIA

A nível Europeu, os *DRM* são regulados pelos Artigos 6 e 7 da DSI. De acordo com o Artigo 6, os Estados Membros são obrigados a fornecer “tratamento legal adequado” contra: a evasão de medidas tecnológicas efetivas (artigo 6 (1)), (1); a neutralização de medidas tecnológicas efetivas – Artigo 6 (1); o comércio de ferramentas de evasão (artigo 6 (2)) e (2); e contra o comércio de instrumentos de neutralização (Artigo 6 (2)). As seções do Artigo 6 são alvo de crítica por deixarem demasiado espaço à interpretação, tal como a definição de “tratamento legal adequado”, e devido à dificuldade de definir o próprio acto de neutralização. Além do mais, a DSI parece apenas considerar como *DRM* medidas que sejam efetivas, afastando aquelas que são facilmente contornáveis. Em relação a ferramentas de neutralização, a DSI impõe aos Estados Membros a obrigação de estabelecer proteção legal adequada contra “fabrico, importação, distribuição, venda, aluguel, propaganda para venda ou aluguel”. De uma forma geral, a DSI visa somente atividades comerciais. No entanto, também permite aos Estados Membros proibir a posse privada de ferramentas de neutralização. O Artigo 7 da DSI determina que os Estados Membros devem fornecer proteção adequada da informação sobre gestão de direitos.

⁵⁸² Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions”, p. 10.

O Artigo 7 da DSI determina que os Estados Membros devem fornecer proteção adequada da informação sobre gestão de direitos, tanto em relação à remoção ou alteração de informação de qualquer DRM, quanto à distribuição, importação para distribuição, radiodifusão, comunicação ao público e colocação à disposição do público de obras ou material protegido.

Relativamente aos Limites e Exceções, como já vimos, permanece a dúvida também no que concerne aos DRMs sobre o que acontece quando uma destas tecnologias impede os usuários de efetivamente tirarem vantagem destas figuras. Para resolver esse dilema, o Artigo 6 (4) da DSI torna obrigatório que os titulares de direitos disponibilizem aos usuários as formas de beneficiarem de tais exceções e limitações e, na hipótese de tais titulares não obedecerem, os Estados Membros têm de tomar medidas apropriadas para assegurarem que os titulares de direitos cumpram essa obrigação.

No entanto, e estranhamente, em parágrafo posterior deste mesmo dispositivo, estabelece-se que esta situação pode ser afastada contratualmente, o que não deixa de ser curioso já que existe incongruência na própria lógica da norma, que é proteger os usuários contra abusos. Há, assim, no mesmo dispositivo uma contradição, reveladora de uma falha legislativa questionável.

Além disso, no artigo que, fazendo uma interpretação literal do texto legal, enuncia que os titulares têm de providenciar acesso a conteúdos abrangidos pelos Limites e Exceções, prevê-se que “sempre que os beneficiários em questão tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido em causa”. Percebemos, assim, que a lei cria uma barreira intransponível e que abre à indústria uma possibilidade de impedir o acesso legal aos benefícios dos Limites e Exceções, nomeadamente, proibindo na licença esse acesso e tornando-o ilegal.

Este dispositivo 6 (4) revela-se, portanto, completamente inócuo para proteger os interesses dos usuários. Efectivamente, como irão estes beneficiar dos Limites e Exceções se não têm acesso legal à obra? Resta saber se tal redação sem sentido foi propositada ou não.

Finalmente, o relacionamento entre *DRMs* e o domínio público permanece aberto. Assim, há quem questione o que ocorre quando expira o termo de proteção da obra e os fornecedores de conteúdo colocam *online* obras em domínio público em formato protegido com

DRM. E há quem entenda que, enquanto os usuários não tiverem meios de “quebrar” o acesso, estão efetivamente impedidos de ter acesso ao material⁵⁸³. Com isto, parece querer-se indicar que o usuário teria o direito de utilizar meios de neutralização. Contudo, como veremos em Item próprio não somos a favor dessa possibilidade⁵⁸⁴.

O que entendemos é que é inadmissível que uma obra em domínio público esteja sequer protegida com *DRM*, não estando em causa a legalidade do meio técnico. Uma tentativa de proteção de uma obra nessa condição deve ser objeto de norma que criminalize tal ato e desencoraje os anteriores titulares de direitos de se “olvidarem” de liberar o acesso às obras, dado o abuso que constitui esta apropriação de obra nesta situação legal.

3.3 *EUA*

Nos EUA, o DMCA teve uma função bastante clara: legitimar a utilização de tecnologia de proteção, garantindo um controle sobre a informação superior ao disposto nas regras tradicionais do Direito de Autor e do Direito dos Contratos⁵⁸⁵. Este instrumento legislativo resultou de uma série de concessões e intensos *lobbies*, e o resultado final, na opinião da maioria da doutrina, foi um texto confuso e ambíguo⁵⁸⁶, que gerou grande indignação e preocupação entre os acadêmicos⁵⁸⁷.

Pelo facto de a indústria apontar a dificuldade de se requererem ações judiciais contra cada usuário que utilize ilegalmente um conteúdo, houve pressão para que o DMCA incluísse uma previsão de responsabilização da própria origem do problema – os fabricantes de

⁵⁸³ F. Javier CABRERA BLÁZQUEZ. “Digital Rights Management Systems: Recent Developments in Europe”, p. 3.

⁵⁸⁴ Item 4.1, Capítulo IV.

⁵⁸⁵ Como declarado no relatório do DMCA “the digital environment poses a unique threat to the rights of *copyright* owners, and as such, necessitates protection against devices that undermine *copyright* interests. In contrast to the analog experience, digital technology enables pirates to reproduce and distribute perfect copies of works – at virtually no cost at all to the pirate. As technology advances, so must our laws”.

⁵⁸⁶ Mark GRAY. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”, p. 761.

⁵⁸⁷ Glynn S. LUNNEY Jr. “The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act”, n. 5.

dispositivos de neutralização⁵⁸⁸ -, sem contudo se deixar de atribuir responsabilidade ao usuário final.

O regime anti-evasão do DMCA ancora-se na combinação de sistemas de DRM que restringem algumas possibilidades de uso e interação, e em regras legais que impõem responsabilidades para quem infringir tais proteções⁵⁸⁹.

Segundo muitos autores norte-americanos, esta tendência vai exatamente na direção oposta àquela de uma política sensata – que seria uma proteção jurídica somente quando a defesa dependa de normas sociais –, e origina uma reação em cadeia que ameaça pelo menos o princípio da legalidade e a liberdade de manifestação de pensamento⁵⁹⁰.

O Título I do DMCA traz uma Emenda ao *Copyright Act* que obedece aos Tratados da OMPI, que determinam que os Estados Membros devem estabelecer medidas legais contra atos de neutralização de medidas tecnológicas⁵⁹¹. No Capítulo 12 da Seção 1201, estão as três principais regras relacionadas com questões de neutralização: a primeira proíbe acesso não autorizado à obra através de neutralização; a segunda, proíbe a fabricação ou disponibilização de tecnologias, produtos ou serviços usados para derrubar medidas de proteção tecnológica de controlo de acesso; a última, proíbe a fabricação e distribuição de meios de neutralização de medidas tecnológicas⁵⁹². De uma perspectiva prática, a proibição de manufatura, importação ou venda de dispositivos de neutralização é a mais importante das duas proibições, uma vez que exclui a vasta maioria de usuários da maior parte dos usos

⁵⁸⁸ Glynn S. LUNNEY Jr. “The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act”, p. 830.

⁵⁸⁹ Krzysztof BEBENEK, “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectation and the DMCA AntiCircumvention Regime”, p. 1458.

⁵⁹⁰ Neste sentido, Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: the Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and their Anticircumvention Provisions”, p. 7. Ainda um dos maiores críticos destes Sistema, Lawrence LESSIG. *Code Version 2.0*, p. 180-190.

⁵⁹¹ Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions”, p. 11.

⁵⁹² Krzysztof BEBENEK, “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectation and the DMCA AntiCircumvention Regime”, p. 1459. Caso *Universal City Studios, Inc. v. Corley7e RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.*

de informação protegida⁵⁹³. Ao estabelecer fortes provisões anti-neutralização o DMCA vai muito além do Tratado da OMPI⁵⁹⁴.

A questão mais importante não é clarificada nesta Seção e diz respeito ao efeito de prevenção que esta deveria ter, no sentido de impedir a maioria das pessoas de acessar ou usar obras protegidas sem permissão, mesmo que seja para um propósito a que se tenha direito por lei.

A unilateralidade da Seção 1201 pode ser explicada ao se olhar o grande cenário, ou seja, as questões políticas e as concessões por trás do DMCA. O seu Título I – a implementação dos Tratados OMPI – foi visto como benéfico para os titulares de direitos. No processo legislativo, o Congresso tentou compensar esses benefícios com uma provisão que os titulares de direitos não queriam: Título II do DMCA, que limita a responsabilidade dos provedores de serviços *online* pela infração a Direitos de Autor. A indústria do conteúdo fez grande pressão para que não se colocasse uma cláusula explícita de possibilidade de utilização baseada em *Fair Use*, argumentando que uma cláusula explícita forneceria um “mapa” para dispositivos visando evasão⁵⁹⁵. Assegura, no entanto, que a exceção de *Fair Use* seria obedecida, o que não deixa de ser questionável do ponto de vista lógico e prático.

A oposição a este sistema foi bastante intensa, com a preocupação de que a exceção do *Fair Use* ficasse mitigada nesta nova realidade. Foi nesta conjuntura que se reforçou o sistema do *Librarian of Congress*, cujas funções passaram a incluir determinações sobre procedimentos para avaliação da medida em que os usuários de obras protegidas estão sendo afetados pelas proibições do DMCA. Para tanto, o *Librarian of Congress* deve examinar: (i) a disponibilidade do uso da obra protegida; (ii) a disponibilidade do uso de obras para arquivos sem fins lucrativos, preservação e propósitos educacionais; (iii) o impacto que a proibição da neutralização de dispositivos tecnológicos de proteção aplicados às obras protegidas está tendo em usos destas para fins de críticas, notí-

⁵⁹³ Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions”, p. 20.

⁵⁹⁴ Markus FALLENBOCK. “On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions”, p. 22- 31.

⁵⁹⁵ Krzysztof BEBENEK, “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectation and the DMCA AntiCircumvention Regime”, p. 762.

cias, ensino, ou pesquisa; (iv) o efeito que a evasão das medidas tecnológicas de proteção tem no valor das obras protegidas; e (v) outros fatores que o *Librarian of Congress* entenda apropriados⁵⁹⁶.

Este processo tem ajudado a assegurar o cumprimento da exceção do *Fair Use*, mas não é isento de críticas, havendo quem lhe aponte uma oscilação nas decisões e uma falta de clareza do procedimento⁵⁹⁷. Entende-se que o *Copyright Office* deveria, de forma mais enfática, levar em consideração esta doutrina, pois, apesar de a ter em conta, algumas associações como a EFF tecem-lhe grandes críticas, alegando que o sistema do DMCA é extremamente rígido e sem lógica, porquanto, para o usuário fazer uso (mesmo que justo) da obra deve, primeiro, infringir a regra deste estatuto. Além disso, por ser o *Fair Use* uma exceção que demanda análise caso a caso, parece estar havendo incongruência entre as decisões.

No entanto, observa-se que ultimamente o *Copyright Office* tem sido mais flexível na incorporação desta exceção nas suas determinações⁵⁹⁸. Apesar de haver inúmeros pedidos de revisão do *DMCA*, parece não haver qualquer movimento no Congresso nesse sentido⁵⁹⁹.

A maior preocupação está na perigosa interação entre legitimação da proteção tecnológica, compressão do limite do Direito de Autor e fortalecimento da liberdade contratual. Tal interação confere às empresas que atualmente têm uma posição de força no mercado da informação um inédito poder de controlo sobre a mesma.

3.4 BRASIL

Apesar de não ser signatário dos Tratados OMPI, o Brasil trata da proteção dos DRMs através da Lei de Software, no art. 12 e da LDA, no art. 107. Verifica-se que as definições destes sistemas são “decalcadas” do Direito norte-americano e que a sua aplicação no direito brasi-

⁵⁹⁶ Mark GRAY. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”, p. 763.

⁵⁹⁷ Mark GRAY. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”, p. 764-774.

⁵⁹⁸ Mark GRAY. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”, p. 787.

⁵⁹⁹ Mark GRAY. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”, p. 775.

leiro é bastante tímida⁶⁰⁰. Defende-se a aplicação do artigo 107 da LDA com o mesmo objetivo do artigo 11 do TODA. Assim, as referidas leis tratam da tutela tanto penal quanto civil dos *DRMs*⁶⁰¹. No entanto, é de observar que não encontramos na LDA nem na Lei de *Software* qualquer referência à proibição e criação de instrumentos tecnológicos que possam levar à violação de Direitos de Autor.

Recorde-se que o Brasil não menciona expressamente o princípio do *Fair Use* na LDA e, tal como já revelado, o Anteprojeto previa expressamente a sua inclusão, o que, à época de sua apresentação, causou grande surpresa, devido à persistente superproteção brasileira dos interesses da indústria⁶⁰². De qualquer forma, mesmo que esta doutrina estivesse prevista, enfrentar-se-ia também no Brasil o dilema que observamos na União Europeia e nos EUA, no sentido de se autorizar ou não ao usuário a neutralização de medidas tecnológicas de proteção que entenda bloquearem-lhe o acesso a conteúdos que deveriam ser acessíveis por conta dos Limites e Exceções.

O Anteprojeto tinha a preocupação de restringir o uso de *DRMs* opressivos, permitindo a reprodução por qualquer meio, e por pessoa natural, para seu uso privado e não comercial, desde que a obra fosse legitimamente obtida e para o fim específico de garantir a sua portabilidade, e não fosse obtida por meio de locação⁶⁰³.

4. DRM E CONTRATOS

As proteções tecnológicas são cada vez mais sofisticadas e abrangentes. O controle privado de informações garantido por tecnologias como *DRM* tem características completamente diferentes das dos controles derivados dos Direitos de Autor, e, talvez por esta razão, abre caminho a um poder sem precedentes de regras de auto-defesa colocadas unilateralmente no contrato.

Como vimos, nos principais sistemas jurídicos ocidentais, as leis não só legitimam o uso de proteções tecnológicas, como também criam uma forma nova e mais forte de controle privado, distorcendo

⁶⁰⁰ Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 42-37.

⁶⁰¹ Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 42-43.

⁶⁰² Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 48.

⁶⁰³ Aristides Tranquillini NETO. “Digital Rights Management e *Fair Use*”, p. 47.

o equilíbrio dos interesses na base do direito sobre obras. O controle privado da informação é concebido de forma mais evidente em termos de controle sobre a infraestrutura tecnológica para a fruição da própria informação⁶⁰⁴.

Aponta-se a importância de se conservarem os limites ao controle privado da informação no ambiente *online* como forma de se manter viva a dinâmica que ajuda à difusão do conhecimento e ao desenvolvimento de obras artísticas e científicas. Os limites ao controle privado da informação parecem um instrumento jurídico indispensável para se garantir a manutenção do equilíbrio do sistema. Entende-se, assim, a necessidade de se repensar a imperatividade dos limites ao controle privado da informação, e mesmo de se explorar a possibilidade de os incorporar nos sistemas de DRM.

No mundo digital, como observa Ginsburg, o contrato e o Direito de Autor movem-se numa nova forma de pluralismo jurídico, em que o ordenamento privado e o ordenamento estatal se confrontam e se encontram com uma nova lógica e diferentes linguagens, e onde o poder tecnológico se impõe de forma cada vez mais pertinente. Neste sentido, há quem questione se se terá consagrado aqui, em benefício dos criadores intelectuais, uma nova faculdade jusautoral – o direito de controlar o acesso à obra, que alguns autores entendem ser um direito diverso dos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público, e entendem ter sido acolhido nas leis de Direito de Autor tratadas neste estudo⁶⁰⁵⁻⁶⁰⁶.

Há que ter em conta que a aplicação de medidas tecnológicas não constitui um modo de aproveitamento económico da obra distinto da sua reprodução, da sua comunicação ao público ou da distribuição dos exemplares. Trata-se, antes, de um expediente destinado a controlar

⁶⁰⁴ Há quem acredite que esta concessão lembra, em alguns aspectos, aquela que está na base dos privilégios sobre a atividade de “*stampa*”, isto é, os antepassados do moderno direito de autor, com a diferença de que, à época dos privilégios sobre direito de impressão, o controle é exercido sobre uma tecnologia – digital – que confere um extraordinário poder de condicionamento da fruição da informação e que esbarra em direitos fundamentais (como por exemplo, o direito à privacidade) que no passado só marginalmente eram tocados. Roberto CASO. *Digital Rights Management. Il Commercio delle Informazioni Digitali tra Contratto e Diritto d’Autore*, p. 82.

⁶⁰⁵ Jane C. GINSBURG. “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. *Copyright Law*”. p. 113 ss.

⁶⁰⁶ Item 5.3, Capítulo IV e Item 11, Capítulo V.

o cumprimento das condições a que o acesso individual à obra e aos seus exemplares está subordinado por parte do titular do direito ou da empresa a quem este concedeu autorização contratual para explorar por um desses meios.

Assim, e conforme bem realçou Dário Moura Vicente, é complicado conceder legalmente direito de acesso, mesmo no ambiente digital, sem que previamente a obra haja sido reproduzida ou comunicada ao público (*lato sensu*), ou hajam sido distribuídos exemplares da mesma. Sendo assim, e concordamos plenamente, o controle do acesso à obra através de medidas tecnológicas não pode ser colocado no mesmo plano que os diferentes modos de utilização da obra cujo exercício é reservado ao autor⁶⁰⁷.

Da nossa parte, consideramos que a utilização de DRMs poderá constituir uma ofensa aos possíveis direitos dos usuários mais grave do que os contratos *wraps* em si, já que nos segundos existe sempre o ônus de o usuário ler os termos e concordar com eles ou não, independentemente da acerca da manipulação dos termos contratuais e da notificação explícita.

No caso da colocação da obra à disposição do público, somente com proteção de DRM e sem um contrato associado, nem sequer existe a possibilidade de leitura dos termos⁶⁰⁸. Questiona-se, assim, de que forma fica o usuário devidamente informado.

Poder-se-ia pensar que o TODA teria tratado da interface entre os Limites e Exceções do Direito de Autor e os contratos e os *DRMs*, dado que o Tratado foi elaborado para tratar das questões relacionadas com a *Internet*. No entanto, o máximo que o tratado fez foi estender a

⁶⁰⁷ Dário Moura VICENTE. “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção. Direito da Sociedade da Informação”, p. 508.

⁶⁰⁸ Atualmente, as imagens em formato JPEG não possuem DRM. Contudo, o comitê JPEG discute a possibilidade de adicionar este tipo de ferramenta. Adicionar o DRM ao JPEG vai impedir que imagens protegidas sejam utilizadas sem o *software* específico. Ao se tentar abrir uma foto num editor de imagem, o usuário irá visualizar uma mensagem de erro. Portanto, o DRM no JPEG poderá dar aos fotógrafos uma nova forma de protegerem as suas imagens; contudo, esta característica de segurança não ocorre sem que existam contrapartidas negativas. Por exemplo, a EFF apresentou os possíveis problemas que adicionar o JPEG pode causar, dizendo que não será uma medida de efetiva proteção dos Direitos de Autor em imagens e terá efeitos indesejados, já que o DRM não trabalha bem com limitações ao Direito de Autor, incluindo Fair Use e limites à liberdade de expressão. <<http://www.dpreview.com/articles/8581970544/jpeg-committee-contemplates-adding-drm-to-image-format>>.

proteção legal a medidas tecnológicas de proteção, sem indicar de que modo os atos “permitidos por lei” devem ser aplicados em casos em que medidas tecnológicas usadas por titulares de direitos restringem tais atos⁶⁰⁹. Apesar da natureza e extensão da preocupação de titulares e usuários, restam poucas dúvidas de que a lei do Direito de Autor continua a ser o corpo de lei mais adequado para regular o uso de conteúdos e as questões contratuais⁶¹⁰.

4.1 NEUTRALIZAÇÃO DOS DRMS PARA GARANTIR OS LIMITES

Os dispositivos tecnológicos geraram um dos maiores problemas que o Direito de Autor digital tem enfrentado ultimamente. Tais dispositivos, se, por um lado, representam uma grande segurança para o titular do direito, por outro, poderão constituir um modo de limitar o acesso a conteúdos que, de outra forma, estariam disponíveis aos usuários em geral, ou permitidos pelas legislações autorais.

Menezes Leitão critica que os dispositivos de proteção tecnológica permitam aos titulares de direitos agirem como proprietários de bens corpóreos, e refere a analogia desta proteção com a proteção de uma porta por uma chave⁶¹¹.

Einhorn, por exemplo, exprime há muito a preocupação de que medidas de proteção de acesso e DRMs viessem eliminar o *Fair Use*⁶¹², realçando também a preocupação de pesquisadores e educadores a respeito do uso de *DRM* em relação a limites para bibliotecas e educação, pelo facto de as medidas de proteção definirem o acesso do usuário a uma obra: não apenas o seu acesso inicial, mas também o acesso para propósitos de impressão, cópia, extração de uma parte ou simples visualização ou leitura. Portanto, um usuário que esteja fazendo um uso

⁶⁰⁹ Thomas HEIDE. “Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures”, p. 315.

⁶¹⁰ Thomas HEIDE. “Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures”, p. 317.

⁶¹¹ Luis Manuel Teles de Menezes LEITÃO. “Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso do público”, p. 746.

⁶¹² Michael EINHORN. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”, p. 280. Lawrence LESSIG. “The Dinosaurs are Taking Over”).

de uma obra legalmente adquirida e que consiga evadir a medida tecnológica para certos tipos de usos legítimos, poderia estar cometendo uma infração⁶¹³.

Diante deste quadro fica a questão se a neutralização destes dispositivos tecnológicos pelos usuários de forma a garantir a atividade que lhes é permitida por lei constitui uma infração, uma vez que os *DRMs* são igualmente protegidos.

Estamos perante uma série de questões de Direito de Autor, a questão novamente da natureza dos Limites e Exceções, a questão da quebra contratual, de forma ainda mais grave a questão do desrespeito ao âmbito do próprio Direito de Autor e, por fim, a criminalização dos atos de evasão de *DRMs*.

Na doutrina norte-americana, por exemplo, encontramos autores que defendem uma evasão dos dispositivos tecnológicos para garantia do *Fair Use*. Como este limite é um dos pilares da doutrina norte-americana do Direito de Autor e se fundamenta na liberdade de informação, a defesa de sua integridade parece ser mais simples de ser defendida pela doutrina⁶¹⁴.

Neste sistema, a questão passa inicialmente pela dificuldade em se conceber o que constitui mesmo um *DRM*⁶¹⁵, tendo os Tribunais adotado diversas abordagens em suas análises para verificar se um determinado DRM é abrangido pelas provisões do DMCA⁶¹⁶. Acresce que os Tribunais têm produzido visões contraditórias das provisões anti-evasão da legislação⁶¹⁷.

O caso *Universal City Studios, Inc. et. al. V. Reimerdes* foi analisado pelo Tribunal de Nova Iorque, em 2000, no qual oito grandes estúdios deram início a uma ação judicial contra operadores de *websites* por estes postarem e encorajarem outros a copiar o programa de computador

⁶¹³ Michael EINHORN. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”, p. 293.

⁶¹⁴ YiJun TIAN. “Problems of anti-circumvention rules in the dmca & more heterogeneous solutions”, p. 780.

⁶¹⁵ Ryan IWAHASHI. “How to circumvent technological protection measures without violating the dmca: an examination of technological protection measures under current legal standards”, p. 493.

⁶¹⁶ Ryan IWAHASHI. “How to circumvent technological protection measures without violating the dmca: an examination of technological protection measures under current legal standards”, p. 493-496

⁶¹⁷ Stephen McINTYRE, “Game Over for First Sale”, p. 28.

DeCSS. Este programa contém as chaves para os códigos de encriptação usados pelo sistema conhecido como CSS para proteção de DVDs que impedia que estes fossem copiados e executados nos leitores que não se adequassem ao padrão. Os reclamantes pleitearam a proibição do DeCSS e o *link* a outros *sites* em que o programa ficava postado. Em relação ao mérito, os juízes entenderam que o CSS efetivamente controlava o acesso a obras em DVD e que o DeCSS era um dispositivo de evasão que tinha sido primariamente desenvolvido para evadir o CSS. Em sua defesa, o operador do *site* invocou *Fair Use*. O Tribunal rejeitou o argumento, afirmando que esta doutrina não se aplicava em ações sob o DMCA e decidiu então em favor dos reclamantes. A Decisão foi confirmada no Tribunal de Apelação do 2º Circuito em 2001, que especificou que o código do *software* pode ser protegido por liberdade de expressão (Primeira Emenda) mas que o DMCA tem precedência por ser uma legítima restrição a essa liberdade.

No presente caso parece que a invocação do *Fair Use* é excessiva. O que está em causa é a legalidade ou ilegalidade da neutralização. No entanto, o que chama a atenção nesta decisão foram as declarações tanto do Tribunal de 1ª Instância indicando que o *Fair Use* não se aplica em ações sob o DMCA, quanto do Tribunal de apelação que declarou que o DMCA tem precedência sobre a liberdade de expressão, que se encontra consagrada na Primeira Emenda à Constituição. Também cabe uma crítica à declaração do Tribunal relativamente à aplicação do *Fair Use* no quadro do DMCA, que não nos parece uma posição equilibrada.

Acreditamos que, embora a questão da utilização de DRMs possa ser injusta em muitos casos em que a doutrina do *Fair Use* pode e deve ser respeitada, também ocorrem situações em que se utiliza essa neutralização com base neste princípio de forma abusiva. Há que separar as situações. A doutrina, na procura de justificar a neutralização, por conta dos excessos dos *DRMs*, defende em muitos casos uma posição algo extremista. Enfatizamos que a neutralização dos *DRMs* deve ser entendida como uma realidade distinta do julgamento do próprio *Fair Use*. Uma situação é a ilegalidade de dispositivos de neutralização, e outra é a análise do mérito do *Fair Use*.

No sistema norte-americano, os Tribunais poderão ter uma palavra a dizer relativamente à justiça ou adequação dos dispositivos tecnológicos de proteção, e parece que não estão dispostos a fazer tal análise.

No direito europeu, Menezes Leitão analisa a questão sob os dois prismas: o civil e o penal. Sob o ponto de vista penal, parece não haver dúvida que a neutralização das medidas de carácter tecnológico é tipificada como crime⁶¹⁸. Sob o prisma civil, o autor observa que essa neutralização pode também gerar responsabilidade civil, indicando que esta é independente do procedimento criminal, mas que poderá ser exercida, a par da ação penal.

No art. 6, a DSI protege os beneficiários dos Limites e Exceções nela enunciados de serem impedidos de fazerem uso legítimo do acesso a um conteúdo protegido por um dispositivo tecnológico.

Pareceria assim, à primeira vista, que o problema estaria solucionado. No entanto, primeiro, deparamo-nos com a questão da harmonização dos direitos nos Estados Membros, e não esqueçamos que a DSI não estabeleceu uma transposição obrigatória das exceções nos ordenamentos nacionais. Segundo, como já dito, a lista taxativa de Limites e Exceções no ordenamento europeu tem como consequência que estes são interpretados de forma restritiva.

Ou seja, não existe um princípio como o do *Fair Use*, que permite uma análise caso a caso e, conseqüentemente, possibilita a expansão de usos legítimos. Por outro lado, a ausência de um princípio como o *Fair Use*, que possibilita uma ampla interpretação e uma análise mais concreta e mais direta dos casos apresentados também se apresenta um obstáculo.

Lembra Dário Moura Vicente que o art. 6 (4) da DSI estabeleceu uma importante distinção que diz respeito à natureza do suporte em que a reprodução é feita. Assim, no tocante às reproduções em papel ou suporte semelhante, resulta do primeiro parágrafo deste preceito, conjugado com o art. 5, (2), alínea (a) da DSI, que os Estados Membros devem tomar as medidas adequadas a fim de assegurar que os utilizadores beneficiem das exceções ou limitações ao direito de reprodução previstas na respectiva legislação nacional⁶¹⁹. Relativamente às reproduções noutros suportes, especificamente o digital, determina-se no segundo parágrafo do n. 4 do art. 6 que os Estados Membros podem tomar essas medidas relativamente aos beneficiários da exceção para uso privado. A DSI mostra-se, desta forma, mais condescendente para

⁶¹⁸ Luis Manuel Teles de Menezes LEITÃO. “Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso do público”, p. 745.

⁶¹⁹ Dário Moura VICENTE. “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção. Direito da Sociedade da Informação”, p. 514.

o uso privado efetuado através de meios tecnicamente menos perfeitos, mais dispendiosos e mais morosos. De qualquer forma, esta ressalva não diz respeito a obras disponibilizadas ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e de forma que os particulares possam ter acesso àquelas a partir de um local e num momento por ele escolhido. Lembra ainda o autor que, à luz do Considerando 51 da DSI, os Estados Membros devem tomar medidas adequadas para assegurar que, com a alteração de uma medida de carácter tecnológico implementada, ou outros meios, os titulares de direitos forneçam aos beneficiários dessas exceções ou limitações meios adequados que lhes permitam beneficiar das mesmas, o que poderia indicar que, à primeira vista, a DSI ter-se-ia inclinado para um primado das exceções e limitações. No entanto, o Considerando 39 estabelece que “tais exceções e limitações não devem inibir nem a utilização de medidas de carácter tecnológico nem a repressão dos atos destinados a neutralizá-las⁶²⁰. Dário Moura Vicente critica esta indefinição da DSI, crítica que entendemos válida e justificada.

Observa-se assim no direito europeu a divergência relativamente à legitimidade do usuário para neutralizar um dispositivo de forma a fazer um uso que lhe é permitido pela lei. Portanto, tal como vem definida na DSI, esta situação não é aceitável, pelos motivos que passaremos a expor.

Primeiro, nos parece que deixar ao arbítrio do usuário se pode ou não neutralizar uma medida tecnológica de proteção para fazer um uso legítimo, está longe de ser uma solução satisfatória e adequada, na medida em que põe em risco a segurança jurídica do sistema e do próprio usuário.

Como garantir, por exemplo, que o usuário está fazendo a neutralização para um uso legítimo ou, pelo contrário, utilizando o conteúdo de forma que seja uma infração ao Direito de Autor? E como garantir que tem conhecimento do que é um uso legítimo?

Lembramos que a respeito dos instrumentos contratuais de adesão existem diversos doutrinadores que apontam a falta de conhecimento que os usuários têm para interpretar as cláusulas das licenças, pelo que, nesse sentido, estes arranjos contratuais são ques-

⁶²⁰ Dário Moura VICENTE. “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção. Direito da Sociedade da Informação”, p. 516.

tionáveis. Não concordamos com tal situação, por entendermos que se estes forem suficientemente claros, o usuário tem obrigação de os ler e compreender. Questionamos, portanto: de que modo seria defensável indicar que estes podem saber os usos legítimos a que têm direito e que poderão originar atos de neutralização? Vemos aqui uma clara incongruência. Parece-nos que o argumento do paternalismo para com o usuário só tem sido mobilizado quando convém.

Observa-se, ainda, que a evasão de dispositivos tecnológicos foi criminalizada nos ordenamentos norte-americano e europeu, saindo portanto a discussão da esfera privada.

Segundo, porque permitir o uso de tecnologia que neutralize um dispositivo de proteção, mesmo que criado com o intuito de permitir uma utilização legítima pelo usuário, abre uma perigosa porta para a pirataria.

Por último, porque a solução poderia passar pela criação de um mecanismo de controle por entidades que tenham como suas funções a proteção ao Direito de Autor ou mesmo do Consumidor⁶²¹. Nesse sentido, mais uma vez, urge uma reforma das leis em vigor para esclarecer esses equívocos. Apesar de sermos contra o uso excessivo de DRMs que tenham o condão de limitar o acesso aos usuários, facultar-lhes a possibilidade de neutralizarem dispositivos tecnológicos é um precedente perigoso.

4.2 UMA PONDERAÇÃO SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS DRMs

Qualquer novo modelo de negócio que envolva a criação e troca de conteúdos tais como gráficos, textos, fotos, vídeos e logótipos, muitas vezes protegidos por Direito de Autor, vem enfrentando novos desafios. A exigência de proteção excessiva, que acaba se apoiando em DRMs pode ser vista como um obstáculo para que novos empreendedores sejam capazes de se implementar no mercado podendo levar a que apenas grandes participantes consigam, efetivamente, estabelecer-se. Além deste entrave na entrada de novos participantes no mercado, surge a questão de que os DRMs podem ainda constituir uma barreira à criatividade e o acesso do público a conteúdos protegidos.

⁶²¹ Em Portugal, por exemplo, poderia ser a Inspeção Geral das Atividades Culturais <www.igac.pt>.

Questionamos até se não será possível imputar responsabilidade aos DRMs pela pouca disseminação de conteúdos criativos a que assistimos atualmente. A resposta, na nossa opinião, não é simples, no entanto, não nos parece que se possa atribuir responsabilidade a estes dispositivos, pelo menos por eles próprios, desta situação. No entanto, deixaremos a análise para momento posterior, ou seja, para a conclusão que iremos tentar retirar após a ponderação dos principais problemas de Direitos de Autor.

Como exemplo das restrições que os DRMs podem apresentar para os usuários e para a criatividade, é bastante ilustrativo um recente caso envolvendo o *site Youtube*. Em resposta à proliferação de carregamentos de vídeos, esta empresa instalou em seu *site* um *software* que tornou impossível a verificação da infração de Direitos de Autor caso a caso. O *software* é constituído por uma base de dados que inclui tanto o áudio como o vídeo dos conteúdos já publicados pelos titulares de direitos no *Youtube*, e compara a informação dessa base de dados com o áudio e o vídeo contido nos vídeos carregados pelos usuários. Se uma correspondência é detectada, automaticamente o sistema inicia um procedimento de infração de Direitos de Autor em nome do suposto titular do direito contra o usuário que tenha feito o carregamento. Além disso, este procedimento implica um congelamento automático dos rendimentos advindos de propaganda que o usuário estivesse ganhando com o vídeo em questão e o congelamento é feito sem que o *uploader* tenha a oportunidade de se defender.

Nesta tentativa de se proteger contra a responsabilidade pelos vídeos publicados pelos usuários, o DRM do *Youtube* não distingue os vídeos potencialmente violadores de Direitos de Autor dos que podem eventualmente, numa análise do *Fair Use* posteriormente feita pelos Tribunais, sejam abrangidos por desta doutrina.

Contudo, questionamos se o *Youtube* pretendia sequer ter em consideração esta possibilidade de os vídeos serem declarados posteriormente legítimos ao abrigo do *Fair Use*. Na verdade, o *Youtube*, enquanto plataforma privada tem a possibilidade de entender que determinados conteúdos não devem fazer parte do seu acervo. Alguns colocam a questão se o *Youtube* pode automatizar a análise de *Fair Use*⁶²².

⁶²² Taylor B. BARTHOLOMEW. "The Death of Fair Use in Cyberspace: Youtube and the Problem with Content ID", p. 67-68.

Em nosso entendimento, o que está aqui em questão não é a análise do *Fair Use*, mas sim a competência do *site* para fazer tal análise, até porque o *Youtube* nunca se propôs proceder a esse julgamento, limitando-se a colocar um DRM que rastreia vídeos que podem conter ameaças a Direitos de Autor, os quais esta plataforma é obrigada a salvaguardar.

São duas as questões que se colocam. Primeira: será da competência do particular (*Youtube*) que possibilita a partilha de conteúdos fazer a triagem desse mesmo conteúdo? Segunda: para resguardar o *Youtube*, será suficiente uma cláusula contratual estabelecendo a responsabilidade do usuário que faz um carregamento declarando que não está infringindo nenhum Direito de Autor?

Após análise do caso, percebemos que as questões do DRM do *Youtube* são muito mais profundas do que à partida poderia parecer e que merecem, de facto, uma atenção especial.

Existe obviamente a questão da criatividade. Mas, se o *Youtube* esclarecer nos seus Termos e Condições ao usuário que reserva o direito a proceder à seleção de vídeos, então estes sabem, *a priori*, que o seu vídeo poderá não ser aceito pelos critérios do *Youtube*.

Outro exemplo é do *SoundCloud*, que vem sendo obrigado a fazer alterações em seu modelo de negócio e a promover formas de vigilância para prevenir possíveis infrações a Direitos de Autor. A *SoundCloud* é uma plataforma que permite a criação de representações visuais de sons, permite *playback* e descarregamento de arquivos de áudio, e encoraja outros usuários a fornecer *feedback* sobre pontos específicos. Os rendimentos do *site* são gerados através de um modelo de subscrição, sem propagandas. O *site* encoraja os usuários a criarem suas próprias obras e a fazerem o carregamento na plataforma para compartilharem com outros⁶²³.

O problema enfrentado pela plataforma é que, além das músicas originais, diversas músicas protegidas também são carregadas pelos usuários, que fazem uso abusivo do serviço. Acresce que o modelo do negócio permite que os usuários façam carregamento de obras musicais – frequentemente, obras derivativas, ou seja, *samples* e *remixes* –, sendo difícil separar as músicas que foram alteradas suficientemente para constituir novas obras daquelas que tiveram alterações mínimas,

⁶²³ Jing XU. “DMCA Safe Harbors and the Future of New Digital Music Sharing Platforms”, p. 146.

no intuito simplesmente de se esconder que a música é protegida. Dessa forma, o serviço implementou um *software* que pode automaticamente identificar as obras protegidas. Este, no entanto, ainda tem um funcionamento inconsistente^{624 625}.

Outro exemplo é o da *Getty Images, Inc.*, que é líder no fornecimento de conteúdo visual, e que foi levada a estabelecer uma parceria com a *PicScout*, uma empresa que usa uma sofisticada tecnologia de reconhecimento de imagem para rastrear o uso não autorizado das suas imagens fornecidas *online*⁶²⁶.

Devido à dificuldade de fiscalização através de *DRM* e aos custos de tal atividade, muitos negócios estão recorrendo a instrumentos contratuais para se resguardarem de possíveis acusações de infração a Direitos de Autor, repassando tal responsabilidade para o usuário. A *Pinterest*, por exemplo, como os demais *sites* de seu gênero, depende imensamente de material protegido por Direito de Autor para gerar a utilização, o que coloca a questão de saber se há ou não violação de Direitos de Autor no uso de imagens de outras pessoas para fins de publicidade e/ou venda de produtos. O que ocorre no *Pinterest* é que, quando uma imagem é fixada (*pinned*), a *Pinterest* copia a imagem para os seus servidores. A maioria dos usuários mostra a ligação (*link*) com o criador original. Porém, é importante ressaltar que, dar crédito, quando este é devido, não significa ter permissão. Antes de publicarem qualquer conteúdo, os usuários têm que declarar que têm os direitos do conteúdo que publicam, o que permite à *Pinterest* passar para estes a responsabilidade.

O que ocorre é que *sites* como *Google* e *Yahoo*, por serem considerados editores de conteúdo de terceiros, não são considerados responsáveis por todo e qualquer *email*, imagem e pedaço de conteúdo que tenham sido publicados. A *Pinterest* espera ser abrangida nesta mesma categoria, apesar de ainda não ser claro se pode ser considerada “editora”⁶²⁷.

⁶²⁴ Jing XU. “DMCA Safe Harbors and the Future of New Digital Music Sharing Platforms”, p. 151.

⁶²⁵ Sobre o problema do *Sampling* no mundo digital, ver David MONGILLO. “The Girl Talk Dilemma: Can Copyright Law Accommodate New Forms of Sample-Based Music?”; e Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Música e Electrónica: *Sound Sampling*, Obras de Computador e Direito de Autor na Internet”.

⁶²⁶ Disponível em <<http://www.millercanfield.com/publications-alerts-112.html>>.

⁶²⁷ Paul Jr. McGRADY. *McGrady on Social Media*, p. 145.

Em nosso entendimento, estas empresas, muitas delas *startups*, não colocariam este tipo de ferramentas de *DRM* se não existissem fortes pressões e ameaças de responsabilização pelos conteúdos que os seus usuários nelas colocam, e também pressão moral por parte dos próprios titulares de direitos, eles próprios muitas vezes também seus clientes.

5. DRM – INSTRUMENTO PARA NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS

Diante das evidências de que o mundo *online* é irreversível e que, a despeito das inúmeras tentativas, a pirataria é algo inevitável e difícil de controlar, é unânime a opinião de que a indústria do entretenimento tem que se reinventar. No entanto, até ao momento, modelos de negócios alternativos ainda estão passando por uma fase de adaptação e sofrendo com as diversas regras e inseguranças acarretadas pela falta de maiores definições. Vêm surgindo ideias para novos modelos de negócios, mas é comum necessitarem de uma forma de controle de acesso, utilizando para tanto algum tipo de DRM^{628 629}.

Em geral, os modelos de negócios para a distribuição das obras protegidas baseiam-se na possibilidade de se fazerem lançamentos sequenciais e separados dessas obras. Há por isso necessidade de grande controle sobre o uso do conteúdo, pois o descontrole da cópia e da distribuição interfere no sucesso de lançamentos sequenciais em longo prazo. Alguns modelos de distribuição que utilizam medidas técnicas de proteção, baseados na proteção de acesso, se assemelham de alguma forma ao tradicional modelo de distribuição, em que as obras são tornadas públicas em um ambiente fisicamente controlado pelo distribuidor do conteúdo, tendo o titular deste um controle quase perfeito de quem tem acesso, quando e onde. Outros modelos mais sofisticados usando medidas técnicas combinam elementos de diferentes tipos de modelos tradicionais de distribuição. Certas medidas técnicas aplicadas à cópia revolucionaram os modelos de negócios tradicionais que tinham restrições de distribuição por se encontrarem em suporte físico. Por exem-

⁶²⁸ Michael A. EINHORN; Bill ROSENBLATT. “Peer-to-Peer Networking and Digital Rights Management: How Market Tools Can Solve Copyright Problems”, p. 241.

⁶²⁹ Para maiores exemplos de modelos de negócios baseados em DRM, ver Lionel SOBEL. “DRM as na Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers”.

plo, possibilitam restringir o acesso a usuários específicos dentro de um certo tempo, de um certo número de usos, de certos tipos de usos (ex.: somente tocar, ler, ou também imprimir, gravar um CD, etc.), para usar com certos complementos específicos (como um tipo específico de *hardware/software*, ou mesmo apenas em um dispositivo).

As licenças podem variar de diferentes formas, o que propicia aos produtores de conteúdos a capacidade de escolherem entre um amplo espectro de possibilidades e os modelos de distribuição. Por exemplo, podem variar o número de usos e permitir modelos de negócios *pay per view* (ouvir, ler, etc) e ofertas promocionais. Oferecer direitos de uso a um usuário específico permite um modelo de subscrição quando o período de tempo é limitado e periodicamente estendido mediante pagamento. A diferença essencial relativamente aos modelos de distribuição tradicionais é que finalmente os sistemas *DRM* permitem aos distribuidores de conteúdos discriminarem entre diferentes usos da obra em um nível micro, e precificar cada uso de acordo com a utilização. Em contrapartida, os sistemas *DRM* permitem um alto nível de discriminação de preço e discriminação de qualidade (*versioning*)⁶³⁰⁻⁶³¹⁻⁶³².

⁶³⁰ Bernt HUGENHOLTZ; Lucie GUIBAULT; Sjoerd Van GEFFEN. *The Future of Levies in the Digital Environment*, p. 5.

⁶³¹ Versioning – é um conceito de marketing e basicamente consiste em permitir a oferta de opções mais personalizadas para usuários individuais. Exemplos: os editores de revistas podem disponibilizar conteúdo tanto para subscrição quanto para cópia única; os estúdios podem disponibilizar filmes para primeira execução em teatros, lojas de vídeo, e TV e especiais de TV a cabo. Michael EINHORN. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”, p. 283-284.

⁶³² A capacidade que o detentor do conteúdo tem de restringir a reutilização de sua obra pode levar a um maior número de opções especializadas ou personalizadas, ou a uma maior variedade de opções para o consumidor. Com DRM podem-se oferecer diferentes direitos através de menus desenvolvidos para diferentes serviços e cobrando preços diferenciados para cada. Em nenhuma outra área, o potencial do mercado de versioning é mais evidente do que no mercado de música, podendo-se apontar alguns exemplos: (i) *Download Plus Hardware: Apple*. Músicas individuais que são codificadas com *MPEG-4 Advanced Audio Coding (AAC)*. A loja não tem taxa de subscrição e não permite streaming da faixa inteira, apenas amostras de 30 segundos; (ii) *Download Plus Software: MusicMatch* – um serviço que competia com o *iTunes*, fornecendo download para complementar o seu *jukebox* instalado em mais de 60 milhões de PCs. Com a *jukebox*, que pode ser monetizada através de taxas pagas pelos usuários, propaganda, e revenda dos dados, usuários básicos do *MusicMatch* podem comprar *downloads*, enquanto usuários “deluxe” podem pagar uma taxa mensal por um serviço com mais benefícios com velocidade de *download* maior e sem propaganda. *MusicMatch* ainda oferecia um serviço personalizado que rastreia a seleção de *downloads* do usuário de forma a fa-

Quando aplicado a esses serviços, o DRM impede os usuários de copiarem conteúdos. Estas proteções ajudam a preservar algum vínculo para se evitar nos serviços de conteúdo e distribuição a expropriação de investimentos⁶³³. Percebe-se, neste ponto, que o espectro dos serviços é bem amplo, muito mais do que a realidade conhece, existindo diversas possibilidades⁶³⁴. Versões diferenciadas implicam diversifi-

zer recomendações subsequentes. *MusicMatch* rastreia as preferências dos usuários para compor estações de rádio interativos com conteúdo personalizadas. Mais, *MusicMatch* também oferece um serviço de assinatura que permite streaming “on-demand” e partilha de listas recomendadas pelos amigos; (iii) *download Plus Interactive Radio: Napster*, que relançou um serviço dentro das regras de direitos (usando a estrutura da *PressPlay*), em Outubro de 2003, fornece uma combinação diferente de download e streaming de faixas individuais. Há também uma subscrição por uma taxa mensal e inclui streaming *on-demand* de música de sua biblioteca e música sem propaganda de 50 estações de rádio *online* interativas. Serviços complementares incluem ainda vídeos, amostras de 30 segundos, artigos em linha, gráficos da *Billboard*, email inter-usuários e *browsing*; (iv) *Interactive Streaming Plus Burning*: o serviço líder de assinaturas, *RealNetworks Rhapsody* oferece um modelo alternativo para download a la carte. Oferece *on-demand streaming* “*all you can eat*” que fica disponível por uma taxa de subscrição mensal; (v) *Download Plus Hardware*: Seguindo o modelo do *iTunes*, a *Sony* lançou o serviço *Connect*. Da mesma forma que o *iTunes*, as faixas da *Sony* são comprimidas com uma tecnologia (ATRAC). A maioria das músicas estão disponíveis individualmente ou por álbum; (vi) *Downloads Plus Streaming* – serviço de streaming que opera de forma semelhante à *MusicMatch* e *Rhapsody*; (vii) *download Plus Merchandise: Amazon*.

⁶³³ Michael A. EINHORN; Bill ROSENBLATT. “Peer-to-Peer Networking and Digital Rights Management: How Market Tools Can Solve Copyright Problems”.

⁶³⁴ Um serviço é interativo se permitir a um membro do público receber uma transmissão de um programa especialmente criado para o receptor ou a seu pedido, uma transmissão de uma gravação de som particular seja ou não como parte de um programa que é selecionado por ou em nome do receptor. E. Jordan TEAGUE. “Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power and Balance in Digital Copyright”, p. 217.

As licenças mecânicas e de execução pública são basicamente compulsórias, tal como a gravação de som, pelo que é neste âmbito que se gera a confusão. A recusa do *Spotify* em ser transparente relativamente aos seus fluxos financeiros sugere que o dinheiro está a passar por cima dos artistas e a desaparecer em uma “caixa preta” dos acionistas (que, não surpreendentemente, são as próprias gravadoras). E. Jordan TEAGUE. “Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power and Balance in Digital Copyright”, p. 218-219.

Em 1995, o Congresso promulgou o *Digital Performance Right in Sound Recordings Acts* que garantia aos detentores de direitos o direito exclusivo para executar o trabalho alvo de direitos de autor publicamente por meios de uma transmissão digital. Com o avanço das transmissões digitais as gravadoras fizeram *lobbies* junto ao Congresso para expandir o âmbito deste ato, culminando numa série de alterações como parte do DMCA. Estas alterações diferenciavam entre transmissões interativas e não interativas, mas esta distinção baseia-se na presunção de que quanto mais interativa for a transmissão da mú-

cadastros formas de oferta de velocidade do serviço, precificação, personalização, componentes complementares e – a mais controversa e que interessa ao mundo jurídico – diferentes direitos de propriedade.

5.1. TRANSFERIBILIDADE DE ARQUIVOS DIGITAIS

Uma das questões mais controversas do mundo *online* é a possibilidade de revenda de produtos digitais, que seria possível através da utilização de sistemas de DRM e que teria como fundamento a questão do princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine*. Neste sentido, faz-se necessário um olhar mais atento aos conceitos legais deste princípio, de forma a tentar extrair o seu significado central e aplicá-lo ao ambiente digital⁶³⁵. Acreditava-se que o princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine* estava destinado a deixar de ser aplicado no ambiente digital, sendo que grande parte da doutrina é de opinião que retirar-lhe a importância pode levar a um desequilíbrio no sistema do Direito de Autor⁶³⁶.

Como vimos, o princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine* concede o direito de revenda a proprietários de livros físicos. Através da utilização de sistemas de DRM, poderia também ser tecnicamente possível no mundo digital a revenda de arquivos digitais.

Como reconhecido no *Report on Digital First Sale* de 2001, um dos grandes problemas da revenda de obras *online* é que tal prática pode criar múltiplas cópias intermediárias já que os dados que atravessam a *Internet* passam por vários intermediários, muitos dos quais retêm temporariamente cópias das informações, mesmo que inadvertidamente. Neste ponto, há a grande questão de que em algumas legislações, como na norte-americana, estas cópias, mesmo que temporariamente arqui-

sica por *streaming*, maior a possibilidade de esta transmissão substituir as vendas físicas de música que tradicionalmente gerariam *royalties* de reprodução. Brian DAY. “The Super Brawl: The History and Future of the Sound Recording Performance Right”, p. 185.

⁶³⁵ Tomasz TARGOSZ. “Exhaustion in digital products and the “accidental” impact on the balance of interests in *copyright law*”, p. 357.

⁶³⁶ Para maior aprofundamento sobre o tratamento do Esgotamento na Comunidade Europeia, ver Trevor COOK. “Exhaustion – a casualty of the borderless digital era”, p. 354-366.

vadas na memória RAM, são violações do direito exclusivo de reprodução do titular do Direito de Autor⁶³⁷.

No entanto, este mesmo documento reconheceu haver recursos tecnológicos que poderiam resolver esta questão, assegurando a exclusão da cópia original depois de esta ter sido transferida. Tais tecnologias DRM são conhecidas como *forward-and-delete*; utilizando uma metáfora, funciona como um aparelho de *fax* combinado com um destruidor de papel. Tal esquema poderia instantaneamente apagar as cópias locais de quaisquer conteúdos que estejam sendo transmitidos para outro computador. Neste cenário, uma aproximação *copy-and-delete* análoga à *forward-and-delete* asseguraria que os vendedores não pudessem reter cópias locais⁶³⁸.

Defende-se que em um mercado em que os consumidores pudessem optar por revender as obras, a competição de preço poderia ajudar a diminuir custos que se adequassem mais à demanda, garantindo, assim, maior acesso aos conteúdos, o que poderia potenciar uma sua disseminação mais satisfatória do que aquela atualmente existente. Além disso, como apenas alguns vendedores *online* têm contratos de distribuição digital com titulares de direitos, a possibilidade de revenda digital poderia levar ao aparecimento de uma nova geração de pequenos negócios *online* que se especializassem em mercados de nicho e permitissem uma economia a nível global, assim como a multiplicidade de outros novos negócios em torno desta nova realidade. Desta forma, a revenda digital também poderia beneficiar os consumidores, ao facilitar a troca de arquivos de conteúdos criativos “usados”.

Um mercado digital de “produtos” usados pode também encorajar distribuidores a inovar, fornecendo novos serviços e novos modelos de negócios são cogitados por diversos especialistas. Como exemplo, novas táticas de venda poderiam ser introduzidas, permitindo uma maior publicidade dos produtos e serviços, tais como a utilização das redes sociais como *networking* para recomendar livros, filmes ou músicas baseados nas preferências e contatos de um usuário, contribuindo com a disseminação do conteúdo e consequente disseminação de conhecimento, cultura e informação. Outra inovação para a distribuição

⁶³⁷ Item 2.5, Capítulo V.

⁶³⁸ Michael MATTIOLI. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”, p. 249.

digital é a incorporação de propaganda, em que varejistas de *e-book* poderiam oferecer livros subsidiados por propagandas, da mesma forma que os jornais *online* atuais. A incorporação de recomendações, serviços de rede de contatos e propaganda são apenas algumas das vias que editores e distribuidores poderiam explorar para competir com o mercado de revenda digital. Este mercado também poderia promover mais transações ao tornar mais obras disponíveis. Da mesma forma que com os livros impressos, as obras digitais que forem apenas usadas por pequenos nichos podem desaparecer do mercado devido à baixa demanda⁶³⁹.

Além disso, considerando que o titular do Direito de Autor pode tirar a obra do mercado de forma a aumentar a demanda, um mercado secundário para o arquivo digital ajudaria a assegurar que os titulares possam, de forma não tão absoluta, controlar a disponibilidade das suas obras.

Alguns acadêmicos entendem, ainda, que um dos benefícios da revenda de arquivos digitais descarregados seria a possibilidade de instituições como bibliotecas, aumentarem o seu acervo digital. Há especialistas na área que acreditam ser este um grande mercado ainda por explorar⁶⁴⁰.

Uma das questões centrais para se decidir sobre a possibilidade de revenda digital é a garantia de que uma cópia não permanece na esfera do usuário que irá revender o arquivo. Trata-se, portanto, de uma questão desde logo técnica: se um modelo de negócio quer permitir que um comprador de um produto seu seja revendido a um terceiro, deve garantir que esse comprador não continua com uma cópia.

No entanto, a eficácia da tecnologia *forward-and-delete* ainda está *sub judice*. Há autores que afirmam que tal tecnologia está desenvolvida e que é possível aplicá-la⁶⁴¹. Por outro lado, outros autores duvidam da viabilidade e efetividade desses dispositivos, o que inviabilizaria tal

⁶³⁹ Por exemplo, a *Walt Disney Company* coloca periodicamente seus filmes mais populares em uma estratégia chamada *Disney Vault*, em que as cópias não são produzidas enquanto a demanda não cresça.

⁶⁴⁰ Michael MATTIOLI. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”, p. 248. Outros doutrinadores que defendem a revenda digital já foram expostos no Item 8, Capítulo II.

⁶⁴¹ Elizabeth McKENZIE, “A Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, p. 5.

modelo de negócio⁶⁴². Por exemplo, o Relatório do *DMCA* entende que, presentemente, essa tecnologia ainda não está disponível⁶⁴³.

Se, por um lado, a lei não consagra esta transferibilidade, o engenho humano é infinitamente mais criativo e, nesse sentido, já existem modelos de negócios que pretendem explorar esta possibilidade. No entanto, o advento destes novos modelos não entrou no mercado sem criar uma em torno desta inovação e das suas vantagens e desvantagens para os titulares de direitos, sendo certo que até ao momento tal dúvida não está sanada, pois ela ainda divide a opinião dos interessados.

O primeiro caso foi o do *ReDigi, Inc*, um *website* fundado em 2011 que oferece aos usuários a possibilidade de revender a preço reduzido arquivos de músicas legalmente adquiridas⁶⁴⁴. Esse *website* foi processado pela *Capitol Record*, que alegou múltiplas infrações ao Direito de Autor, nomeadamente, aos seus direitos de distribuição e reprodução. *ReDigi* alegou em sua defesa o *Fair Use* e *First Sale Doctrine*. O Tribunal julgou em favor da *Capitol*, concluindo que o *ReDigi* infringe o direito da reclamante. *ReDigi* argumentou que o seu serviço não infringe os direitos de reprodução da *Capitol*, pois apenas migra arquivos de música do computador do usuário para os seus servidores, significando que o mesmo arquivo é transferido para o serviço, não havendo portanto cópia. Levando em consideração que os Tribunais têm consistentemente entendido que a duplicação de arquivos digitais não autorizada na *Internet* infringe o direito exclusivo de reprodução do titular, o Tribunal rejeitou o argumento da *ReDigi*, entendendo que houve transferência não autorizada de arquivos, e que, mesmo existindo um só arquivo antes e depois da transferência, existe reprodução, no quadro do sentido do *Copyright Act*. De acordo com o Tribunal, o texto do *Copyright Act* deixa claro que ocorre reprodução quando uma obra é fixada em um novo objeto material, e o direito exclusivo de reprodução do autor é o direito exclusivo de incorporar e impedir outros de incorporarem a obra protegida em um novo objeto. Segundo o Tribunal, isto ocorre

⁶⁴² Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, 671.

⁶⁴³ Péter MEZEI. “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion on the Online Environment”, 69.

⁶⁴⁴ Sage Vanden HEUVEL. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”, 670.

independentemente de haver uma ou múltiplas cópias do arquivo após a transferência e de o arquivo original do usuário continuar a existir.

Ademais, embora o *ReDigi* não conteste que o seu serviço resulta em venda de obras pertencentes à *Capitol* e portanto em distribuição dessas obras no quadro do sentido do *Copyright Act*, alega que está protegido da responsabilidade por infringir Direitos de Autor em virtude da *First Sale Doctrine*. Por seu lado, a *Capitol* alega que os produtos da *ReDigi* são também impossíveis de distinguir daqueles vendidos no mercado primário e ue provavelmente causariam a queda de valor das obras⁶⁴⁵. O Tribunal entendeu que, como o serviço da *ReDigi* violava o direito de reprodução da *Capitol*, nenhum arquivo digital vendido no seu *site* era produzido legalmente e, portanto, não estava protegido pela *First Sale Doctrine*. Além disso, o Tribunal entendeu que, como os arquivos no serviço são reproduções não autorizadas, eles não são específica e particularmente fonogramas que o consumidor tenha comprado originalmente e, portanto, saem do objeto da *First Sale Doctrine*⁶⁴⁶.

A decisão sobre o caso *ReDigi* foi bastante controversa. Os interesses desta indústria por ser tão dinâmica, estão variando. Até então, era unânime a posição da indústria de conteúdos criativos de que uma revenda digital iria minar esse setor, restando para pequenos modelos inovadores a tentativa de implantar tal negócio. No entanto, recentemente foi divulgada a existência de planos de importantes grupos económicos no sentido de implementarem plataformas deste tipo⁶⁴⁷. Nesse sentido, observou-se que inicialmente a EULA da *iTunes* não permitia a transferência nem, conseqüentemente, a revenda digital. Contudo, os termos de uso atuais da *Apple* foram alterados e se mostram, neste momento, omissos nessa restrição⁶⁴⁸, o que, em nossa opinião, confirma os rumores de tal mudança de direcção na orientação dos negócios da empresa.

⁶⁴⁵ A *Redigi* também alegou *Fair Use*, o que foi refutado pelo Tribunal. No entanto, não iremos tratar desta questão neste Item, mas concordamos com a decisão do Tribunal neste ponto.

⁶⁴⁶ <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9cce8613-c-824-4295-a93a-6d7eb3843d0a&goback=.gde_84443_member_236021410>.

⁶⁴⁷ <http://www.wired.com/threatlevel/2013/04/reselling-digital-goods/?goback=.gde_84443_member_228142650>.

⁶⁴⁸ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell music, ebooks, games, and movies”, p. 436.

Um outro exemplo de mudança de orientação no modelo de negócio é o da *Amazon* que patenteou uma plataforma digital, permitindo que os consumidores revendam bens digitais. A patente foi solicitada em 2009 e concedida em Janeiro de 2013. Segundo a *Amazon*, o modelo é descrito como um mercado secundário para bens digitais que permite aos consumidores arquivarem em uma base de dados personalizada conteúdo digital que tenham comprado, permitindo-lhes também posteriormente revender, alugar, dar, emprestar ou trocar esse conteúdo ao transferi-lo para os arquivos de outros usuários. De acordo com a patente, o conteúdo será apagado da base de arquivos do vendedor original após a transferência e haverá um limite no número de vezes que o conteúdo pode ser comercializado⁶⁴⁹.

A *Amazon* tem permitido aos seus usuários emprestar *e-books* desde 2012, mas esta plataforma digital será a sua primeira empreitada no setor do empréstimo e revenda de música, livros e aplicações. Embora o seu conceito tenha sido aprovado pelo USPTO (*United States Patent and Trademark Office*), é incerto o que as gravadoras e estúdios irão fazer com esse novo modelo de negócio⁶⁵⁰.

Há poucos precedentes legais nesta questão do empréstimo do conteúdo digital, e é incerto se a *First Sale Doctrine* deveria, ou poderia, ser aplicada a obras digitais. A questão envolve não só a aplicação da doutrina da *First Sale* a bens digitais, como também questões contratuais.

O que chama a atenção na patente da *Amazon* é a limitação da possibilidade de revenda. Ou seja, o produto só pode ser revendido as vezes que a empresa permitir. Além disso, obviamente, a revenda só poderá ser feita a outros usuários que possuam o mesmo tipo de plataforma. E, por fim, não há qualquer menção, pelo menos que tenha sido divulgada até ao momento, sobre a natureza comercial ou não da revenda. Vai no mesmo sentido também a patente da *Apple*, com a diferença de permitir a comunicação, não somente através de sua loja, mas diretamente entre os usuários⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell music, ebooks, games, and movies”, p. 452.

⁶⁵⁰ <<http://www.worldipreview.com/news/amazon-granted-second-hand-digital-marketplace-patent#%2EURKrHcrsDP4%2Elinkedin>>.

⁶⁵¹ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell

Há que observar que tais limitações não se coadunam inicialmente com o princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine* tal como é concebido no mundo analógico. Assim, observando-se estas inovações, poder-se-ia presumir que, tal como a cópia privada, este princípio também terá que ser adaptado ao mundo digital⁶⁵².

Na esteira do *ReDigi*, a *Murfie Music* também permite a revenda de músicas em formato digital, com a diferença de que converte os CDs enviados pelos usuários em arquivo digital, que arquiva na *Cloud*⁶⁵³ e guarda as cópias físicas dos CDs em um depósito.

A empresa tenta contornar o precedente da *Redigi* ao afirmar que, quando há a transferência do título do CD é apagada a cópia da *Cloud* e, então, para a revenda é feita uma nova cópia. Isto porque o Tribunal decidiu no caso *ReDigi* que qualquer cópia, mesmo que seja incidental, é uma cópia, e por isso constitui uma infração⁶⁵⁴. Nos parece que, no caso da *Murfie*, esta manobra é apenas uma forma de ludibriar as regras de Direito de Autor.

Por outro lado, consideramos que, apesar de todos os problemas legais da revenda digital, e com todas as restrições que se impõem aos usuários que não terão total liberdade de uso e revenda do produto como no mundo analógico, este processo parece irreversível e deveria ser incentivado pela indústria.

Se forem apresentadas soluções que se mostrem justas, é provável que os usuários venham a aderir, diminuindo-se assim a pirataria⁶⁵⁵. Mais: se no mundo digital são impostas restrições aos usuários, há que levar em conta, por outro lado, que estes possuem nesse ambiente benefícios e facilidades que antes não desfrutavam no ambiente analógico. Por fim, mesmo sendo um argumento económico e comportamental, a possibilidade de revenda é um incentivo à primeira venda.

A criatividade para as soluções em termos tecnológicos é muito maior do que as soluções jurídicas. As empresas apresentam diversas soluções, tais como: a possibilidade de degradação da cópia digital; um

music, ebooks, games, and movies”, p. 450.

⁶⁵² Item 10, Capítulo II.

⁶⁵³ Item 10, Capítulo VI.

⁶⁵⁴ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell music, ebooks, games, and movies”, p. 452.

⁶⁵⁵ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own?”, p. 455.

período de espera entre transferências; um preço mínimo para a transferência⁶⁵⁶. Em última instância, resta ao mercado definir se tais condições são justas ou não.

O *Register of Copyright* tem conclamado que o Congresso deve pensar de forma grandiosa e criar o *Next Great Copyright Act*, e indica a possibilidade de criar uma *Digital First Sale Doctrine*⁶⁵⁷. É importante notar que, nesse caso, será mesmo criar e não adaptar. No entanto, a inércia do *Copyright Office* e do Congresso tem sido bastante criticada⁶⁵⁰.

O que se conclui é que a possibilidade de revenda, empréstimo, doação, deve ser garantida no ambiente digital. No entanto, tal como já tivemos oportunidade de referir, não sem que se façam algumas limitações e alterações ao conceito típico de *First Sale Doctrine*. Entendemos até que seria pertinente alterar o nome da doutrina para algo que sugira a transferibilidade de arquivos digitais, uma vez que o que tem mostrado os desenvolvimentos tecnológicos revelados pelas empresas é que este impedimento não irá parar imediatamente com a primeira venda; ou seja, não se trata exatamente do clássico princípio do esgotamento que esgota o direito de distribuição na primeira venda.

5.2 DIREITO DE DESISTÊNCIA

Uma outra possibilidade que o *DRM* pode introduzir diz respeito à existência de direito de desistência de produtos digitais, o que assume alguma importância devido à causada pelos contratos que dão origem aos negócios jurídicos digitais, nomeadamente, as questões das EULAs, e pelas próprias características da relação contratual (feita fora do estabelecimento comercial, em circunstâncias em que o usuário pode estar especialmente vulnerável a contratar sem a normal atenção, etc.).

No que concerne a produtos tangíveis, já existem diversas leis comerciais em muitos países que obrigam em determinadas relações e situações contratuais ao estabelecimento de um período de desistência da compra ou serviço, em que o consumidor pode fazer uma devolução. No seguimento do direito de desistência aplicado a determinadas vendas de produtos tangíveis, o Relatório da Comissão Europeia de

⁶⁵⁶ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own?”, p. 457.

⁶⁵⁷ John T. SOMA; Michael K. KUGLER. “Why rent when you can own?”, p. 459.

2007 questionou se os contratos de vendas digitais ou contratos de licença não deveria ser também objeto de direito de desistência.

A proposta de aceitar períodos de desistência para bens digitais envolve uma questão interessante: é realmente possível devolver um *e-book*, uma música, um filme ou programa de software que tenham sido descarregados? Conforme visto, tecnicamente sim. Apesar de um arquivo digital que tenha sido descarregado existir apenas na memória dos dispositivos eletrônicos, há possibilidade de devolução através da utilização de um programa de computador. Usando DRM, os vendedores poderiam permitir aos compradores “devolver” suas compras dentro de um período de desistência⁶⁵⁸ e garantir, também, a não existência de uma cópia.

A questão, mais uma vez, envolve a classificação dos contratos como venda ou serviço. Tendo identificado os benefícios para o mercado digital de um período de desistência, é importante discutir como poderia isso ser alcançado. Há quem reitere que, ao contrário de bens tangíveis, um arquivo digital comprado *online* não pode ser verdadeiramente devolvido. Isto porque um arquivo descarregado não é uma “coisa”, mas sim um estado e pode ser compartilhado indefinidamente.

Mesmo que os vendedores não possam forçar os usuários a apagarem compras de arquivos digitais podem usar tecnologia DRM para ter o mesmo efeito de um produto “devolvido”, ao impedir que esse produto funcione. Dessa forma, há quem entenda que o DRM estaria adicionando um grau de tangibilidade para o mundo digital⁶⁵⁹. Com isso não concordamos, além de que não é essa a questão.

⁶⁵⁸ Michael MATTIOLI. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”, p. 229-230.

⁶⁵⁹ Ainda que a *Amazon* não permita que os livros sejam devolvidos no *Kindle*, o episódio do livro 1984 demonstra como os arquivos digitais podem efetivamente ser “devolvidos”. O serviço de aluguel de vídeo da mesma empresa tem tecnologia DRM semelhante em funcionamento. *Amazon Video on Demand*, lançado em Fevereiro de 2007, oferece uma forma conveniente de alugar filmes pela internet. O consumidor seleciona primeiro entre os títulos disponíveis e, uma vez selecionado e pago, é transmitido diretamente para o seu computador. O filme, protegido por DRM, “expira” em 24 horas após ser iniciado. A *Apple* também tem um serviço similar desde Janeiro de 2008.

Uma empresa europeia, *Tiscali Music Group*, recentemente forneceu tal produto. A música que fosse comprada nos serviços *Tiscali* era protegida por DRM que permitia a devolução dentro de 7 dias a partir da compra.

Diversos mecanismos de DRM poderiam ser usados para efetuar “devoluções” de uma grande variedade de arquivos digitais. Defende-se que um período de desistência poderia aumentar a atividade do consumidor neste mercado crescente. Isto porque, sabendo que os enganos poderiam ser corrigidos, os potenciais compradores poderiam se tornar mais ativos no descarregamento de arquivos digitais.

5.3 DRM E UM NOVO DIREITO DE ACESSO

Ante a utilização destes dispositivos e suas consequências, ultimamente tem sido cogitada a possibilidade de o Direito de Autor conter um “direito de acesso”. Ginsburg identifica o parágrafo 1201 do DMCA como a fonte do “direito de acesso”. Segundo a autora, estaria escrito no referido parágrafo que esse “direito” estava “implícito nos direitos de reprodução e distribuição”, antes da era dos dispositivos de cópias em massa⁶⁶⁰.

O *New or Evolving Access Right* foi também um dos principais tópicos do ALAI 2001 *Congress*, intitulado *Adjuncts and Alternatives to Copyright*. Como exemplo, na União Europeia, a Áustria incluiu um “controle de direito de acesso”. Ginsburg define o direito de acesso como o direito de controlar a forma como os membros do público podem usufruir da obra. Ou, conforme descrito por outros, o “direito exclusivo do titular de controlar o acesso do usuário à obra protegida⁶⁶¹”.

A partir destas definições podemos deduzir que a questão central se baseia na capacidade de o titular “controlar” o acesso, e não no “direito de o usuário ganhar acesso”.

Como a capacidade de ordenar, limitar, instruir ou regular alguma coisa ou a ação de alguém ou comportamento é inerente à definição de “controle”, a questão do “direito de acesso” envolve a capacidade de conceder ou autorizar o acesso, não só inicial, como também repetidos atos de acesso, quer para um propósito geral quer também para atos específicos. Isso envolve, sobretudo, uma mudança no relacionamento

⁶⁶⁰ Jane C. GINSBURG. “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S *Copyright* Law”; Thomas HEIDE. “Copyright in the EU and US: What Access-Right?”. p. 363.

⁶⁶¹ Thomas HEIDE. “Copyright in the EU and US: What Access-Right?”. p. 365.

legal entre o titular do direito e o usuário, que passa a ter um “poder” e não um direito⁶⁶².

Assumindo o papel de intermediário no controle do acesso, o titular do direito irá compartilhar o interesse em fornecer o seu “serviço”, em compensação do pagamento de uma taxa. Mas terá também interesse em limitar o número de usuários e em controlar os usos específicos, tais como: impressão, redistribuição e qualquer extração para reutilização.

O ambiente digital facilita o que um usuário pode legalmente fazer com a obra, através do contrato/termos e condições. Cada vez mais, o uso da tecnologia pode resultar no *on-the-spot-enforcement* das condições de acesso e, crucialmente, ajudar o titular do direito a manter longe do público as cópias permanentes, através de medidas tecnológicas de proteção. Neste ambiente digital, o poder de controlar o acesso é a chave central. Dessa forma, há quem entenda que no ambiente digital o poder de controlar o acesso pode provir de diferentes fontes, incluindo a lei de Direito de Autor, ao conceder um direito específico, de posse e controle sobre uma obra e sobre a tecnologia. Daí que alguma doutrina – com que não concordamos – considere que a tecnologia da informação e a *Internet* modificaram o núcleo central da proteção autoral, o qual teria deixado de ser direito de reprodução e direito de comunicação pública para se converter em direito de utilização da obra⁶⁶³.

6. CONCLUSÃO

A realidade digital trouxe desafios no que concerne ao acesso e uso dos conteúdos digitais. Para lhes fazer face, surgiram medidas de proteção tecnológicas e, conseqüentemente, sistemas de gestão digital de direitos, os chamados DRMs, que trouxeram numerosos benefícios e algumas inconveniências, dependendo da perspectiva.

Se, por um lado, possibilitaram o aparecimento de novos modelos de negócios, com novas estruturas inovadoras que permitiram uma maior gama de possibilidades de oferta tanto para os usuários quanto

⁶⁶² Where the “fight of access” is interpreted as a “right to obtain access”, it plainly differs from the “right to control access” or “access-right”.

⁶⁶³ Manoel J. Pereira dos SANTOS. “O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral”, p. 43.

para os próprios titulares, representando uma verdadeira revolução na forma como os conteúdos são apresentados, disponibilizados, explorados e compartilhados, por outro lado, também podem ser utilizados de forma a ferir a esfera de direitos dos usuários, limitando-lhes o acesso a conteúdos e a formas de utilização que deveriam estar ao seu dispor. Mais uma vez, estamos diante da situação em que o titular pode ter controle absoluto do conteúdo, através especialmente da evasão de Limites e Exceções consagrados legalmente, o que implica um indesejável desequilíbrio no sistema do Direito de Autor, ao proporcionar um poder excessivo ao titular do direito. Em última análise, esse desequilíbrio chega ao ponto de atingir até o bom andamento económico e cultural.

Outra das grandes questões apresentadas pelos DRMs e levantadas pela doutrina em geral, é a da sua utilização para se acautelar a interoperabilidade entre plataformas diferentes. Em nossa opinião, esta discussão fará mais sentido no âmbito concorrencial. Na verdade, enquanto grande parte da doutrina vê a interoperabilidade como um direito do usuário, entendemos que a interoperabilidade é um benefício que poderá ou não ser dado ao usuário, consoante a política da empresa e as exigências do mercado. Ressalve-se, no entanto, que são fundamentais os deveres de informação por parte da empresa que está a apresentar o conteúdo ao usuário, devendo-se assim garantir que este tem conhecimento do grau de interoperabilidade do conteúdo a que está tendo acesso.

Por outro lado, a alegada possibilidade de se ver a interoperabilidade como uma exceção ao Direito de Autor parece um pouco exagerada, tratando-se nesse caso de uma remodelação da licença concedida ao titular do direito, que agora terá que compartilhar com um terceiro. Se o objetivo de tornar a interoperabilidade uma exceção é o de garantir acesso à informação e à cultura e conhecimento, então, em primeiro lugar e ainda antes dessa questão, dever-se-ia ter em conta que obrigar uma empresa a tornar interoperáveis os seus conteúdos, sem qualquer tipo de análise do caso em questão, poderá levar a um desincentivo económico à produção de novos modelos de negócios e, em última análise, à diminuição da produção de novos conteúdos criativos, o que obviamente será altamente prejudicial para o usuário e a sociedade em geral. Acreditamos que esta é uma questão em que

deve ser o mercado a impor as suas exigências, desde que o usuário seja devidamente informado. Apesar de sermos favorável ao controle do poder absoluto do titular do conteúdo, como forma de garantir o acesso a que os usuários tenham direito, neste caso, não vemos como possa ser aceita a imposição de regras com vistas a obrigar a uma maior interoperabilidade entre as plataformas.

Do ponto de vista do usuário, existe uma remota possibilidade de este ser tecnologicamente capaz de neutralizar DRMs. A questão adensa-se quando essa neutralização é feita alegadamente para o usuário poder usar conteúdos que entenda serem de seu acesso legítimo, mas que lhe estão vedados pela ação do titular do direito ou do explorador da obra (em caso de obras de domínio público).

Com a proibição do fabrico de dispositivos de neutralização de medidas tecnológicas de proteção, a realidade é que o usuário médio tem pouca capacidade técnica para realizar atos de neutralização. Ao nível da legislação, existe um desequilíbrio entre o que é exigido ao consumidor e o que é exigido do próprio titular, ou seja, criminalizou-se um ato de neutralização feito pelo usuário, mesmo que esse ato se realize com a alegada fundamentação do acesso a um conteúdo a que tem direito; em contrapartida, não se criminalizou a colocação de DRMs em conteúdos a que o usuário legitimamente deveria ter acesso, nomeadamente, e como exemplo mais extremo, conteúdos em domínio público.

Para evidenciarmos o desequilíbrio que a lei trouxe, neste momento é crime um usuário neutralizar um DRM para fazer um uso legítimo de um conteúdo, mas não é crime uma empresa apropriar-se de um conteúdo que não é seu.

No caso específico da União Europeia, chama-se a atenção para a necessidade de uma lei mais apropriada, especialmente no artigo em que a DSI, 6 (4) obriga os titulares a tornarem disponíveis os conteúdos dentro dos Limites e Exceções. No entanto, o mesmo artigo procede de forma inapropriada e mal redigida, já que indica que os titulares de direitos têm de providenciar acesso à obra quando os beneficiários a tenham legalmente acessado, no âmbito dos limites e exceções. Tal redação desafia a lógica, pois o usuário não pode ter acesso legal à obra se houver um dispositivo tecnológico que o impeça.

Reclama-se a criação de uma autoridade que fiscalize os dois sentidos dessa operação, ou seja, uma autoridade que tenha também em conta os possíveis abusos da indústria, com poderes de polícia criminal.

Nos Estados Unidos o maior problema diz respeito à não aplicação do *Fair Use*, na medida em que este país, como vimos, tem uma política de supremacia dos acordos privados, permitindo, dessa forma, que se possa ignorar tal doutrina.

O Brasil permite o uso de DRMs, não tendo, no entanto, criminalizado atos de neutralização. Contudo, este sistema tem um foco penal mais forte do que até civil, até mesmo em comparação com a União Europeia e os Estados Unidos.

Por último, parece-nos importante observar que, do ponto de vista do usuário, os DRMs podem ainda ter um impacto positivo já que permitem transpor para a realidade digital direitos que, embora não sejam exatamente iguais aos que existem no mundo analógico, em muito se lhes assemelham, como é o caso do direito de revenda e o direito de desistência. De facto, sem este tipo de tecnologias, nunca seria possível, pelo menos do ponto de vista económico, dar esse tipo de direitos aos usuários. No entanto, é importante notar que a utilização de tais direitos, como a transferência de arquivos e a desistência, não podem ser transpostos para o mundo digital com a forma como se apresentam na realidade analógica, sob pena de graves consequências económicas, prejudiciais ao equilíbrio pretendido pelo Direito de Autor.

Assim, concluímos que, da mesma forma que os contratos wraps apresentam questões dignas de serem debatidas e limitadas, também os DRMs são uma realidade intransponível. Eles existem e continuarão a existir, e cabe à legislação soluções mais inteligentes, deixando no entanto espaço para a acção do mercado.

CAPÍTULO V

DIREITO DE REPRODUÇÃO, DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO E DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO

O Capítulo V expõe os direitos tradicionais dos titulares que foram afetados pela nova realidade digital, as complicações que essa realidade acarreta para os criadores, os intermediários e os novos modelos de negócios inovadores. Mostra, ainda, a relação entre os Limites e Exceções aos Direitos de Autor e as alterações nas formas tradicionais de distribuição (em sentido técnico) de conteúdo criativo.

1. INTRODUÇÃO

Existe uma multiplicidade de direitos patrimoniais de autor, não existindo, porém, uniformidade entre os mesmos e os diversos ordenamentos jurídicos. Propomo-nos tratar dos que vêm apresentando

maiores dificuldades de delimitação e separação: i) o direito de reprodução; ii) o direito de comunicação ao público/colocação à disposição do público; e iii) o direito de distribuição⁶⁶⁴.

No ambiente analógico, a distinção entre estes direitos era um pouco mais clara. Os respectivos conceitos, características e atributos, embora já levantassem algumas questões, não apresentavam tantos desafios, tornando o seu tratamento um pouco menos complexo. No ambiente digital, estas distinções tornaram-se ainda mais complexas e de maior dificuldade de identificação, ocorrendo diversas situações em que a separação dos direitos envolvidos chega a parecer irrealizável.

O Direito de Autor está sujeito a uma influência direta da inovação e, por isso mesmo, tem de ser adaptado com regularidade. Porém, perante uma realidade jamais imaginada e pautada por alterações tão profundas, susceptíveis de porem em causa as atuais legislações, tal adaptação não se tem mostrado tarefa fácil. Com o objetivo de fazerem frente aos fenómenos resultantes das inovações tecnológicas, os legisladores dos mais diversos ordenamentos jurídicos têm demonstrado uma necessidade de adaptação.

No entanto, o que se observa é ainda uma resistência a uma mudança paradigmática. Como se verá, esta abordagem não se tem mostrado satisfatória e dificulta a proliferação de novos modelos de negócios sustentáveis, prejudicando também os direitos dos criadores e, em última análise, os dos próprios usuários.

2. DIREITO DE REPRODUÇÃO

O direito de reprodução⁶⁶⁵ é um dos pilares dos Direitos de Autor, sendo frequentemente identificado como o núcleo central da

⁶⁶⁴ A falta de uniformização causa alguma confusão e bastante controvérsia. Oliveira Ascensão, por exemplo, separa as formas de utilização pelas quais se procede verdadeiramente ao aproveitamento económico da obra (faculdades substanciais – apresentação presencial, representação de obras fixadas, comunicação a ambiente diferente e a construção de obra arquitetónica) das formas de utilização em que este aproveitamento tem um carácter meramente instrumental ou preparatório (faculdades instrumentais – fixação e reprodução). José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 206.

⁶⁶⁵ Este direito também é conhecido como direito mecânico em razão da época em que as gravações eram reproduzidas mecanicamente, ao invés de eletronicamente. Ver William KRASILOVSKY; Sydney SHEMEL. *This Business of Music. The Definitive*

proteção que o mesmo confere⁶⁶⁶. Pode dizer-se que a sua história se confunde com a própria história do Direito de Autor, que sempre teve a sua evolução intimamente ligada aos desenvolvimentos de técnicas de impressão, de reprodução e de comunicação das obras literárias e artísticas, forçando as alterações dos instrumentos jurídicos já existentes, e levando a novos instrumentos de regulação^{667 668}. Trata-se, assim, de um direito exclusivo, concedendo ao seu titular a possibilidade de reproduzir a obra ou a prestação protegida, bem como a faculdade de autorizar ou proibir essa atividade a todos os outros indivíduos, permitindo ainda ao titular o controle sobre determinados atos de exploração subsequentes.

Assim, entendia-se que a reprodução era a obtenção de cópias a partir de uma fixação, direta ou indireta⁶⁶⁹, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo, ou em parte – ou seja, a fixação da obra num meio que permita a sua comunicação e obtenção de cópias de todo o conteúdo ou apenas parte dele⁶⁷⁰.

Oliveira Ascensão identifica como condição essencial da reprodução, a preexistência de um exemplar, ou seja, a ocorrência de uma

Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry, p. 161. Por esta razão, as licenças tratadas no Capítulo V são referidas por muitos autores como licenças mecânicas.

⁶⁶⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde: O Direito de Autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação, p. 49; no mesmo sentido o WIPO; acessível em: <http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.html#reproduction>.

⁶⁶⁷ Cláudia TRABUCO, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 110.

⁶⁶⁸ Assim, com o surgimento de novas tecnologias foi sendo necessária a adaptação das leis. Como exemplo, pode-se citar, o advento da fotografia, gravações fonográficas, rádio, cinema, televisão e máquinas fotocopadoras. Paul VANDOREN. “Copyright and Related Rights in the Information Society”, p. 160.

⁶⁶⁹ Reprodução direta – incorporação em novos exemplares de obras ou prestações que já se encontravam plasmados em suportes pré-existentes. Reprodução indireta – situação intermédia, ou seja, a fixação num suporte material faz-se a partir de um *link* intermediário, como nos casos de em que a obra é difundida ou comunicada ao público de alguma outra forma através de uma gravação e a reprodução é feita indireta. Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law: A Commentary*, p. 967.

⁶⁷⁰ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet*, p. 123.

fixação⁶⁷¹⁻⁶⁷². Outro requisito da reprodução, apontado por alguns autores, é a possibilidade de comunicação da obra ao público⁶⁷³, o que é refutado por Oliveira Ascensão, que não considera constitutivo do conceito de reprodução o elemento de trazer a obra ao conhecimento do público. Já Cláudia Trabuco é de opinião que existem três requisitos básicos no ato de reprodução: (i) a fixação material; (ii) a suscetibilidade de reprodução sucessiva ou de obtenção das chamadas cópias ou exemplares da obra; e (iii) a possibilidade de percepção direta ou indireta da obra intelectual pelos sentidos humanos⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Fixação, em sentido amplo é a outorga de suporte material à obra. O direito de fixação não se refere unicamente à criação do exemplar, pressupondo a incorporação em aparelho que permita a comunicação pública da obra. Assim, a fixação que não se destine à comunicação pública cai fora do conceito. José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 229-230.

⁶⁷² Complexo é o conceito de fixação. A própria lei em muitos casos faz confusão. No direito português, por exemplo, a lei usa o termo fixação para tratar de produzir o “original” da obra. Para Alexandre Dias Pereira, a fixação pode ser entendida como uma forma de reprodução, com interesses para a cópia privada. A reprodução parece implicar repetição de algo já produzido ou fixado. Reproduzir é copiar obras em suportes externos duradouros. Ou seja, a reprodução pressupõe a existência de uma fixação da obra e consubstancia-se na obtenção de cópias dessa fixação, entendendo-se por cópia o suporte material em que se reproduzem sons e imagens. Sendo assim, considerar a reprodução pela adequação do meio à obtenção de uma cópia implica reconhecer que o *corpus mechanicum* da obra não é de todo irrelevante para o direito de autor. Porém, distingue-se a obra da ideia e, no mesmo sentido, não se confunde a obra com o suporte material que lhe dá forma. (Alexandre Dias PEREIRA. “A Reprodução para Uso Privado no Ambiente Digital Analógico e no Ambiente Digital”, p. 339-343). A distinção entre a obra e o suporte material foi-se impondo aos poucos (José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 62). Assim, o Direito de Autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação e ainda independente da própria existência de um suporte. Já os sistemas de copyright, porque se baseiam na possibilidade de reprodução, exigem a fixação material como condição de proteção. Um meio tangível de expressão.

⁶⁷³ Alexandre Dias PEREIRA. “A Reprodução para Uso Privado no Ambiente Analógico e no Ambiente Digital”, nota 101.

⁶⁷⁴ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 241.

2.1 O NOVO AMBIENTE DIGITAL E O IMPACTO NO DIREITO DE REPRODUÇÃO

O novo ambiente digital fez surgir uma nova realidade quanto às noções de reprodução e seus requisitos, com características antes impensadas. Neste sentido, uma das principais consequências diz respeito à complexa distinção entre os atos de reprodução técnica em rede e aqueles com efeitos jurídicos. A outra consequência é a aproximação entre os elementos característicos da reprodução com comunicação ao público e o novo direito de colocação à disposição do público. Em nosso entender, atualmente ainda são passíveis ambos de separação e distinção, mas no futuro poderão ser indissociáveis, não obstante a doutrina em geral e as Sociedades de Gestão Coletiva os entenderem como cada vez mais próximos.

Como vimos, esta realidade forçou ainda a discussão sobre a necessidade de novos Limites e Exceções ao Direito de Autor, especialmente nos casos relativos a atos de reprodução que, sendo necessários ao *upload*, visualização, execução, transmissão ou armazenamento de um conteúdo, se fossem obrigados a ter autorização do titular gerariam um bloqueio indesejável no normal funcionamento da *Internet*.

Cláudia Trabuco relata que, num primeiro momento, a tendência foi a de procurar, nas transmissões eletrônicas de dados, uma oportunidade para a aplicação ampla do direito de reprodução⁶⁷⁵. Porém, este entendimento não prosperou na maioria dos ordenamentos jurídicos, persistindo ainda a discussão acerca do seu alcance – especialmente nos EUA, como se verá⁶⁷⁶.

Perante este quadro, a despeito de uma série de intervenções legislativas no sentido de se adaptar o direito existente, reclama-se uma nova conceitualização do direito de reprodução e lembra-se ainda que as anteriores intervenções ocorreram em um momento muito incipiente do ambiente digital, tendo sido pouco eficientes já naquela ocasião e revelando-se cada vez mais obsoletas diante de tantas transformações tecnológicas ocorridas desde então.

⁶⁷⁵ A legislação e alguma doutrina entendiam que a reprodução, mesmo que temporária, era amplamente protegida. Eric H. SMITH. “The Reproduction Right and Temporary Copies: The International Framework, the US Approach and Practical Implications”, p. 3-4.

⁶⁷⁶ Item 2.5, Capítulo V.

Com o desenvolvimento tecnológico foram surgindo várias questões relacionadas com a reprodução, destacando-se: (i) as reproduções temporárias necessárias ao *upload*, visualização, execução ou transmissão de um conteúdo através da rede, e (ii) armazenamento de uma obra na memória temporária e permanente do computador.

No âmbito da presente tese, estas questões assumem uma importância particular para a distinção entre reprodução técnica e reprodução jurídica, alcançando esta diferenciação grande relevo ao nível das consequências que dela advêm, nomeadamente, na classificação dos direitos envolvidos e, conseqüentemente, das licenças atribuídas.

2.2 A FIXAÇÃO COMO REQUISITO DA REPRODUÇÃO

Se os requisitos de durabilidade e visibilidade foram sendo postos em causa ou adaptados, como a visibilidade que acabou se traduzindo numa exigência, em sentido lato, de perceptibilidade ou inteligibilidade, constando hoje em alguns diplomas legais e em alguma doutrina⁶⁷⁷, o requisito da fixação material persiste ainda em discussão. A discussão continua, porquanto nos países de *copyright* esta característica perdura como um requisito, ainda que cada vez mais flexibilizado. Por outro lado, nos países de *droit d'auteur*, à primeira vista, a discussão parece ter perdido o sentido na medida em que a maioria dos países não apresenta esta exigência. No entanto, a permanência de exceções⁶⁷⁸ justifica a perduração da discussão.

Tal como foi referido anteriormente, a reprodução era entendida como obtenção de cópias a partir de uma fixação, tendo sido essa uma condição essencial para a reprodução⁶⁷⁹. Por outras palavras, a fixação tanto era uma condição para a proteção das obras como era um requisito básico do ato de reprodução, implicando a incorporação em suporte físico, em uma forma material que poderia ser objeto de

⁶⁷⁷ Ysolde GENDREAU. "The Reproduction Right and the Internet", p. 9; e Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 240.

⁶⁷⁸ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 257 e p. 347.

⁶⁷⁹ José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 229 e 234-237.

duplicação ou multiplicação⁶⁸⁰. Entende-se que o conceito tradicional de fixação é que esta constitui o primeiro registro das obras num meio ou suporte que permita a sua comunicação ou multiplicação, independentemente da forma como se reproduza⁶⁸¹.

Com a evolução tecnológica e a consequente perda do meio físico para fixação, naturalmente vem-se questionando a manutenção deste requisito para proteção das obras.

Assim, como observa a doutrina, em relação ao emprego da exigência da fixação como critério para tutela das obras intelectuais, esta questão assume especial importância nos países em que a fixação num suporte material é ainda considerada condição para a sua proteção⁶⁸². No entanto, observa-se que nesses países tem-se utilizado mais um conceito minimalista de fixação, cada vez mais flexível e adaptável.

Recorde-se que a discussão diz respeito, não à imaterialidade dos bens jurídicos protegidos - uma vez que as obras são bens imateriais e assim seguem sendo, não obstante as alterações tecnológicas -, mas sim ao caráter digital dos próprios suportes onde essas realidades imateriais se incorporam⁶⁸³. Aclarando esta ideia, o que está em causa é que a criação existe per se, ou seja, não depende de um suporte material. Nesse sentido, mesmo que todos os suportes materiais sejam destruídos, a obra sobrevive enquanto ainda existir alguém que consiga torná-la percepcionável. A discussão nesta seara é se essa fixação na memória constitui um suporte material. Há quem entenda que se trata

⁶⁸⁰ Não se trata, no entanto, como já visto, de confundir a obra com o seu suporte material. Para um bom esclarecimento acerca desta questão, no contexto tecnológico atual, ver Iracema FAZIO, *A Cópia Privada. O Uso Privado e o Download de Obra Protegida*, p. 214.

⁶⁸¹ Raquel de ROMÁN PÉREZ. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, p. 274.

⁶⁸² Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 248.

⁶⁸³ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 257.

apenas de uma fixação mais volátil do que os suportes físicos – ou seja, os tangíveis –, podendo-se portanto falar em fixação^{684 685 686}.

Nesta questão, encontramos doutrina que considera que “na transmutação física subjacente ao ato de digitalização e à sua circulação, embora esta se manifeste apenas por intermédio de impulsos elétricos, na sua maioria não perceptíveis pelos sentidos humanos, há sempre um suporte físico”^{687 688}.

Por outro lado, há quem entenda que este suporte não mais tangível não é equiparável ao suporte físico que caracterizava o conceito de fixação que deu origem ao conceito tradicional de reprodução, apesar de ser ainda perceptível. Nesse sentido, o conceito de reprodução amplia-se, contornando a exigência de que o conteúdo seja incorporado num suporte tangível ou físico⁶⁸⁹, com o que concordamos⁶⁹⁰.

Na verdade, em nosso entendimento, a fixação não é um requisito fundamental, mas uma situação que pode ocorrer em determinados casos no mundo digital. Perante o acima exposto, cabe a explicação de que a questão da fixação assumiu importância pelo facto de que, quando o ambiente digital nasceu, questionou-se que direitos exclusivos dos titulares estavam envolvidos nos atos *online* e, partindo do pressuposto de que a fixação em suporte tangível era um requisito do direito de reprodução no ambiente analógico, perguntava-se como é que este iria ser aplicado no ambiente digital, sendo certo que a fixação já não ocorria da mesma forma.

⁶⁸⁴ Ysolde GENDREAU. “The Criterion of Fixation in Copyright Law”, p. 126.

⁶⁸⁵ Para maior aprofundamento da perda do requisito de fixação, ver Rosa María GARCÍA SANZ. *El Derecho de Autor en Internet*, p. 55.

⁶⁸⁶ Michael SERINGHAUS. “E-book Transactions: Amazon “Kindles” the Copy Ownership Debate”, p. 156.

⁶⁸⁷ Neste sentido, Pierre LÉVY. *Cyberculture*, p. 55-59, para quem nas redes digitais a informação está situada fisicamente, em algum suporte, embora também esteja virtualmente presente em qualquer ponto da rede. Neste sentido, considera que o registro digital não é propriamente “immaterial”, apenas sendo mais volátil do que nos suportes físicos.

⁶⁸⁸ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 306-307.

⁶⁸⁹ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet*, p. 125.

⁶⁹⁰ Neste sentido também, mais recentemente, Iracema FAZIO, *A Cópia Privada, o Uso Privado e o Download de Obra Protegida*, p. 212.

Concluiu-se que o direito de reprodução, enquanto direito exclusivo do titular, continuava a aplicar-se no mundo digital. Contudo, o anterior requisito da fixação é agora uma característica que lhe é atribuível, não sendo requisito obrigatório. Lembramos que, no mundo analógico, a fixação assumia particular importância e era considerada requisito para a reprodução, porque sem fixação num suporte físico a obra não era percepcionável pelos sentidos humanos. Contudo, atualmente, no mundo digital, a fixação ocorre ou não, dependendo do conceito de imaterialidade que se adotar. Independentemente de tal conceito, certo é que a obra ou conteúdo continua percepcionável pelos sentidos.

Para além desta situação, cabe ainda a ressalva de que, como já várias vezes tivemos oportunidade de enunciar, o futuro é uma incógnita e devemos tentar salvaguardar as possibilidades que este nos reserva, admitindo que o ponto essencial é a contínua perceção da obra, independentemente da forma como ela é ou não fixada.

2.3 REPRODUÇÃO E CÓPIA

Os termos cópia ou exemplar que derivam dos vocábulos duplicação ou multiplicação também estão sofrendo mutações com as inovações tecnológicas. Se no início a reprodução significava a produção de cópias, essa concepção clássica tem vindo a alterar-se. Passou a falar-se unicamente de exemplar que representasse o suporte tangível da obra, desaparecendo assim a distinção entre fixação (enquanto criação da matriz) e reprodução (enquanto produção de cópias)⁶⁹¹.

O ambiente digital gerou também a superação do conceito de cópia, tendo como pressuposto um suporte tangível⁶⁹². Assim, compreende-se que toda a cópia é uma reprodução, mas nem toda reprodução é uma cópia, sendo criticada a tentativa de encontrar novos suportes para a incorporação das obras⁶⁹³.

⁶⁹¹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Atos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 72.

⁶⁹² Ysolde GENDREAU, “The Reproduction Right and the Internet”, p. 9.

⁶⁹³ Fernando CARBAJO CASCÓN. *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, p. 89; e André LUCAS. *Droit d’auteur et numérique*, p. 118-131.

Esta conclusão de que nem toda a reprodução é uma cópia baseia-se, como se verá, no facto de as reproduções técnicas/instrumentais não serem cópias no sentido do Direito de Autor.

A reprodução não exige a obtenção efetiva de uma cópia, bastando a sua suscetibilidade, ponto esse praticamente inalterado no contexto digital. Nesse sentido, pode-se concluir que a inovação tecnológica criou algumas situações como: (i) reproduções efémeras⁶⁹⁴ e temporárias, que não se enquadram no conceito de cópia, a qual engloba os requisitos de perdurabilidade, permanência e estabilidade; (ii) reproduções digitais permanentes em suportes intangíveis, podendo-se, no entanto, ampliar o conceito de cópia (ou substituí-lo pelo conceito amplo de reprodução) para abarcar reproduções duradouras em suportes intangíveis; e (iii) reproduções em suportes intangíveis.

A evolução dos modelos mais recentes de negócios tem desenvolvido formas de oferta de fruição de conteúdo que se aproximam em muito dos efeitos do que se considerava uma cópia. Ou seja, atualmente, a questão da cópia vai além da sua durabilidade.

Perante tudo isto, nota-se, mais uma vez, a necessidade de reformular o conceito de reprodução, tendo em conta a desvalorização da noção tradicional de cópia⁶⁹⁵.

2.4 REPRODUÇÃO TÉCNICA E REPRODUÇÃO JURÍDICA

Como vimos, o conceito tradicional de reprodução tinha entre os requisitos mais importantes a durabilidade do suporte material, que deveria possuir características suficientes para permitir a percepção, reprodução ou comunicação da obra. No entanto, no mundo digital, este conceito já não quadra com a realidade, uma vez que os requisitos

⁶⁹⁴ “The ephemeral copies that are made during the process of transmission across the internet do not, at least at first glance, justify their treatment as copies within the commercial meaning of the term, although the ability to control them retains legal and economic significance. (It is possible to capture copies intended to be ephemeral. Notable examples of capture and repurposing are the Google’s cached copies of Web pages that can be accessed by users, or the capture of e-mail address information by an intervening server for use in spam or for surveillance purposes”. William KRASILOVSKY; Sydney SHELLEY. *This Business of Music. The Definitive Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry*, p. 434.

⁶⁹⁵ Ver também Giancarlo RUFFO. “La (in)sostenibile leggerezza della copia digitale”, p. 135-159.

de durabilidade e percepção nem sempre são evidentes e, em muitos casos como se verá, nem sequer são necessários para se avaliar a relevância jurídica da reprodução e/ou cópia.

Neste ambiente, a necessidade de realização de reproduções temporárias para o normal funcionamento e fruição das obras se tornou frequente, tais como reproduções em memória RAM, *caching* e outros.

Na *Internet*, na disseminação do material ocorrem inúmeras reproduções entre os diversos pontos intermédios, desde o *upload*, ou seja, num servidor *proxy* ou na memória do computador de um determinado utilizador, e o local onde se opera a recepção ou o acesso. Assim, o que ocorre são diversos atos de reprodução, meramente técnicas/ instrumentais, das obras protegidas na memória RAM do computador ou necessárias para se assegurar a multiplicidade de transmissões que ocorrem diariamente na *Internet*⁶⁹⁶. Desta forma, no contexto atual, as cópias não são mais um mero produto, mas sim o *modus operandi* deste, como define Cláudia Trabuco⁶⁹⁷.

Cláudia Trabuco aponta que houve quem tenha defendido que, no ambiente digital, a única forma para os titulares de direitos preservarem o valor económico da obra é através da proteção de todas as reproduções⁶⁹⁸, tornando irrelevante o fator temporal.

A propósito da análise dos atos envolvidos nas transmissões por via digital, há autores que distinguem simplesmente o armazenamento efêmero (portanto, o temporário) das obras, e a realização de uma reprodução permanente⁶⁹⁹. Em nossa opinião, esta divisão é demasiado redutora para uma realidade tão complexa.

Houve também quem se empenhasse numa aplicação ampla do direito de reprodução e optasse por uma divisão entre atos de reprodução temporária em sentido estrito e puros atos técnicos de repro-

⁶⁹⁶ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 325.

⁶⁹⁷ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 59; e Catherine COLSTON. “Challenges to Information Retrieval – a Global Solution?”, p. 45.

⁶⁹⁸ Alain STROWEL; Charles-Henry MASSA. «La Proposition de Transposition de la Directive “Droit d’Auteur dans la Société de L’information” en Droit Belge», p. 469.

⁶⁹⁹ Neste sentido, ver Alexandre Dias PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, p. 507, distingue a “reprodução-cópia” que é aquela que diz respeito ao programa, armazenado na memória do computador e sujeito à autorização da “reprodução-uso”, que diz respeito às reproduções tecnicamente necessárias para o uso do programa.

dução⁷⁰⁰. Esta divisão, embora seja menos simplista do que a anterior, ainda não alcança o cerne do problema. O que estamos observando é que a reprodução bifurcou-se em duas possibilidades: atos técnicos e/ou atos jurídicos. Os atos técnicos são sempre temporários e instrumentais, enquanto os jurídicos podem ser temporários ou permanentes, como veremos adiante.

Destaca-se que uma das maiores dificuldades no tratamento deste complexo tema é a utilização de nomenclatura diversa pela doutrina, no que concerne às reproduções instrumentais/técnicas. Uns denominam-nas de temporárias, outros de efémeras e, outros ainda, de técnicas, instrumentais, ou ainda acessórias, sem fazerem uma clara distinção. Quanto à nossa preferência relativamente a estas reproduções, iremos denominar de reproduções técnicas/instrumentais estas reproduções temporárias que não têm efeitos jurídicos⁷⁰¹.

O tratamento jurídico das reproduções técnicas e instrumentais tem sido debatido com intensidade na doutrina internacional e de direito comparado. Existe doutrina que entende que, do ponto de vista formal, as reproduções técnicas e instrumentais também deveriam ser consideradas como ato de reprodução, necessitando consequentemente de autorização, com o que não concordamos. Nem mesmo os maiores defensores de um conceito amplo de reprodução poderiam entender que as reproduções técnicas/instrumentais devem estar sujeitas à autorização do titular do direito de reprodução⁷⁰².

Nesse sentido, Oliveira Ascensão defende que o direito de reprodução não abarca as reproduções meramente técnicas, sendo a sua prática livre a qualquer utente⁷⁰³, indicando, no entanto, autores que entendem em sentido contrário⁷⁰⁴. Ainda relativamente a essas reproduções, Oliveira Ascensão indica que há um apoio frágil em elas serem incluídas no âmbito do exclusivo de reprodução do autor, já que isso assenta numa qualificação que vai contra os princípios gerais do Di-

⁷⁰⁰ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 238.

⁷⁰¹ Item 2.8, Capítulo V.

⁷⁰² Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 280.

⁷⁰³ José de Oliveira ASCENSÃO, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*.

⁷⁰⁴ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Atos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 73.

reito de Autor e não resulta dos textos⁷⁰⁵. Concordamos com este posicionamento e reiteramos que as reproduções meramente técnicas/instrumentais são apenas um meio para atingir um fim, sendo desprovidas de carácter económico e inclusivamente de fruição por si só. Elas apenas permitem ao usuário alcançar um determinado conteúdo que, esse sim, necessita das licenças adequadas. Lembramos que o direito não pretende criar entraves ao mundo real, apenas pretende equilibrar interesses e promover a justiça. Assim, não se concebe que se criem obstáculos legais a uma situação que não é jurídica.

2.5 CÓPIAS RAM

A questão das cópias *RAM*, apesar de ter sido tema nos Tratados Internacionais, não foi por estes satisfatoriamente resolvida. Por outro lado, alguns ordenamentos jurídicos adotaram a teoria que considera que as reproduções em memória *RAM* constituem um ato de reprodução, por incorporarem os pressupostos básicos deste último conceito⁷⁰⁶. Esta teoria que considera as cópias *RAM* como atos de reprodução jurídica significa, porém, que a maior parte dos atos de utilização efetuados na consulta e visualização ou audição de obras incluídas em páginas na *Internet*, por implicar a criação de uma cópia *RAM* nos computadores dos utilizadores, teria de ser submetida a uma autorização por parte do titular do direito de reprodução, o que representaria um entrave económico⁷⁰⁷ e ao próprio funcionamento da *Internet*. Em nossa opinião, esta exigência de autorização levaria a um congestionamento no funcionamento da rede, que se consubstanciaria no desincentivo ao acesso legal a conteúdos, na medida em que seria impossível por conta do titular do direito estar prontamente disponível para autorizar todos estes atos. Talvez nem os próprios, na sua ânsia de controlar o conteúdo, tenham percebido esta questão. O que ocorreria é que, havendo

⁷⁰⁵ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Atos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 73.

⁷⁰⁶ No direito norte-americano, a questão não está totalmente estabelecida, variando conforme a jurisprudência. Mas é facto que, neste país, considera-se mais a memória *RAM* relativamente a outros ordenamentos jurídicos.

⁷⁰⁷ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 342-343.

congestionamento, os usuários recorreriam cada vez mais a conteúdos piratas, diminuindo assim os proventos dos próprios titulares.

Diante desta nova realidade⁷⁰⁸ foram indicadas duas opções para o problema: i) proteção apenas das reproduções jurídicas, ou seja, aquelas que podem dar ensejo a novas possibilidades de utilização da obra protegida; ou ii) qualificação como reprodução, em sentido jurídico, de todo e qualquer ato de reprodução tecnológica.

A primeira opção acarreta grandes incertezas, em virtude da impossibilidade de se avaliar, a priori, se uma reprodução é jurídica ou não, e a segunda obriga à introdução de exceções que restabeleçam o equilíbrio dos interesses. Percebemos esta lógica de criação de exceções em função do equilíbrio dos interesses dos usuários que serão atingidos se se consagrarem reproduções técnicas/instrumentais como verdadeiras reproduções em sentido jurídico. Contudo, é preciso não esquecer os desafios que a aplicação dos Limites e Exceções apresenta, como já exposto. Assim, para a manutenção do equilíbrio do sistema seria necessário garantir que os Limites e Exceções não poderão efetivamente ser afastados, por exemplo, por acordos privados e/ou por medidas tecnológicas de proteção, enfatizando-se, uma vez mais, a necessidade de estabelecer como obrigatórias as exceções, com as respectivas reformulações já sugeridas.

A opção adotada na DSI foi a de se partir de um conceito amplo de reprodução, ou seja, aquele em que se considera ter ocorrido uma fixação suficientemente estável para permitir a comunicação indireta da obra, envolvendo também as reproduções que se produzem na memória de trabalho dos computadores, mesmo quando estas últimas se revistam apenas de um caráter acessório ou intermédio para a reprodução jurídica^{709 710}. De forma a garantir o equilíbrio do sistema, foi então adotado um limite que permite as reproduções técnicas/instrumentais que não se revistam de relevo económico.

⁷⁰⁸ Esta orientação foi dada por Thomas DREIER. “Copyright digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Works”, p. 187-211, conforme relata Cláudia Trabuco.

⁷⁰⁹ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 343.

⁷¹⁰ Este autor critica com veemência esta aproximação do conceito de reprodução em sentido jurídico ao mesmo conceito em sentido técnico. Thomas DREIER; Bernt HUGENHOLTZ. *Concise European Copyright Law*, p. 221.

Esta orientação não foi seguida pela doutrina alemã, que considera reproduções temporárias em geral como reproduções jurídicas. Isto acabou por condicionar a doutrina a considerar as cópias em memória RAM como uma fixação suficientemente estável para permitir a percepção, direta ou indireta, da obra, acabando por incluí-la no âmbito do conceito de reprodução. Esta orientação foi seguida pela jurisprudência daquele país, que em diversas decisões se pronunciou no sentido da irrelevância da duração do ato de reprodução para a sua tutela jurídica⁷¹¹. Mais uma vez nos deparamos com o problema da falta de harmonização no espaço da União Europeia e com as consequências práticas de difícil solução.

Há também doutrina⁷¹² que entende não ser possível retirar as cópias RAM do direito de reprodução, pelo facto de que elas podem envolver um significado económico independente, ou seja, podem constituir um caminho prévio ao armazenamento da obra na memória permanente do computador ou num suporte externo, o que pode servir de base para atos posteriores de reprodução e sua utilização ilimitada pelo utilizador ou por terceiros. Por esse motivo, conforme relata Trabuco, houve também quem tentasse encontrar soluções que permitissem minorar os efeitos negativos esperados do controle das reproduções em RAM sobre o normal funcionamento e utilização da *Internet*⁷¹³.

Em nossa opinião, a avaliação quanto à relevância jurídica da reprodução em RAM passa pela sua utilização. Ou seja, se há um uso de um conteúdo, mesmo que esteja em memória RAM, este deve ser autorizado pelo detentor do direito. Na hipótese de fazer uma utilização – diferente daquela previamente autorizada – dos conteúdos que se encontrem na memória RAM do computador, ou seja, dar-lhes uma finalidade económica independente da sua finalidade original de instrumentalização do processo, admitimos que esta possa ter efetivamente uma importância jurídica. No entanto, lembramos que, neste caso, o critério deve ser o da utilização económica do conteúdo do ato de reprodução, em detrimento do direito do titular.

⁷¹¹ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 345.

⁷¹² José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet*, p. 138.

⁷¹³ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 346-347.

Devido à dificuldade de se preverem os avanços tecnológicos e todas as utilizações possíveis, quer as já existentes, quer as futuras, esta possibilidade de utilização do conteúdo gravado em memória RAM deve ser analisada sob o prisma de saber se o mesmo está sendo utilizado à revelia do titular do direito. Relembramos, ainda, que é necessário distinguir a memória RAM jurídica da memória RAM meramente técnica/instrumental. Não existe dúvida de que esta última não cabe no conceito de reprodução do Direito de Autor. Naturalmente, a reprodução RAM jurídica que ocorre, por exemplo, quando um usuário faz um *streaming* de um conteúdo, tem importância económica e, conseqüentemente, jurídica. Relembramos, no entanto, que essa reprodução é autorizada, ou pelo menos deveria sê-lo.

Na União Europeia, o artigo 2 da DSI, ao englobar reproduções temporárias ou permanentes efetuadas por qualquer forma, gerou uma noção de reprodução que passa a incluir também os atos de transmissão em rede e os atos de upload de conteúdos. Ao mesmo tempo, como já vimos, o art.5 (1)⁷¹⁴, que trata das exceções, indicou que os atos de reprodução temporária que: (i) façam parte de um processo tecnológico; (ii) tenham como finalidade, quer a transmissão de uma obra ou outro material protegido através da rede, quer a sua utilização legítima; e (iii) não tenham significado económico, estão excluídos do direito de reprodução previsto no art. 2.

O que ocorre é que, do ponto de vista técnico, não há forma de ter uma certeza absoluta quanto à possibilidade da sua ulterior utilização, ou seja, se terá significado económico. Neste sentido, poder-se-ia dizer que não há uma resposta concreta à questão se, na perspectiva da DSI, as cópias RAM são consideradas reproduções no sentido jurídico. Em nosso entender, a análise não diz respeito, pelo menos unicamente, à durabilidade da reprodução, mas à sua característica técnica/instrumental – ou não – para um ato posterior não autorizado pelo titular do direito.

Alguns doutrinadores entendem que a determinação do caráter transitório ou episódico de um ato de reprodução deve ser analisada com base no destino dessa mesma reprodução. Ou seja, se o que se pretende é utilizar a reprodução como meio para uma fruição duradoura, então não haverá transitoriedade do ato de reprodução, uma

⁷¹⁴Ver Frank GOTZEN. “Le droit d’auteur en Europe”, p. 15-22.

vez que ela deve basear-se num critério de estrita temporalidade⁷¹⁵. No entanto, entendemos que a mesma deveria se basear, não no critério da temporalidade, mas no seu caráter instrumental, pelo que entendemos que a própria nomenclatura destes atos não deveria indicar a questão temporal.

No Brasil, o art. 5, VI da LDA define como reprodução a cópia de um ou vários exemplares de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido. Observa-se uma grande contradição neste artigo, uma vez que, primeiramente, fala em cópia de qualquer forma tangível, passando depois a incluir o armazenamento temporário ou permanente por meios eletrônicos (que, à partida, não é tangível).

Importa ressaltar que a LDA adotou a exceção para o *caching*, o *browsing* e o *armazenamento em RAM*, de acordo com o art. 30, §1º, ao estabelecer que o direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando for temporária e apenas tiver o propósito de tornar perceptível em meio eletrônico a obra, fonograma ou interpretação, ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado pelo titular da obra. Vemos assim que, neste ponto, a legislação brasileira foi bastante pragmática, demonstrando uma clareza em relação ao âmbito de aplicação do direito de reprodução. O Anteprojeto seguia no mesmo sentido; porém, como já visto, foi arquivado.

O direito norte-americano é o que tem adotado a posição mais neste assunto, ou ao menos, poder-se-ia dizer, indecisa, em virtude talvez de uma filosofia voltada para uma maior proteção do titular do direito. Conforme indica o relatório do *Copyright Office* de 2001⁷¹⁶, considera-se que as cópias temporárias e transitórias devem ser sujeitas ao direito de reprodução, nos termos do parágrafo 106 do *Copyright Act*. Assim, para este ordenamento, se uma cópia *RAM* é uma reprodução, está sujeita ao direito de reprodução, sendo a cópia definida no parágrafo 101⁷¹⁷; cum-

⁷¹⁵ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*, p. 138.

⁷¹⁶ Disponível em <<http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>>.

⁷¹⁷ UNITED STATES, *Copyright Law*.

pre ter atenção que, quando se refere à palavra cópia, este dispositivo refere-se ao que concebemos como reprodução jurídica.

Poderá ser aqui que reside um dos problemas deste ordenamento neste âmbito, uma vez que o facto é que nem toda a reprodução RAM é uma reprodução jurídica. A jurisprudência⁷¹⁸ deste país tem proferido decisões em diversos sentidos, tornando a questão ainda muito incerta⁷¹⁹.

Este relatório considera, também, que um *chip* RAM ou qualquer outro meio de armazenagem de cópias são “objetos materiais” e podem ser percebidos, reproduzidos, ou comunicados com a ajuda de um computador ou um dispositivo similar.

Resta saber se tal reprodução está “fixada”. Para o *Copyright Act*, uma obra é considerada como tal quando está fixada em um meio tangível e suficientemente permanente ou estável para permitir que seja percebida, reproduzida ou comunicada por um período superior a uma duração transitória. Contudo, para Erdozain, o elemento temporal não é decisivo porque uma fixação temporal, ainda que mínima, seria suficiente para sujeitar o ato em questão à vontade contratual do titular de direitos⁷²⁰. Este entendimento do *Copyright Office* é alvo de críticas da doutrina, especialmente por se tratar de uma decisão que, se levada ao extremo, teria resultados absurdos.

Além da indefinição quanto à existência de uma efetiva fixação, as cópias RAM apresentam também dificuldade de enquadramento como legítima reprodução, devido à forma como os dados transmitidos são arquivados nas memórias dos servidores. Ou seja, em virtude de os dados serem transmitidos por “pacotes”, ocorrem situações em que, em um dado, momento, na RAM só são arquivados alguns “pacotes”, ou mesmo um só único “byte” do dado, o que significa que, nesses casos, só uma parte do dado se encontra arquivada; ou seja, é produzi-

⁷¹⁸ No sistema norte-americano, a decisão *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.* 991 F 2nd 511 (9th Circ. 1993) defendeu pela primeira vez que a fixação na memória RAM, ainda que temporária, era suficientemente estável para permitir a percepção, reprodução ou comunicação da obra, pelo que a fixação temporária a ser feita sem autorização consubstanciaria uma violação do direito do titular do software em causa. (disponível em <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/991_F2d_511.htm>).

⁷¹⁹ Eldar HABER. “Copyright in the Stream: The Battle on Webcasting”, p. 772.

⁷²⁰ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*, p. 124.

da apenas uma “cópia” parcial. O Livro Branco de 1998 parece excluir estas hipóteses no enquadramento de cópias⁷²¹.

A despeito destas duas características, que numa primeira análise excluiriam as cópias RAM do âmbito da reprodução jurídica, os Tribunais norte-americanos vêm proferindo sentenças nos mais diversos sentidos, tendo sido o primeiro o conhecido *MAI Systems* em que foi decidido que a cópia RAM criada era suficientemente permanente ou estável para permitir que fosse percebida, reproduzida ou comunicada por um período maior que uma duração transitória. Esta decisão foi seguida por diversos Tribunais, variando aí, no entanto, os critérios utilizados para a definição. Uma dessas decisões entendeu que, para ser considerada cópia, deve perdurar por um período de tempo de vários minutos. Outra decisão, proferida em um caso envolvendo *browsing*, avaliou apenas a cópia RAM final, sem tocar no ponto das cópias produzidas no processo de transmissão.

Em sentido contrário, uma decisão de 2004 abordou a questão da distinção entre as cópias RAM transientes e a cópia RAM final, entendendo que as primeiras não devem ser consideradas cópias em sentido jurídico. Outra decisão do 2º Circuito, de 2008, seguiu no mesmo sentido, revertendo decisão contrária em primeira instância. Este Tribunal entendeu que, apesar do requisito da fixação ter ocorrido, o da duração não ocorreu, uma vez que nenhum bit de dados permaneceu arquivado por irrisórios 1,2 segundos^{722 723}.

O que se pode perceber é que os Tribunais ainda não estão com clareza a respeito do processo técnico, ou seja, da possibilidade de existência de reproduções RAM que servem unicamente a finalidade de instrumentalizar o procedimento, possibilitando a disseminação do conteúdo na rede; além disso, os Tribunais tampouco parecem ter clareza quanto à possibilidade de existência de cópias RAM que têm como finalidade a fruição do conteúdo, como por exemplo no *streaming* ou visualização no ecrã. Além desta distinção, referente às reproduções RAM meramente técnicas/instrumentais, os Tribunais não têm um en-

⁷²¹ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 16.

⁷²² David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p.18-20.

⁷²³ Para um relato dos principais casos envolvendo a responsabilidade dos agentes participantes na transmissão da cópia RAM ver David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 21-76.

tendimento coeso de quais deveriam ser os critérios a aplicar para se definir esta reprodução técnica/instrumental como tal.

2.6 CACHING

Caching consiste na criação automática de reproduções técnicas/instrumentais de dados, com o objetivo de permitir o acesso de forma a acelerar a rapidez da transmissão de informações já divulgadas na *Internet*, procedendo ao armazenamento da informação consultada num local muito mais próximo do utilizador, ou seja, no disco rígido do seu computador. Tal procedimento possibilita que cada nova consulta possa retomar uma consulta anterior, evitando muito dos problemas de congestionamento. *Caching* não é um termo legalmente definido nem uma noção técnica. Em alguns casos, as funções de *caching* “puro” combinam com outras atividades de edição, arquivo ou outras atividades relacionadas.

Conforme definido pelo relatório DIPPER⁷²⁴, o *caching* pode ocorrer em dois níveis distintos. O primeiro, *Proxy (web) caching* (também chamado *system caching* ou *server caching*), é o armazenamento temporário de páginas na *Internet* previamente enviadas por ou sob controlo do provedor de acesso ou operador de redes de área local (*Local Area Network* – LAN). Geralmente, o documento continuará na *cache proxy* por diversas horas, um dia, ou até mais. O segundo, *Client caching*, é o armazenamento temporário de conteúdos, anteriormente carregados ou conteúdos descarregados pelo usuário final, ou sob seu controle, desencadeado pelo *browser* do usuário.

Em suma, a diferença entre ambas as *caches* é o local onde estas se encontram armazenadas. Portanto, as reproduções *client caches* são reproduções criadas de forma automática pelo navegador no computador do usuário, enquanto as reproduções *cache system* se armazenam, não no computador do usuário, mas nos computadores intermediários da *Internet*⁷²⁵.

Há que considerar que o funcionamento e a natureza das reproduções *cache* podem apresentar um conjunto de riscos para o titular

⁷²⁴ Bernt HUGENHOLTZ; Kamiel KOELMAN. *DIPPER – Digital Intellectual Property Practice Economic Report*.

⁷²⁵ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 277-278.

dos direitos, resultantes do facto de o utilizador final deixar de aceder à obra, conforme ela se encontre armazenada no servidor original. Frequentemente, pode ocorrer a situação de as páginas conterem um sistema de remuneração baseado no número de acessos, o que constitui um indício de maior ou menor popularidade de uma página, e um critério de decisão para terceiros colocarem publicidade, pagando um preço por cada visita efetuada. Em muitos casos, pode ocorrer que os utilizadores deixem de aceder à página original, o que acarreta, consequentemente, riscos para a remuneração do titular de direitos. Na perspectiva do usuário, esta situação pode ser prejudicial por correr o risco de não ter acesso ao conteúdo mais atualizado.

O caso das páginas com acesso condicionado que estão sujeitas à verificação de determinados requisitos pelo utilizador final ou ao pagamento de um determinado montante pelo *download* de informação por parte de um utilizador autorizado, é um caso que pode vir a acarretar subsequentes utilizações por indivíduos não autorizados, a partir dessa reprodução, se não existir qualquer proteção técnica⁷²⁶. Revelam-se aqui, os benefícios que os DRMs podem assumir. Nesse sentido, questiona-se se os riscos referidos não deveriam ser suficientes para se sujeitar a atividade de *cache* ao consentimento dos titulares dos direitos, pelo menos no que diz respeito ao *cache* de sistema.

Na nossa opinião, a questão das cópias obsoletas pode ser resolvida obrigando o intermediário a realizar reproduções *cache* de forma intervalada com um tempo designado considerado razoável, e com o próprio dono do *website* a dar as suas instruções específicas. Além disso, todos os servidores, sem exceção, devem prestar informações aos titulares de *websites*, nomeadamente, resolvendo a questão do número de acessos à página e dando conhecimento exato de quantas vezes a *proxy cache* foi utilizada.

Ainda relativamente à questão da possibilidade de o usuário ignorar condições específicas estabelecidas pelo proprietário do *website*, como o pagamento da taxa ou imposição de uma senha, a resolução desse problema é da responsabilidade do intermediário que se presta a tal serviço. Isso não deveria constituir um problema de tão grande impacto, uma vez que as tecnologias DRM são capazes de detectar tal

⁷²⁶ Miquel PEGUERA. “When the Cached Link is the Weakest Link: Search Engine Caches and the Digital Millenium Copyright Act”, p. 607-608.

situação, havendo, em nossa opinião, um ônus do próprio titular do *website* de colocar essas ferramentas de proteção.

As reproduções feitas e armazenadas pela *proxy cache* não têm como objetivo serem reproduções de arquivo, mas perfeitos substitutos da página original. Esta *proxy cache* é o *system caching*.

O processo que levanta questões jurídicas inicia-se quando o primeiro usuário requer ao intermediário o acesso a um *site*. O intermediário, através de uma *proxy*, que pode ser descrita como um computador que intercepta o pedido do usuário, faz o pedido ao *site* original em seu nome⁷²⁷. Uma reprodução *cache* é feita pela *proxy* do intermediário neste requerimento inicial do usuário. Ocorre aqui uma das questões mais relevantes de todo este processo, porque esta reprodução vai ser usada para servir a pedidos subsequentes de outros usuários, mais tarde (com alguns limites temporais), à mesma página *web*. Portanto, quando o usuário faz um pedido de acesso a um *site*, o intermediário vai procurar na sua *proxy cache* se existe, na sua própria *cache*, uma cópia da página. Sendo normalmente mais rápido do que ir sempre procurar a página original, este processo reduz o congestionamento da rede.

Podem ocorrer situações em que as reproduções *cache* não sejam transitórias ou episódicas. O *caching* de sistema pode ter lugar na memória permanente dos servidores intermédios (cópia *proxy*), o que faz com que as reproduções de *cache* de sistema possam ter um significado económico independente.

Essas cópias servem, claramente, um propósito de comunicação⁷²⁸ das obras protegidas para terceiros. À partida, poder-se-ia dizer que configuram uma reprodução, mesmo se os documentos são só temporariamente preservados em *proxy caches*, o que traz diversos problemas por ser esta uma atividade auxiliar à utilização da *Internet*.

Grande parte da doutrina tem entendido que estes atos não devem estar submetidos ao controle dos titulares dos direitos, não havendo a este respeito uma conclusão definitiva nas Convenções Internacionais. A doutrina chama a atenção para o facto de não existir, na maior parte destas reproduções técnicas/instrumentais, a possibilidade de a

⁷²⁷ Miquel PEGUERA. “When the Cached Link is the Weakest Link: Search Engine Caches and the Digital Millenium Copyright Act”, p. 603.

⁷²⁸ Há a possibilidade de se considerar o *caching* como ato de comunicação ao público, e parece ser este o entendimento de Hugenholtz. Ver Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright Aspects of Caching”, p. 22.

obra ser utilizada posteriormente a partir desta cópia. Por outras palavras, argumenta-se com a ausência de significado económico neste tipo de ato, não havendo por isso confronto com os interesses dos titulares de direitos nem necessidade de prévia autorização por estes⁷²⁹.

Como consequência da falta de uma orientação nos tratados internacionais, os países signatários adotaram posições diversas, agravando o problema.

Nos EUA, as soluções para o tratamento legal do *caching* variam entre a justificação do *Fair Use* e a defesa da existência de uma licença implícita. Houve pressão para uma regulação jurídica, à época do novo conjunto de disposições do *Copyright Act*, alterado pelo DMCA, que isenta de responsabilidade determinadas atividades tipicamente realizadas pelos prestadores intermediários de serviços, ou seja, através das *safe harbors*, que têm condições muito específicas para serem atribuídos a determinados servidores ou intermediários⁷³⁰.

Na União Europeia, o art. 5 da DSI indica que a intenção do legislador será excluir as reproduções técnicas/instrumentais e as reproduções em *proxy cache* do núcleo do direito exclusivo de reprodução⁷³¹, entendido, segundo alguns doutrinadores, como tendo excluído da exceção todas as reproduções que sirvam, mesmo que potencialmente, para que o titular do direito obtenha um rendimento económico⁷³². A exigência de significado económico próprio coloca um obstáculo ao entendimento de que as reproduções em *cache* de sistema estão incluídas na exceção do número 1 do artigo 5. Cláudia Trabuco entende que, verificados os requisitos do artigo 5 da DSI, não existe reprodução em sentido jurídico⁷³³.

⁷²⁹ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 378-379.

⁷³⁰ Miquel PEGUERA. “When the Cached Link is the Weakest Link: Search Engine Caches and the Digital Millenium Copyright Act”, p. 603.

⁷³¹ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 384.

⁷³² Jérôme PASSA. “La Directive du 22 mai 2001 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information”, segundo o qual “l’absence de signification juridique indépendante aurait d’ailleurs pu justifier un raisonnement non pas en termes d’exception mais d’exclusion du champ dudroit exclusif”.

⁷³³ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 385.

Há quem entenda, no entanto, que a *cache* não se traduz numa reprodução meramente transitória ou essencial do processo de transmissão, podendo ter carácter permanente e tendo claramente uma finalidade de comunicação, razão pela qual em princípio deve estar sujeita ao exclusivo do titular dos direitos⁷³⁴. Não foi este, porém, o objetivo do legislador comunitário, como se pode depreender do Considerando 33. Como vimos, Hugenholtz foi um dos grandes críticos da DSI neste assunto, tanto em relação à sua técnica, quanto ao conteúdo⁷³⁵. Para o autor, as reproduções em *proxy caches* servem claramente um propósito de comunicação das obras protegidas.

Nos parece que esta questão do propósito de comunicação das obras protegidas não deve ser o principal motivo de preocupação. Os atos de reprodução em questão não deverão ter, em si mesmos, qualquer valor económico. Desde que satisfeitas essas condições, a exceção da DSI abrange os atos que possibilitam a navegação e os atos de armazenagem temporária, incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia.

Como se viu, no Brasil a LDA adotou a exceção para o *caching*, o *browsing* e o armazenamento em RAM, de acordo com o art. 30, §1º, ao estabelecer que o direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar percepcionável em meio eletrónico a obra, o fonograma ou a interpretação, ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no decurso do uso da obra devidamente autorizado pelo titular. Nesse sentido, parece que a lei teve a intenção de excluir as reproduções temporárias.

Parece que a discussão é menos no caso da *client caching* que se configura no armazenamento temporário de conteúdos anteriormente carregados ou documentos descarregados pelo usuário final, ou sob seu controle, desencadeado pelo seu *browser*⁷³⁶.

⁷³⁴ Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright Aspects of Caching”, p. 22.

⁷³⁵ Bernt Hugenholtz (“Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid”), diz ser desnecessária uma Diretiva para dizer que o caching não precisa de autorização.

⁷³⁶ Bernt HUGENHOLTZ; Kamiel KOELMAN. *DIPPER – Digital Intellectual Property Practice Economic Report*, p. 17.

A *client caching* apenas facilita o uso e não permite ou facilita a comunicação posterior dos documentos *cached*.

Apesar do facto de em teoria *client cache* ter o potencial de se tornar “fonte secundária” de conteúdos protegidos, é pouco provável que isso ocorra na prática. A presença de arquivos em *cache* não é visível ao usuário comum; páginas *web cached* são normalmente armazenadas em fragmentos com nomes de arquivos aleatórios, cada fragmento representando um único objeto da página da *Internet*. Além disso, as reproduções *cached* serão, automaticamente esvaziadas, após o encerramento do computador. Documentos “*cached*” em disco rígidos são regularmente “limpos”, após o espaço separado para *caching* no disco ser excedido ou novas versões de objetos *cached* sejam descarregadas. Assim, reproduções em *client caches* não são intencionadas e não servem para posterior comunicação de obras *cached*. Desta forma, o direito de reprodução não está implícito⁷³⁷. As reproduções temporárias feitas na memória RAM do usuário ou no disco rígido não têm outra finalidade que não seja facilitar o *browsing* ou a visualização da obra⁷³⁸. Querer quase à força aplicar o direito de reprodução numa interpretação máxima deste conceito e, nesse sentido, exigir uma autorização do titular, seria rigorosamente praticar um ato anti-sistema⁷³⁹.

2.7 TRATAMENTO LEGAL NO AMBIENTE DIGITAL

A proteção do direito de reprodução é estabelecida por várias convenções e acordos: a Convenção de Berna, Convenção de Roma (1961), Convenção de Genebra sobre Fonogramas (1971), Acordos da OMPI (1996) e TRIPs (1994). Contudo, nota-se nestes instrumentos a ausência de uma definição internacional clara e uniforme da noção de reprodução, o que se tornou um problema ainda maior com o advento das tecnologias digitais. Houve uma tentativa de construção de um marco jurídico harmonizado, com o intuito de obter soluções adequadas às novas realidades, em consequência das mudanças causadas

⁷³⁷ Bernt HUGENHOLTZ; Kamiel KOELMAN. *DIPPER – Digital Intellectual Property Practice Economic Report*, p. 19.

⁷³⁸ Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright Aspects of Caching”, p. 21-22.

⁷³⁹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Atos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 85.

pelo novo ambiente digital⁷⁴⁰. A adoção de uma definição específica para o termo “reprodução” foi rejeitada por representantes de diversos países, defendendo que a clarificação do Art. 9 (1), da Convenção de Berna era suficiente⁷⁴¹.

Contudo, parece evidente que tal entendimento não é correto, já que esta falta de definição clara tem causado tantas questões e tanta polémica. No citado instrumento, observa-se que o uso do termo “forma”, implica a realização de uma incorporação tangível da obra. Porém, não ficou esclarecido se a norma exige que tal armazenamento se possa realizar por um período limitado de tempo. O que ocorreu foi que a Convenção de Berna deixou aberta a questão de saber se é extensiva a fixações digitais transitórias a exigência aos países signatários de interpretarem de “qualquer maneira ou forma”⁷⁴².

Diversos estudos realizados nos anos 80 e 90 pela OMPI também levantaram o problema da aplicação da norma do art. 9 às cópias digitais. No final, apoiaram a abordagem sugerida pelos representantes da delegação europeia, que propunha que o armazenamento temporário ou permanente de uma obra protegida em formato digital entrasse no alvo desse artigo⁷⁴³. Apesar de não se ter chegado a uma conclusão, estabeleceu-se que o direito de reprodução se aplicava ao ambiente digital⁷⁴⁴.

Da mesma forma, os Tratados OMPI⁷⁴⁵ estabelecem que o direito de reprodução e as suas exceções, definidas na Convenção de Berna, se aplicam ao ambiente digital, e ainda que o armazenamento de uma

⁷⁴⁰ Begoña RIBERA BLANES. *El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual*, p. 339.

⁷⁴¹ C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, p. 54: «The words “in any manner or form” are wide enough to cover all forms of reproduction: design, engraving, lithography, offset and all other printing processes, typewriting, photocopying, mechanical or magnetic recordings (disks, cassettes, magnetic tape, films, microfilms, etc) and all other processes known or yet to be discovered» .

⁷⁴² Jane C. GINSBURG; Paolo MARZANO. “Le difficile giornate dei Diritti d’autore sulla rete Internet”, p. 443.

⁷⁴³ Jane C. GINSBURG; Paolo MARZANO. “Le difficile giornate dei Diritti d’autore sulla rete Internet”, p. 443.

⁷⁴⁴ Conforme estabelecido na Declaração Concertada do art. 9º da Convenção de Berna.

⁷⁴⁵ Conforme Declarações Concertadas aos arts. 7º, 11º e 16º.

obra protegida em forma digital num suporte eletrónico constitui um ato de reprodução, nos termos do artigo 9.º da Convenção de Berna.

Dessa forma, houve quem entendesse que os Tratados estabeleceram que as cópias temporárias, armazenadas em formato digital, devem ser consideradas reprodução jurídica. Segundo a conclusão de Mihály Ficsor, nem mesmo a reprodução temporária impede o reconhecimento como tal⁷⁴⁶. Conforme relata Cordeiro, naquela ocasião, a ideia de equiparar a reprodução técnica à jurídica tinha sido quase imposta à força pelos Estados Unidos, que chegaram mesmo a fazer depender a sua assinatura dos tratados da aceitação de uma noção de reprodução bastante abrangente – incluindo os chamados *browsing* e *caching*. A pressão política teve, no entanto, que se submeter à visão jurídica exata do problema, que era defendida pela maioria dos países, e que sustentava a ideia de que as reproduções técnicas meramente instrumentais para atos relevantes ao nível de Direito de Autor não eram reproduções em sentido jurídico⁷⁴⁷.

Depois de definidas as orientações legislativas, restam ainda dúvidas. Apesar de haver um entendimento de que a reprodução exige uma fixação material, esta exigência pode levantar dúvidas no ambiente digital, uma vez que existem várias formas não visíveis de armazenar uma obra⁷⁴⁸, como já tivemos oportunidade de esclarecer. Nesse sentido, vem sendo revisto o conceito de reprodução e, segundo entendimento de alguns doutrinadores, denota-se uma aproximação das noções jurídica e técnica⁷⁴⁹, aproximação esta por eles criticada. Além disso, apesar de estar estabelecido que a regra se aplica a qualquer “maneira ou forma”, parecendo estar clara a questão da fixação, o ponto mais importante e mais polémico das reproduções em ambiente digital, a duração, também coloca problemas a considerar.

Em nosso entender, o que está ocorrendo não é exatamente a aproximação das noções de reprodução técnica e de reprodução jurídica, mas sim uma falta de critérios adequados para as distinguir, o que torna difícil identificar, num ato, quando se trata de reprodução

⁷⁴⁶ Mihály FICSOR. “Copyright for the Digital Era: The WIPO Internet Treaties”.

⁷⁴⁷ Pedro CORDEIRO, Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital, p. 379.

⁷⁴⁸ WIPO. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, p. 373-374.

⁷⁴⁹ Thomas DREIER; Bernt HUGENHOLTZ. *Concise European Copyright Law*, p. 221.

técnica/instrumental ou de reprodução jurídica, cujas definições e distinções já tivemos oportunidade de esclarecer, mas que ficarão ainda mais claras aquando da explicação do processo de propagação digital.

Compreendemos a dificuldade de se elaborar um instrumento legal vinculante a nível internacional, porém, não podemos deixar de comentar a obsolescência dos Tratados vigentes que se tornaram praticamente inúteis. Em nosso entender, no que concerne a reproduções técnicas/instrumentais, uma revisão deveria levar em conta os critérios de possibilidade de multiplicação do conteúdo e a possibilidade de utilização para outros fins que não aqueles autorizados pelo criador, o qual deve estar ciente dos atos de reprodução, mesmo os instrumentais que poderão ser realizados.

Note-se contudo que estamos falando, não de uma verdadeira autorização, já que na prática não existe forma de impedir a realização de reproduções em RAM e em *cache*, porquanto a sua não realização levaria a um grave entrave no normal funcionamento da rede, mas de uma informação ao titular do direito, de forma a que se possa resguardar, decidindo se quer ou não colocar os seus conteúdos *online*.

2.8 PONDERAÇÃO FINAL ACERCA DA REPRODUÇÃO NO AMBIENTE DIGITAL

Após toda a análise acima exposta, parece-nos relevante indicar o que compreendemos como importante no âmbito da reprodução digital e, conseqüentemente, das cópias.

Houve quem entendesse que a reprodução acabou por se transformar num conceito funcional, enquanto possibilita a utilização posterior da obra e a sua percepção pelos sentidos⁷⁵⁰. No entanto, embora seja verdade que, em muitas ocasiões, a reprodução é de facto um ato meramente funcional, não podem ser olvidadas as situações em que ocorrem reproduções temporárias – jurídicas, porém –, como no *streaming* e na visualização em ecrã. E, por outro lado, por maior que seja a tendência a desaparecer no ambiente digital, o *download* ainda permanece como uma forma de distribuição plenamente utilizada, e configura um ato de reprodução em seu sentido mais puro.

⁷⁵⁰ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 343.

Desta forma, conseguimos compreender realmente duas espécies de reprodução: a reprodução puramente técnica/instrumental e a reprodução jurídica. O principal critério diferenciador de ambas é a fruição do utilizador, ou seja: se a reprodução é feita unicamente com o objetivo de dar acesso a um conteúdo que foi devidamente autorizado, constituindo esta apenas um meio para um fim, então estamos na presença de uma reprodução meramente técnica/instrumental. Todavia, se esta fruição sair deste âmbito puramente instrumental, ou seja, se servir para algo mais do que unicamente possibilitar o acesso ao conteúdo autorizado, então trata-se de uma reprodução jurídica.

Em nosso entendimento, a análise da doutrina tem-se centrado na questão da durabilidade da reprodução, pretendendo classificá-la como temporária – e, portanto, incluída no limite e exceção ao Direito de Autor (especialmente no direito continental europeu e brasileiro) – ou permanente.

Contudo, esta classificação gera toda a a que se assiste recorrentemente, e que ocorrerá cada vez mais, uma vez que a reprodução temporária assume uma dimensão que entre nos Limites e Exceções, devendo portanto ser efetivamente autorizada e, por conseguinte, remunerada, enquanto assume caráter jurídico.

Compreendemos, por isso, o que à primeira vista parecia despropositado, ou seja, o facto de que existe ainda nos EUA esta discussão e indefinição quanto às cópias temporárias, mais concretamente, as reproduções RAM. No entanto, após análise da importância das reproduções temporárias, que podem vir a ser relevantes juridicamente por poderem ser aproveitadas, compreendemos a razão da indefinição. Entendemos todavia que, naquele país, a discussão está se centrando no ponto que para nós é irrelevante, o tempo de duração da reprodução. Ou seja, entendemos que o critério para a análise está equivocado, mas a discussão é pertinente. Realçamos portanto, mais uma vez, que o critério a levar em conta é o da fruição, e que uma das razões de ser da proteção do Direito de Autor é a utilização da obra pela sociedade em geral. Assim, a análise da fruição é independente do critério da durabilidade.

Desta forma, por exemplo, se um modelo de negócio prevê a possibilidade de se usarem apenas as cópias RAM para fruição do conteúdo, pouco importa o nome dado a essa reprodução, nem tampouco quanto tempo dura, havendo assim verdadeira fruição, como se fosse

uma reprodução jurídica⁷⁵¹. Ademais, se a fruição sair deste âmbito instrumental e, portanto, passar a ser uma reprodução jurídica, estamos na presença de uma ilegalidade que deve ser alvo de sanções adequadas. De forma resumida, vemos as reproduções temporárias divididas de forma (i) jurídica e (ii) instrumental/técnica.

Toda esta discussão tem relevância porque, se se considerar o critério da durabilidade das reproduções como o centro da proteção, demandando portanto uma autorização explícita e consequente remuneração, o que se estaria a propor seria um direito de acesso⁷⁵², sem se analisar o critério da fruição nem, em última análise, o próprio fundamento da proteção do Direito de Autor. Ressaltamos, ainda, que este critério de durabilidade é altamente subjetivo e, por isso mesmo, frágil, uma vez que o legislador, ou até mesmo o Tribunal, não tem como decidir o que é um período de tempo mais ou menos transitório⁷⁵³.

Toda esta indefinição tem impacto direto na disseminação de conteúdos criativos, uma vez que a insegurança jurídica ora inibe a entrada de novos participantes, ora leva a contendas judiciais desnecessárias, prejudiciais ao andamento de qualquer projeto⁷⁵⁴.

3. DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO E O SUPOSTO DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

3.1 INTRODUÇÃO

O advento das novas tecnologias digitais culminou na liberalização do acesso à *Internet*, criando desde então a necessidade da sua utilização como meio inédito de propagação e transmissão de conteúdos.

Os Direitos de Autor, até então positivados nos diversos ordenamentos jurídicos, não pareceram adequados para o tratamento legal da nova atividade. Pelo facto de ter aparecido um novo momento, ou

⁷⁵¹ Eric H. SMITH. “The Reproduction Right and Temporary Copies: The International Framework, the US Approach and Practical Implications”, p. 9-10.

⁷⁵² Item 11, Capítulo V.

⁷⁵³ Sobre este critério, ver Li-Jen SHEN. “A Duration no More than Necessary: A Proposed Test for the Duration REquirement of RAM-copy Fixation”, p. 14.

⁷⁵⁴ Para uma lista extensiva sobre casos envolvendo cópias RAM, ver David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”.

seja, aquele que em que se coloca o conteúdo digital para exposição e posterior seleção e utilização pelo usuário, o legislador viu-se obrigado a procurar uma solução jurídica que englobasse os novos atos desconhecidos. Direitos de Autor até então existentes, como o direito de reprodução e o direito de comunicação ao público, apresentavam-se insuficientes para atribuir uma proteção equilibrada aos novos atos, pois não contemplavam a situação em que um conteúdo fica exposto ou disponível para posterior seleção e utilização.

Concordamos que nenhum dos direitos consegue englobar completamente as consequências do ato digital. Contudo, entendemos que esta inadequação tem origem em outros motivos. Como vimos, o direito de reprodução tem requisitos e características que deixaram de ser tão lineares em relação ao ambiente digital. Já o direito de comunicação ao público, como se verá, apresenta questões quanto à conceitualização do que é público e quanto à sincronicidade do ato, além de gerar pelo facto de a nova forma de transmissão de conteúdos não se encaixar perfeitamente na descrição de uma comunicação ao público.

Assim, o Tratado da OMPI decidiu criar um novo direito denominado direito de colocação à disposição do público, englobado no direito de comunicação ao público, sendo aquele uma sub-espécie deste.

Esta solução não foi bem-sucedida, como se verá. Primeiro, porque nem todas as situações são passíveis de serem delimitadas e percebidas facilmente no ambiente digital. Segundo, porque o legislador, aparentemente, não conseguiu perceber claramente o procedimento técnico. Terceiro, porque, mais uma vez, a tecnologia superou o processo legislativo e, enquanto ainda se discutiam estes conceitos, a tecnologia *streaming* atingiu progressos antes não imaginados e trouxe ainda mais complexidade ao tema, ao tornar as formas de transmissão mais fáceis, rápidas e com maiores possibilidades; recordemos ainda a tecnologia do *download* por tempo determinado e, mais recentemente, o advento da tecnologia da *cloud computing*⁷⁵⁵. A mesma solução falhou, também, pelo facto de ter englobado este novo direito de *colocação à disposição do público* no *direito de comunicação ao público*, o qual, de maneira geral, não se encontra reconhecido nas diversas jurisdições⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 700.

⁷⁵⁶ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 179.

Por outro lado, percebe-se uma clara dificuldade em compreender os próprios conceitos técnicos e as suas respectivas possibilidades. Observa-se pouca clareza da doutrina em relação a estes conceitos técnicos e, ainda mais grave, do próprio legislador. Além disso, grande parte da produção doutrinária contempla situações anteriores ao uso em massa do *streaming*, mesmo quando esta tecnologia já estava sendo amplamente utilizada.

Por fim, entendemos que existe alguma complexidade em determinar nas situações práticas quais os conceitos em causa, tendo esta solução de criar um novo direito, sub-espécie de um já existente, que também pode ser aplicado no ambiente digital, criando demasiada incerteza.

3.2 DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO

Publicar, executar e representar, são os termos normalmente utilizados para demonstrar os três meios mais importantes que estão à disposição do autor, possibilitando a comunicação das suas obras, de acordo com a natureza individual de cada uma. Estão incluídas neste conceito todas as possibilidades técnicas que realizam o objetivo de comunicar a obra, tanto pelo sentido da visão, como pela audição, separadamente ou em conjunto⁷⁵⁷.

Autores como J.C. Erdozain, concebiam este direito como apresentação da obra ao público, através de uma comunicação direta ou reprodução incorpórea da mesma⁷⁵⁸. Porém, acreditamos que a escolha da palavra “reprodução” por este autor não foi feliz, porque acrescenta confusão com o direito de reprodução, quando, na verdade, não é deste direito que se trata. Por outras palavras, dá-se a exploração e prestação da obra sem distribuição de exemplares físicos ao público.

As legislações nacionais, na sua maioria, não estabelecem uma definição do conceito de comunicação ao público, mas abrangem alguns exemplos como: representação, execução, r cita ou declama o, exibicao e radiodifusao.

O conceito tradicional de comunicação ao público é aquele em que o ato de exploração apresenta uma simultaneidade temporal e espacial, entre o público e o executante (por exemplo, uma transmissão

⁷⁵⁷ Antonio CHAVES. “Publicação, Reprodução, Execução: Direitos Autorais”, p. 11-29.

⁷⁵⁸ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet*, p. 125.

em sala de cinema, uma transmissão em radiodifusão, artistas representando sobre um cenário, etc.).

De facto, a Convenção de Berna indica que a comunicação ao público de uma execução ou recitação é caracterizada pelo elemento distância⁷⁵⁹, o que, em nosso entender, só revela a tentativa de forçar um conceito já que, classicamente, *público* pressupõe uma imediação espaço-temporal.

Há dois elementos subjacentes a este conceito (tidos como requisitos cumulativos), quais sejam, a noção de *público* e de âmbito privado, que são bastante subjetivas. Finalmente, importa destacar que a mera possibilidade caracteriza o direito, ou seja, o ato de comunicação pública realiza-se quando o público pode ter acesso à obra ou prestação comunicada, não precisando de um acesso efetivo, mas de uma simples possibilidade do acesso⁷⁶⁰.

Já quanto ao requisito da sincronicidade, desde a radiodifusão analógica, que se debatia se esta realmente ocorria no processo de transmissão. No entanto, como a realidade era de tal forma que tal sincronicidade parecia ocorrer efectivamente, este conceito continuou sendo aceito. Entendia-se que as transmissões eram isócronas, ou seja, o sinal era recebido ao mesmo tempo que era emitido. Já no ambiente *online*, tornou-se mais difícil distinguir esta sincronicidade⁷⁶¹. Cumpre observar, no entanto, que a inclusão da radiodifusão no direito de comunicação ao público não foi aceita sem implicar alguma indagação. No direito brasileiro, por exemplo, houve quem entendesse estarem em causa direitos distintos⁷⁶². No entanto, este entendimento foi criticado pela maioria da doutrina e foi posteriormente descartado, por entender que a radiodifusão é um autêntico direito de comunicação ao público, e se trata de uma realidade que tem como fim essa comunicação, variando apenas o processo que realiza a emissão.

Creemos, porém, que talvez fosse mais prudente repensar se não seria mais correto excluir o direito de radiodifusão do direito de co-

⁷⁵⁹ Michael M. WALTER, “Information Society Directive”. p. 976.

⁷⁶⁰ José Carlos ERDOZAIN. Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet, p. 125-128.

⁷⁶¹ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 100.

⁷⁶² Manoel J. Pereira dos SANTOS. “Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais”, p. 54, nota 12 (Pedro Vicente BOBBIO. *O Direito de Autor na Criação Musical*, p. 65. Dirceu de Oliveira e SILVA. *O direito de autor*, p. 31.

municação ao público, pelas seguintes razões: (i) a sincronicidade da transmissão não é líquida e certa (nem mesmo no ambiente analógico); (ii) é necessário um meio de transmissão; (iii) a realidade em relação ao público não é certamente a mesma, tendo havido necessidade de se fazer uma construção doutrinária para se alargar o conceito de *público*. Isto não significa que esta forma de exploração não deva ser devidamente regulada e protegida.

Em nossa opinião, da análise comparativa dos diversos ordenamentos jurídicos resultam alguns fundamentos para se mostrar que existem realidades distintas quanto à própria terminologia e sua aplicação aos casos concretos. No direito norte-americano, encontramos o termo “Perform Right” que em sua acepção literal indica “execução”, o que transmite a ideia de uma realização no ato e espaço imediato, ou seja perceptível diretamente pelos sentidos, sem necessidade de um meio tecnológico.

O direito brasileiro utiliza o termo “execução” pública, que nos levaria a pensar que se trata do mesmo conceito de *Perform Right*. No entanto, este direito também engloba o de comunicação ao público.

Já no direito britânico, existe mesmo a distinção entre “perform” e comunicação ao público, conforme o *Copyright, Design and Patent Acts* (CDPA), 1988, Seção 19. A distinção entre o direito de *perform* e a comunicação ao público reside no facto de que, no primeiro, o público deve estar presente na locação em que a “performance” estiver ocorrendo, a gravação estiver sendo tocada, ou o filme ou radiodifusão estiver sendo emitida.

Apesar de esta distinção não corresponder exatamente ao nosso entendimento, ela parece-nos evidenciar que existe efetivamente alguma distinção entre os dois direitos de *perform* e de “comunicação”, e que existe um reconhecimento desse facto, sem que no entanto tal percepção tenha sido adotada de forma mais ampla, especialmente na DSI.

Para melhor ilustrar o nosso ponto de vista, sugerimos que se imagine a diferença entre uma atuação em uma sala de teatro ou um concerto de uma banda num festival e, por outro lado, a emissão por rádio ou TV, em que há necessidade de um meio físico para emissão e recepção e ainda uma tecnologia para propagação do sinal. Detectamos nestas duas situações duas questões distintas: a primeira relaciona-se com o facto de que, numa atuação como a de um teatro, não

há necessidade de tecnologia para a consecução do ato, enquanto no segundo caso, da radiodifusão, há necessidade de tecnologia que permita a transmissão do ato; a segunda questão diz respeito à própria determinação do conceito de público, que, no primeiro caso, é perfeitamente identificável e quantificável já que se encontra reunido no mesmo espaço temporal e espacial. Já no segundo caso, o público não se encontra reunido no mesmo espaço e não é facilmente identificável.

Este raciocínio, em nosso entender, não é meramente teórico, pois trouxe consequências para a definição de um novo direito que nasceu de um pressuposto equivocado e que tem gerado muita dificuldade de compreensão do tema, além do impacto que tem na concessão das licenças e, conseqüentemente, na remuneração. De facto, se se pretende um sistema equitativo, não se pode achar que não é relevante determinar a quantidade de utilizadores.

No caso específico da União Europeia, para as transmissões *online* nos parece não ser exequível manter esse mesmo direito tal como ele existe na atualidade, quer porque o conceito de público depende de cada Estado Membro, quer também porque na *Internet* isso é conflitante e cria insegurança jurídica. Estelle Derclaye afirma que o art. 3 da DSI clarifica que a comunicação ao público não tem de alcançar todos os membros do público simultaneamente⁷⁶³. No entanto, da análise da dita norma, não conseguimos extrair esta conclusão tão direta. No direito alemão, por exemplo, o *Urheberrechtsgesetz* (UrhG) define o público por relação à concorrência simultânea de pessoas, concorrência que é difícil de apreciar na *Internet*. Observamos que esta concorrência é de difícil apreciação, mesmo na radiodifusão. Não faltam vozes na doutrina alemã a defenderem que este princípio pode ser adaptado por via interpretativa ao mundo digital, com o que não concordamos⁷⁶⁴.

3.3 “TRANSMISSÃO DIGITAL” E O SUPOSTO DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

A nova realidade tecnológica permitiu uma situação que, até então, era desconhecida, ou seja, a possibilidade de se expor a obra e deixá-la exposta à disposição do usuário, para que escolha o momento e a forma como a irá disfrutar.

⁷⁶³ Ansgar OHLY. “Economic Rights”, p. 225.

⁷⁶⁴ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 230.

Por esta razão, e com o intuito de adaptar o regime internacional do Direito de Autor a esta nova realidade, foram idealizados os tratados TODA e o TOIEF, que estão em vigor desde 6 de março de 2002⁷⁶⁵. O primeiro, o TODA, diz respeito aos Direitos de Autor, e coloca dentro do direito de comunicação ao público o direito de colocação à disposição do público, no seu art. 8º. Já o TOIEF, trata dos Direitos Conexos, e no seu art. 14º estabelece diretamente um direito de colocação à disposição do público, não se referindo, porém, à comunicação ao público. Esta divergência de tratamento não nos é compreensível e tem levado a diversos questionamentos e incertezas, desnecessárias para o tratamento do tema.

O art. 8º do TODA consagra um direito exclusivo, que se baseia em autorizar qualquer comunicação das obras ao público por meios que utilizem, ou não, cabos ou fios, de tal forma que os membros do público possam aceder-lhes no lugar e no momento por eles escolhidos.

O que parece é que ao tratar esta nova realidade de se poder aceder ao conteúdo no lugar e momento escolhido pelo usuário, esquece-se o momento posterior, correspondente a três possibilidades de fruição do serviço (pelo menos até ao momento): através de reproduções temporárias e jurídicas, como *streaming* ou mera visualização no ecrã; através de *download*; e, ainda, mediante uma emissão semelhante à radiodifusão, só que via *Internet*.

É provável que o art. 8º do OMPI e os arts 10 e 14 do TOIEF tenham pretendido tratar da mesma realidade – a colocação à disposição do público interativa, fazendo-o, porém, de forma incongruente. Contudo, dada a confusa técnica legislativa, alguns autores entenderam que a lógica subjacente aos Tratados diz respeito ao direito de comunicação ao público – que seria o direito base, delimitado posteriormente de forma negativa –, afastando-se o interativo para um direito próprio, e ficando a não interativa comunicação ao público e a radiodifusão como espécies restantes do género⁷⁶⁶.

Em suma, nos Tratados TODA e TOIEF confundiram-se os conceitos, na medida em que: (i) o TODA inclui o direito de colocação à

⁷⁶⁵ Dário Moura VICENTE. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 116-117.

⁷⁶⁶ Pedro CORDEIRO, «Limitações e Excepções sob a “regra dos três passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e digital», p. 216. Em sentido contrário, José de Oliveira ASCENSÃO, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, indica que o direito-base será o direito de colocar à disposição do público.

disposição do público dentro do direito de comunicação ao público, enquanto no TOIEF foi mencionado o direito de colocação à disposição do público por si só; (ii) o TODA inclui a colocação à disposição do público dentro do direito de comunicação ao público, o que dá a entender que está englobando a radiodifusão; (iii) nenhum dos dois Tratados esclarece, nas Declarações Consertadas, quais atos estavam sendo abrangidos; (iv) nenhum dos dois Tratados esclarece o termo transmissão digital.

Quanto ao último ponto, entendemos que esse foi um dos maiores erros deste instrumento normativo e entendemos que é pertinente esclarecer neste momento o que a doutrina compreendeu inicialmente e o que entendemos por transmissão digital.

Segundo alguns autores, todos os direitos de exploração acabaram por ser reduzidos a um só ato – o da transmissão⁷⁶⁷. Esta perspectiva teve origem na ideia de que o *download* estaria fadado a deixar de ser realizado. E, assim, acabaria por se tornar complexo distinguir, tanto em termos técnicos quanto jurídicos, cada um dos atos de difusão, reprodução, distribuição, exibição ou emissão. Tratar-se-ia, sempre, no final, de um mesmo tipo de difusão, transmissão ou comunicação pública, ou de disponibilização ao público. No entanto, cremos equivocada tal conclusão já que, em nosso entender, a transmissão é um processo que envolve atos claros e distintos de reprodução do ato entendido como “colocação à disposição do público”⁷⁶⁸ e como “comunicação ao público”. Além disso, como já vimos, é nossa opinião que o *download* não está condenado a desaparecer, pelo menos imediatamente.

Houve alguma doutrina que entendeu ser necessário redefinir o conceito de transmissão digital que, em sua opinião, pode acarretar em difusão, cópia, reprodução, distribuição ou comunicação ao público, em somente um ato⁷⁶⁹.

O termo “transmissão” é bastante abrangente e foi utilizado de forma a englobar muitas situações. Na interpretação de Oliveira Ascensão, o sentido de “transmissão” parecia estar ligado ao espetáculo público, que consistia na comunicação da obra por meios técnicos a

⁷⁶⁷ Rosa María GARCÍA SANZ. *El Derecho de Autor en Internet*, p. 72.

⁷⁶⁸ Como iremos mais à frente revelar, o termo colocação à disposição do público é desadequado, especialmente em relação à palavra “público”, pelo que iremos tentar uma nomenclatura diferente.

⁷⁶⁹ Rosa María GARCÍA SANZ. *El Derecho de Autor en Internet*, p. 74-75.

um público não presencial⁷⁷⁰. O termo transmissão é ainda utilizado no caso da radiodifusão, utilizando-se também, retransmissão, transmissão por cabo e por satélite⁷⁷¹, o que demonstra claramente que não se tem clareza do que os Tratados quiseram abranger nem do que trata a transmissão digital.

Como vimos, os Tratados da OMPI não acolhem a noção de transmissão, nem tão pouco a esclarecem, o que gerou uma desnecessária confusão entre doutrina, legislação e sociedades de gestão coletiva. Ao invés de se criar um regime paralelo, foram-se adaptando as legislações, sem, no entanto, se fazer uma diferenciação entre o mundo analógico e o digital, apesar de entendermos que até mesmo o regime analógico necessita de adequação, algo que porém transcende o tema aqui tratado.

Esclarecemos que a nossa posição é a de que se trata, não de um ato, mas de um processo que possa dar ensejo a vários direitos, a que não chamaremos de “transmissão digital”, uma vez que este termo foi extremamente mal usado e interpretado e queremos evitar associações com tal termo. Assim, chamaremos a este processo de “propagação”. Tal posição não é meramente teórica e prende-se com o facto de que a nível prático será muito mais fácil delimitar as licenças necessárias.

O que entendemos por propagação digital engloba tudo o que possa ser percecionável pelos sentidos humanos via *Internet*. Este processo pode dar ensejo a duas formas de procedimentos: 1) algo que permita a exposição da obra, ou seja, em que inicialmente se realiza um *upload*, podendo posteriormente serem possibilitadas várias formas de fruição; 2) emissão semelhante à radiodifusão, porém via *Internet*.

No primeiro caso, o chamado “colocação à disposição para uso”⁷⁷², dá-se a possibilidade de fruição da obra através de reproduções temporárias jurídicas, como o *streaming* e a visualização no ecrã ou *download*, conforme a arquitetura do serviço e/ou escolha do usuário; no segundo caso, estamos diante de uma emissão nos mesmos moldes da radiodifusão, que pode ser feita tanto simulta-

⁷⁷⁰ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direitos de Autor e Conexos Inerentes à Colocação de Mensagens em Rede Informática à Disposição do Público”, p. 1064.

⁷⁷¹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direitos de Autor e Conexos Inerentes à Colocação de Mensagens em Rede Informática à Disposição do Público”, p. 1067.

⁷⁷² Termo que entendemos substituir o termo “colocação à disposição do público”.

neamente com a emissão tradicional ou como um novo modelo de negócio diretamente na *Internet*.

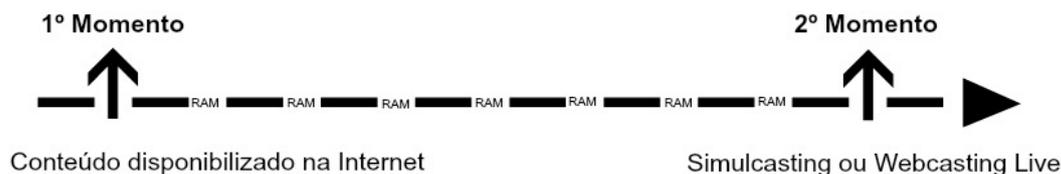


1º momento – corresponde ao carregamento (*upload*), ou seja, a reprodução técnica e jurídica em que é criada uma cópia permanente.

2º momento – momento em que a obra é exposta e assim permanece a possibilidade de utilização pelo usuário. Observamos aqui que nos parece que um termo mais adequado para este ato seria “colocação à disposição para uso”. Isto porque entendemos que a palavra “público” poderá ter uma conotação ligada a pessoas que se encontrem num espaço público; e, ainda, que o acesso é indiscriminado, sem possibilidades de restrição⁷⁷³.

3º momento: ocorre quando o usuário particular escolhe ou lhe é imposta uma forma de fruição do conteúdo, que se pode dar através de reproduções temporárias, através de *streaming* e cópias *RAM* para visualização de textos e imagens em tela, ou reproduções permanentes, ou seja, *download*. Qualquer uma destas formas de fruição, pode, *a posteriori*, possibilitar a licença à comunicação ao público fora da *Internet* (fazendo a ressalva de que, para nós, este conceito não abrange a radiodifusão e os seus equivalentes da *Internet*).

⁷⁷³ Somos a favor da democratização do direito e, conseqüentemente, entendemos que os termos utilizados devem ser perfeitamente compreensíveis ao não iniciado; pelo menos, não devem gerar uma interpretação ambígua.



Já o segundo procedimento (ainda hoje praticado) diz respeito à radiodifusão digital e possui 2 momentos:

1º momento – momento em que é disponibilizado na *Internet*

2º momento – fruição pelo usuário

Destacamos que, tanto no procedimento 1 quanto no 2, existe entre esses momentos uma série de atos de reprodução temporária, em memórias *RAM/cache*.

Como vimos, o criador deve ser previamente informado desses atos. No entanto, não consideramos que devam carecer de autorização, no sentido de o criador poder concordar ou não, uma vez que estas reproduções são de carácter técnico/instrumental, e permitem a fruição dos verdadeiros atos que são autorizados. Como referido anteriormente, sem estas reproduções, a *Internet* não teria possibilidade de operar da forma eficiente que atualmente conhecemos.

Por último, é pertinente indicar que, conforme demonstrámos, o termo “transmissão digital” seria possivelmente adequado para nomear tais procedimentos. No entanto, tendo em conta que o termo tem sido utilizado para indicar processos ou atos distintos dos que queremos referir, entendemos que, para efeitos de clarificação, é necessário procurar um termo novo desprovido de qualquer conotação.

Nesta senda, e após ponderação terminológica, entendemos que um termo adequado seria o de “propagação digital”. A escolha desta expressão se deu pelo facto de que, para além do argumento já enunciado, “propagação digital” denota, até para quem desconhecer o assunto, que existe um processo de divulgação de conteúdo. Além do mais, a expressão sugere que este processo utiliza um meio técnico.

De acordo com este entendimento, passaremos a analisar o conceito de “colocação à disposição do público”, bem como todo o debate decorrente de uma definição mal formulada e as suas consequências.

3.4 O CONCEITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO CONFORME A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS TRATADOS

- a) *Inadequação do conceito de colocação à disposição do público sob o prisma da noção de público*

Segundo se concebia e continua a ser entendido pela maioria da doutrina, o “novo” direito de colocação da obra à disposição do público tem como ato principal o momento em que se lhe proporciona acesso à obra. O poder que este direito atribui exclusivamente aos seus titulares é o de estes colocarem a obra à disposição ou de autorizarem terceiros a fazê-lo, mas não o de consentirem a realização de cópias materiais da obra, ou seja, a prática de atos de reprodução que, relativamente ao acesso e à sua fruição, ultrapassem as meras reproduções funcionais.

Em suma, o entendimento era que o direito de colocação à disposição do público constitui um direito exclusivo e, da mesma forma que no caso do direito de comunicação ao público, também requer a não existência de um suporte tangível como meio de transmissão⁷⁷⁴.

Como já tivemos a oportunidade de referir, o direito de colocação à disposição do público surgiu como necessidade de regular a transmissão digital, e foi concebido pelos Tratados como uma espécie de comunicação ao público, levando os doutrinadores a entender que o elo de ligação entre estes dois direitos é o conceito de público e a possibilidade de acesso⁷⁷⁵.

Contudo, como também já referido, o problema que este conceito apresenta é a questão da imediação espaço-temporal. Aqui reside uma das maiores complexidades desta questão, já que anteriormente, mesmo no ambiente analógico, como vimos a propósito do direito de comunicação ao público, já se discutia a questão da efetiva sincronidade da transmissão.

⁷⁷⁴ Por ocasião dos Tratados OMPI 1996, discutiu-se se deveria ser estabelecido como direito económico a uma remuneração pelo uso da prestação protegida. COM (97) 628 final de 10 dezembro de 1997; COM (1999) 250 final, de 21 de maio de 1999.

⁷⁷⁵ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en internet*, p. 128-130.

A distinção entre transmissão isócrona ou não isócrona na *Internet* ficou obscurecida por duas razões: porque a transmissão dos dados é feita em forma de “pacotes”, que são primeiro destrinchados, seguindo caminhos diferentes e em momentos distintos, para posteriormente serem reunidos⁷⁷⁶; e também pelo facto de que o momento da transmissão não ocorre necessariamente ao mesmo tempo que o momento da posterior captação pelo usuário.

Em nosso entender, outro grande problema da utilização do conceito de colocação à disposição do público – quer enquanto integrado no de comunicação ao público, quer por si mesmo – foi que esta solução forçou uma ampliação da noção de “público”. Essa ampliação ultrapassa as clássicas comunicações simultâneas a partir de um ponto até vários pontos de acesso simultâneo (transmissões ponto-multiponto características dos serviços de radiodifusão), e engloba as comunicações entre dois pontos (transmissões ponto a ponto), neste caso entre um servidor e cada utilizador da *Internet*, independentemente do seu caráter sucessivo ou simultâneo.

A noção de público é dada por um conjunto de pessoas que coincidam física e/ou temporalmente (acesso simultâneo), no que respeita à fruição de uma determinada obra, configurando um conjunto indeterminado de destinatários com possibilidades idênticas de acesso ao mesmo produto⁷⁷⁷. Como veremos, concordamos com a primeira parte desta declaração, relativamente à simultaneidade espaço-temporal, e entendemos que ambos os requisitos devem ser atendidos cumulativamente para o conceito de público. Não concordamos, porém, com a segunda parte, quando o autor indica que se trata de um conjunto indeterminado de destinatários, porquanto, em nossa opinião, se se encontram no mesmo espaço ao mesmo tempo, então têm de ser identificáveis e quantificáveis.

Entendemos já de pronto que, de acordo com esta definição, em vez de se utilizar a “colocação à disposição do público” como uma sub-espécie de comunicação, caberia antes uma figura nova e autónoma.

Acresce que no mundo digital, como referem alguns autores, a imediação espaço-temporal desaparece, conforme vimos, o que,

⁷⁷⁶ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 100.

⁷⁷⁷ Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law: A Commentary*, p. 973 e 988.

em nossa opinião, demonstra a inadequação do conceito de público, que tem dois requisitos cumulativos, pois a rede digital liga a esfera privada do titular do direito de autor diretamente à esfera privada do utilizador, e, como consequência, a esfera pública fica em grande parte eliminada⁷⁷⁸.

Contudo, cabe a ressalva de que, tecnicamente falando, a esfera do usuário muitas vezes nem sequer se liga diretamente à esfera do titular. Em vez disso, existe um intermediário – por exemplo, um servidor – que faz a ponte entre estes dois sujeitos do processo.

Além disso, tal como é apresentada a própria expressão “espácio-temporal”, ou seja, com hífen, indica que se trata de requisitos cumulativos, já que, de contrário, o correto seria utilizar a expressão “imediação espacial e/ou temporal”. Perante todas estas evidências, é de ponderar se faz sentido integrar o direito de colocação à disposição do público num conceito amplo de comunicação ao público. Desde já adiantamos que não faz sentido.

b) Direitos envolvidos e o que configura o ato de colocação à disposição do público

Demonstrámos até agora a inadequação da solução de se englobar o direito de colocação à disposição do público no direito de comunicação ao público, bem como a inadequação dos próprios conceitos. Passaremos, em primeiro lugar, a expor quais os direitos envolvidos, inicialmente, sob o ponto de vista da doutrina, e seguidamente, sobre o nosso entendimento. Depois, iremos tentar perceber em que consiste efetivamente este ato que faz parte de um processo mais amplo nesta nova realidade.

Segundo afirma Oliveira Ascensão, na colocação à disposição do público não existe um ato de comunicação, uma vez que tudo se esgota no próprio ato de colocação em rede⁷⁷⁹. Entendemos que o autor tem razão em relação à não configuração como ato de comunicação. No entanto, em nossa opinião, nem tudo se esgota nesse ato, como se verá.

⁷⁷⁸ André KEREVER. “La Problématique de l’adaptation du droit de reproduction et de représentation publique dans l’environnement numérique multimedia”, p. 6.

⁷⁷⁹ José de Oliveira ASCENSÃO. “O Direito de Autor no Ciberespaço”, p. 154.

Pela complexidade e tecnicidade do tema em questão, e por estar em causa um procedimento tecnológico que engloba actos que podem ser ou não distintos, podem ser ou não sincronizados, podem dar ou não ensejo a uma cópia, percebemos que se trata de uma tarefa que exige uma abstração muitas vezes não alcançada.

Logo no momento inicial do processo de propagação, revelou-se difícil distinguir os atos de reprodução dos de colocação à disposição do público. Numa primeira análise, e observando a fachada do processo, poderia parecer que se trata de um ato apenas. Contudo, uma análise mais detalhada, técnica e consequentemente jurídica, compreende que estamos na presença de dois atos distintos: um é o carregamento do conteúdo no servidor, ou seja, um autêntico ato de reprodução jurídica; outro é a colocação à disposição do público. Embora o primeiro seja um pressuposto essencial do segundo, pelo menos no estado atual da tecnologia, entendemos que não deixa de ser autônomo e de existir jurídica e tecnicamente por si mesmo.

Como muito bem ilustrado por Remédio Marques, o ato de colocação à disposição do público se assemelha à colocação na “montra” de uma loja; ou seja, coloca-se o produto em exposição para posterior opção do consumidor. No caso do conteúdo criativo, este é exposto nos *sites online* para escolha do usuário⁷⁸⁰. Como nas demais situações relativas ao ambiente digital, as possibilidades se multiplicaram e, no caso em apreço, a colocação em uma “montra” pode levar à possibilidade de remuneração, uma vez que há modelos de negócios que têm como fonte de rendimento, primária ou secundária, uma remuneração com base no número de visualizações⁷⁸¹. Sendo assim, é de suma importância a distinção entre os atos, do ponto de vista técnico e jurídico.

Houve quem precocemente entendesse que a autorização para transmitir a obra em formato digital deveria cobrir, nesses casos, tanto o direito de comunicação ao público como o direito de reprodução⁷⁸². Contudo, parece-nos hoje claro que a mesma licença pode cobrir os dois direitos, mas sendo momentos e atos separados.

⁷⁸⁰ Agradecemos esta explicação ao nosso Orientador.

⁷⁸¹ Além disso, também foram idealizados modelos em que a remuneração se baseia em publicidade, e um dos critérios utilizados para a sua colocação é exatamente o número de visualizações.

⁷⁸² Thierry DESURMONT. “Qualification Juridique de la Transmission Numérique”, p. 77-81.

Entendemos que, apesar desta reprodução (o *upload*) ser um meio para atingir um fim, ou seja, a colocação à disposição para uso, sendo uma reprodução tipicamente jurídica, tem de ser passível de autorização.

Compreendemos que tal separação dos atos poderia, *a priori*, parecer adicionar complicações burocráticas. Contudo, na prática, essa suposta complicação burocrática é evitada pela emissão de uma licença conjunta dos atos. Mesmo que tal situação fosse hipoteticamente mais burocrática, situação que acreditamos não ocorrer na prática, não é razão para não se melhorar o atual sistema, em vista de uma maior transparência e da clarificação dos direitos do titular, até por uma questão de segurança jurídica e de precaução, tendo em conta o futuro tecnológico incerto e cheio de possibilidades.

O facto de o titular poder porventura, através de negociação privada, permitir apenas a colocação à disposição para uso, não elimina o seu direito de reprodução, uma vez que, sem autorização do titular do direito, ninguém pode fazer *upload* de uma obra com o intuito de posteriormente a colocar à disposição para uso, qualquer que seja a finalidade.

Embora a distinção entre os atos de reprodução e de colocação à disposição para uso possa ser menos clara no ambiente digital, comparativamente com o ambiente analógico, no que se refere à reprodução jurídica esta mesma reprodução não perdeu a sua autonomia.

Oliveira Ascensão, apesar de defender que esta autonomia persiste, entende que, por se tratar de um ato essencial/instrumental para a exploração económica por aquela via, a reprodução não tem autonomia jurídica nesse ponto, e por isso, com a licença concedida, deve considerar-se autorizada para a exploração da obra mediante a colocação à disposição do público⁷⁸³. Em obra posterior, analisa a questão da transmissão *online*, parecendo corroborar seu entendimento de que esta é em si uma reprodução, indicando, no entanto, que a própria transmissão não tem valor autónomo, mesmo que os dados comunicados acabem por encerrar em uma obra literária ou artística. O autor faz analogia com a radiodifusão, em que a transmissão não é objeto de nenhuma faculdade compreendida no Direito de Autor, pelo que

⁷⁸³ José de Oliveira ASCENSÃO. *Obra Audiovisual. Convergência de Tecnologias. Aquisição Originária do Direito de Autor*, p. 21-22.

o exercício desse mesmo direito tem conexão com a comunicação ao público, e não com o processo técnico de transmissão⁷⁸⁴.

Por estas razões, o autor entende que o que interessa é que a transmissão subsequente que integra o objeto protegido seja uma simples dependência daquela autorização, não tendo por isso significado autónomo. Assim, se uma obra ou prestação for disponibilizada, a transmissão não tem relevância em termos de Direito de Autor: é mera execução da autorização dada. Se houve autorização e a obra circula, deve-se distinguir se essa circulação se faz de privado para privado, ou se está à disposição do público. Entende assim, o citado autor, que se trata de uma reprodução. No entanto, como já dissemos, discordamos deste raciocínio. Tal como já referimos, não concebemos a ideia de que existe uma autonomia sem importância jurídica. Parece que o autor entende que poderia estar em causa uma licença implícita; em nossa opinião, porém, o que poderia e deveria existir é uma licença conjunta. Compreendemos que fosse difícil, há uma década, conceitualizar estes atos e passar para o plano jurídico uma situação tão técnica. Porém, necessitamos de discordar do autor, já que a oportunidade de observarmos muitas outras situações e possibilidades na *Internet* permitiu que melhor se compreendesse o processo técnico.

Observamos que a doutrina questiona se o ato da reprodução permanente (que denomina “fenômeno do armazenamento”), justifica a aplicação do direito de reprodução em conjugação com o direito de comunicação ao público. Para responder à questão entendemos pertinente esclarecer de qual dos armazenamentos do processo de transmissão digital estamos tratando. Se estivermos no âmbito do armazenamento mediante carregamento do conteúdo no servidor (*upload*), apesar de em nosso entender este ser juridicamente autónomo, não tem importância económica *per se* e por isso não deverá ser alvo de cobrança pelas SGCs⁷⁸⁵.

Esta nossa linha de raciocínio de autonomia e importância jurídica da reprodução relativa ao carregamento do conteúdo no servidor não pretende conduzir à conclusão de que tal reprodução deva ser objeto de remuneração. De facto, este nosso entendimento da auto-

⁷⁸⁴ José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 78.

⁷⁸⁵ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 102. Caso United States X ASCAP; Verizon X ASCAP, p. 105.

nomia baseia-se, desde logo, na necessidade de segurança jurídica e de procurar englobar o maior número de possibilidades técnicas, quer as já existentes quer aquelas que poderão porventura surgir no futuro, evitando-se ainda situações em que o próprio criador do procedimento desconheça os atos nele envolvidos e as suas consequências.

Mais uma vez, compreendemos a dificuldade de delimitar conceitos e procedimentos tecnológicos tão apartados da realidade que se conhecia. No entanto, alertamos para a necessidade de o jurista moderno ter em mente que estamos num momento de profundas alterações e que a análise de determinados procedimentos não se deve restringir à realidade hoje conhecida.

Por outro lado, é necessário analisar qual armazenamento estamos referindo: se o armazenamento realizado conscientemente pelo usuário em seu dispositivo, isto é, se irá levar a uma reprodução jurídica; ou se o armazenamento realizado sem conhecimento do usuário, isto é, armazenamento técnico/instrumental. No primeiro caso, não restam dúvidas de que o direito de reprodução se aplica, uma vez que estamos perante uma reprodução jurídica. No segundo caso, em que são criadas reproduções técnicas/instrumentais necessárias ao procedimento técnico, mas sem qualquer significado económico, não faria sentido algum fazer a remuneração desse procedimento, nem tampouco exigir uma autorização.

O que frequentemente parece ter ocorrido com a doutrina é a não distinção entre *upload*, ou seja, reprodução necessária para o que se entendia como transmissão digital, por um lado, e, por outro lado, a posterior fruição da obra pelo usuário, que se dá através de uma nova reprodução, que pode ser temporária ou permanente (ou seja, *streaming* e visualização no ecrã; *download*).

Ysolde Gendreau tem razão ao indicar que, no processo de transmissão digital em rede, existem atos acessórios e atos deliberados, ou seja, a reprodução necessária para a transmissão (*RAM*) e a possibilidade de *download*⁷⁸⁶. Todavia, em nossa opinião, antes do momento da transmissão há o momento do carregamento, ou seja, o *upload*, que importa em uma reprodução deliberada. Segundo esta autora, a reprodução necessária à transmissão ocorre quando a obra está a ser transmitida em rede, ou seja, passa por vários servidores que estabelecem

⁷⁸⁶Ysolde GENDREAU. “The Reproduction Right and the Internet”, p. 42.

as ligações na cadeia de difusão; este caso configuraria uma reprodução acessória à utilização da obra pelo utilizador final, e ocorre em pontos em que o utilizador não pode aceder. Os actos deliberados, por seu lado, ocorrem quando o utilizador capta a obra, seja mediante o seu surgimento na tela do computador, seja mediante a sua reprodução num suporte fora do computador (ex: *CD ROM*), ou ainda num suporte interno (como a memória *RAM* do computador), com o objetivo de utilizá-la posteriormente⁷⁸⁷.

Consideramos frágil a classificação desta autora, por olvidar o momento anterior que é o *upload*, necessário para a transmissão da obra, como já vimos. Nem compreendemos, do ponto de vista técnico, como pode uma obra em memória *RAM* ser utilizada posteriormente, pelo menos no que concerne à realidade atual. Se tal ocorrer, conforme o entendimento já apresentado, passará a constituir uma reprodução jurídica, devido ao carácter da fruição.

Tal como Oliveira Ascensão, também Alberto Mello reconhece que existe efetivamente um ato de reprodução; contudo, este autor retira-lhe a autonomia. Para tanto, lembra que, como requisitos comuns para a reserva do direito exclusivo do autor de reprodução de bens imateriais está consagrado: (a) que as obras protegidas tenham sido objeto de fixação/gravação que propicie a sua multiplicação em exemplares. A “incorporação em rede” que propicie a telecomunicação digital constitui ato reservado de reprodução. No entanto, (b) esta “incorporação” não constitui um fim em si mesma, pois serve para a “colocação da obra à disposição do público” pela sua telecomunicação digital em rede; (c) que, para que a visualização da obra em tela assim telecomunicada constitua ato reservado compreendido no exclusivo do direito de autor, deverá consubstanciar em si mesma uma utilização patrimonial independente da que foi autorizada pelo ato que consentiu a “transmissão em linha”. Nestes termos, conclui o autor, a telecomunicação digital em rede que resulta na “colocação da obra à disposição do público” não configura um ato de reprodução⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ Ysolde GENDREAU. “The Reproduction Right and the Internet”, p. 41-43. Para esta autora, os atos acessórios constituem os atos indiretos de reprodução a que se refere o art. 2º da Diretiva Sociedade da Informação, e os atos deliberados são os atos de reprodução indireta.

⁷⁸⁸ Alberto de Sá MELLO. «A Telecomunicação Electrónica em Rede de Obras Intelectuais na “Sociedade da Informação” – A Diretriz 2001/29/CE e a sua Transposi-

Em nosso entender, o processo de propagação digital pode resultar em “colocação à disposição para uso”. Contudo, destacamos que o mesmo contém pelo menos um ato de reprodução autónomo, o que não pode ser confundido com configurar um ato de reprodução em si.

O mesmo autor entende que, quando se pensa que a telecomunicação digital em rede possibilita a visualização em tela, importa distinguir dois momentos lógicos: aquele em que a obra “é colocada em rede” à disposição de terceiros pelo emissor; e aquele em que a obra é visualizada por cada um dos receptores que lhe acedem *online*. No primeiro momento, em que o emissor que coloca a obra à disposição do acesso de terceiros, ele deve requerer autorização, não para reproduzir, mas para “colocar à disposição do público”. No segundo momento lógico, o receptor acede ao conteúdo comunicado (visualiza-o, ouve-o, podendo “interagir” com ele), e pode escolher se pretende fixá-lo, tecnicamente, através do *download* da imagem, dos sons ou de qualquer conteúdo criativo protegido a que acede. A questão que surge para este autor é se se trata de uma reprodução ou de uma comunicação ao público. Fazemos a ressalva que não fica claro o que o autor compreende como telecomunicação digital.

Concordamos que são momentos distintos o da colocação à disposição e o da utilização da obra. No entanto, respondendo à pergunta do autor, entendemos que há uma reprodução necessária ao ato, que tem importância jurídica, mesmo que em alguns momentos seja de difícil percepção, e não deve ser confundida com uma comunicação ao público ou mesmo com a colocação à disposição para uso, uma vez que, como já dissemos, entendemos que o direito de comunicação ao público não se adequa à realidade digital, a qual, aliás, já tinha em nosso entender aplicação controversa na radiodifusão tradicional.

Em momento posterior de sua obra, o autor parece apresentar uma conclusão diferente daquela acima apresentada, ao dizer que o destinatário da telecomunicação digital que visualiza uma obra no ecrã não faz qualquer utilização da obra, mas antes beneficia como usuário do resultado do serviço prestado pela telecomunicação digital em rede. É o receptor de uma comunicação quem pode usar o conteúdo a que acede

ção em Portugal pela Lei n. 50/2004», p. 296.

nos limites da licença outorgada por quem comunica a obra; veda-se-lhe qualquer utilização patrimonial independente do bem protegido⁷⁸⁹.

Contudo, não concordamos com esta ideia de não utilização da obra, mesmo que seja uma mera visualização ou audição. À primeira vista, pode parecer que não existe interação percepcionável com a obra quando é visualizada no ecrã. No entanto, se é percepcionável pelo sentido humano, então é uma forma de utilização. Nos parece que, neste caso, estamos diante da mesma situação que no ambiente real como, por exemplo, o da contemplação de obras de arte em um museu. Este raciocínio, no nosso entender, também não faria sentido se compararmos com outros tipos de conteúdos criativos, como a música ou os filmes, em que necessariamente há um ato de apertar um “botão” para fruição do conteúdo.

Assim, ao contrário do que acontecia na realidade analógica, a mera visualização de um documento num ecrã pode ser considerada um ato que implica direito de reprodução. Garrote é desta opinião⁷⁹⁰, mas não distingue o caráter da cópia RAM, ao dizer que só se pode considerar que esta visualização implica um direito de reprodução se se entender que as cópias RAM são cópias jurídicas, o que, em nossa opinião, é possível, uma vez que, como já vimos, as cópias RAM podem ter caráter jurídico, ao lado do caráter meramente técnico/instrumental⁷⁹¹.

Em sentido contrário, Oliveira Ascensão entende que a visualização em tela de computador não é uma reprodução em si mesma, e está perfeitamente enquadrada na faculdade de comunicação ao público. O autor sustenta este argumento com o exemplo de que a exibição duma obra cinematográfica não representa uma reprodução, havendo também exibição das imagens na tela⁷⁹².

Ainda de acordo com Alberto Mello, a transmissão *online* em rede de obras protegidas constitui, fundamentalmente, um ato de comunicação pública que é uma utilização independente da reprodução dessas obras. Mesmo assim, pode implicar a sua fixação efémera e,

⁷⁸⁹ Alberto de Sá MELLO. «A Telecomunicação Electrónica em Rede de Obras Intelectuais na “Sociedade da Informação” – A Diretriz 2001/29/CE e a sua Transposição em Portugal pela Lei n. 50/2004», p. 299.

⁷⁹⁰ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 274.

⁷⁹¹ Item 2.5, Capítulo V.

⁷⁹² José de Oliveira ASCENSÃO. “Os Atos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”, p. 80.

nessa medida, está sujeita a autorização específica para a exploração apenas segundo aquela primeira modalidade de utilização. Nessa linha, autor afirma que o acesso a obras que assim sejam comunicadas configura uma pura – e, dessa forma livre – recepção das mesmas; qualquer remuneração devida pelo usuário é, nos termos da licença de uso, outorgada pelo prestador do serviço, que é titular de um direito de utilização para telecomunicação digital.

Portanto, conclui, não é exequível, nem sensato, exigir para cada ação que envolva um acesso às obras – “transmitidas” telematicamente em rede que, como no caso do uso da *Internet*, tem uma dimensão potencialmente planetária e é materialmente quase incontável – uma autorização individual para a reprodução prestada pelo titular do direito⁷⁹³.

Nos parece que o citado autor está confundindo a natureza das reproduções. De facto, uma situação é a reprodução “inicial”, aquela que se dá ao fazer o carregamento (*upload*) e que origina o ato de colocação à disposição para uso. Para esta entendemos ser sempre necessária a autorização, mesmo que seja conjuntamente com a autorização para colocação à disposição para uso, como já expusemos. Outra situação distinta são as reproduções temporárias (técnicas/instrumentais) necessárias à circulação das obras já devidamente colocadas à disposição para uso, ou seja, as reproduções que são utilizadas para fruição da obra. De facto, para estas seria difícil exigir uma autorização prévia. Entendemos ainda não haver uma lógica económica para a obtenção de autorização de reprodução temporária que se configura, neste tipo de cópias RAM e *cache*. Porém, somos de opinião que há uma possibilidade de existência destas na licença. e *cache*.

Lembramos, todavia, que o caso da reprodução “inicial”, ou seja, o *upload* que dá início ao processo de propagação digital e que torna possível a colocação à disposição para uso, não é uma reprodução técnica/instrumental, mas sim um verdadeiro ato de carregamento e de reprodução que expõe a obra, muitas vezes com o objetivo de se tirar proveito económico e susceptível de ferir os interesses do criador.

Perante todas as opiniões acima expostas concluímos que a doutrina parece não ter conseguido ilustrar e compreender bem o proces-

⁷⁹³ Alberto de Sá MELLO. «A Telecomunicação Electrónica em Rede de Obras Intelectuais na “Sociedade da Informação” – A Diretriz 2001/29/CE e a sua Transposição em Portugal pela Lei n. 50/2004», p. 303-304.

so técnico, Em consequência disso, a análise jurídica e a compreensão destes argumentos tornou-se uma tarefa bastante complicada.

A confusão doutrinal ocorre em dois planos: o primeiro no facto de não se ter compreendido que este processo envolve mais atos do que os até então considerados; e, segundo, porque neste processo ocorrem diversas reproduções que, quanto à sua natureza, podem ser técnicas/instrumentais ou jurídicas, sendo que as primeiras são sempre temporárias e instrumentais e as jurídicas podem ser permanentes ou temporárias, tendo como critério de diferenciação entre as técnicas e as jurídicas a possibilidade de fruição pelo usuário, residindo aqui a confusão entre estas duas espécies de reprodução.

Entendemos que há 3 momentos no procedimento: 1) quando se faz o *upload*; 2) quando se coloca à disposição do público, que pode à primeira vista parecer o mesmo, já que pode ser quase simultâneo (um bom exemplo de que estes momentos são distintos é a publicação de um conteúdo num *blog*. O *blogger* pode fazer o *upload* do conteúdo digital – por exemplo, um vídeo, que corresponderá ao primeiro momento da propagação – e agendar esta publicação para uma data posterior); 3) quando há a fruição pelo usuário – ou seja, se ele ouve/ assiste/faz *download*/visualiza, dependendo do conteúdo.

É verdade que, a partir do momento em que se coloca informação à disposição do público, podem ocorrer situações em que não haja público para a fruição da obra e isso pode ter implicações em questões de remuneração. Em obras como áudio e vídeo, a questão da fruição fica clara. Em obras como fotografias, desenhos ou textos, pode parecer à primeira vista que o momento da colocação à disposição para uso e a própria fruição são o mesmo, já que não existe necessariamente um *download* ou *streaming* onde esses momentos são mais fáceis de identificar. No entanto, para cada visualização da obra há uma reprodução, ainda que temporária. As situações não devem ser confundidas: uma situação é colocar a possibilidade de acesso, outra é o acesso efetivo do usuário, perfeitamente identificável com a tecnologia atual. Com o exemplo do *blog* isto é muito claro.

A falta de consenso em relação aos diversos conceitos envolvidos pode ser compreendida com a complexidade do tema e com o facto de que, quando este direito foi idealizado, as inúmeras possibilidades ainda não eram conhecidas. Dessa forma, houve uma grande dificuldade

de delimitar as fases do que entendemos ser o processo de propagação: ou seja, a não separação entre primeiro momento, que é o *upload*, e segundo momento, que é a colocação à disposição para uso; e também a não separação entre esse segundo momento e o terceiro, que é a possibilidade de fruição pelo utilizador. Vários doutrinadores confundem ora os dois primeiros, ora os dois últimos.

Portanto, em nosso entender, a propagação digital refere-se a todo este processo. Assim, colocar à disposição para uso é uma fase que faz parte deste processo, e constitui uma das suas possibilidades. O terceiro momento, o da possibilidade de fruição, não deve ser confundido nem com a propagação nem com a colocação à disposição para uso.

Percebemos que a definição do direito exclusivo do autor de proteger as suas obras disponíveis interativamente (isto é, o direito de tornar as obras disponíveis “de maneira que os membros do público possam acessar em lugar e tempo individualmente escolhidos por eles”) foi dada sem qualquer clarificação, fazendo confusão com a exploração de serviços a pedido (*on demand*) *online*. De facto, parece-nos que existe uma falta de clareza tanto a nível doutrinário como legislativo no que concerne aos conceitos de propagação digital *online* e à possibilidade de serviço *on demand*. Ou seja, o que parece ter ocorrido é que se confundiu o próprio procedimento de propagação digital com o serviço *on demand*.

A verdade é que o conceito de serviço *on demand* abrange muito mais do que meramente a questão da escolha do tempo e do espaço pelo usuário. Tanto é assim que a mera escolha do tempo e do espaço pelo usuário já era uma realidade desde a radiodifusão. O que a *Internet* trouxe de inovador foi a possibilidade de escolha do conteúdo em si e a forma de sua fruição.

INTERAÇÃO: PODER ESCOLHER O CONTEÚDO

ON DEMAND: PODER ESCOLHER O LUGAR, O TEMPO E O CONTEÚDO E FORMA DE FRUIÇÃO

Portanto, é incorreto considerar que o direito de colocar à disposição do público é uma versão *ad hoc* do direito de comunicação ao público, como pretende o legislador⁷⁹⁴.

Segundo Garrote, o facto de na *Internet* se poder pré-selecionar um número de destinatários que vão receber uma obra ou prestação protegida significa que estamos perante um grupo determinado de pessoas, cumprindo-se assim o requisito da existência da pluralidade, e enquadrando-se desse modo no conceito de “público”. Em nosso entender, este raciocínio, apenas revela a necessidade de se fazer um esforço interpretativo para se englobar o conceito de “público” na *Internet*. Em geral, na *Internet* não há pré-seleção de um número de destinatários específicos, ficando a obra à disposição de quem quiser acessar. Esta possibilidade de se pré-determinar o número de pessoas constitui uma questão mercadológica, sem relevância para o direito⁷⁹⁵.

Como assinala André Lucas, o interesse por acumular o direito de reprodução com o direito de comunicação pública nas transmissões digitais interativas não responde só a considerações puramente jurídicas; estão também em causa interesses estratégicos, como o facto de o direito de reprodução estar, em geral, menos sujeito à gestão coletiva que o direito de comunicação ao público⁷⁹⁶, o que explica a necessidade de forçar o conceito de “público”.

Os Tratados incorreram em outro erro grave, ao não abrangerem o direito de reprodução e o impacto que sua omissão vem causando. O facto de não haver harmonização com os vários conceitos e direitos, especialmente nesta matéria que não tem fronteiras delimitadas, gera grandes problemas que o Tratado nem sequer procurou solucionar. Os Tratados parecem não ter levado em conta que os direitos de reprodução e o de colocação à disposição do público estão intimamente interligados.

Recorde-se que, tal como os demais direitos, também o direito de reprodução é governado pelo princípio da territorialidade e, nesse sentido, cada vez que se opera uma reprodução, ela fica protegida pela legislação do país em que ocorreu. No entanto, com os avanços tecnológicos atuais nem sempre é possível detectar o local onde a reprodução ocorreu, havendo casos em que esta é realizada em um determina-

⁷⁹⁴ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 232

⁷⁹⁵ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 250.

⁷⁹⁶ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 275.

do território diferente do local onde a cópia é arquivada (servidor de terceira parte, ou serviços de *cloud computing*)⁷⁹⁷.

Há disparidades na jurisprudência europeia, e na norte-americana, a respeito da forma como os Tribunais federais e nacionais qualificam as reproduções feitas no contexto do exercício de colocar à disposição do público. Estas disparidades aparecem, por exemplo, nas análises das decisões em relação a motores de busca. Em alguns países o carregamento não é considerado reprodução, mas apenas parte do direito de colocação à disposição do público. Em outros países, tal carregamento é qualificado cumulativamente como reprodução e colocação à disposição do público⁷⁹⁸.

Em nossa opinião, os motores de busca não envolvem o direito de colocação à disposição para uso, já que estes apenas apresentam conteúdos já previamente colocados à disposição, e podem envolver o direito de reprodução, dependendo da fruição possibilitada ao usuário. Recorde-se que o *upload* acarreta uma reprodução jurídica que, se permitir a transmissão da obra, irá afetar o direito de colocação à disposição do público. Segundo um estudo concluiu, essa transmissão só é qualificada se for para o público, isto é, para um número indeterminado de usuários potenciais que não pertençam a um grupo privado. No entanto, neste ponto da qualificação do público e do seu impacto na existência de um direito de colocação à disposição do público, nós já tivemos oportunidade de referir que não concordamos, devido à frágil conceitualização de “público” no ambiente digital.

Diante do exposto, o estudo conclui que, dependendo das práticas de cada setor, esta situação pode complicar o processo de licenciamento dos direitos de autor envolvidos em qualquer serviço transfronteiriço. Assim, a mera intervenção no direito de colocação à disposição do público não irá resolver todas as questões, se o direito de reprodução continuar a ser aplicado como é atualmente. Com efeito, em diversas localidades distintas tanto podem ocorrer atos de reprodução como atos de colocação à disposição do público⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Sari DEPREEUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 40.

⁷⁹⁸ Sari DEPREEUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 43.

⁷⁹⁹ Sari DEPREEUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 79.

Por último, considerando que a existência de reproduções e sua relação com o direito de colocação à disposição do público envolve complicações em termos de licenciamento, tal facto deveria ter sido levado em consideração⁸⁰⁰.

4. TRATAMENTO NOS DIVERSOS SISTEMAS

Na União Europeia, a escolha foi no sentido de uma interpretação mais ampla do direito de comunicação ao público. Tratou-se, na verdade, de um direito de colocação da obra à disposição do público, o qual, segundo o artigo 3º da DSI, se encontra contudo integrado num direito amplo de comunicação ao público. À época, esta definição foi alvo de crítica por parte de alguma doutrina, que levantava questões como as seguintes: i) a obra em rede é comunicada a pedido; ii) a comunicação efetua-se entre dois particulares, e iii) a comunicação da obra é acompanhada da sua reprodução⁸⁰¹.

Concordamos com a necessidade de criticar a solução dada pelo legislador europeu, mas não pelas razões apontadas. Cremos que tal crítica parece equivocada no sentido de que (i) a obra nem sempre é comunicada a pedido, (ii) nem sempre é entre particulares e (iii) a comunicação nem sempre é acompanhada de reprodução jurídica e, se for uma reprodução técnica, esta não tem relevância para o direito.

Nos EUA, a escolha foi pela proteção através do direito de distribuição, que se tornaria um direito de distribuição digital. No entanto, esta posição, que não se encontra em consonância com os Tratados, gera instabilidade pelo facto especialmente de estarmos tratando de conteúdos globais. Ainda, subsistiu o problema de saber se uma transmissão pode efetivamente ser entendida como distribuição de uma cópia ou de um fonograma no sentido previsto pela seção 106 (3) do *Copyright Act*.

A solução encontrada pelos EUA não teve o apoio de muitos outros países, de modo particular porque o direito de distribuição não era reconhecido por várias ordens jurídicas, e também pelo facto de

⁸⁰⁰ Sari DEPREUW; Jean-Benoît HUBIN. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, p. 80.

⁸⁰¹ Thierry DESURMONT. “Qualification Juridique de la Transmission Numérique”, p. 65.

que nem sempre é correto afirmar que os destinatários de uma transmissão interativa recebem uma verdadeira cópia nos seus respectivos computadores. Além disso, não dava resposta que parecesse satisfatória no tocante ao princípio do esgotamento/exaustão/*First Sale Doctrine*, uma vez que o direito de distribuição não obsta a que, após a entrada em circulação no mercado das cópias ou fonogramas, o proprietário de um exemplar tangível de uma obra possa livremente aliená-lo, o que no ambiente digital continua a ser discutido, como já visto.

O Brasil, como vimos, ainda não ratificou os Tratados da OMPI, mas participou ativamente em todas as discussões⁸⁰². A lei brasileira, que é posterior aos Tratados, adotou parte da agenda digital mas não solucionou antigos problemas referentes a definições inadequadas. E, tal como já foi mencionado, também não definiu o tratamento jurídico do que consideramos ser o processo de propagação digital^{803 804}.

No Brasil, a LDA regula determinadas modalidades de utilização, entre elas a execução pública de obras musicais ou lítero-musicais, no seu art. 68. Este dispositivo legal contempla duas faculdades que são reguladas em conjunto, hoje abrangidas pela expressão genérica de “comunicação ao público”, sendo estas a representação pública e a execução pública. Também contempla as duas formas de comunicação: a direta, realizada em local de frequência coletiva; e a indireta, realizada mediante radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. Como já dissemos, esta definição não foi unânime⁸⁰⁵.

Acresce que esta falta de posicionamento do legislador brasileiro levou a doutrina a fazer diversos questionamentos sobre o existente direito de comunicação ao público e se este estaria adequado ao tratamento da transmissão digital. A primeira questão que se coloca consiste em determinar se a comunicação por rede digital, ou seja, por meio

⁸⁰²<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view-File/242/231>.

⁸⁰³ Rui Geraldo Camargo VIANA; Rosa Maria B. de Andrade NERY. “A Inserção do Direito de Autor na CF”.

⁸⁰⁴ Vanisa SANTIAGO. “A Lei n. 9610 de 19 de Fevereiro de 1998 – Aspectos Contraditórios”, p. 14.

⁸⁰⁵ Pedro Vicente BOBBIO. *O Direito de Autor na Criação Musical*, p. 65. Dirceu de Oliveira e SILVA. *O direito de autor*, p. 31.

da *Internet* em particular, constitui “transmissão” no sentido que aplica a LDA e se, sendo transmissão, é de caráter público⁸⁰⁶.

Ao analisar o enquadramento desta matéria dentro da legislação brasileira, Oliveira Ascensão observa que, em relação às interpretações e execuções, o legislador utiliza a linguagem do TODA sobre as Interpretações ou Execuções e Fonogramas, reservando ao artista a faculdade exclusiva de “colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem”⁸⁰⁷.

Em consequência desta ausência de definição legislativa, observou-se uma pequena produção doutrinária sobre o assunto, que se tem limitado à análise da definição do conceito de comunicação ao público, sem maiores desenvolvimentos.

5. RADIODIFUSÃO

A radiodifusão é a propagação de sinais de rádio, televisão, telex, por ondas radioelétricas. Como ressalta Pedro João Cordeiro, um aspecto fundamental que importa sublinhar no conceito de radiodifusão, ao nível do Direito de Autor, é a palavra “público”^{808 809}.

A atualização da proteção internacional de organizações de radiodifusão tem sido discutida exaustivamente na OMPI. A questão em causa é a adequação da atuação das organizações, que são titulares de direitos conexos, em resposta às novas tecnologias digitais e ao uso

⁸⁰⁶ Manoel J. Pereira dos SANTOS. “Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais”, p. 56.

⁸⁰⁷ José de Oliveira ASCENSÃO. “A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos tratados da OMPI”, p. 13-29.

⁸⁰⁸ Pedro CORDEIRO. *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*, p. 25.

⁸⁰⁹ Além disso, apresenta o autor a noção de público – que deve ser entendida no âmbito do Direito de Autor – sem estabelecer uma identificação com conceitos paralelos de público válidos para outros ramos do Direito, que é, por sua vez, um conceito evolutivo, adaptando-se às circunstâncias e desenvolvimentos técnicos. Assim, como sustenta Pedro CORDEIRO, *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*, p. 58, “a colocação à disposição do público interactiva traz uma nova variante do conceito de “público”, que tem de ser entendido como o conjunto de todos os cibernautas que individualmente e por iniciativa própria interagem sobre as obras e prestações, acedendo à base de dados ou à rede onde elas se encontrem e utilizando-as a partir daí”.

crescente da *Internet*. Têm vindo a ocorrer importantes desenvolvimentos em tecnologia e mercado no setor da radiodifusão, desde a adoção da Convenção de Roma, em 1961 e o processo foi iniciado no OMPI, em 1997⁸¹⁰.

A questão de se estender a proteção a *webcasting*, incluindo *simulcasting*, foi provisoriamente solucionada na Sessão da SCCR de Maio de 2006. Ficou decidido que o trabalho iria primeiramente concentrar-se na proteção da radiodifusão tradicional e da radiodifusão por cabo, e que todo o conteúdo relativo a *webcasting* e *simulcasting* seria removido dos textos em mesa, uma vez que o assunto seria tratado, posteriormente em separado⁸¹¹, o que nunca chegou a ocorrer.

A radiodifusão pressupõe uma emissão com um conteúdo previamente estabelecido e destinado a ser recebido por um público mais ou menos indeterminado. A posição dos receptores é portanto passiva, no sentido em que não podem agir sobre o programa. A única coisa que podem fazer é ligar ou desligar o aparelho de recepção. Algumas dúvidas se colocam a respeito da radiodifusão e das novas formas de acesso a conteúdos protegidos. Uma delas é a de se saber se a colocação à disposição do público será uma espécie de radiodifusão. Na opinião de Pedro João Cordeiro, a resposta a essa indagação parece ser negativa, por várias razões.

Nos parece, no entanto, que a pergunta mais pertinente seria se a radiodifusão digital é uma espécie de colocação à disposição do público.

Na colocação à disposição do público pode haver ou não interação, e por esse motivo os conceitos não se equivalem. Quando alguém coloca a obra à disposição do público, pode não ocorrer uma transmissão tradicional tal como ela é concebida na radiodifusão; ou seja, podem ocorrer situações em que os membros do público podem aceder à lista de conteúdos criativos disponibilizada, podendo interagir sobre ela, alterando-a, reduzindo-a e misturando-a. Assim, o que acontece é que deixa de existir uma transmissão ponto/multiponto e passa-se a ter uma difusão ponto a ponto, em que o receptor deixa de ser um mero sujeito passivo, intervindo na escolha e conteúdo daquilo a que acede a pedido (*on demand*). Logo, isto não é radiodifusão.

⁸¹⁰ <<http://www.wipo.int/copyright/en/activities/broadcast.html>>.

⁸¹¹ <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_inf_1.pdf>.

A propagação digital é, portanto, um processo completamente novo, que não se confunde com nenhum outro processo pré-existente que pode englobar a radiodifusão, se esta for digital. A sua existência confere um caráter completamente inovador ao próprio direito e deveria supor a criação de um regime específico que lhe dê um enquadramento adequado, como já indicámos.

Os radiodifusores não estão impedidos de emitirem os seus programas através da *Internet*, como também não estão impedidos de os colocarem à disposição do público, com acesso interativo. A diferença está em que, no primeiro caso, estarão sujeitos ao regime da radiodifusão, enquanto no segundo estarão sujeitos às regras que regulam a colocação à disposição para uso interativo. Ou seja, trata-se de licenças diferentes.

Na União Europeia, o direito de radiodifusão foi apresentado aos autores como um direito de comunicação ao público, conjuntamente com o direito de colocação à disposição do público. Por outro lado, não foi cometido o mesmo erro relativamente aos direitos conexos. O art. 3º, nº 2 da Diretiva consagra quanto a esses o direito de colocar à disposição do público, que justifica a criação de um direito autónomo⁸¹².

Esta indefinição tem levado a decisões ainda contraditórias e divergentes, no âmbito dos Tribunais dos Estados Membros e no TJUE, o que leva a que alguns doutrinadores clamem pela clarificação do regime legal da “comunicação ao público” (aspas feitas pelo próprio doutrinador) das emissões de radiodifusão⁸¹³. A questão polémica gira em torno especialmente da noção de público, o que, em nossa opinião corrobora nossa crítica em relação ao englobamento da radiodifusão no direito de comunicação ao público.

Concordamos com a posição de que é um erro confundir “radiodifusão” com “colocação à disposição do público”, e que a DSI não solucionou o problema ao estabelecer dessa forma, devendo portanto ser revista.

Como já referimos, somos também de opinião que, em primeira instância, a própria radiodifusão tradicional não deveria ter sido englobada em um direito de comunicação ao público⁸¹⁴.

⁸¹² Pedro CORDEIRO. *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*, p. 387.

⁸¹³ Manuel Oehen MENDES. “O Triângulo das Bermudas da “Comunicação ao Público” das Obras e Prestações Radiodifundidas”, p. 175-194.

⁸¹⁴ Item 3, Capítulo V.

Uma outra questão que esta falta de clareza acarretou diz respeito às licenças concedidas para *simulcasting* e *webcasting*. A tese dominante é que a *Webcasting* não está abrangida por um mero consentimento para radiodifundir^{815 816}. No entanto, a questão é mais discutível em relação ao *simulcasting*, já que se trata de uma emissão de conteúdo igual mas em suportes diferentes. Contudo, entendemos que, se se abrange um público mais alargado, tal fator deveria ser levado em consideração.

No Brasil, a LDA não possui dispositivo legal expresso que verse sobre o *webcasting* (transmissão de sons e imagens pela internet). O que ocorre, no Brasil, é que diversos juristas e o próprio ECAD estão se valendo da interpretação por analogia, em relação ao alcance da mencionada lei, quando se trata dos artigos 5º e 29, que trata do direito de reprodução.

Conforme o Relatório do Copyright Office, de fevereiro de 2016, entende-se por streaming dois tipos de transmissão: (i) em tempo real, simultaneamente para todos os membros do público, similar à radiodifusão e (2) transmissão individual sob pedido do usuário⁸¹⁷. Além disso, esclarece que a noção de transmissão digital engloba radiodifusão, tal como se concebe atualmente⁸¹⁸. Neste sentido, o que se pode depreender é que a radiodifusão está sendo tratada como uma espécie de *streaming*, englobada pelo direito de colocação à disposição do público.

As considerações acima demonstram claramente a necessidade de modernizar as normas referentes à radiodifusão através da *Internet*, no intuito de serem salvaguardados os Direitos de Autor ao mesmo passo em que novas tecnologias vão surgindo nos nossos dias.

⁸¹⁵ Alex MORRISON; Lorna E. GILLIES. “Protecting Webcast Content, Copyright on the *internet* and Problems of Jurisdiction in the European Union”, apontam três decisões em que esta questão não restou completamente definida, deixando a questão ainda em aberto.

⁸¹⁶ Pedro CORDEIRO. *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*, p. 425.

⁸¹⁷ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*, p. 36.

⁸¹⁸ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*, p. 44.

6. CRÍTICA À SOLUÇÃO DO OMPI

O objetivo pretendido pelos Tratados TODA e TOIEF, ou seja, o tratamento legal da obra colocada à disposição do público em redes digitais, foi abordado de forma indireta, o que não resolveu a questão.

Antes disso, foram analisadas diversas soluções invocadas: o direito de reprodução, apontando para as reproduções técnicas implicadas na recepção por computador, com o alargamento do seu conteúdo para abranger essas situações; o direito de distribuição, designadamente a distribuição digital; o direito de aluguel na União Europeia⁸¹⁹. Em nosso entender, o facto de se haver invocado o direito de aluguel permite perceber até que ponto os legisladores tinham pouca clareza sobre o processo técnico e o consequente tratamento jurídico.

Oliveira Ascensão chama a atenção para o erro crasso destas soluções, ao demonstrar que todas correspondem a modos de utilização de exemplares com base em suportes materiais, que é algo que não ocorre no meio digital. Concordamos com tal crítica, mas acreditamos que o maior erro foi não se ter esclarecido o que se pretendia exatamente abranger, gerando confusão terminológica e ao nível do respectivo tratamento legal.

O Relatório elaborado por Bruce Lehman⁸²⁰ falava de um direito de difusão digital e de disseminação digital, que não se confunde com a radiodifusão. Contrariamente, Oliveira Ascensão é a favor da consagração do novo direito de colocação à disposição do público, ainda que envolva polémica quanto à tradicional noção de “público”⁸²¹.

Mais uma vez, como já dissemos por ocasião da explanação sobre o direito de comunicação ao público e sobre a radiodifusão, não compreendemos a razão de se tentar encaixar uma nova realidade em um conceito (o de público) já de si controverso. Todavia, a crítica maior

⁸¹⁹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direitos de Autor e Conexos Inerentes à Colocação de Mensagens em Rede Informática à Disposição do Público”, p. 1070.

⁸²⁰ Bruce A. LEHMAN. *Green Paper: Intellectual property and the national information infrastructure*.

⁸²¹ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direitos de Autor e Conexos Inerentes à Colocação de Mensagens em Rede Informática à Disposição do Público”, p. 1072.

diz respeito à tentativa de se englobar este direito no direito de comunicação ao público. A utilização de obras em rede pode envolver outros direitos, como o direito de reprodução, direito de transmissão e direito de recepção. E ainda, em nossa opinião, o de distribuição. Este erro ocorreu pelo facto de o Tratado não ter esclarecido o que queria legislar. No fundo, parece uma confusão originada por questões terminológicas, ou de agendas próprias.

O direito de comunicação ao público nasceu para reunir comunicações presenciais coletivas da obra e, posteriormente, recebeu a extensão da comunicação por radiodifusão, extensão esta defendida pela doutrina majoritária, por entender que mantinha o pressuposto da noção de público que engloba a simultaneidade na recepção da comunicação. Como já ressaltámos, não concordamos com esta extensão, pelo facto de que tal alargamento do conceito de público é forçado, uma vez que no ambiente analógico já não era correto, embora as suas consequências não fossem percepcionáveis. Já no ambiente digital, o impacto é óbvio. Assim, constitui um erro englobar o direito de colocação à disposição do público no direito de comunicação ao público, prescindindo-se da simultaneidade espacial necessária neste último.

Portanto, depois desta exposição entendemos pertinente fazer uma síntese da situação tal como foi apresentada e a razão das complexas interpretações e da ausência de soluções. Na esteira desta indefinição, as legislações nacionais prosseguiram de acordo com as suas próprias escolhas, sem no entanto esclarecerem as referidas questões. Por fim, a doutrina, não delimita o que está sendo objeto de análise, tratando como transmissão digital ora apenas o *webcasting live*, ora toda e qualquer colocação de conteúdo online para que seja usado posteriormente de qualquer forma, ou seja, *on demand*.

7. STREAMING

Primeiramente, há que destacar que mesmo no plano tecnológico existem divergências quanto ao processo que o *streaming* constitui, nomeadamente, se este implica um *download*, ou se, em sentido contrário, um *download* é feito através de *streaming*. Estes conceitos não são claros sequer para os próprios técnicos, o que torna a tarefa do jurista

ainda mais complexa⁸²². No entanto, tendo em vista o efeito do *streaming*, ou seja, o facto de não acarretar uma cópia definitiva à disposição do usuário, iremos considerar este procedimento como uma tecnologia que permite a fruição sem produzir cópias permanentes.

Portanto, quando se fala em *download* estamos nos referindo ao procedimento que implica necessariamente o descarregamento do conteúdo de forma permanente, ou seja, estável.

Antes da tecnologia *streaming*, para a fruição do conteúdo digital no computador era necessário fazer *download* completo do arquivo audiovisual digital que, depois, podia ser copiado para o disco rígido ou para qualquer outro suporte digital, através de um programa que fizesse a conversão do arquivo digital em música ou imagem. Com o desenvolvimento do *streaming* todos estes procedimentos deixaram de ser necessários.

A técnica *streaming* consiste num fluxo de dados audiovisuais que é transmitido a partir de uma fonte, para um ou mais destinos, através de uma rede de computadores. Estes dados são reproduzidos (no sentido técnico) e chegam ao seu destino sem necessidade de serem transferidos permanentemente para o computador do usuário⁸²³. Na transmissão dos dados digitais através do servidor e do computador, o conteúdo audiovisual “viaja” sobre a rede de forma “comprimida” e chega ao computador progressivamente “descomprimido”. Tal só é possível devido à tecnologia *buffer*, que é uma espécie de “pulmão” de dados, que cria um atraso em relação à transmissão em alguns segundos, permitindo a decodificação do conteúdo transmitido.

Até ao momento, existem duas modalidades de *streaming*: *streaming on demand* e *streaming live*. No primeiro, é feito um *upload* do conteúdo audiovisual, que depois é comprimido e memorizado num servidor, como um arquivo. Seguidamente, o usuário pode solicitar o envio dos dados, que vêm descomprimidos e são reproduzidos no computador do usuário ou em qualquer outro dispositivo.

Assim, neste processo, há participação de um sujeito, denominado *uploader*, que está na posse do material audiovisual, e que é o

⁸²² <<http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/conheca-o-streaming-tecnologia-que-se-popularizou-na-web.html>>. Em sentido contrário, <<http://netforbeginners.about.com/od/s/fl/What-Is-Internet-Streaming-Is-It-Like-Downloading.htm>>.

⁸²³ Armando CALOGERO. *Streaming on line e Tutela del Diritto d'autore*, p. 6.

responsável por “carregar” na rede os conteúdos em um servidor. Ou seja, nesse momento se dá o início do processo de propagação digital, tal como descrito no Item 3.3, do presente Capítulo.

Dessa forma, o usuário da rede pode obter diretamente um determinado arquivo no *site* da *Internet*, ou através de um *link* hipertexto contido num outro *site*. Note-se que, em nosso entender, existe neste processo um *upload* que constitui reprodução jurídica, sem necessariamente implicar remuneração, como já explicámos anteriormente⁸²⁴.

No *streaming live*, o conteúdo audiovisual é transmitido em tempo real, de maneira similar a uma transmissão de rádio ou vídeo em radiodifusão (*broadcast*), sem que o usuário possa escolher o tempo de fruição, podendo escolher somente se quer usufruir do conteúdo transmitido naquele momento preciso, da mesma forma que ocorre com a emissão em televisão/rádio.

Tais atos, tanto do *live* quanto do *on-demand*, são denominados *webcast*⁸²⁵, em alusão ao termo *broadcast*, indicando a transmissão na rede do sinal de áudio ou vídeo da parte emissora⁸²⁶. Também no caso do *streaming live*, a fruição pode ocorrer diretamente, através do *site web* ou através de um *link* contido num outro *site*⁸²⁷. Quando um vídeo é assistido em *streaming*, o usuário dá o comando para iniciar o vídeo enviado pelo servidor, que é armazenado na memória RAM e não diretamente no disco rígido⁸²⁸. Ou seja, quando o *cache* do vídeo for suficientemente grande para reproduzi-lo (tecnicamente), a leitura começa e este é disponibilizado durante a sua reprodução. O *streaming* também pode ser a leitura do fluxo de áudio, tal como nas rádios com transmissão pela rede.

Conforme vimos, na maior parte dos países está estabelecido que são isentos os atos de reprodução temporários sem relevo económico e que sejam parte integrante e necessária de um procedimento tecnológico, com o objetivo de se permitir a transmissão em rede ou utilização legítima da obra. Assim, é consentida por exemplo a prática

⁸²⁴ Item 3.3, Capítulo V.

⁸²⁵ Em momento posterior, iremos demonstrar a inadequação do termo. Item 9.

⁸²⁶ Armando CALOGERO. *Streaming on line e Tutela del Diritto d'Autore*, p. 7-8.

⁸²⁷ Inicialmente, o *streaming* limitava-se ao conteúdo musical, mas com a evolução da banda larga passou também a suportar o conteúdo visual (os exemplos mais populares são: *Youtube*, *GoogleVideo*, e *Megavideo*).

⁸²⁸ Item 2.5, Capítulo V.

do servidor, do *router* ou *server caching*, de efetuar cópia dos pacotes de dados a transmitir aos usuários que a tenham solicitado, ou para impedir a lentidão ou bloqueio da transmissão dos dados a cada usuário, em fase de fruição do *streaming* do arquivo⁸²⁹. No entanto, como vimos, na doutrina norte-americana permanece a⁸³⁰.

Atualmente não se concebe a *Internet* sem a tecnologia *streaming* que parece ter ultrapassado o *download* permanente e estável, embora este continue a ter a sua importância (e provavelmente continuará ainda a tê-la por algum tempo, pelo menos até que a tecnologia *wifi* seja uma realidade em todo o mundo). Como veremos, a tecnologia *streaming* está na base do *cloud computing* e parece-nos que no futuro esta será a forma prevalecente de fruição de conteúdos criativos.

8. DOWNLOAD LIMITADO

O termo *download* limitado refere-se a um *download* que pode ser utilizado por um período de tempo limitado ou por um certo número de vezes⁸³¹. Durante os trabalhos de investigação para a presente tese deparámos com novos modelos de negócios de serviços de subscrição que apresentam conteúdos ao usuário de uma forma que lhes permite aceder a esses mesmos conteúdos em modo *offline*, mas que se apresentam como serviço de *streaming*, e assim são também considerados pela literatura existente⁸³².

Estranhávamos o facto de que um serviço de *streaming*, ou seja, que pressupunha que os conteúdos que se encontravam na *Internet* e que apenas eram temporariamente reproduzidos no dispositivo do usuário, estivessem disponíveis mesmo quando o usuário não tinha qualquer conexão com a rede. Foi a partir desta questão que nos deparámos com a figura do *download* limitado. Esta figura efetivamente poderá apresentar dificuldades de distinção com o *streaming*, já que ambos são utili-

⁸²⁹ Armando CALOGERO. *Streaming on line e Tutela del Diritto d'Autore*, p. 50.

⁸³⁰ Item 2.5, Capítulo V.

⁸³¹ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 700

⁸³² O serviço *Spotify* é o mais conhecido destes novos modelos. David von WIEGANDT. «Spotify: Incentivizing the Album Creation Through the “Facebook of Music”»; E. Jordan TEAGUE. “Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power and Balance in Digital Copyright”; Jay ANDERSON. “Stream Capture: Returning Control of Digital Music to the Users”, p. 166.

zados pelos serviços de subscrição. Todavia, aquele distingue-se deste por várias razões, não cumulativas: (i) o local onde as reproduções são armazenadas é diferente: enquanto no *streaming* a reprodução é puramente temporária e fica armazenada na memória RAM que desaparece logo após a utilização do conteúdo, não necessitando por isso de controle tão efetivo, no *download* limitado a reprodução é feita no disco rígido do dispositivo e fica disponível para o usuário durante determinado período de tempo ou para ser utilizada um número determinado de vezes, mesmo em modo *offline*; (ii) estas duas modalidades apresentam limitações quanto à reprodução, mas tais limitações são distintas, ou seja, a forma de fruição que possibilitam é diferentes: no *streaming*, permite-se ao usuário usufruir do conteúdo naquele momento específico (talvez mediante algumas condições), enquanto no *download* limitado o usuário tem direito a essa cópia de forma mais completa, embora com as limitações já vistas; (iii) no *download* limitado a subscrição é uma condicionante, enquanto no *streaming* não é.

Poderíamos dizer que o que distingue o *download* limitado do *streaming* é que este proporciona uma fruição do conteúdo, de tal forma que apresenta efeitos muito semelhantes à de um *download* puro. Distingue-se deste por ter condicionantes específicas, instituídas pelo titular de direito, que pode reaver a posse do conteúdo nos termos estabelecidos. Relembrando o esquema apresentado relativamente à reprodução e colocação à disposição para uso⁸³³, observamos que esta reprodução por tempo limitado situa-se numa terceira categoria intermédia, ou seja, uma situação entre a reprodução jurídica/temporária e a reprodução jurídica/permanente. Numa tentativa de esclarecimento, poder-se-ia até dizer que se trata de uma reprodução permanente condicionada.

A discussão em torno do *download* limitado parece ter maior ênfase no setor da música. Nesse sentido, a *Recording Industry Association of America* (RIAA), em petição endereçada ao *Copyright Office*, fez a distinção entre *streaming on demand* e *download* limitado, indicando as diferenças que entende existirem entre estas duas formas. A RIAA sugeriu, ainda, em relação aos *downloads* limitados, que estes poderiam ser considerados *Digital Phonorecords Delivery* ou poderiam se aproximar mais de gravações com a natureza de aluguel. Perante esta afirmação questiona-se se a RIAA compreendeu as consequências que a sua

⁸³³ Item 3.3, Capítulo V.

declaração implicava, ou seja, que afirmando que o *download* limitado poderia ser uma forma de aluguel, estar-se-ia a abrir um precedente para a *First Sale Doctrine* e, conseqüentemente, para o direito de arrependimento e revenda no mundo digital.

Estranhamente, tendo em conta o crescente aumento da importância de serviços de subscrição de conteúdos criativos, na literatura acadêmica encontramos apenas uma referência direta ao *download* limitado⁸³⁴. Além disso, surge também a questão de que, mesmo não existindo uma referência direta a este novo tipo de fruição em nenhuma literatura, deparamo-nos com questionamentos sobre a distinção entre estes dois tipos de utilização de conteúdos. Mesmo que não se fizesse alusão direta ao *download* limitado, seria de esperar que a doutrina fosse capaz de distinguir e de notar que, embora determinados serviços se apresentem como *streaming*, na verdade têm características que pertencem a outra forma de fruição. Vemos que a questão se coloca mais consistentemente em relação ao ordenamento norte-americano, talvez pelo facto de que neste sistema tem havido maior facilidade em identificar os problemas associados aos modelos de negócios inovadores. Contudo, a questão também se coloca no ordenamento europeu, já que estes serviços também estão sendo amplamente usados, sendo necessário fazer a correta distinção das formas de fruição dadas ao usuário para estipular as licenças e os direitos envolvidos.

Por último, enfatiza-se que, havendo diferenças perfeitamente identificáveis, é inadmissível que a questão do *download* limitado não esteja ainda tratada nem na legislação nem na doutrina, de forma eficiente e que permita aos criadores de conteúdo obterem uma contrapartida económica justa e equitativa pelo seu esforço intelectual. É ainda curioso que as Sociedades de Gestão Coletiva não tenham desenvolvido esforços no sentido de salvaguardarem os interesses dos seus membros, interesses esses que são a génese da sua existência. Esta situação contribuiu para a insatisfação de tantos criadores, que têm vindo a público apresentar o seu desagrado com estes serviços de subscrição, o que conduz a uma limitação da distribuição de conteúdos.

⁸³⁴ Exemplo: *Spotify* e *Netflix*.

9. AS NOVAS FORMAS DE DIFUSÃO DOS CONTEÚDOS

As tecnologias inovadoras permitiram a criação de novas formas de difusão de conteúdos na *Internet*, tendo recebido designações antes desconhecidas. Tal como ocorreu com a legislação, os termos também foram adaptados ao digital a partir dos supostos equivalentes no ambiente analógico.

Começemos por falar do *simulcasting*, que é uma transmissão, tal como na radiodifusão; porém, através da *Internet*. Por sua vez, o sistema de transmissão via *Internet* através de *streaming* é denominado *webcasting*, que admite as modalidades *live* ou *on demand*. O sistema *on demand* tem como principais características a possibilidade de interação com o conteúdo e o facto de requerer uma licença especial dos titulares dos direitos^{835 836}. Portanto, *simulcasting* é a transmissão simultânea entre uma radiodifusão comum à *internet*; *webcasting* é a transmissão realizado através da tecnologia *streaming*, que admite a modalidade *live* ou *on demand*.

Por outro lado, o *download* (i.e. baixar ou descarregar) refere-se ao processo de transferência de informação a partir de um servidor para um computador, ou, em geral, para qualquer terminal de *Internet*. Assim, através deste mecanismo, o usuário pode ter uma cópia do conteúdo que pretende ouvir ou visualizar no disco rígido do seu computador, ou em outro terminal.

Notamos que ocorre alguma confusão, em grande parte originada, em nossa opinião, pelo facto de a expressão *webcasting* abranger duas realidades distintas: primeiro, a transmissão *online* com possibilidade de interação pelo usuário, ou seja, *on demand*; segundo, a transmissão tal e qual como uma radiodifusão, porém, unicamente através da *Internet*, sem quer exista paralelamente uma radiodifusão tradicional⁸³⁷. Portanto, utilizar um termo análogo à radiodifusão só faria sentido no segundo caso, ou seja, no caso em que não há possibilidade de interação.

⁸³⁵ Raquel de ROMÁN PÉREZ. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, p. 270.

⁸³⁶ Eldar HABER. “Copyright in the Stream: The Battle on Webcasting”, p. 771.

⁸³⁷ Alex MORRISON; Lorna E. GILLIES. “Protecting Webcast Content, Copyright on the *internet* and Problems of Jurisdiction in the European Union”.

No *webcasting live*⁸³⁸, a fruição do conteúdo realiza-se através de uma reprodução temporária, não havendo interação e personalização da oferta por parte de cada utilizador. Segundo a opinião da doutrina, trata-se, sem dúvida, de um direito de comunicação ao público⁸³⁹ – com o que não concordamos, como já expusemos.

O *webcasting on-demand*, ao contrário, consiste na utilização do conteúdo de forma assíncrona. A fruição do conteúdo é feita no lugar e tempo desejados pelo usuário, constituindo uma forma de exercício do direito de colocação à disposição do público⁸⁴⁰ para a qual, como tivemos oportunidade de indicar, preferimos a utilização do termo “colocação à disposição para uso”. Portanto, a modalidade *live streaming* assemelha-se ao *broadcasting*, e o sistema *on demand* é originado pela colocação à disposição do público⁸⁴¹. Em nosso entender, ambas as possibilidades se incluem no processo de propagação digital.

Michael Walter afirma numa das suas obras que o *webcasting* inclui-se no âmbito do *broadcasting* e não na colocação à disposição do público⁸⁴². No entanto, tal afirmação não faz sentido, uma vez que existem duas possibilidades de *webcasting* – *on demand* e *live*. Embora ambas façam parte da propagação digital, são distinguíveis. A primeira inclui um ato de colocação à disposição para uso (equivalente ao que a doutrina entende como colocação à disposição do público). Ou seja, não se equipara em nada a uma radiodifusão. A segunda, *live*, suprime a colocação à disposição para uso, e essa, sim, poderá ter algumas semelhanças com o processo de radiodifusão. Portanto, mais uma vez, enfatizamos que a utilização do termo “casting”, apenas adiciona confusão desnecessária.

Em momento posterior, o autor indica que os conteúdos selecionados *on demand* devem estar abrangidos pelo direito de colocação para uso. Contradiz-se, uma vez que o *webcasting*, a não ser que seja *live*, é a transmissão *on demand*⁸⁴³.

⁸³⁸ O termo usado pela autora foi *streaming*; no entanto, cremos que a autora se refere à *webcasting*.

⁸³⁹ Mari GAIA. “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, p. 549.

⁸⁴⁰ Mari GAIA. “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, p. 549.

⁸⁴¹ Mari GAIA. “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, p. 549.

⁸⁴² Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law – A Commentary*, p. 984.

⁸⁴³ Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law – A Commentary*, p. 984.

10. DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO

O direito de distribuição também tem sido designado como direito de comercialização, direito de pôr em circulação, direito de pôr à disposição. No entanto, não são sinónimos⁸⁴⁴. Entende-se por “distribuição” pôr à disposição do público o original ou cópias da obra, mediante a sua venda, aluguel ou empréstimo, ou de qualquer outra forma⁸⁴⁵.

A distribuição surgiu associada ao exercício do direito de reprodução, vindo a se autonomizar só em um momento posterior. A distribuição pressupõe uma reprodução prévia de exemplares^{846 847} e consiste na faculdade de reservar para o titular do direito a oferta destes ao público, ou seja, a sua introdução no âmbito económico-jurídico e da posterior comercialização.

A reprodução (permanente) e a distribuição são consideradas como duas fases distintas e autónomas de um mesmo tipo de aproveitamento económico da obra protegida, pelo facto de ambas pressuporem novos exemplares. Alguns doutrinadores utilizam o termo “fabrico” de exemplares⁸⁴⁸. Entendemos que o termo “fabrico”, no entanto, foi utilizado de forma equivocada, porque pressupõe que se produz um novo exemplar. Em nossa opinião, o que o direito de distribuição pressupõe é a existência de um exemplar que pode ser repassado a terceiros. Esta distinção assume importância por causa do princípio do esgotamento.

Há quem denomine esta modalidade de “exploração” – ou seja, reprodução – e a “distribuição” como “comunicação indireta” da obra, por se caracterizar por um desfasamento entre a utilização económica da obra e a

⁸⁴⁴ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direito de Distribuição e Esgotamento”, p. 625.

⁸⁴⁵ Raquel de ROMÁN PÉREZ. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, p. 296.

⁸⁴⁶ Exemplo no direito português: art. 68/2/f do *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

⁸⁴⁷ Raquel de ROMÁN PÉREZ. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, p. 296.

⁸⁴⁸ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 570 e 574.

sua fruição propriamente dita, ou entre as utilidades secundárias da obra e a sua utilidade primária, como explica Alexandre Dias Pereira⁸⁴⁹.

Com a virtualização dos exemplares houve quem, num primeiro momento, entendesse que o conceito de distribuição parecia dificilmente adaptar-se ao contexto digital, não só pela ausência das cópias físicas, mas ainda pelo entendimento tradicional da distribuição, segundo o qual, o número de pessoas que usufruem da obra é tendencialmente proporcional ao número de exemplares colocados no mercado. Isto porque, na opinião dos autores, a transmissão *online* das obras é suscetível de ser realizada de forma ilimitada, uma vez que a transferência eletrónica não implica a perda da disponibilidade da obra por parte do transferente; ou seja, não é possível verificar o número de utilizadores que num dado momento utilizam a obra, não se podendo, por isso, falar em verdadeira distribuição⁸⁵⁰. Contudo, como já se viu, esta situação ocorre se não existir um DRM que impeça essa transferência sem limites⁸⁵¹.

Creemos que tal afirmação não corresponde completamente às situações ocorridas na *Internet* em matéria de direito de distribuição, devendo-se fazer uma análise mais cuidadosa.

O direito de distribuição foi pensado, inicialmente, para exemplares ou suportes materiais de obras, razão pela qual se pode também aplicar, sem dificuldades, a suportes materiais eletrónicos, óticos ou magnéticos, como os CDs ou DVDs, os quais, por outras palavras, podem ser designados como produtos ou publicações eletrónicas *offline*.

Alguma doutrina entende que o direito de distribuição não se deve estender a obras ou prestações criadas em suportes eletrónicos intangíveis – aquilo que se pode designar como publicações eletrónicas *online*⁸⁵². Por outro lado, Oliveira Ascensão opõe-se ao movimento de extinção do direito de distribuição no ambiente digital em rede, uma vez que considera que, também nesses casos, haverá a entrega aos elementos do público de uma cópia (não tangível), de uma obra ou prestação⁸⁵³. Tratar-se-ia de produtos encomendados e recebidos dire-

⁸⁴⁹ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de Autor e Liberdade da Informação*, p. 494..

⁸⁵⁰ José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*, p. 134-135.

⁸⁵¹ Item 5.1, Capítulo IV.

⁸⁵² José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*, p. 133.

⁸⁵³ José de Oliveira ASCENSÃO. “Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias: Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia”, 85-86.

tamente no terminal do computador do utilizador – o que se designa por transmissões *online* a pedido – e não de casos de mero acesso ao conteúdo de uma obra ou prestação, que impliquem, igualmente, atos de reprodução, mas que, dada a sua natureza meramente funcional em face do gozo da obra, aparecem na sua maioria desprovidos de significado jurídico.

Lembremos que o direito de distribuição não está previsto nem na Convenção de Berna, nem em diversas legislações, nem na DSI.

Notamos que a discussão doutrinária e legislativa ainda se encontra em fase embrionária, discutindo-se ainda o caráter tangível ou intangível das reproduções no ambiente digital. Como já tivemos oportunidade de enfatizar, esta questão já foi ultrapassada pela própria tecnologia, com a utilização de DRMs, por exemplo.

Todavia, lamentavelmente, parece que o processo legislativo não tem capacidade de acompanhar a evolução tecnológica e as exigências do próprio mercado, o que pode prejudicar a disseminação e o acesso à informação e aos conteúdos criativos. Apesar dos avanços tecnológicos e da era do empreendedorismo e da criatividade que vivemos, esse acesso ainda não é satisfatória.

Em nossa opinião, o que pode levantar questões jurídicas é a questão de o direito de distribuição ser aplicado a reproduções temporárias, como é o caso do *streaming*, no sentido de que neste caso existe efetivamente direito de distribuição, porquanto, mesmo no mundo analógico, este direito também se aplica a casos de aluguel, ou seja, a situações temporárias.

10.1 O PROBLEMA DO ESGOTAMENTO

Apesar do anunciado desaparecimento de suportes materiais no mundo digital, o direito de distribuição é alvo da atenção da doutrina, devido, como já se viu, à defesa da aplicação do princípio do esgotamento.

Neste âmbito, vê-se claramente a ligação entre a existência de um direito de distribuição, contemplado em algumas legislações, e a figura do “esgotamento” ou “exaustão” desse direito com a primeira venda, o que não implica uma abdicação do direito por parte do criador, mas possibilita a transferência do conteúdo.

Na União Europeia, num primeiro momento, considerou-se que se deveria levar em conta a doutrina da segurança no tráfego jurídico. Segundo essa doutrina, como afirmava Alexandre Pereira, nos suportes físicos, nas relações entre o titular do Direito de Autor e o direito de propriedade do adquirente, deve prevalecer esta última. Contudo, o autor entende que, nas transmissões *online*, tal não sucederia, uma vez que não existe suporte físico sobre o qual incida um direito de propriedade; ou seja, prevalece o Direito de Autor. O autor parece ter mudado de opinião posteriormente, tendo passado a privilegiar o direito de propriedade do adquirente, e considerando ser uma verdadeira venda e não um serviço, aplicando-se portanto o direito de esgotamento⁸⁵⁴.

Outra questão diz respeito à distinção entre, de um lado, as obras ou prestações colocadas no mercado em suporte *online* (o autor utilizou da expressão “suporte físico eletrônico”, o que, em nossa opinião, pode causar alguma confusão) e, do outro, as circunstâncias em que mediante uma transmissão *online* o utilizador grava uma obra ou prestação num suporte tangível e duradouro⁸⁵⁵.

Neste domínio, existe ainda doutrina que entende que também nestes casos se deve aplicar o regime da prestação de serviços, entendendo-se que a exploração em rede de uma obra protegida, mediante atos de transmissão *online* configura uma prestação de serviços, categoria essa que inclui a transmissão ou comunicação e as reproduções permanentes efetuadas por um utilizador, com o consentimento do titular do direito⁸⁵⁶.

Apesar de Oliveira Ascensão entender que os poderes do autor em matéria de reprodução são suficientes para lhe permitir dominar a distribuição e, portanto, autonomizar um direito de distribuição, é necessário que haja hipóteses em que a faculdade lícita de reprodução esteja separada da faculdade de colocar os exemplares em circulação⁸⁵⁷. Em outra obra, o mesmo autor opõe-se ao movimento de extinção do direito de distribuição no ambiente digital em rede por considerar que, também nestes casos, haverá entrega aos usuários de uma cópia

⁸⁵⁴ Alexandre Dias PEREIRA. *Direitos de Autor e Liberdade da Informação*, p. 510.

⁸⁵⁵ Alexandre Dias PEREIRA. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, p. 580.

⁸⁵⁶ Fernando CARBAJO CASCÓN. *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, p. 170-171.

⁸⁵⁷ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direito de Distribuição e Esgotamento”, p. 625-626.

(não tangível) de uma obra ou prestação⁸⁵⁸, com o que concordamos⁸⁵⁹. Defende ainda, em outra obra, o direito de esgotamento no ambiente digital, ao indicar que o exemplar, apesar de não ser expedido fisicamente do círculo do titular, forma-se já no âmbito do destinatário⁸⁶⁰. No entanto, até ao momento, o direito de distribuição ficou restrito a atuações que recaiam sobre obras incorporadas ou tangíveis, evitando-se desta forma a aplicação da regra do esgotamento, aplicada no caso de transferência.

O direito de distribuição parecia ter perdido sua importância num primeiro momento por não se conseguir conceber, do ponto de vista tecnológico, a possibilidade de transferência de arquivos digitais. No entanto, a criatividade dos novos modelos de negócios e o avanço da própria tecnologia (por exemplo, com as inovações a nível dos DRMs) ultrapassaram, mais uma vez, a imaginação do legislador e da doutrina jurídica⁸⁶¹.

O aspecto físico refere-se ao facto de que o suporte deve ser apreensível e ter uma existência física e não virtual.

A doutrina em geral indica que os suportes devem ser comercializados num mesmo ato global e extensivo de venda, empréstimo, aluguel, ou qualquer outro ato de comercialização válido, como é o caso da distribuição. No ato de distribuição em sentido lato, é o titular dos direitos quem põe em circulação o original das cópias em que a obra ou prestação se agrega, ao contrário do que ocorre no ato de colocação à disposição para uso, em que se oferece a possibilidade de se ter acesso à obra sem que isso implique que o titular dos direitos tenha feito circular tantas cópias do direito protegido quantos os usuários. Isto não deve significar que a existência do ato de distribuição deva ser

⁸⁵⁸ José de Oliveira ASCENSÃO. “Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias: Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia”, p. 85-86.

⁸⁵⁹ Em sentido contrário Ignacio, Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 236, que diz que o esgotamento se relaciona diretamente com o direito de distribuição de exemplares materiais das obras e, portanto, o direito só se pode esgotar quando as reproduções se incorporem num suporte físico. As reproduções que tenham lugar no computador do usuário que recebe a obra para a sua mera visualização ou audição não dão lugar ao esgotamento do direito, ainda que não haja cópia alguma que possa circular livremente no mercado.

⁸⁶⁰ José de Oliveira ASCENSÃO. “Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias: Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia”. p. 85.

⁸⁶¹ Item 5.1, Capítulo V.

única, podendo repetir-se ilimitadamente⁸⁶². Todavia, como vimos, no ambiente digital, somos de opinião de que esta possibilidade de reprodução ilimitada deverá ser repensada e, conseqüentemente, restrita.

No Brasil, no que diz respeito ao direito de distribuição, o inciso IV do art. 5º da LDA, define-o como sendo a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse, o que torna evidente que o dispositivo trata de exemplares físicos.

No entanto, como vimos, importa assinalar que a LDA não estipulou nenhum tipo de esgotamento do direito de forma explícita, seja em território nacional, regional ou internacional, o que pode ser considerado uma imperfeição a corrigir⁸⁶³. Vemos, ainda, que existe pouca doutrina sobre o assunto no Brasil, o que dificulta um maior debate. No entanto, o que se depreende da legislação é que parece não haver um direito de distribuição *online*.

Nos EUA, o Livro Branco optou por aplicar o direito de distribuição aos atos de exploração de obras protegidas nas redes digitais. A escolha deste direito é plenamente lógica num ordenamento como o norte-americano, em que não existe um direito de comunicação ao público. O argumento principal é que, ao efetuar-se uma transmissão, o original da obra permanece na memória do computador, do qual esta é parte⁸⁶⁴.

Neste país, entende-se que toda a transmissão digital implica uma distribuição, pelo facto de as reproduções técnicas que se produzem nos computadores dos usuários serem qualificadas como cópias⁸⁶⁵.

Os defensores do direito de distribuição recorrem à analogia económica entre os atos de transmissão *online* e a distribuição material de exemplares, utilizando o exemplo clássico da compra de uma vídeo-cassete numa loja, ou a sua recepção em tempo real, mediante aquele tipo de transmissão. São atos economicamente equivalentes, já que permitem desfrutar da obra em troca de uma contrapartida

⁸⁶² José Carlos ERDOZAIN. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*, p. 134.

⁸⁶³ Vanisa SANTIAGO. “A Lei n. 9610 de 19 de Fevereiro de 1998 – Aspectos Contraditórios”, p. 12.

⁸⁶⁴ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 191.

⁸⁶⁵ José de Oliveira ASCENSÃO. “Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias: Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia”, p. 85.

económica⁸⁶⁶. Concordamos com a lógica económica do direito de distribuição, considerando a necessidade de ser mantida devido à questão do esgotamento, com as restrições que já apontamos.

Num primeiro momento poderia parecer não haver necessidade de distinguir ou autonomizar o direito de reprodução e de distribuição no ambiente digital, por configurar, em termos práticos, a mesma situação. Porém, por uma questão de cautela, parece sensato autonomizar estas figuras, já que no futuro poderá ser possível e necessário recorrer-lhes individualmente, como na hipótese de se permitir a revenda digital, por exemplo.

Por fim, face ao acima exposto, consideramos que, mais uma vez, a legislação não acompanha a realidade dos factos, e que existindo já a possibilidade de transferência de arquivos, do ponto de vista tecnológico, e sendo esse o desejo do mercado, há necessidade premente de se alterar a questão da exigência de um suporte tangível para configuração do direito de distribuição *online*.

11. CLOUD

O advento do *cloud computing* (também denominado apenas *cloud*) está vindo transformar a indústria da tecnologia, já que propiciou a possibilidade de armazenamento de arquivos em número infinitamente superior às formas até então conhecidas, fazendo com que diversos negócios venham utilizando esta possibilidade para acessar a recursos antes inimagináveis^{867 868}.

Não é fácil encontrar uma definição precisa do que está em causa nesta inovação, considerada mesmo impossível por alguns. A própria definição dada pelo *National Institute of Standards and Technology* (NIST) não é clara, ao definir a *cloud computing* como um modelo para permi-

⁸⁶⁶ Ignacio Garrote FERNÁNDEZ-DÍEZ. *El Derecho de Autor en internet*, p. 196.

⁸⁶⁷ Gregory GRAHAM. “Storm Fronts and Filmmaking: Cloud Computing Regulation and the Impact on Independent Filmmakers”, p. 1.

⁸⁶⁸ Como exemplos de utilização destas plataformas inovadoras, grandes estúdios de Hollywood estão usando do servidor da cloud para criação do Computer Generated Image para filmes. Já a indústria independente está utilizando o recurso e os seus baixos custos para criar e distribuir seus filmes. (Gregory GRAHAM. “Storm Fronts and Filmmaking: Cloud Computing Regulation and the Impact on Independent Filmmakers”. p. 1)

tir acesso *on-demand* a um conjunto de recursos de computador que podem ser acessados com um esforço mínimo de gestão ou interação com o servidor⁸⁶⁹.

Como qualquer inovação, a questão é que a regulação deste assunto está ainda pouco sedimentada, gerando grande insegurança nos criadores destas plataformas sobre até que ponto devem utilizar este recurso de forma ampla. Mais uma vez, os interesses económicos divergentes vêm prejudicar o processo de regulamentação do tema⁸⁷⁰.

A realidade é que o *cloud computing* vem sendo um grande recurso, tanto para o arquivamento como para a distribuição de arquivos. Em geral, *cloud computing* é um serviço que apresenta as seguintes características: (i) é um serviço *on-demand* que permite aos usuários acessar o serviço desejado, quando requerido; (ii) as capacidades de serviços de *cloud* estão disponíveis através de uma plataforma virtual, acessíveis por diferentes dispositivos; (iii) permite o recurso a *pooling* ou *multi-tenancy*, isto é, os serviços são oferecidos a múltiplas partes ao mesmo tempo e de uma forma flexível; (iv) o recurso de *pooling* forma a base para a rápida elasticidade do serviço e adaptação da potência do computador, tanto no lado da demanda quanto do fornecimento; (v) permite proporcionar um serviço mais transparente aos fornecedores e consumidores⁸⁷¹.

Genericamente, existem três categorias de serviços, desenvolvidas até ao momento:

Infraestrutura como serviço: estes serviços oferecem recursos de computação e arquivamento, permitindo aos usuários fazerem cópias de segurança de dados (*back-up*) em servidores com capacidade ilimitada, em teoria;

Software como Serviço: para o mercado consumidor, o *Cloud computing* diz respeito ao acesso a serviços disponíveis sem instalação de *software* adicional num computador; alguns exemplos: o *Google Maps* e o *Youtube* envolvem operações com dados executados na *cloud*.

⁸⁶⁹ Timothy CALLOWAY. “Cloud Computing, ClickWrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: a Perfect Storm?”, p. 166.

⁸⁷⁰ Gregory GRAHAM. “Storm Fronts and Filmmaking: Cloud Computing Regulation and the Impact on Independent Filmmakers”, p. 2.

⁸⁷¹ Jasper P. SLUIJS; Pierre LAROUCHE; Wolf SAUTER. “Cloud Computing in the EU Policy Sphere”.

Plataforma como Serviço: acesso remoto a plataformas de desenvolvimento de *software* sem que seja necessário comprar o *software* e o *hardware*⁸⁷².

Como se pode imaginar, esta inovação vem trazendo diversos questionamentos em questões relacionadas com a Propriedade Intelectual em geral e, especificamente, com diversas questões de Direito de Autor. Centrar-nos-emos nas questões relacionadas com o tema tratado no presente Capítulo, quais sejam, os direitos envolvidos em atos que envolvam a *cloud computing*. Trataremos com especial enfoque a questão de a possibilidade de uma só cópia do conteúdo disponibilizado poder ser visualizada por uma multiplicidade de usuários ao mesmo tempo, sem limite do número de visualizações e remotamente. Por fim, a possibilidade de um só usuário poder acessar o conteúdo através de diversos dispositivos⁸⁷³.

Passamos a analisar a questão sob os dois lados: a relação do provedor do serviço com os usuários; a relação do provedor com o titular do Direito de Autor do conteúdo.

Tratando da relação entre o provedor e o titular de Direitos de Autor, surgem várias questões pertinentes, nomeadamente, o uso comercial do conteúdo carregado na *cloud* e a forma de obtenção da cópia. Portanto, em primeiro lugar há que analisar a relação contratual para obtenção da cópia, ou seja, se foi adquirida permanentemente ou através de licença. Naturalmente, aqui só estamos tratando de questões de obtenção de conteúdo lícito.

No caso de ter comprado a cópia, o provedor tem direito a instalar essa cópia do conteúdo em armazenamento permanente, ao abrigo da *First Sale Doctrine*/princípio do esgotamento/exaustão. No entanto, tendo em conta principalmente a questão, já referida, da possibilidade de uma única cópia gerar uma multiplicidade de visualizações, qual a legitimidade do provedor para explorar comercialmente uma cópia de conteúdo?

Na doutrina norte-americana, há quem defenda que, se o provedor tiver comprado a cópia do conteúdo, então, invocando a exceção do

⁸⁷² Jasper P. SLUIJS; Pierre LAROUCHE; Wolf SAUTER. “Cloud Computing in the EU Policy Sphere”, p. 12, nota 14.

⁸⁷³ Anne C. DATESH. “Storms brewing in the Cloud: Why copyright law will have to adapt to the future of Web 2.0”, p. 685, 708.

USC 117 (a), que se refere à realização de cópia adicional ou adaptação pelo dono da cópia, não necessita de uma licença do titular do direito⁸⁷⁴.

No entanto, não concordamos com esta visão, e, nos parece que estamos novamente diante da questão da necessidade de repensar a *First Sale Doctrine*/princípio esgotamento/exaustão no ambiente digital. Se por um lado, segundo os atuais padrões destas doutrinas, poder-se-ia argumentar ser legítimo disponibilizar nestes termos, por outro, a racionalidade económica tem de ser tida em conta e protegida. Não nos parece razoável permitir que uma só cópia possa dar ensejo a uma multiplicidade ilimitada de visualizações sem que o titular do direito seja devidamente compensado. Afinal, um dos fundamentos destas doutrinas é a proteção económica do titular do direito e o equilíbrio do sistema.

Consideramos pertinente uma analogia com a realidade não digital das locadoras de vídeo. O que ocorria aqui é que a locadora comprava um determinado número de cópias que entendia satisfazerem as necessidades comerciais do número de clientes esperado. Existia uma *ratio* de quantidade de cópias relativa ao número de clientes. Embora inicialmente tenha existido alguma resistência por parte dos titulares de direitos, logo se percebeu que esta situação geraria benefícios económicos para ambas as partes: tanto para o titular do direito quanto para o novo modelo de negócio que surgiu. Este modelo, então novo, revelou-se benéfico para todas as partes envolvidas: o criador viu a sua obra mais disseminada, o consumidor teve acesso facilitado e obteve benefícios ao nível do preço e o titular do direito teve a possibilidade de maiores rendimentos com a venda de diversas cópias do conteúdo.

Este modelo das locadoras tinha completamente enraizado o objetivo e a racionalidade da *First Sale*/princípio esgotamento/exaustão: a intenção que cada cópia circule e possibilite a disseminação do conteúdo, sem no entanto prejudicar os interesses das partes.

No caso da *cloud*, o facto de esta permitir que um número ilimitado de usuários remotos tenha acesso a uma única cópia gera um desequilíbrio económico que acaba por prejudicar o sistema de Direito de Autor.

É fundamental, novamente, a reformulação destas doutrinas, tendo as tecnologias de proteção um papel importante na prevenção

⁸⁷⁴ Lothar DETERMANN. “What Happens in the Cloud: Software as a Service and Copyright”, p. 1120 e p. 1103.

de abusos. Como já anteriormente vimos, no caso de conteúdos *online*, a lei deve caminhar a passos juntos com a tecnologia de proteção.

Analisámos as questões suscitadas em relação à disponibilização de um conteúdo comprado. Contudo, surgem dúvidas quanto ao conteúdo obtido através de licença. Neste caso, a questão parece ser mais simples: depende dos termos negociados neste instrumento.

Relativamente à possibilidade de partilha de conteúdo com diversos dispositivos de diversos usuários, alguns provedores como a *Apple* negociaram licenças com a indústria do entretenimento, de forma a evitarem futuros litígios. Temos aqui um exemplo de como a realidade empresarial se antecipou a uma solução legal, levando em conta princípios de equidade e justiça. Por outro lado, existem exemplos como o da empresa *Google*, que declinaram fazer licenças e continuam a permitir o acesso até que algum precedente legal seja estabelecido⁸⁷⁵.

Estes casos enfatizam a necessidade de adaptar a legislação ao ambiente digital, especificamente às doutrinas aqui tratadas, com o objectivo de, por um lado, ser contemplada esta possibilidade de criação múltipla de cópias e, por outro, de uma licença comum não poder ser reutilizada para outras formas de utilização.

Como já foi sugerido anteriormente, por ocasião da análise da natureza do instrumento contratual, o fator da fruição deve ser levado em consideração quer no processo legislativo, quer na negociação privada.

Aparentemente, a negociação de licenças para disponibilização de conteúdos protegidos na *cloud* é uma forma equilibrada de proteger os interesses do titular de direito e do criador.

Contudo, não devemos olvidar que, nas negociações particulares de licenças, nem sempre estamos perante duas partes com mesmo poder económico e que, em muitos casos, a parte com maior poder não segue os princípios da justiça e equidade. Neste sentido, entendemos que a legislação, ainda que tenha uma tarefa complexa e não deva ser demasiada intrusiva e restritiva à iniciativa privada, deve introduzir meios ou instrumentos que façam as partes seguirem os princípios da equidade e justiça desejados para a manutenção do equilíbrio do sistema.

Analizada a hipótese de utilizar a *cloud* como serviço de exploração de conteúdos através desta plataforma, iremos agora analisar a

⁸⁷⁵ Jacqui CHENG. “Music Industry Will Force Licenses on Amazon Cloud Player – or Else”.

questão na vertente da *cloud* como plataforma de armazenamento de conteúdo dos usuários particulares.

Os conteúdos que o usuário adquiriu legitimamente podem ser armazenados na *cloud*? Cremos estar perante a questão da cópia privada e, mais uma vez, a necessidade de se reformular o conceito e de adaptá-lo à realidade digital.

Parece-nos óbvio que o utilizador pode efetivamente armazenar os seus conteúdos na *cloud*, mesmo que isso represente a criação de uma cópia, já que se aplicaria a exceção da cópia privada e da *First Sale*/esgotamento/exaustão, e também pelo facto de a *cloud* ser meramente uma nova forma de arquivo. Contudo, a questão da partilha dessas cópias gera considerações mais amplas. No ambiente analógico, a partilha de conteúdos era limitada pelo próprio carácter físico e tecnológico. No ambiente digital, porém, como vimos, não existem as limitações físicas nem as tecnológicas. Assim, da mesma forma que a doutrina do *First Sale*/esgotamento/exaustão, também a cópia privada digital precisa, em nosso entender, de ser repensada de forma a manter o equilíbrio pretendido, levando em consideração tanto o respeito pelo direito dos usuários quanto a necessidade de compensação económica dos criadores e titulares de direitos.

Ainda no que concerne à relação entre o provedor e o usuário, surge a questão da responsabilização, ou não, do carregamento de conteúdos protegidos e que não tenham sido obtidos legalmente. O provedor poderá, como forma de precaução, formular uma licença em que o usuário se responsabilize pelos conteúdos ali carregados.

Estamos assim mais uma vez diante de situações em que a tecnologia superou o avanço legislativo, significando um verdadeiro obstáculo para a disseminação de melhores formas de distribuição de conteúdo criativo na rede.

12. DIREITO DE ACESSO

Como vimos, o advento desta nova realidade, que acarretou uma série de mudanças, levou alguma doutrina a questionar se estaríamos diante de um novo direito que configuraria um direito de acesso, ou se

se trataria, tão-somente, de um “subproduto da expansão vertiginosa” da comunicação ao público⁸⁷⁶.

Tendo em conta toda a análise feita anteriormente a respeito do tratamento dos Limites e Exceções e DRMs, em nossa opinião estamos na realidade diante de um novo processo que, no entanto, não configura um novo direito de acesso. Além disso, como já mostrámos, a reprodução continua a existir e com grande importância jurídica, pelo menos no atual estado dos avanços tecnológicos.

A doutrina majoritária entende que a questão decorrente do alargamento do direito de reprodução é a de ele poder dar azo a um “direito de acesso”⁸⁷⁷, uma vez que, no ambiente digital, qualquer ato de acesso é precedido de uma reprodução, mesmo que seja unicamente técnica. Para Heide, o acesso permanece um ato separado e distinto, não se equiparando a um uso exclusivo.

Ao rever o Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor, pode ser tentador declarar a existência de um “direito de acesso” implícito no direito de comunicação ao público, especialmente agora que, claramente, inclui o direito de colocar à disposição do público. Como o direito de colocação à disposição do público é direcionado ao acesso de membros individuais do público, pode ser levado em consideração o argumento de que este direito é equivalente, ou implicitamente inclui, um “direito de acesso”⁸⁷⁸. Contudo, entendemos que o facto de se utilizar a terminologia “acesso” não quer implicar em um direito desta natureza.

Existe efetivamente a possibilidade de restringir o acesso aos indivíduos, conforme o modelo de negócio escolhido. No entanto, isto não significa que esta seja a realidade global e não parece que será em um futuro próximo.

Alguma doutrina fundamenta o entendimento do surgimento de um direito de acesso sob o ponto de vista das medidas tecnológicas de proteção. Ou seja, para estes doutrinadores, onde o titular do direito

⁸⁷⁶ Cláudia TRABUCO. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 567.

⁸⁷⁷ Jane C. GINSBURG. “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. *Copyright* Law”, p. 7-8, diz: “the seeds of an access right can be found in pre-internet copyright law. For example, the doctrine of RAM copying – which holds that a ‘copy’ is made when the work is received in a computer’s temporary memory – would cover ‘accessing’ a work, since apprehending the work through a computer requires making at least a temporary copy”.

⁸⁷⁸ Thomas HEIDE. “Copyright in the EU and US: What Access-Right?”, p. 372.

é capaz de manter o controlo sobre a sua obra ou cópias subsequentes, pode gozar de um poder mais amplo para controlar o acesso à obra.

No ambiente digital, o acesso é fundamental, já que cada ato de experimentar ou usar a obra, envolve um ato de acesso. A rede *Internet*, no entanto, permite a combinação da possibilidade de controlar o acesso com a de controlar o uso através da mesma entidade. Deixa de haver necessidade de um ato de autorização separado do titular do direito que deseja disseminar a sua obra junto do público⁸⁷⁹. Seria de concluir, segundo este entendimento, que se poderia remover da cadeia de distribuição o próprio intermediário. No entanto, não cremos que tal posição seja plausível nem exequível num futuro próximo. Aliás, tal possibilidade já existe com plataformas de autopublicação e divulgação. No entanto, mesmo nesses casos há a necessidade de se recorrer a plataformas já existentes, que são autênticos negócios intermediários.

Assim, há quem entenda que a Tecnologia da Informação e a *Internet* modificaram o núcleo central da proteção autoral, que teria deixado de ser o direito de reprodução e o direito de comunicação pública para se converter no direito de utilização da obra⁸⁸⁰.

De facto, a discussão que se tem gerado sobre a importância das reproduções temporárias – nomeadamente, as que concebemos como reproduções técnicas, que alguns entendem serem vinculáveis à autorização pelo titular de direito de autor – leva-nos a acreditar que esta visão levaria à criação de um direito de acesso em que o autor/titular teria a possibilidade de controlar os meios de aceder aos conteúdos já previamente autorizados. Tal direito seria perigoso para o equilíbrio do sistema, uma vez que concederia proteção excessiva e irrazoável do conteúdo, diminuindo, assim, a disseminação de ideias e informação. Ou seja, permitir-se-ia aos titulares de direitos regular a forma como os usuários poderiam aceder aos conteúdos, sem uma análise da fruição que estão fazendo desse conteúdo – algo que não é aceitável no quadro do sistema do Direito de Autor.

Como já expusemos em vários momentos, entendemos que a fruição da obra passou a ser um elemento de grande importância neste novo ambiente digital, porém, no sentido de ser um critério diferen-

⁸⁷⁹ Thomas HEIDE. “Copyright in the EU and US: What Access-Right?”, p. 373.

⁸⁸⁰ Manoel J. Pereira dos SANTOS. “O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral”, p. 43.

ciador para os vários tipos de atos e direitos envolvidos e não como núcleo central da proteção.

O termo “acesso” só foi usado nos Tratados OMPI, no âmbito das provisões do direito de comunicação ao público (art. 6 e art. 10, respectivamente), que inclui o direito de “disponibilizar ao público (...) obras que permitam ao usuário acessar essas obras num lugar ou tempo que lhes convenha”.

Apesar de ter utilizado o termo “acesso”, entendemos que os Tratados OMPI não estabelecem verdadeiramente um direito de acesso.

Tradicionalmente, o termo “acesso” significa “caminho para um lugar”. Está portanto, ligado a um certo lugar limitado e fechado, e que tem uma entrada.

Para Thomas Hoeren, a questão a analisar é se há interesse político que o direito de acesso exista⁸⁸¹. No entanto, mantemos que, havendo interesse político ou não, tal direito não foi criado e, pelo menos num futuro próximo, não parece que se venha a tornar realidade – nem deveria, em nosso entender.

Criar um direito de acesso seria ignorar a razão de ser do fundamento da proteção do Direito de Autor, que não é criar um monopólio de controlo por si só, mas sim garantir um equilíbrio entre os interesses do autor/titular do direito e os interesses da sociedade. Ou seja, criar um direito de acesso na esfera do titular seria minar o próprio sistema.

13. CONCLUSÃO

Neste capítulo, tivemos a pretensão de expor de que forma os direitos atribuídos aos titulares de direitos foram afetados no ambiente digital, e em que medida a falta de clareza legislativa vem prejudicando a disseminação dos conteúdos. Um dos principais direitos exclusivos dos criadores/titulares é o direito de reprodução. Contudo, como vimos no presente capítulo, este direito tem sofrido alterações fundamentais, principalmente ao nível dos seus requisitos, e especialmente no que concerne ao requisito da fixação e, consequentemente, da durabilidade.

Apesar das alterações que o direito de reprodução tem vindo a sofrer, não adotamos uma perspectiva fatalista quanto à diminuição da

⁸⁸¹ Thomas HOEREN. “Access Right as a PostModern Symbol of Copyright Deconstruction?”, p. 19.

sua importância no mundo digital. Muito pelo contrário, entendemos que tal direito continua a fazer parte das relações que se estabelecem neste âmbito.

Conseguimos perceber que a reprodução assumiu uma natureza bifurcada. Ou seja, percebemos neste momento no ambiente digital dois tipos de reprodução: a reprodução técnica e a reprodução jurídica. Julgamos terem aqui origem tantas dúvidas e questões da doutrina e da legislação. Lembremos que, no ambiente analógico, a reprodução não tinha esta função instrumental, na medida em que assumia sempre um impacto na esfera jurídica do titular do direito, algo que agora não ocorre com a reprodução meramente técnica/instrumental. Além disso, nesta nova realidade, uma reprodução temporária pode adquirir importância jurídica.

Entendemos que, na análise de ambas as reproduções em vista de se categorizar um ato como uma ou como outra, deve-se ter em atenção a fruição final que cada qual permite.

Recordamos que os requisitos tradicionais da reprodução já haviam sido adaptados por boa parte da doutrina para se enquadrarem na realidade atual. Assim, a fixação e a durabilidade deixaram de ter importância no ambiente analógico; a existência de diversos exemplares converteu-se em suscetibilidade de reprodução, a materialização em suporte tangível passou a ser a possibilidade de percepção. No entanto, atualmente nem mesmo estes requisitos persistem inalterados. Enfatizamos, mais uma vez, que a análise da reprodução deve ser feita com base na fruição que a mesma permite. Aliás, como vemos, o próprio mercado, que faz parte do mundo real que o direito pretende regular tem vindo a adotar esta perspectiva de fruição nas relações que assume com os usuários no âmbito dos modelos de negócios inovadores que vem permitindo.

Por uma questão de esclarecimento, entendemos que o termo “cópia” deveria ficar reservado para o mundo analógico, já que se encontra associado a um suporte tangível. No ambiente digital, quando existe uma reprodução que tenha caráter permanente, essa deve ser designada como “reprodução jurídica”. Tal como na discussão sobre existência ou não da fixação no mundo digital – i.e., se esta é tangível ou não em virtude da possibilidade de se considerarem os *bits e bytes* como suporte físico –, também na cópia entendemos que esta é per-

feitamente supérflua e que nem sequer deve ser analisada pelos juristas, pelo menos numa primeira análise. Primeiro, porque necessita de conhecimentos técnicos que o jurista não domina; segundo, porque a questão é passível de análise por outro ângulo; terceiro, pelo facto de conseguirmos perfeitamente analisar a questão e distinguir os atos que existem no mundo digital.

Existem dois procedimentos técnicos no processo de propagação digital que geram questões relativamente à conceitualização como reprodução jurídica ou técnica. São eles, a cópia RAM e a *cache*. Relativamente à *cache*, como vimos, ela é um procedimento essencial e que, embora muitas vezes não seja percepcionável pelo utilizador, faz parte do seu dia-a-dia. Entendemos que ela é de facto uma reprodução técnica, embora apresente alguns desafios devido à possibilidade de ferir a esfera jurídica do titular de direito. No entanto, cremos que a questão deve e pode ser solucionada através de DRMs, já que é impossível deixar de efetuar estas reproduções.

Já as cópias RAM apresentam maior complexidade relativamente à sua categorização. De facto, entendemos que existem cópias RAM meramente técnicas/instrumentais como meio para se atingir um outro ato, e outras revestidas de enorme importância jurídica, como é o caso da reprodução que dá ensejo ao *streaming*, ou seja, a reprodução que constitui a própria fruição do usuário. Nos dois casos, a questão passa também pelo dever de transparência dos contratos, e pelo dever de informação que se consubstancia na informação ao criador/titular de que irão ser feitas reproduções técnicas necessárias ao processo de propagação.

Nota-se nas convenções internacionais a ausência de definições claras relativamente ao direito de reprodução, o que originou diversas interpretações por parte dos vários sistemas jurídicos. Observamos que, nos EUA em particular, subsiste muita controvérsia sobre a cópia RAM. Consideramos que, embora se possa compreender a dificuldade de se lhe uma encontrar definição, a mesma já devia estar devidamente definida e harmonizada. Compreendemos, também, que *a priori* os EUA coloquem a questão da cópia RAM, até porque ela pode em alguns momentos apresentar dificuldades de categorização, e entendemos que na União Europeia a questão tem sido tratada de forma excessivamente superficial. No entanto, não percebemos a razão de nos EUA não haver harmonização da jurisprudência no sentido de esclare-

cer que estas reproduções técnicas/instrumentais são admissíveis sem autorização prévia do titular. Os Tribunais norte-americanos discutem a questão da cópia RAM na perspectiva da sua durabilidade, o que entendemos ser um erro tendo em conta tanto a tecnologia já existente quanto a que poderá existir em um futuro próximo. O que os Tribunais deveriam estar novamente a analisar é a fruição que tal reprodução permite, categorizando-a desta forma como jurídica ou meramente técnica/instrumental.

Conforme dissemos, a reprodução alterou a sua própria existência no ambiente digital e, dentre os dois tipos de reprodução, a própria reprodução jurídica ganhou novos contornos, sendo já praticamente inexistente como ato independente. Ela encontra-se consagrada, em mais do que uma ocasião, num processo que designamos como “propagação digital”.

Este processo de propagação digital tornou-se-nos claro ao buscarmos compreender o que a doutrina e a legislação tentavam indicar como transmissão digital e colocação à disposição do público, o que entendiam que estes atos compreendiam, e quais os direitos neles envolvidos. Em consequência disso, sobreveio-nos a insatisfação com a utilização forçada do conceito de “público” para se tentar englobar todo este procedimento como “comunicação ao público”.

De facto, entendemos que a utilização da palavra “público” gerava sempre incertezas e ambiguidades na aplicação destes direitos, e que dava margem a interpretações dúbias, o que além de ir contra o objetivo de clareza da lei, apenas beneficia os interesses que as Sociedades de Gestão Coletiva pretendem impor, nomeadamente, de cobranças exageradas de direitos.

Entendemos que não há razão para se continuar a forçar conceitos, até porque, na maioria dos atos, conseguimos ver soluções que já existem. As questões aqui em causa prendem-se com a organização, a clareza, e a definição dos conceitos.

Ressalvamos o facto de que o esquema proposto pode ser apenas transitório, uma vez que, *a posteriori*, poder-se-á criar um direito totalmente novo que satisfaça as necessidades do mundo digital, até porque não conseguimos antever as possibilidades tecnológicas futuras. No entanto, dada a urgência que observámos, até pelo facto da disseminação de conteúdos estar a ser afetada por esta falta de clareza, consideramos que esta pode ser uma solução, mesmo que transitória, e que permi-

tirá delimitar as licenças necessárias mediante o uso ou fruição final, que servirá os interesses de todos os participantes deste processo: o criador/titular e, conseqüentemente, as SGCs, o intermediário/investidor/novos modelos de negócios, os usuários e a sociedade em geral.

Consideramos, ainda, que o esquema traz o benefício da clarificação sobre radiodifusão no âmbito da *Internet* – algo em que a doutrina ainda encontrava problemas de conceitualização. Em nosso entender, trata-se também de um procedimento de propagação digital, que não demanda um ato de colocação à disposição do público que envolva reproduções técnicas. É nosso entendimento, também, que a radiodifusão não se encaixa no conceito de comunicação ao público, pois consideramos inadequado o conceito de “público” previsto neste direito.

Mais uma vez, os Tratados mostraram soluções insatisfatórias, não contribuindo para a clarificação das questões suscitadas.

No ambiente digital, o direito de distribuição deixou de estar associado, pelo menos exclusivamente, à fixação em suporte tangível. Em nossa opinião, ele encontra-se associado à possibilidade de transferência de conteúdos digitais. O direito de distribuição assume ainda muita importância porque está intimamente ligado a uma possibilidade que os usuários muito estimam, e que diz respeito à possibilidade de transferência; no mundo digital, esse direito está associado à doutrina do *First Sale/esgotamento/exaustão*. Tal como tivemos oportunidade de indicar, entendemos que estas doutrinas devem ser revistas e adaptadas, e que inclusivamente devem adotar uma nomenclatura que remeta para este caráter de transferibilidade. Vimos que, no ambiente digital, o que parecia ser tecnologicamente impossível revelou-se mais tarde perfeitamente exequível. Se a característica que deve ser levada em consideração é esta possibilidade de transferência, torna-se portanto irrelevante se estamos diante de um suporte tangível, mesmo ao nível de *bits and bytes*.

Por fim, evidenciando as ilimitadas e imprevisíveis possibilidades com que a tecnologia nos presenteia, vimos a incipiente discussão acerca das questões levantadas pela *cloud computing*. No entanto, apesar de ser uma tecnologia bastante inovadora, os conceitos e direitos existentes correspondem, pelo menos em certa medida, àqueles que são compreendidos no processo de propagação.

Por fim, a despeito de haver certa doutrina que entendeu ter sido criado um novo direito – que seria um direito de acesso –, entendemos que não só não é expectável que o mesmo se crie, como não é isso o que os Tratados propõem. Pode até dizer-se que a doutrina está a querer aplicar um direito aos DRMs em virtude de efetivamente colocarem restrições de acesso. Porém, esta restrição de acesso tem por base direitos já existentes.

Em suma, entendemos que muitos dos problemas suscitados no ambiente digital poderiam ser resolvidos se houvesse maior clarificação do procedimento técnico, melhor definição dos atos e direitos envolvidos e respeito por estes, assim como harmonização dos Tratados, contribuindo para uma desejável e pedida maior disseminação de conteúdos digitais.

CAPÍTULO VI

O LICENCIAMENTO DOS CONTEÚDOS CRIATIVOS

O Capítulo VI trata do licenciamento dos conteúdos criativos. Trataremos especialmente do conteúdo musical, por ser o que apresenta um sistema de licenciamento mais complexo, pelo facto de ser um dos conteúdos mais disseminados, por estar na base da criação de muitos outros conteúdos (multimedia, filmes e até livros⁸⁸²), e também por ser o conteúdo que no âmbito comercial tem gerado maior .

No final, trataremos brevemente do licenciamento de outros tipos de conteúdos, no intuito de vermos, de forma suscinta, o funcionamento das entidades de gestão coletiva responsáveis pelo relacionamento entre os criadores e/ou intermediários (os titulares do direito de autor). Mostraremos, ainda, o processo de licenciamento das obras protegidas, de forma a compreender as dificuldades do tema e as razões de insatisfação por parte dos criadores e dos pequenos intermediários.

⁸⁸² <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2031089/Thats-end-quiet-read-Now-ebook-comes-added-sound-effects-songs.html>>.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de licenciamento tomou proporções enormes e vem crescendo cada vez mais, movendo valores que justificam a importância deste assunto. As licenças englobam um procedimento altamente complexo – e, conseqüentemente, oneroso – que constitui um grande entrave para os pequenos criadores, e envolvem novos modelos de negócios que pretendem explorar a distribuição de conteúdo criativo *online* mas que encontram no sistema de licenciamento um sério obstáculo à sua sustentabilidade.

Depois de analisar toda a dinâmica do Direito de Autor no mundo digital, nos capítulos anteriores, resta-nos analisar a dinâmica das licenças e das Sociedades de Gestão Coletiva que as atribuem, procurando assim perceber mais fundo o porquê de a disseminação de conteúdos continuar insatisfatória em face dos avanços tecnológicos já existentes. Nesse sentido, analisaremos todas as questões que parecem ter influência neste bloqueio de disseminação de conteúdos, tentando encontrar uma justificação para este facto.

Apesar de parecer extravasar o âmbito deste trabalho, entendemos ser pertinente uma breve referência ao funcionamento das SGCs, especialmente no que concerne à sua estrutura e aos problemas enfrentados na concessão de licenças e que têm impacto, quer na divulgação das obras protegidas, quer conseqüentemente na proteção dos direitos dos autores, especialmente dos criadores, os quais, como vimos, são sempre o elo mais fraco desta relação, já de si bastante instável. Assim, apresentaremos inicialmente as Sociedades de Gestão Coletiva na área da música e, posteriormente, em relação a cada território objeto desta tese – EUA, União Europeia e Brasil, de que modo funcionam e o respectivo sistema de licenciamento, bem como os problemas enfrentados e algumas potenciais sugestões de resolução.

Como nos demais conteúdos criativos para além da música a atuação das sociedades é muito mais simples, não há razão para apro-

fundar o seu funcionamento^{883 884}, tanto mais que a maioria das reivindicações públicas e notórias é em relação à música e não em relação aos demais conteúdos^{885 886}. Na área das obras dramáticas, a prática da gestão coletiva é diferente, porquanto a organização praticamente só atua como agente representante dos autores, negociando o contrato geral com as organizações que representam teatros. Na área dos conteúdos literários, a gestão coletiva envolve principalmente a concessão do direito de reprodução reprográfica, ou seja, permitir que o material protegido seja reproduzido por instituições como bibliotecas, organizações públicas, universidades, escolas e associações de consumidores.

Por outro lado, com a expansão do mundo digital têm surgido opiniões a indicarem que a gestão coletiva de direitos, como aquela existente no mundo musical, deveria ser expandida a outros conteúdos – conteúdos literários digitais, por exemplo.

Entendemos que estas opiniões são mais uma razão para se estudar a pertinência das sociedades de gestão coletiva, a fim de formarmos uma opinião relativamente ao benefício de se estender este tipo de gestão de conteúdos a outros tipos de obras.

2. AS SOCIEDADES DE GESTÃO COLETIVA

O princípio fundamental do Direito de Autor exclusivo para a exploração da obra, que assegura ao autor a certeza de que a sua obra será explorada conforme a sua vontade e interesse, depende da possibilidade de este ter esse controle⁸⁸⁷. Este objetivo foi sempre complexo e

⁸⁸³ Ernst-Joachim MESTMÄCKER. “Agreements of Reciprocal Representation of Collecting Societies in the Internal Market – The Related Rights of Phonograms Producers as a Test Case (Simulcasting)”, p. 63-137.

⁸⁸⁴ Para um estudo sobre contratação individual entre criadores e intermediários, ver: Inés STADLER-MACHO; David CASTRILLO-PÉREZ. “Copyright Licensing under Asymmetric Information”, p. 1-26.

⁸⁸⁵ Anke SCHIERHOLZ. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”, p. 1153.

⁸⁸⁶ Ressalte-se que a gestão de direitos de execução pública – compositores e gravadoras – têm recebido mais atenção na literatura económica. Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 937 [p. 1].

⁸⁸⁷ Mihály FICSOR. “Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it Remain Voluntary or May it be Extended or Made Mandatory?”, p. 2.

nem sempre se atingiu. Com as novas técnicas de reprodução e difusão esta dificuldade aumentou ainda mais, tornando, conseqüentemente complexo o processo de negociação e remuneração pelo uso da obra⁸⁸⁸⁻⁸⁸⁹.

Diversos fatores, como a natureza de certas obras, a diversidade dos modos de sua difusão e a evolução das tecnologias de comunicação e disseminação das obras e conseqüente multiplicação do número de utilizadores, podem tornar mais complicada para o autor a gestão individual dos seus direitos.

Desta forma, evoluiu-se para a utilização do sistema de gestão coletiva dos direitos exclusivos, em que “os titulares de direitos autorizam as organizações de gestão coletiva a gerir os seus direitos, isto é, a vigiar as utilizações das suas obras, a negociar com os eventuais utilizadores, a conceder-lhes, mediante pagamento de uma remuneração apropriada, autorizações sujeitas a determinadas condições, a receber as remunerações e a reparti-las entre os titulares de direitos”⁸⁹⁰⁻⁸⁹¹⁻⁸⁹²⁻⁸⁹³.

⁸⁸⁸ Mihály FICSOR. “Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it Remain Voluntary or May it be Extended or Made Mandatory?”, p. 1.

⁸⁸⁹ Luiz Francisco REBELLO. “Gestão de Direitos no Ambiente Digital”, p. 344.

⁸⁹⁰ Segundo definição adotada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

⁸⁹¹ Paul FLORENSON. “La Gestion du Droit d’Auteur et des Droits Voisins en Europe”, p. 3. A despeito de haver um grande incentivo à administração dos direitos através das entidades de gestão coletiva, as leis de proteção dos direitos de autor não desconsideraram a gestão individual.

⁸⁹² Em geral, na União Europeia, estas entidades também têm um importante papel na aplicação e execução das provisões de Direitos de Autor. Estelle DERCLAYE. *Research Handbook of the Future of EU Copyright*, p. 373.

⁸⁹³ A capacidade de os detentores de direitos fazerem negociações individuais é bastante diminuta, o que não significa que inexista. Como aponta o então *Director in DG Competition* J. Temple LANG, “Media, Multimedia and European Community Antitrust Law”, 1296-1381; Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 11.

Em geral, os titulares são livres de decidir se querem exercer o direito pessoalmente ou através de sociedades de gestão coletiva, havendo casos em que pode ser imposto por lei⁸⁹⁴⁻⁸⁹⁵.

Uma definição ampla e precisa do termo é dificultada por este ser um tema dinâmico e constantemente em mutação. Em princípio, pode-se dizer que seja qualquer organização, gestora ou administradora de Direitos de Autor ou Direitos Conexos, a ter tal atividade como seu único propósito, ou um dos seus propósitos⁸⁹⁶. A definição do termo gestão coletiva se refere somente àquelas formas de exercício conjunto de direitos em que haja aspectos verdadeiramente coletivizados (tais como tarifas, condições de licenciamentos e regras de distribuição); onde haja por trás uma comunidade organizada; em que a gestão seja realizada em nome de tal comunidade; e em que a organização sirva objetivos coletivos além de meramente realizar as tarefas de gestão de direitos⁸⁹⁷, ao contrário de organizações para autorização de direitos que são simplesmente uma fonte única para usuários obterem autorização e pagamento por este serviço⁸⁹⁸. Apesar de a maioria delas serem organizações sem fins lucrativos, as sociedades são entidades económicas. Em alguns países operam sob uma concessão governamental de um monopólio. A maioria

⁸⁹⁴ Anke SCHIERHOLZ. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”, p. 1152. Direito português: Retransmissão por cabo (Decreto-Lei n. 333/97); remuneração por cópia privada (Lei n. 62/98) – Luiz Francisco REBELLO. “Gestão de Direitos no Ambiente Digital”, p. 345.

⁸⁹⁵ A Gestão coletiva obrigatória é cercada de s que vão da liberdade associativa, em geral garantida pelas Constituições nacionais, até a figura jurídica assumida pela entidade. Luiz Francisco REBELLO. “Gestão de Direitos no Ambiente Digital”, p. 345.

⁸⁹⁶ Anke SCHIERHOLZ. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”, p. 1150.

⁸⁹⁷ Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 1.

⁸⁹⁸ Daniel GERVAIS. “Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes”, p. 591.

é constituída em forma de empresa privada, porém submetida a supervisão regulamentar, com obrigações legais^{899_900_901_902}.

Em geral, as organizações de gestão coletiva tomam conta dos seguintes direitos: Direito de comunicação pública; Direito de reprodução em obras musicais; Direitos conexos (direitos de artistas e produtores de fonogramas para obter remuneração para emissão ou comunicação ao público)⁹⁰³.

Até ao presente momento, nenhum instrumento internacional estabeleceu obrigações gerais no campo da gestão dos direitos. Apesar disso, a OMPI alega que mantém contínuo interesse neste assunto, através de suas análises, recomendações e reuniões envolvendo diretores destas entidades. Contudo, não emitiu nenhuma solução vinculante até ao momento. Esta entidade apenas se pronunciou através de um estudo de 1990 que tem sido usado até aos dias de hoje⁹⁰⁴.

O estudo mais recente nesta área tem mais de uma década, tendo sido um documento publicado pela UNESCO em forma de guia para a gestão coletiva dos Direitos de Autor⁹⁰⁵.

Atualmente, assiste-se a uma disputa entre as entidades de gestão ligadas a grandes indústrias fonográficas, de um lado, e, do outro, os consumidores, as comunidades eletrónicas, os empreendedores de novos modelos de negócios e inúmeros autores independentes.

⁸⁹⁹ Martin KRETSCHMER. "Access and Reward in the Information Society: Regulating the Collective Management of Copyright", p. 2.

⁹⁰⁰ Ver também, para diferentes constituições de SGCs europeias, Carine DOUTRELEPONT. *Le contrôle des sociétés de gestion des droits d'auteur et des droits voisins dans la Communauté européenne*; KEA. *The Collective Management of Rights in Europe: the Quest for Efficiency*; Daniel J. GERVAIS. "Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective", p. 21-50.

⁹⁰¹ Dados disponíveis no sítio <www.cisac.org>.

⁹⁰² Martin KRETSCHMER. "Access and Reward in the Information Society: Regulating the Collective Management of Copyright", p. 7.

⁹⁰³ Disponível em <http://wwwOMPI.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html>.

⁹⁰⁴ WIPO. *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights. Study on, and advice for, the establishment and operation of collective administration organizations.*

⁹⁰⁵ Paula SCHEPENS. *Guide to the Collective Administration of Authors' Rights.*

Reclama-se uma adaptação da indústria cultural – ou seja, destas entidades e da indústria fonográfica – ao novo contexto tecnológico⁹⁰⁶⁻⁹⁰⁷.

3. ARGUMENTOS ECONÓMICOS

A despeito de algumas desvantagens, como o enfraquecimento do pleno exercício dos direitos exclusivos, o sistema de gestão coletiva ainda é considerado por alguns como vantajoso para os titulares dos direitos⁹⁰⁸ e para os utilizadores, por alegadamente facilitar a obtenção das licenças necessárias. Supostamente, para os criadores menores estas sociedades deveriam constituir um mecanismo de coleta com poder de negociação contra intermediários maiores, como editoras, gravadoras e emissoras⁹⁰⁹⁻⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Manuel Soler DE LA FUENTE; Juan Antonio SALCEDO UREÑA. “Las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual: la Necesidad de una Revisión General del Sistema”, p. 130.

⁹⁰⁷ Conforme entrevista de Eduardo Bautista, presidente da SGAE: “Antes no había asociaciones de internautas, ni comunidades electrónicas, y ahora cualquier pendejo electrónico está construyendo la nueva democracia digital”. Entrevista disponível em <http://www.elpais.es/articuloCompleto.html?d_date=2003113&ref=20031113elpcibenr_6&type=Tes&anchor=elpportec>.

⁹⁰⁸ Diz-se que, sem o sistema de Collective Management, os direitos de obras musicais iriam enfrentar a “tragedy of the anti-commons”. A. KATZ. “The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights”, p. 545.

⁹⁰⁹ Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 1.

⁹¹⁰ Para maior aprofundamento das questões concorrenciais envolvendo estas sociedades, ver D. AITMAN; A. JONES. “Competition Law and Copyright: Has the copyright owner lost the ability to control his copyright?”, p. 137-147.

Há ainda quem defenda que estas Sociedades trazem benefícios ao nível da diversidade cultural e da eficiência económica⁹¹¹⁻⁹¹², por entenderem que o primeiro aspecto ocorre como consequência natural de protegerem e promoverem autores locais. Ocorreria a eficiência económica porque a territorialidade facilitaria aos titulares a definição e divisão dos mercados ao longo das fronteiras, e estabeleceria preços e condições diferentes para produtos ou serviços idênticos nos diferentes territórios^{913 914 915}; e ainda porque a Sociedade agiria como “sindicato” em negociações coletivas⁹¹⁶.

No entanto, o facto é que são inúmeras as notícias sobre insatisfação dos criadores, especialmente no meio musical, alegando que estas sociedades não apresentam funcionamento eficiente e não cumprem os

⁹¹¹ Há economia de escala na gestão de alguns direitos, devido de modo particular ao uso de licenças de cobertura total (*blanket licences*). Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 3 e 939; Abraham HOLLANDER. “Market Structure and Performance in Intellectual Property: The Case of Copyright Collectives”; S.M. BESEN; S.N. KIRBY. *Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives that collect*; S.M. BESEN; S.N. KIRBY; S.C. SALOP. “An Economic Analysis of Copyright Collectives”; Robert P. MERGES. “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”; Richard WATT. *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes?*; Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 8). No mesmo sentido, Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 6.

⁹¹² Para maior aprofundamento dos custos de transação, Abraham HOLLANDER. “Market Structure and Performance in Intellectual Property: The Case of Copyright Collectives”, 199-216; S.M. BESEN; S.N. KIRBY. *Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives that collect*; Ruth TOWSE. “Copyright as an Economic Incentive”, p. 31-45.

⁹¹³ Sobre eficiência económica das sociedades de gestão coletiva – F. ROCHELANDET. *Are Copyright Collecting Societies Efficient?: An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe*; A. CHARNES; W. COOPER; E. RHODES. “Measuring the efficiency of decision making units”, p. 429-444; Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 7.

⁹¹⁴ Maria Mercedes FRABBONI. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”, p. 376.

⁹¹⁵ Para maior aprofundamento das questões económicas das Sociedades, ver Ruth TOWSE. “Economics of Copyright Collecting Societies and Digital Rights: a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?”. p. 3-30.

⁹¹⁶ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 9.

objetivos a que se propõem, para os quais foram criadas e pelos quais são devidamente remuneradas.

O facto de representarem tanto os criadores quanto as gravadoras suscita grandes críticas. Por exemplo, as editoras e gravadoras parecem ser mais adeptas de promover seus interesses económicos do que os criadores, como indica o facto de o montante de rendimentos das gravadoras exceder, de longe, o dos criadores⁹¹⁷.

4. QUESTÕES CONCORRENCIAIS

Ao longo dos anos, dado o volume de negócios envolvido, as sociedades se tornaram órgãos com bastante poder. Em alguns países são monopólio legal e em outros formam monopólio de facto⁹¹⁸, o que tem causado grandes críticas por conta dos titulares dos direitos e dos licenciados, que reclamam maior eficiência na gestão dos direitos, e maior transparência nas taxas, distribuição das receitas e práticas de contabilidade⁹¹⁹. Esta estrutura monopolística deixa as Sociedades com o controlo dos termos de acesso e a distribuição dos *royalties* no seu domínio particular de direitos.

Há quem entenda, por outro lado, que a formação de um monopólio nem sempre é prejudicial para os envolvidos e, no caso específico do Direito de Autor, certas características tornam em muitos casos esta estrutura menos prejudicial, porquanto, no entendimento de quem defende o monopólio, um único fornecedor de gestão tem sempre custos unitários mais baixos do que teriam os pequenos fornecedores⁹²⁰.

⁹¹⁷ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 10.

⁹¹⁸ Na Europa, numerosas SGCs começaram a ser vistas por muitos académicos como monopólios legais em vez de monopólios naturais (Robert P. MERGES. “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”; Nitin AGGARWAL; Eric WALDEN. “Intellectual Property Bundle (IPB) Theory: Managing Transaction Costs in Technology Development through Network Governance”; Roya GHAFELE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 63.

⁹¹⁹ EUROPEAN PARLIAMENT; HELLENIC FOUNDATION FOR EUROPEAN AND FOREIGN POLICY. *Collecting Societies and Cultural Diversity in the Music Sector*, p. 21.

⁹²⁰ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 942 (p. 5).

Questiona-se, por outro lado, de que modo pode a sociedade monopolista ser motivada a manter seus custos baixos para usuários. Em resposta a isso, revelou-se necessária uma supervisão pelos Estados.

Os arranjos nacionais diferem e variam: (i) controle político direto, (ii) exame minucioso contínuo por órgãos de supervisão especializados, e (iii) simples aplicação de leis de concorrência ou contratuais⁹²¹. Na literatura económica de SGCs, a extensão em que estas podem ser reguladas é controversa⁹²²⁻⁹²³.

Os conteúdos criativos continuam enfrentando sérias barreiras à sua ampla distribuição, e o certo é que, independentemente da forma definida pela Sociedade, quer seja monopólio ou outro tipo de arranjo de forma económica, a estrutura interna destas Sociedades é que precisa de uma verdadeira revolução.

4.1 AS LICENÇAS

Diversos titulares de direitos podem estar envolvidos numa única transação na distribuição de uma música. Assim, deve ser buscada uma licença pertencente a diferentes sociedades de gestão coletiva – por exemplo: sociedades de autores, sociedades de produtores e sociedades de artistas e executantes, para cada música. Uma licença concedida por uma sociedade de gestão coletiva para uma forma de exploração, não significa que está autorizada qualquer outra forma de exploração. Onde, para cada forma de exploração deve ser negociada e obtida uma licença.

⁹²¹ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 6.

⁹²² Para alguns autores, SGCs fundadas espontaneamente ilustram a habilidade da indústria de criar suas próprias soluções em relação aos direitos de autor. Robert P. MERGES. “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”. Outros acreditam que SGCs deveriam ser inequivocamente tratadas como instrumentos regulatórios – Martin KRETSCHMER. “The failure of property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments”, p. 126-137. Há ainda quem acredite que quando a SGC é um monopólio natural, a supervisão pública e a regulação promoveriam a eficiência. Richard WATT. *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes?*.

⁹²³ Sobre as regras detalhadas acerca da vigilância das SGCs na União Europeia e América Latina, Horacio RANGEL ORTIZ. “La Vigilancia de las Sociedades de Gestión en el Derecho Autoral de Europa Y América Latina”, p. 139-182.

No campo da música, a proteção do Direito de Autor é concedida aos criadores das obras, isto é, aos compositores e letristas. No ambiente *online*, essa proteção compreende: (1) o direito de reprodução, ou seja, o direito de reproduzir a obra através de cópias intangíveis (*upload*, *download* e transmissão em rede); (2) o direito de comunicação da obra ao público, incluindo “colocar à disposição do público”, isto é, a transmissão da obra musical gravada através de *simulcast* ou *webcast*, ou tornar a obra disponível mediante permissão de *download*.

Por uma questão de clareza, e dada a complexidade das relações existentes no contexto musical, entendemos ser pertinente esclarecer a dinâmica do funcionamento da produção de uma música: os músicos e cantores executam uma obra musical criada por compositores e letristas, e são posteriormente representados por editoras; as editoras entregam os direitos para serem administrados por Sociedades de Gestão Coletivas; as gravadoras gravam e produzem a obra musical, criada por compositores e letristas (detida pelos criadores e editoras), tocadas por músicos e/ou cantadas por artistas⁹²⁴.

Já os direitos dos artistas e produtores (gravadoras) são direitos conexos cuja existência visa remunerar os produtores e artistas pelo uso de uma obra. Tal uso inclui fazer cópias tangíveis e intangíveis e emissão; atualmente inclui o uso relacionado com a *Internet*, como o *webcasting*. Os direitos do artista incluem: (1) o direito de o artista reproduzir a fixação ou a execução; (2) comunicar a obra ao público, incluindo o direito de colocar à disposição do público. Os direitos do produtor incluem: (1) o direito de reprodução; (2) o direito de comunicar a obra ao público, incluindo o direito de colocar a gravação à disposição do público.

No campo da música, o licenciamento é especialmente complexo, devido à divisão do conteúdo criativo: uma obra musical envolve composição musical e gravação de som. A composição musical corresponde à letra e à melodia. A gravação de som corresponde à interpretação dessa composição musical (por exemplo, na obra musical “Garota de Ipanema” a letra foi composta por Vinícius de Moraes e a melodia por Tom Jobim. Os dois portanto, são os compositores, em conjunto, da obra musical, detendo os direitos de composição. Esta composição

⁹²⁴ Brian DAY. “The Super Brawl: The History and Future of the Sound Recording Performance Right”, p. 182-183.

já foi interpretada, ou seja, foi gravada por artistas diversos, em várias versões. Portanto, o artista que interpreta a versão tem os direitos da gravação desta versão).

Em síntese: 1) composição musical – tem direitos de reprodução e comunicação ao público; 2) gravação de som – tem direitos de reprodução e comunicação ao público.

Em geral, os compositores fazem acordos com editoras para administração dos seus direitos, cedendo o direito ao editor e retendo somente o direito a 50% dos royalties gerados⁹²⁵.

Os direitos mecânicos (reprodução e distribuição) estão sujeitos a uma licença em que o titular de direitos autoriza a distribuição ao público de um fonograma de uma obra musical. Logo, qualquer membro do público pode criar outra gravação ou obter uma licença para distribuir uma gravação existente e reproduzir e distribuir a obra sem precisar de obter permissão do titular do direito, desde que pague a licença respectiva.

A gravação de som é devida ao intérprete da versão (que pode não ser necessariamente o compositor). Em geral, porém, os direitos são detidos na prática pelas gravadoras, que normalmente exigem o direito total da obra através de acordos por prestação de serviço⁹²⁶.

Deste modo, a gestão de exploração *online* de uma obra musical se complica por diversos fatores: (1) multiplicidade de direitos (ex: comunicação ao público, reprodução, disponibilização ao público e distribuição) que (2) pertencem a diversos titulares de direitos (autores, compositores, editoras, gravadoras e artistas). E, como anteriormente explanado, cada um desses direitos é administrado por sociedades de gestão coletiva distintas, ou ainda pelos participantes diretamente.

Com o advento da *Internet*, o mercado voltou-se para novas possibilidades de obtenção de conteúdos, nomeadamente, alguns com origem pouco legítima, o que gerou grande insatisfação pelos criadores, que viram os seus rendimentos diminuídos com a supressão das vendas físicas. Entretanto, a *Internet* passou a ter muito maior fiscalização e regulamentação, por se pensar que permitirá o aumento exponencial de conteúdos criativos. No entanto, a verdade é que se passou de uma to-

⁹²⁵ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 912.

⁹²⁶ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 920.

tal desregulação para uma regulação excessiva, complexa e demasiado restritiva para a disseminação de conteúdos, para a sua própria criação, e para a entrada de novos participantes no mercado.

O que vem ocorrendo é que, com a queda de vendas físicas, o direito de comunicação ao público passou a ser a principal fonte de receita dos Direitos de Autor de música⁹²⁷, como compensação pela perda relativa do valor da sua cópia devido aos sucessivos avanços tecnológicos que a estão tornando cada vez mais dispensável⁹²⁸. Daí a crescente agressividade das SGCs, na tentativa de exigirem este direito em todos os modelos de negócios existentes. Além disso, a separação antes clara entre editoras e gravadoras passou a ser cada vez mais fluida⁹²⁹.

No Brasil, por exemplo, as gravadoras passaram a criar as suas próprias editoras. Esta agressividade em relação à cobrança excessiva e, muitas vezes, indevida, apenas gera um bloqueio a novos modelos de negócios que poderiam ser benéficos para os seus próprios associados.

4.1.1 EUA

Desde a sua gênese, o sistema das sociedades de gestão coletiva nos EUA baseou-se em uma concorrência entre as entidades⁹³⁰⁹³¹, e ficou marcado pela presença de grandes gravadoras na sua administração⁹³². Inicialmente, os EUA tinham uma única instituição, fundada em 1914, a *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP), que alcançou bastante sucesso, especialmente com o rápido crescimento do uso comercial das rádios⁹³³. Em 1923, as emissoras de rádio, tentando esquivar-se à cobrança de taxas pela ASCAP, cria-

⁹²⁷ Daniel Campello QUEIROZ. *Relação entre Compositores e Editoras Musicais. Instituições, Contratos e Conflitos*, p. 58.

⁹²⁸ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 920.

⁹²⁹ Daniel Campello QUEIROZ. *Relação entre Compositores e Editoras Musicais. Instituições, Contratos e Conflitos*, p. 60.

⁹³⁰ Yvan DIRINGER. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modele concurrentiel en trompe l’œil”, p. 5.

⁹³¹ Marie CONNOLLY; Alan B. KRUEGER. “Rocknomics of Popular Music”, p. 41.

⁹³² Yvan DIRINGER. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modele concurrentiel en trompe l’œil”, p. 8-10.

⁹³³ Yvan DIRINGER. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modele concurrentiel en trompe l’œil”, p. 24-28.

ram a *National Association of Broadcasters* (NAB), dando origem a uma complexa disputa entre as associações, que levou a NAB a boicotar o repertório da ASCAP. Para isso, a NAB criou a BMI, em outubro de 1939, com o objetivo de rivalizar com a estrutura da ASCAP⁹³⁴ ⁹³⁵, que gerou concorrência entre ambas as entidades, mediante estratégias como a diminuição de taxas e a diversificação de repertório e serviços inovadores⁹³⁶. Paralelamente, surgiu em 1930, a SESAC, cujo objetivo principal é o licenciamento de autores europeus que não estavam bem representados neste país⁹³⁷.

Esta foi a gênese da estrutura do mercado norte-americano de entidades de gestão coletiva, que sempre se baseou na competitividade⁹³⁸.

Uma das características desse mercado foi a existência de uma organização fundada pelos usuários, o que mudou profundamente os termos de negociação e fez com que as condições de remuneração dos criadores fossem severamente influenciados pelas emissoras. Foi necessária grande intervenção para as entidades de gestão coletiva se abrirem a uma maior competição, com decretos estabelecidos pelo Departamento de Justiça que ainda hoje determinam as regras estruturais que regulam as atividades das entidades⁹³⁹.

De entre as medidas para incentivar a concorrência, em 2000 foi celebrado um acordo entre a ASCAP e a BMI que criou um modelo de licença que permite às emissoras comprarem listas (*set lists*), com

⁹³⁴Yvan DIRINGER. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modele concurrentiel en trompe l’œil”, p. 34.

⁹³⁵A ASCAP conta com o repertorio mais extenso dos EUA, com mais de 100.0000 títulos anuais. Os ingressos desta entidade se dão por cessão de uma licença em branco de todo o seu catálogo para a rádio e televisão. A BMI também se serve de uma forma de gestão similar, através da cessão de seu repertório por um determinado valor. Manuel Soler DE LA FUENTE; Juan Antonio SALCEDO UREÑA. “Las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual: la Necesidad de una Revisión General del Sistema”, p. 155.

⁹³⁶Yvan DIRINGER. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modele concurrentiel en trompe l’œil”, p. 46.

⁹³⁷Marie CONNOLLY; Alan B. KRUEGER. “Rocknomics of Popular Music”, p. 41.

⁹³⁸A respeito dos resultados positivos acerca desta concorrência ver o discurso de Larry Lessig em <http://www.ted.com/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity#>.

⁹³⁹Adolf DIETZ. “Legal Regulation of Collective Management of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe”, p. 900.

maior eficiência do ponto de vista económico⁹⁴⁰. Dada a complexidade do mundo digital, foi criada a *SoundExchange*, que administra os direitos de artistas e produtores em transmissões não interativas digitais de gravações de som, e que opera com uma licença compulsória e com taxas fixadas por “juízes” – um sistema administrado pelo *Copyright Office*⁹⁴¹. Aparentemente, este sistema de concorrência está perdendo sua força, porquanto, em 2014, a ASCAP, a BMI e a SOCAN estabeleceram uma colaboração, denominada MusicMark, na qual as três entidades estão trabalhando em conjunto para possibilitar às gravadoras submeterem suas músicas às três ao mesmo tempo, mantendo no entanto separadas as suas estruturas⁹⁴². Por terem esta génese baseada na concorrência, o enfoque destas entidades é o fluxo financeiro, deixando a questão cultural para segundo plano⁹⁴³.

O licenciamento de música nos EUA é bastante complexo, com diversas críticas e reivindicações dos participantes do mercado. É facto unânime que o sistema de licenciamento necessita ser simplificado. No entanto, a forma como tal processo decorrerá está longe de encontrar consentimento.

Em 2005, o Congresso promoveu uma série de audiências sobre a reforma do licenciamento de música, tendo o *Copyright Office* apontado para o problema da dificuldade de se determinar que direitos estão envolvidos em uma licença, especialmente no ambiente digital. A razão de ser prende-se com a complexa definição dos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição, e com a sua pretensão de cobrarem por atos que nem sequer são jurídicos, como por exemplo reproduções técnicas/instrumentais, conforme vimos⁹⁴⁴, de forma a facilitar o licenciamento e precaver os casos em que é cobrada uma taxa por duas entidades diferentes.

⁹⁴⁰ Angela Bittencourt da FONSECA. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”, p. 31.

⁹⁴¹ Daniel GERVAIS. “Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes”, p. 597.

⁹⁴² <http://www.hypebot.com/hypebot/2014/04/ascap-bmi-and-socan-song-registration-gets-easier-with-musicmark-collaboration.html?utm_content=buffer1da23&utm_medium=social&utm_source=linkedin.com&utm_campaign=buffer>.

⁹⁴³ Daniel GERVAIS. “Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes”, p. 595.

⁹⁴⁴ Item 3.3, Capítulo V.

Há quem entenda que os EUA beneficiariam se tivessem, como muitos países, um sistema em que os direitos fossem tratados por uma única entidade. Nesta lógica, exigir que um licenciado procure licenças de entidades diferentes para uma única transmissão de uma única obra é bastante ineficiente e caro. Criar tal sistema nos EUA iria, no entanto, implicar reformular as medidas anti-concorrência que impedem as sociedades de licenciar os direitos mecânicos e de comunicação ao público⁹⁴⁵.

Quanto à revisão do licenciamento de música, em curso desde 2005, o problema vem sendo apontado e debatem-se as mesmas questões. Mais uma vez, as partes interessadas apontam impedimentos para o licenciamento para distribuição *online*, observando que apesar de se ter verificado um crescimento de serviços neste âmbito, um número de obstáculos tem desacelerado o seu desenvolvimento.

Em abril de 2013, o Congresso iniciou uma revisão da lei de Copyright para avaliar se os sistemas de licenciamento ainda estão eficientes para a era digital⁹⁴⁶, tendo o relatório Copyright in the Digital Era: Building Evidence for Policy, de maio desse mesmo ano, apontado as mesmas questões e enfatizado a necessidade de uma pesquisa empírica para contribuir para essa revisão.

O relatório descrevia questões que confirmavam o que já havia sido constatado desde 2005⁹⁴⁷, ou seja, que para lançar um serviço e para qualquer situação que utilize música *online* uma empresa deve passar por um processo de licenciamento bastante complexo, combinando licenças legais e negociações diretas com titulares de direitos.

No caso de licenciamento de obras musicais, embora exista uma licença legal na legislação norte-americana que permite a reprodução e distribuição de composições musicais (conhecida como licença mecânica), não há uma licença legal para a comunicação ao público, uma vez que estes direitos são administrados, muitas vezes, por entidades diferentes.

No sistema norte-americano a licença legal para os direitos mecânicos é específica para cada obra, sem que haja *licença-blanket* para composições musicais. Isso leva a que quem queira usar a licença me-

⁹⁴⁵ Green Paper on Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, p. 85.

⁹⁴⁶ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights*, p. 14.

⁹⁴⁷ <<http://www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>>, p. 77.

cânica seja confrontado com um procedimento mais complexo em que deve notificar cada titular de direito.

O problema com impacto na questão aqui estudada da insatisfatória disseminação de novos conteúdos e serviços é que esta nova realidade está proporcionando novas possibilidades de distribuição e fruição que, em muitos casos, parecem misturar as linhas tradicionais entre os diferentes Direitos de Autor, oferecendo atos combinados de reprodução, distribuição e colocação à disposição para uso, podendo seus usuários desfrutar de formatos híbridos para acessar aos conteúdos. Como resultado, os diferentes administradores de diferentes direitos têm reivindicado o pagamento de uma única música de uma única obra de um titular de direito⁹⁴⁸.

Esta duplicação já tem sido objeto de análise pelos Tribunais, que têm decidido que algumas distribuições, incluindo transmissões de *download* e *ringtones*⁹⁴⁹, não implicam um direito de comunicação pública, pelo que apenas o direito mecânico deve ser assegurado.

As partes interessadas estão tentando resolver algumas destas questões através de negociações privadas. Por exemplo, em Abril de 2012, organizações que representavam editoras, grandes gravadoras e serviços de música digital chegaram a um acordo estabelecendo taxas de *royalties* para direitos mecânicos numa variedade de serviços inovadores, embora só para um determinado estilo de música.

As editoras, as gravadoras e os serviços de música também concordaram que o *streaming* não interativo não implica em um direito mecânico, somente o direito de comunicação ao público.

Não deixa de ser curiosa a ingerência das gravadoras em questões que envolvem um grau de análise e de interpretação jurídica tal que nem mesmo os Tribunais definiram até ao momento. De facto, existe grande controvérsia na jurisprudência relativamente à questão de a reprodução em memória RAM constituir um ato de reprodução jurídica⁹⁵⁰. O *streaming*, por seu lado, obriga a realizar reproduções

⁹⁴⁸ Além destas indefinições, existe também a questão no direito norte-americano da disparidade de cobrança de Performance Right nas rádios digitais e não cobrança nas tradicionais, o que se considera uma incoerência não justificável que pode levantar até questões de concorrência. Brian DAY. “The Super Brawl: The History and Future of the Sound Recording Performance Right”, p. 180.

⁹⁴⁹ Item 5, Capítulo VI.

⁹⁵⁰ Conforme já visto no Item 2.5, Capítulo V.

técnicas/instrumentais em memória RAM, mas não existe consenso em relação a este tipo de reprodução; apesar de ser uma reprodução temporária, tem efeitos jurídicos. Nos parece que esta situação deveria ser definida, não pelas gravadoras, mas por um Tribunal ou pela lei. Aqui está um exemplo claro do grau de ingerência das gravadoras no plano jurídico.

A ameaça de cobrança dupla por outros serviços tem sido evitada com a inclusão de uma fórmula que dita que qualquer pagamento às SGCs, no que concerne à licença para comunicação ao público, pode ser subtraído dos *royalties* devidos pela licença mecânica. Todavia, o procedimento ainda é complexo.

O problema do licenciamento de gravações de som é em geral menos complexo. No caso de transmissões digitais não interativas, não há licença legal para a comunicação pública. Licenças para transmissões interativas e outros usos como *download* e *ringtones* devem ser negociados individualmente. Embora estas negociações levem tempo, só precisa de ser abordado um pequeno número de licenciadores.

Apesar de ter havido um progresso subsequente no sentido de se melhorar o cenário de licenciamento, como sucedeu com o Acordo de Abril de 2012, continuam a existir preocupações.

Em abril de 2014, o *Copyright Office* anunciou a possibilidade de revisões do *Copyright Act* e emitiu um documento com as conclusões acerca do tema⁹⁵¹, indicando que é chegado o momento de se questionar o paradigma existente de licenciamento de obras musicais e gravações de som, e de se ponderar uma mudança significativa.

As editoras e as entidades de gestão decepcionam-se com o facto de a sua atividade ser objeto de tanto controle governamental, enquanto as gravadoras e os serviços digitais reclamam que o processo de licenciamento é complexo e ineficiente, tornando difícil a inovação⁹⁵²⁻⁹⁵³:

Os principais pontos de reforma no *Copyright Office* são: (i) o estabelecimento de um licenciamento de obras musicais e gravações

⁹⁵¹ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights.

⁹⁵² Um exemplo de quais licenças devem ser obtidas por cada serviço digital pode ser visto em *Green Paper on Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, p. 84.

⁹⁵³ <<http://www.copyright.gov/fedreg/2014/79fr14739.pdf>>; <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=df3d859f-e867-45bd-b988-eff193736d91>>.

de som sem regulação governamental, especialmente em relação ao uso de *streaming* interativo e ao *download*; (ii) a ampliação do direito de comunicação pública em gravações de som para radiodifusão de rádio terrestre, uma vez que tal distinção é injusta; (iii) a ampliação do direito de comunicação ao público em serviços digitais para gravações de som anteriores a 1972⁹⁵⁴; (iv) a adoção de um padrão de taxas baseado no livre mercado para todas as taxas governamentais, e a eliminação da abordagem com orientação política; (v) a permissão de um licenciamento coletivo de direitos mecânicos, mas com um direito de retirada para uso de *streaming* e *download*, tornando mais flexível o sistema de licenciamento coletivo; (vi) o estabelecimento de uma licença *blanket* para usos digitais ao abrigo da Seção 115, da mesma forma que na comunicação pública; (vii) a manutenção de usos para o audiovisual no mercado livre, ao contrário do sugerido pelas gravadoras.

O *Copyright Office* também faz críticas ao papel do Governo no licenciamento de música, papel esse que considera incomum e expansivo relativamente a outros tipos de obras criadas e disseminadas ao abrigo do *Copyright Act*. Em muitos casos, os atos governamentais compelem titulares de direitos a licenciarem suas obras a taxas estabelecidas pelo Governo. A regulação de editores e compositores é particularmente invasiva: as duas áreas mais significativas (licenciamento mecânico e de comunicação pública) são sujeitas a licenças mandatórias.

Por fim, para implementar os princípios e recomendações mencionados, o *Copyright Office* sugere uma atualização do sistema de licenciamento que teria os seguintes componentes básicos: criação de MROs, i.e. entidades que ficariam responsáveis por gerir ambos os direitos, gozando de uma exceção anti-concorrência. Organizações existentes, como a ASCAP, a BMI, a HFA e outras, poderiam ser qualificadas como MROs. A criação de uma GMRO que teria como responsabilidade fundamental a manutenção de uma base de dados acessível de obras musicais representadas por cada MRO, e a supervisão do sistema. Nesta nova proposta, o estabelecimento de taxas seria regido pelo livre mercado e o CRB apenas interviria quando necessário, ou

⁹⁵⁴ Em 1971 o Congresso garantiu pela primeira vez que as gravações de som tinham proteção federal do *Copyright Act*. Portanto, pela primeira vez, as gravadoras e os artistas podiam licenciar os seus trabalhos, contudo este direito estava limitado apenas à distribuição e reprodução. Brian DAY. “The Super Brawl: The History and Future of the Sound Recording Performance Right”, p. 184.

seja, quando a MRO ou a *SoundExchange* e um licenciado não concorrassem com a taxa⁹⁵⁵.

A insatisfação em relação à eficiência das SGCs é patente. Se por um lado se vê que nos EUA há uma oferta de conteúdos criativos superior à do resto do mundo, bem como plataformas intermediárias⁹⁵⁶, por outro observa-se que também há uma grande insatisfação com a transparência no licenciamento⁹⁵⁷. Segundo algum entendimento, parece claro que o modelo norte-americano não deve ser copiado⁹⁵⁸, por pouco eficiente e inclinado a levar à incerteza jurídica, e ainda pelo facto de estas SGCs norte-americanas coletarem bem menos do que as equivalentes na União Europeia⁹⁵⁹, o que não deixa de ser curioso, dado maior volume de criação de conteúdos nos EUA.

Certos titulares de direitos consideram que a concorrência entre as duas grandes sociedades nos EUA (BMI e ASCAP) no recrutamento de membros para as suas listas leva à ineficiência e ao despesismo com serviços de publicidade/marketing, em vez de se investir em serviços de gestão e de monitoramento dos direitos, saindo beneficiados apenas os grandes titulares.

Por outro lado, vê-se que a discussão do tema desde 2005 debate as mesmas questões e reivindicações, bem como as mesmas sugestões do *Copyright Office*. Nenhum grande avanço se verifica. Tal quadro é extremamente prejudicial, tanto para os novos participantes, como para os pequenos e médios criadores e intermediários.

Nesse sentido, nos parece claro que, a despeito de algumas tentativas, os EUA ainda estão extremamente atrasados e desfasados. As

⁹⁵⁵ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights*.

⁹⁵⁶ *Apple's iTunes, Microsoft's Zune, Rhapsody, Beatport, Pandora, Spotify*, para citar alguns. Em vez de a indústria se focar em lutar contra o inevitável fenómeno da partilha de música, a indústria deve focar-se em como é que o pode monetizar. E. Jordan TEAGUE. "Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power and Balance in Digital Copyright", p. 212.

⁹⁵⁷ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights*.

⁹⁵⁸ Giuseppe MAZZIOTTI. "New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management", p. 757.

⁹⁵⁹ KEA. *The Collective Management of Rights in Europe: the Quest for Efficiency*, p. 21. De acordo com o estudo, a arrecadação nos EUA em 2006 foi de 1.5 bilhões de euros, enquanto a da Comunidade Europeia foi de 3.9 bilhões.

medidas propostas pelo *Copyright Office* parecem representar algum avanço; porém, é evidente que o sistema continuará sendo complexo, caro e moroso e passível de pressões indesejadas.

Finalmente, o que se observa é que não foi devidamente abordado o ponto central da questão dos licenciamentos, qual seja: a questão da duplicidade de licenças cobradas sobre uma única oferta de conteúdo, decorrente da nova forma de distribuição na *Internet*, e que demanda uma reforma profunda na estrutura das licenças e não meras recomendações que não esclarecem os direitos envolvidos em cada tipo de serviço.

Esta complexidade do licenciamento tem levado as partes a buscarem acordos privados, especialmente sob a guia das gravadoras. É algo que a doutrina critica, enquanto acredita que tais acordos podem levar a distorções no mercado⁹⁶⁰ e a prejudicar os criadores⁹⁶¹. Em nosso entender, esta busca de acordos privados apenas coloca em evidência que a forma de licenciamento tradicional é falha e que os privados, na sua tentativa de resolverem esta questão, procuram formas alternativas de licenciamento.

Numa outra perspectiva, a doutrina parece preocupar-se muito com os interesses dos criadores tradicionais, esquecendo-se, no entanto, que o licenciamento ineficiente prejudica, grave e irremediavelmente, os interesses dos novos criadores – também eles protegidos pelo Direito de Autor – e, em última análise, a própria sociedade que a doutrina tanta vezes afirma dever ser protegida, ao bloquearem a criação e difusão de conteúdos.

4.1.2 BRASIL

No Brasil, as sociedades de defesa de Direitos de Autor surgiram no início do século XX⁹⁶². A primeira, da área teatral e surgida em 1917, foi a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), que acabou por ficar também responsável pela arrecadação decorrente de

⁹⁶⁰ Kristelia A. GARCÍA. “Private Copyright Reform”, p. 4.

⁹⁶¹ Kristelia A. GARCÍA. “Private Copyright Reform”, p. 43. No mesmo sentido. Peter DiCOLA; David TOUVE. “Licensing in the Shadow of Copyright”, p. 401.

⁹⁶² Adriana Tolfo OLIVEIRA. “Os Critérios Praticados pelo ECAD na Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais advindos das Obras Musicais”, p. 8.

execução de músicas, e por agregar dessa forma os compositores. A partir daí, o que se viu foi uma série de disputas e divergências que acabaram dando origem a um quadro bastante complexo e ineficiente, que perdura até o momento no cenário musical brasileiro. Com a promulgação da Lei n. 5.988/73 foram criados o Conselho Nacional de Direito de Autor – CNDA e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD⁹⁶³.

Devido a grandes dificuldades de atuação, foi desativado em 1990 o CNDA, juntamente com a extinção do Ministério da Cultura, o que gerou grandes discussões no âmbito do tema⁹⁶⁴.

Atualmente, cada segmento de obras literárias e artísticas tem uma forma de gestão própria⁹⁶⁵. Porém, tal como nos demais países, o segmento da música é o que traz maiores complicações, tanto pelo volume de negócios envolvido quanto pela estrutura apresentada.

O órgão responsável pela gestão é o ECAD, associação civil de natureza privada, sem finalidade econômica e sem fins lucrativos⁹⁶⁶, que é um escritório organizado pelas associações de autores e demais titulares e/ou afiliados e/ou representados para centralizar a cobrança e a distribuição de *royalties* decorrentes da execução pública de obras musicais e/ou lítero-musicais e de fonogramas, nacionais e estrangei-

⁹⁶³ O ECAD arrecadou em 2012 um total de R\$ 624,6 milhões. Segundo dados estatísticos oficiais, a instituição distribuiu em 2012 mais de R\$ 470 milhões a 106.336 compositores, intérpretes, músicos, editores, produtores fonográficos e associações. Em 2013, o ECAD registrou um crescimento significativo na arrecadação de receitas, com a distribuição de R\$ 804,1 milhões aos autores. O setor da TV por assinatura foi o que mais contribuiu para esse aumento. Já o meio da TV aberta cresceu em 164% nas contribuições pagas à entidade. O Escritório esclarece que os acordos firmados com veículos com a TV Globo e as operadoras Net e Sky contribuíram para a elevação dos valores. O número de artistas beneficiados também aumentou, contemplando um total de 122.872 pessoas, entre compositores, intérpretes, músicos e produtores fonográficos.

⁹⁶⁴ José Carlos Costa NETTO. *Direito Autoral no Brasil*, p. 136-142.

⁹⁶⁵ A dramaturgia tem uma gestão praticamente individualizada. Estabelecem-se contratos individualizados entre os usuários e cada um dos autores de dramaturgia, seja ele brasileiro ou estrangeiro. Da mesma forma, nas artes visuais, na AUTVIS, as licenças são individualizadas.

⁹⁶⁶ Art. 1º do Estatuto do ECAD.

ros, em todo o território nacional, inclusive através da radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade e da exibição cinematográfica⁹⁶⁷.

Trata-se de um modelo de gestão centralizado, em que as organizações formam uma espécie de coligação que disponibiliza uma fonte única onde os usuários podem obter autorizações⁹⁶⁸.

O ECAD tem exclusividade na gestão dos direitos. É um ponto bastante polêmico, tanto entre os titulares de direitos quanto entre a doutrina. Este caráter monopolístico é defendido pela entidade, principalmente porque entende – com alguma doutrina – que desse modo se ganha em eficiência,^{969 970}. Esta estrutura monopolística coloca o problema da necessária intervenção do Estado, que foi garantida através de uma supervisão superior, extinta temporariamente e atualmente em vigor^{971 972}.

A atuação do ECAD suscita diversas s: (i) o facto de ter natureza monopolística; (ii) o facto de ter permanecido por muito tempo sem regulação Estatal; (iii) os valores cobrados; (iv) a sua natureza jurídica⁹⁷³; (v) a liberdade de associação e consequente violação do direito de associação.

⁹⁶⁷ Esta representação no Brasil não foi feita de forma pacífica, ocorrendo diversas disputas judiciais sobre a legitimação do ECAD para agir em nome próprio, sendo que a jurisprudência foi no sentido de haver legitimidade. A voltou por ocasião da Constituição Federal de 1988 e a desativação do CNDA, como se verá adiante. José Carlos Costa NETTO. *Direito Autoral no Brasil*, p.144.

⁹⁶⁸ Angela Bittencourt da FONSECA. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”, p. 30.

⁹⁶⁹ Neste sentido, José Carlos Costa NETTO. *Direito Autoral no Brasil*, p.150-156.

⁹⁷⁰ Alan Rocha de SOUZA. *Anais do Seminário A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado*, p. 121.

⁹⁷¹ Alan Rocha de SOUZA. *Anais do Seminário A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado*, p. 120.

⁹⁷² O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Económica), órgão reponsável pela defesa da concorrência no Brasil, emitiu decisão em 2013 referente a medidas abusivas praticadas pelo ECAD e pelas instituições dela participantes. Luiz Gonzaga Silva ADOLFO. *A Crise da Gestão Coletiva dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação e a Nova Formatação Legal da Atuação do ECAD*, p. 5.

⁹⁷³ No Brasil há ainda a discussão do Estatuto Jurídico destas entidades, com grande divergência entre autores. Há três posições possíveis: é associação exclusivamente privada; outra é sua caracterização como entidade privada no cumprimento de uma função pública; ou, ainda, é monopólio legal. O entendimento do Supremo Tribunal Federal indica que essa entidade, apesar de privada, exerce uma função pública de proteger direitos fundamentais e garantir o acesso às obras musicais e, portanto, não pode ter plena

A remuneração dos autores suscita bastante porque, em primeiro lugar, é estabelecida unilateralmente pelo ECAD⁹⁷⁴, o qual leva em consideração a importância da música para o estabelecimento, a atividade exercida pelo usuário da obra, a periodicidade da sua utilização e a maneira como a apresentação se realiza; tudo isto, no entanto, pode estar ferindo a lei, que não faz alusão a cotas ou valores máximos ou mínimos⁹⁷⁵. Além disso, há grandes em torno das questões concorrenciais^{976 977 978}.

Por fim, após anos de intensos debates e forte insistência da classe artística, foi alterada a lei do ECAD em Agosto de 2013, alterando-se as regras de cobrança dos Direitos de Autor, e mantendo o monopólio privado, embora fiscalizado, de forma a aumentar a transparência⁹⁷⁹. Destaca-se a inclusão do parágrafo 6º ao art. 68, alterando o dever de prestar as informações quanto à execução ou exibição pública do empresário ao usuário. Além disso, foram mudadas as regras relativas aos cargos de direções da instituição e imposição de um cadastro centralizado conten-

liberdade de decidir privadamente. Concluindo, questiona-se se a Entidade está sujeita às regras de concorrência em razão da sua atividade econômica exclusiva. (Alan Rocha de SOUZA. *Anais do Seminário A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado*, p. 122).

⁹⁷⁴ Resp nº 1994/0010538-0 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 27/08/1996, in Diário de Justiça de 14/10/1996, p. 38999 (Angela Bittencourt da FONSECA. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”, p. 25).

⁹⁷⁵ Carlos Alberto BITTAR. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*, p. 117.

⁹⁷⁶ Angela Bittencourt da FONSECA. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”, p. 30-31.

⁹⁷⁷ Alan Rocha de SOUZA. *Anais do Seminário A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado*, p. 123.

⁹⁷⁸ Angela Bittencourt da FONSECA. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”, p. 31.

⁹⁷⁹ A falta de supervisão estatal foi tema bastante polêmico no direito brasileiro, suscitando muita crítica da doutrina. “Os preços dos direitos de autor fixados pelo ECAD não estão sujeitos a exame ou controle governamental (...)” (Regulamento do ECAD, D.O.U. de 24/7/89, p. 12.332) – Carlos Alberto BITTAR. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*, p. 109. Por sua vez, a lei n. 9.610/98 não especificou claramente quais as competências do poder público frente aos direitos do autor e não forneceu mecanismos semelhantes ao CNDA para que o Estado os gerisse e fiscalizasse. Com o fim do CNDA, o ECAD, segundo José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Autoral*, 1997, p. 633, “deixou de ser uma entidade sujeita à supervisão dum órgão administrativo imparcial. Caiu-se na situação de vazio legal.”. No mesmo sentido, Manoel J. Pereira dos SANTOS. “Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira”, p. 67).

do as informações pertinentes para uma boa administração dos direitos envolvidos. Considera-se que estas alterações ao menos têm como intenção colocar o criador no centro de atenção do sistema⁹⁸⁰.

A questão do problema da transparência é evidenciada pelo facto de o ECAD ser controlado pelas editoras⁹⁸¹ e, posteriormente, pelo facto de as gravadoras também se imiscuírem nas diretorias das associações que compõem o órgão⁹⁸².

O ECAD tem considerado que a venda de música online envolve tanto a execução pública quanto a distribuição⁹⁸³. Ou seja, tanto há execução pública ao disponibilizar ao consumidor na internet um arquivo musical para venda, como há distribuição ao transferir a propriedade, quando ocorrer a venda do arquivo.

No que respeita à distribuição da obra, o art. 5º (inciso IV) da LDA, define que esta é a colocação à disposição do público do original ou cópia da obra, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.

Na internet isto significa que a distribuição de música ocorre quando tiver ocorrida a fruição de uma obra protegida após a sua colocação à disposição para uso. No fundo, a distribuição ocorre aquando da fruição da obra musical, conforme é também nosso entendimento, e o art. 29, VII trata da exigência da licença. No entanto, chama bastante a atenção o facto de a nova lei do ECAD não tratar diretamente da questão da *Internet*, tendo principalmente em consideração que esta lei entrou em vigor em 2013, ou seja, quando a difusão de conteúdos digitais pela Internet já se realizava plenamente, existindo até questões relativas ao licenciamento neste âmbito e havendo grandes participantes digitais com modelos de negócios *online* plenamente ativos no país e que necessitavam de licenças para esse efeito.

⁹⁸⁰ Luiz Gonzaga Silva ADOLFO. *A Crise da Gestão Coletiva dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação e a Nova Formatação Legal da Atuação do ECAD*, p. 7, 8 e 12.

⁹⁸¹ Daniel Campello QUEIROZ. *Relação entre Compositores e Editoras Musicais. Instituições, Contratos e Conflitos*, p. 62 e 67.

⁹⁸² A arrecadação anual do ECAD é bastante insatisfatória. Na União Europeia, por exemplo, arrecada-se cerca de sessenta vezes mais. Sobre os diversos processos judiciais contestando os valores e os métodos de arrecadação do ECAD, ver Adriana Tolfo OLIVEIRA. “Os Critérios Praticados pelo ECAD na Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais advindos das Obras Musicais”, p. 23-29.

⁹⁸³ <<http://www.cipead.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/03/LivroDireitoAutoral.pdf>>, p. 88.

Observa-se no Brasil um descompasso em relação aos demais países industrializados na discussão do tema. O ECAD, a despeito de uma recente alteração em sua legislação, continua a ter uma atuação insatisfatória.

4.1.3 UNIÃO EUROPEIA

Na Europa, o sistema de Gestão Coletiva iniciou-se em 1777, no campo das obras dramático-musicais, principalmente no âmbito das execuções em palco e da execução pública de produções de palco^{984 985}.

No campo da música, foi fundada a Agence Centrale, a direta predecessora da primeira Sociedade de gestão coletiva moderna, a Société des Auteurs et Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM), estabelecida em 1851, que é a mais antiga administradora de direitos de execução e direitos mecânicos para música, e que se tornou um modelo europeu^{986 987}.

A União Europeia enfrenta um dos seus maiores desafios, e apesar da Diretiva da Licença Multi-Territorial de 2014, é ainda um campo largamente não harmonizado, em que a conotação territorial ainda prevalece, mesmo com o material protegido sendo transferido através do uso de plataformas transfronteiriças pela *Internet*^{988 989 990}.

⁹⁸⁴ Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law – A Commentary*, p. 1151.

⁹⁸⁵ Maria Mercedes FRABBONI. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”, p. 375.

⁹⁸⁶ Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 375.

⁹⁸⁷ Mihály FICSOR. “Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it Remain Voluntary or May it be Extended or Made Mandatory?”, p. 19.

⁹⁸⁸ Estelle DERCLAYE. *Research Handbook of the Future of EU Copyright*, p. 373.

⁹⁸⁹ A Licença Multi-Territorial será tratada especificamente no Item 4.2.1, Capítulo VI.

⁹⁹⁰ Sociedades de Gestão Coletiva coletam em volta de 6 bilhões na UE todo ano. A grande maioria desta renda está nas mãos de aproximadamente 70 organizações de gestão coletiva europeias, gerindo direitos de autor (de mais de 1 milhão de autores). Ver <[http://União Europeia.eu/rapid/press-release_MEMO-14-79_en.htm](http://União%20Europeia.eu/rapid/press-release_MEMO-14-79_en.htm)>. A maioria dos proventos deriva de criações musicais (mais de 80% no caso de sociedades de autores); João Pedro QUINTAIS. “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (Some) Multi-Territorial Licensing”.

Antes da Diretiva de 2014, que veio tratar diretamente do licenciamento multi-territorial, a Comissão lançou diversas iniciativas e, desde o começo da década de 90, várias medidas regulatórias foram adotadas. Os documentos dirimiam questões referentes à transparência, à eficiência, à criação de um mercado eficiente para autores e usuários e, dentro do contexto do mercado único, ao licenciamento multiterritorial^{991 992 993}.

A despeito de o território europeu ser tratado como um único mercado do ponto de vista mercadológico, e ainda a despeito do esforço por unificar numa União Europeia, muitas questões ainda são tratadas por cada Estado Membro individualmente. A liberdade de circulação e o mercado único ainda não atingiram de forma satisfatória os Direitos de Autor.

4.2 OS ACORDOS BILATERAIS

Num primeiro momento, na União Europeia as SGC de cada Estado Membro realizavam acordos bilaterais umas com as outras, e este sistema era considerado bastante ineficiente. Os acordos bilaterais são contratos-padrão em que uma sociedade dá poder à outra de representar o repertório no seu país⁹⁹⁴.

De forma a facilitar a cooperação internacional entre as sociedades, os administradores de diferentes repertórios formaram organizações internacionais para coordenar e moderar a interação e para

⁹⁹¹ João Pedro QUINTAIS. “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (Some) Multi-Territorial Licensing”.

⁹⁹² Manuel Soler DE LA FUENTE; Juan Antonio SALCEDO UREÑA. “Las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual: la Necesidad de una Revisión General del Sistema”, p. 164.

⁹⁹³ APEPI. *Gestão do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno. A propósito da comunicação da Comissão Europeia de 16 de Abril*, p. 8.

⁹⁹⁴ Anke SCHIERHOLZ. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”, p. 1155.

definir as posições políticas comuns dos seus respectivos membros, tais como, CISAC, BIEM, IFRRO, AEPO-ARTIS, EVA.^{995 996 997}

Foram tomadas algumas medidas como tentativas de melhorar os tradicionais acordos bilaterais de molde a facilitarem a distribuição de música na *Internet*. Referimos, por exemplo, o Acordo de Santiago e o Acordo Biem Barcelona^{998 999} que, em 2004, foram alvo de objeções por questões concorrenciais¹⁰⁰⁰ e, portanto, não foram renovados¹⁰⁰¹.

Nem todas as SGCs tinham acordos bilaterais, o que significava que a União Europeia dispuinha de um sistema extremamente pulverizado, mas sem outro que cobrisse todo o repertório disponível em todo o espaço europeu e qualquer tipo ou forma de exploração¹⁰⁰².

Entendia-se que esta espécie de acordos apenas servia para potencializar a fraca disseminação de conteúdos e para enfatizar o problema da territorialidade.

4.2.1 A OPÇÃO PELA LICENÇA MULTI-TERRITORIAL

A Comissão da União Europeia detectou sempre problemas no licenciamento de música, nomeadamente pelo facto de as SGCs não

⁹⁹⁵ Anke SCHIERHOLZ. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”, p. 1155-1156.

⁹⁹⁶ Em junho de 1926, 18 sociedades estabeleceram a International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC), cuja participação vem aumentando cada vez mais, incluindo além das sociedades tradicionais, sociedades lidando com outros tipos de obras, tais como obras de arte e obras audiovisuais. Paul FLORENSON. “La Gestion du Droit d’Auteur et des Droits Voisins en Europe”, p. 24, 96-100, 100-125.

⁹⁹⁷ Martti KIVISTÖ. “Collecting societies, competition, and the Services Directive”, 482-493.

⁹⁹⁸ Estelle DERCLAYE. *Research Handbook of the Future of EU Copyright*, p. 381-384.

⁹⁹⁹ Estas Licenças Multi-Territoriais não correspondem à Licença Multi-Territorial que será tratada no Item seguinte, proposta pela Comissão Europeia.

¹⁰⁰⁰ *European Commission press notice of European Commission proceedings against the 16 national CCS in the ‘Santiago Agreement’*. IP/04/586; Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 3.

¹⁰⁰¹ Giuseppe MAZZIOTTI. “New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management”, p. 764.

¹⁰⁰² Ana Eduarda SANTOS. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”, p. 5.

serem eficientes¹⁰⁰³ e devido à necessidade de um mercado sem barreiras geográficas, problemas estes que não eram resolvidos pelos acordos bilaterais¹⁰⁰⁴, e que até eram mesmo potencializados por essa via.

Como solução para os problemas apresentados pelo sistema de licenciamento que tinha por base acordos bilaterais¹⁰⁰⁵, foram cogitadas várias possibilidades com o objetivo de abrir a União Europeia ao crescimento de legítimos serviços *online*¹⁰⁰⁶.

De entre todas as possibilidades equacionadas, a opção que se mostrou mais eficiente, segundo a Comissão foi a de permitir que os titulares de Direitos de Autor escolhessem uma determinada SGC localizada no espaço europeu, para gerir os seus direitos *online* em toda a União Europeia.

O estudo que teve por base esta solução apresentou as seguintes vantagens: (i) elimina um intermediário; (ii) abre-se uma possibilidade de ter uma gestão europeia; (iii) elimina as deduções que os acordos de reciprocidade implicam, aumentando, assim, os ganhos dos titulares de Direitos de Autor; (iv) um mercado não marcado pela territorialidade não só aumenta as escolhas dos titulares de Direitos de Autor e estimula as SGC a competirem, como também força algum desses serviços a se diferenciarem; (v) o esquema leva a uma formação de nichos de licenciamentos, que pode promover a diversidade cultural.

A Comissão apontou ainda a sua preferência pela Licença Multi-territorial, baseada em outros aspectos, tais como a competitividade, o fluxo de negócios, a inovação, o crescimento e os preços¹⁰⁰⁷. A Comissão entende que a concorrência entre as sociedades levará a uma evolução de repertórios mais atrativos e à maior eficiência dessas sociedades.

Apesar dos objetivos nobres que deram origem à licença Multi-Territorial, esta realizou-se através de uma série de instrumentos legislativos

¹⁰⁰³ “The Commission concludes from its Decision that the traditional territorial limitations of the administration of *copyrights* have become obsolete in view of the new conditions brought about by digital technology”. Ernst-Joachim MESTMÄCKER. “Agreements of Reciprocal Representation of Collecting Societies in the Internal Market – The Related Rights of Phonograms Producers as a Test Case (Simulcasting)”, p. 65.

¹⁰⁰⁴ Lueder TILMAN. “Working Toward the Next Generation of Copyright Licenses”.

¹⁰⁰⁵ Ana Eduarda SANTOS. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”, p. 5.

¹⁰⁰⁶ Estelle DERCLAYE. Research Handbook of the Future of EU Copyright, p. 394.

¹⁰⁰⁷ Ana Eduarda SANTOS. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”, p. 17.

que sofreram muitas críticas. Desde 1995, o Livro Verde sobre Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação (COM (95) 382) evidenciava os desafios trazidos pelas inovações tecnológicas¹⁰⁰⁸.

Na década seguinte, lançaram-se diversas iniciativas, depois interrompidas e a que se sucederam reviravoltas, culminando com a Diretiva de 2014^{1009_1010_1011_1012_1013}.

Uma das grandes divergências entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia, dizia respeito à concorrência, nomeadamente ao risco de se favorecer a concentração de direitos nos maiores gestores.

O Parlamento apoiava-se no criticismo dos autores Towse e Handke, que são os maiores defensores dos benefícios do sistema monopolístico,

¹⁰⁰⁸ Maria Mercedes FRABBONI. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”, p. 389.

¹⁰⁰⁹ Estelle DERCLAYE. *Research Handbook of the Future of EU Copyright*, p. 388 e 397.

¹⁰¹⁰ Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 18.

¹⁰¹¹ Ana Eduarda SANTOS. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”, p. 9-11.

¹⁰¹² Conforme P. Bernt HUGENHOLTZ. “Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law”, p. 12-26: “(...) it appears that territoriality, as an essential characteristic of copyright and related rights, is both a natural basis for the partitioning of the common market, and a major hindrance for an internal market in content-related services to have its full effect. As a consequence, as long as territorially defined national copyrights and related rights persist, no complete Internal Market will be possible, even if total and perfect harmonization of national laws were to be achieved. (...) While the Commission’s recent Online Music Recommendation does address some of the problems cause by territoriality in the field of collective rights management of musical works, even the Recommendation does not question the territorial nature of copyright and related rights as such”.

¹⁰¹³ Maria Mercedes FRABBONI. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”, p. 393.

além de defensores do antigo sistema de acordos bilaterais^{1014_1015_1016_1017}. Alertaram os autores, ainda, para o risco de repertórios de nicho poderem ser abandonados, já que são mais caros para monitorizar, coletar e distribuir. Alegam que há um prejuízo para as SGCs de gestão coletiva, pequenas e médias, e que estas não possuem conhecimento e estrutura necessários para a licença multiterritorial. Por outro lado, entendem que os seus repertórios não são essenciais para uma empresa lançar um serviço *online*, o que tornará o seu repertório sem importância. Outra questão que os autores levantam é se direitos *online* e *offline* podem ser administrados separadamente¹⁰¹⁸. Towse é de opinião que, a despeito da imagem de que no ambiente digital as SGCs não estão se mostrando satisfatoriamente eficientes, a alternativa defendida por alguns, ou seja, a utilização de novas tecnologias e criação de uma agência centralizada somente para o ambiente digital, como forma de diminuição de custos de licenciamento, monitorização e aplicação da lei, iria levar à descentralização da administração¹⁰¹⁹, sendo portanto prejudicial.

¹⁰¹⁴ Maria Mercedes FRABBONI. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”, p. 398.

¹⁰¹⁵ Giuseppe MAZZIOTTI. “New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management”, p. 766.

¹⁰¹⁶ A Direção-Geral da Concorrência interveio, na sequência de uma queixa apresentada pelos utilizadores, instaurando um processo à CISAC (Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores), que conta com 24 sociedades de gestão coletiva entre os seus membros, defendendo, neste procedimento, a abertura de caminho a um oligopólio e opinando que a concorrência entre as Sociedades de Gestão Coletiva pode levar a extinção das pequenas, em detrimento das culturas minoritárias. O Acordo CISAC – foi proposto pela entidade como modelo para os contratos de representação recíprocos entre os membros da Confederação, para a gestão coletiva dos direitos de cada categoria de exploração coberta pelo direito de execução pública. Em abril de 2003 houve uma denúncia por parte de uma emissora para União Europeia e Ásia (*Music Choice*) contra o Acordo. Em 16 de julho de 2008, a Comissão Europeia adotou a decisão de proibir as 24 sociedades de gestão coletiva de restringir a concorrência em relação a estas condições de gestão, que, segundo o entendimento, fere o art. 81 do Tratado, bem como o art. 53 do Acordo EEA (CASO COMP/C2/38.698).

¹⁰¹⁷ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 11.

¹⁰¹⁸ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”, p. 8.

¹⁰¹⁹ Ruth TOWSE. “Economics of Copyright and Collecting Societies and Digital Rights: Is there a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?”, p. 3.

A autora argumenta que os custos altos decorrem de três fatores: o impacto da digitalização; as licenças multi-territoriais e a administração das SGCs. Os dois primeiros fatores, especialmente, são inerentes ao próprio advento da tecnologia digital e, em sua opinião, não se relacionam com falta de eficiência das sociedades. Isto porque, prossegue a autora, uma obra em formato digital exige mais permissões, o que demanda ainda mais licenciamento de colocação à disposição do público, aumentando, portanto, os custos e dificultando o processo¹⁰²⁰. Assim, em sua opinião, nas críticas às SGCs há que levar em conta que o ambiente digital criou novos direitos digitais tanto nas obras antigas quanto nas novas; há mais licenciamento do que venda e um aumento vertiginoso de custos para o procedimento de procura de informação¹⁰²¹.

Em nossa opinião, esta autora foi a que realmente detectou, em parte, o problema principal, que é exatamente o facto de que na era digital houve um aumento de demanda de emissão de licenças, especialmente em relação ao direito de colocação para o público. No entanto, não questiona os conceitos dos direitos envolvidos, que em nossa opinião é o cerne do problema, além de que continua defendendo o obsoleto sistema das SGC.

Como consequência desta Licença Multi-Territorial, o que passou a ocorrer foi uma bifurcação no modo de operação pelas SGCs, sendo que umas passaram a negociar maiores acordos bilaterais e, paralelamente, outras passaram a operar com a licença Multi-territorial. Apareceram novos participantes e novos modelos de licenciamento¹⁰²² e a “retirada” causou fragmentação dos repertórios – os usuários reclamam por agora serem forçados a fazer vários negócios para terem acesso a um grande repertório e pela infeliz separação entre os direitos mecânicos e de comunicação pública¹⁰²³.

Critica-se, ainda, não se considerar que no setor da música é comum haver múltiplos autores para uma mesma obra (ex: um ou dois

¹⁰²⁰ Ruth TOWSE. “Economics of Copyright and Collecting Societies and Digital Rights: Is there a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?”, p. 7.

¹⁰²¹ Ruth TOWSE. “The Economic Effects of Digitization on the Administration of Musical Copyrights”, p. 57.

¹⁰²² PARLAMENTO EUROPEU, p. 22. <file:///C:/Users/SONY/Downloads/European%20Parliament%20-%20Collecting%20Societies%20and%20Cultural%20%20%20Diversity%20in%20the%20Music%20Sector.pdf>.

¹⁰²³ PARLAMENTO EUROPEU, p. 24.

compositores e um ou dois letristas) e distintos gestores de direitos a representarem-nos¹⁰²⁴. Alega-se, ainda, que estes instrumentos diminuíram o montante pago aos criadores, ao mesmo tempo que acarretaram o aumento do poder de negociação das gravadoras¹⁰²⁵.

Teme-se que a eliminação dos acordos bilaterais possa impactar negativamente na diversidade cultural europeia, empobrecendo a oferta cultural, em detrimento de repertórios locais e regionais, e que possa ainda dificultar o desenvolvimento e crescimento da indústria cultural^{1026_1027}.

Uma proposta seria remodelar a gestão coletiva como um “serviço essencial”: na opinião de Krescthmetcher, uma única Sociedade Comunitária poderia alcançar os mesmos resultados de forma mais eficiente do que a super complexa estrutura atual¹⁰²⁸.

4.2.2 O ATUAL MODELO DE LICENCIAMENTO – A DIRETIVA

A Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 parece resultar do modelo proposto pela Comissão Europeia na Recomendação de 18 de maio de 2005, com algumas alterações e uma maior ênfase nas questões de transparência e eficiência¹⁰²⁹. A Diretiva pretende substituir um único ponto de entrada no espaço da União Europeia por uma multiplicidade de opções de licenciamento multiterritorial, através do chamado “passaporte euro-

¹⁰²⁴ Giuseppe MAZZIOTTI. “New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management”, p. 782.

¹⁰²⁵ PARLAMENTO EUROPEU, p. 96.

¹⁰²⁶ AEPO-ARTIS. *Observations Relatives à la communication de la Comission, du 16 avril 2004, relative à la gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur.*

¹⁰²⁷ A Association of European Performers’ Organisations – AEPO – foi fundada em Bruxelas em 20 de Maio de 1994. Em Novembro de 2004 houve uma fusão com a ARTIS. A nova organização é chamada *Association of European Performers’ Organisations* (AEPO-ARTIS). AEPO-ARTIS representa 27 SGCs de artistas Europeias, de 21 países. Com tamanhos diferentes, totalizam 350.000 artistas e membros.

¹⁰²⁸ Martin KRETSCHMER. “Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright”, p. 26.

¹⁰²⁹ Há mais de 600,000 autores/compositores na EU que são membros de SGCs nos Estados Membros. Essas Sociedades arrecadaram mais de 4.35 bilhões de Euros em 2004 em nome dos autores/compositores e editores (atualizar dados). Isto é quase 3 vezes o que é arrecadado pelas sociedades nos EUA.

peu” de licenciamento que, no entender da Comissão Europeia, incentivaria a agregação de repertórios para utilização *online* de obras musicais no território europeu. Assim, as SGC que pretendam licenciar os direitos *online* sobre obras musicais numa base multiterritorial têm de cumprir um conjunto de condições relativas a eficiência, transparência e oferta de um mecanismo de resolução de litígios¹⁰³⁰.

Apesar das consequências indesejadas originadas pelos instrumentos de *soft law* anteriores à Diretiva, a Comissão Europeia continuou a entender que a concorrência é um fator positivo.

A Diretiva não impôs um licenciamento multi-territorial obrigatório. As Sociedades que não desejem oferecer uma Licença Multi-Territorial, têm duas alternativas: a primeira é terceirizar estes serviços, o que, no entanto, não irá afetar sua responsabilidade em relação a terceiros envolvidos no esquema de licenciamento; a segunda é concluir um acordo de representação com outra SGC, determinando que esta conclua acordos de Licença Multi-Territorial para o repertório da primeira, em uma base não exclusiva e em termos de gestão não discriminatórios¹⁰³¹.

Por definição, a Licença Multi-Territorial inclui o direito de reprodução e comunicação ao público/colocar à disposição do público, conforme estabelecido nos arts. 2 e 3 da DSI. Esta licença cobre uma grande variedade de serviços *online*, desde *download* de música e serviços de *streaming* até serviços de acesso a filmes ou jogos em que a música seja um elemento importante, o que requer licença de uso *online* para cada uso fragmentado.

Finalmente, a Diretiva contém uma exceção significativa no artigo 33, aplicável a radiodifusores em seus programas de rádio e televisão. Com esse objetivo em mente, a exceção cobre serviços interativos e não-interativos (isto é, mais do que meramente *simulcasting*), assim como qualquer material *online* produzido pelo radiodifusor que seja auxiliar à radiodifusão inicial do seu programa.

¹⁰³⁰ João Pedro QUINTAIS. “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (Some) Multi-Territorial Licensing”.

¹⁰³¹ COMISSÃO EUROPEIA. *Documento de trabalho dos serviços da Comissão. Resumo da avaliação de impacto. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e ao licenciamento multiterritorial de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado.*

Uma das partes mais críticas da Diretiva é que o seu objetivo é muito limitado, pois só se aplica ao licenciamento de Direitos de Autor em obras musicais, e não inclui gravação de som, o que foi observado pela Comissão, no âmbito da Proposta¹⁰³².

O problema vai subsistir porquanto, na maioria das vezes, a titularidade dos direitos sobre as músicas pode envolver várias gravadoras e, portanto, os serviços digitais que pretendam fornecer uma oferta ampla carecerão de mais acordos de licenciamento do que o número de países em que operam¹⁰³³. Porém, o facto de as gravadoras terem colocado a administração do seu repertório em diferentes mãos pode ter provocado maior fragmentação em um momento crítico da evolução europeia para a música digital¹⁰³⁴.

Apesar desta tentativa de simplificação, o sistema continua complexo e caro¹⁰³⁵. Houve algum avanço, mas não foi significativo ao ponto de verdadeiramente simplificar o procedimento e de facilitar efetivamente a entrada de novos criadores e participantes. Além disso, destacamos o âmbito limitado da Diretiva em relação a obras musicais. Sendo assim, a despeito de algum avanço, peca ainda a Diretiva por não introduzir medidas mais significativas e de ampla aplicação.

Além do mais, os estudos que acompanharam a proposta fornecem evidências de que as SGCs para o ambiente digital abusaram da falta de supervisão em relação à sua contabilidade e finanças¹⁰³⁶. Ou seja, a falta de transparência destas entidades parece ser a questão central nos problemas enfrentados pelos criadores. Portanto, nenhuma

¹⁰³² João Pedro QUINTAIS. “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (Some) Multi-Territorial Licensing”.

¹⁰³³ Por exemplo, na União Europeia, um serviço de assinatura disponível na Simfy disponível na Áustria, Alemanha e Suíça, tem que tratar com 6 SGCs. Para cada repertório nacional do país, o serviço assegurou acordos de licenciamento com cada uma das três SGCs nacionais.

¹⁰³⁴ <http://musicandcopyright.wordpress.com/2013/02/20/is-repertoire-fragmentation-the-new-enemy-of-digital-music-services-in-europe/?goback=.gde_2132883_member_215815719#more-987>.

¹⁰³⁵ Esta opinião é corroborada por trabalhos económicos, nomeadamente, ROYA GHAFLE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 64.

¹⁰³⁶ Para dados simplificados sobre o assunto ver BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS AISBL. *Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online – Proposal for a Directive*.

medida que se tome em relação a este tema terá impacto positivo se o problema da falta de transparência persistir.

Como já se observou, a dificuldade do licenciamento está na multiplicidade de titulares de direitos, na ausência de uma clara conceitualização dos atos envolvidos e dos direitos correspondentes e, por fim, no complexo sistema de gestão das SGCs baseado na territorialidade. Além do já enunciado, a Diretiva faz relativamente pouco para promover um genuíno esquema de licenciamento que reflita efetivamente as questões económicas que envolvem as SGCs¹⁰³⁷.

A Diretiva trata apenas desta última questão da territorialidade. Fá-lo, contudo, de forma limitada. Parece, portanto, pouco provável que venha a ajudar a aumentar o número de serviços *online* transfronteiriços.

Parece-nos que este facto levará à formação de oligopólios agregando Sociedades com maior poder económico, ficando as pequenas Sociedades com pouca margem de manobra. Enquanto isso, a questão cultural não será tratada nem pelas grandes Sociedades, por falta de interesse destas nem pelas pequenas, por falta de recursos.

Não se pretende também entrar profundamente no estudo da concorrência entre as Sociedades e seus benefícios ou malefícios. No entanto, o que se vê na literatura é um ceticismo em relação aos benefícios e ganhos de eficiência, com a prática de concorrência¹⁰³⁸.

Já em relação à radiodifusão – um campo em que paira grande incerteza jurídica pelo facto de a *Internet* disseminar obras protegidas sob diversas formas, tais como serviços a pedido (*on-demand*), que também podem apresentar características de radiodifusão – o problema persiste, na medida em que não há na União Europeia legislação sobre a questão. Teria sido mais prudente alguma orientação sobre o tratamento a esses casos (de serviços *on demand*): se se enquadram no direito de “disponibilizar”, ou se são assuntos a serem tratados em sede de

¹⁰³⁷ Roya GHAFELE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 66.

¹⁰³⁸ Tânia Luísa F. e FARIA. “Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: o ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa – Reflexões a Propósito do Caso CISAC”.

regulação de radiodifusão¹⁰³⁹ ¹⁰⁴⁰. Consequentemente, torna-se difícil definir quais as licenças exigíveis.

Relativamente aos serviços de radiodifusão, embora a Diretiva não os abranja, existe algum debate sobre as formas de licenciamento no mundo *online* dos novos serviços prestados pelos radiodifusores. Enquanto alguns radiodifusores indicam que a entrega a pedido (*delivery on demand*) de programas – em horário e lugar escolhidos pelos usuários como *time shifting* (gravação de um programa em um meio de arquivamento para ser ouvido no momento escolhido pelo usuário) – seja coberta por licença de radiodifusão, outros afirmam que esta forma de exploração deveria ser licenciada separadamente, com uma licença específica a pedido (*on demand*) ou de “disponibilização¹⁰⁴¹” que, neste caso, já estaria coberta pela licença Multi-Territorial.

Politicamente falando, a União Europeia tem um longo caminho antes de conseguir estabelecer um sistema de Direito de Autor único que – em princípio – seria a melhor forma de estabelecer um verdadeiro mercado comum para bens e serviços baseados no Direito de Autor. Toda esta complexidade poderia e deveria ser atenuada, se fosse adotado um sistema como o das Marcas e Patentes europeias, por exemplo, as quais não suscitam questões de forma alguma menos complexas do que aquelas suscitadas pelos Direitos de Autor, embora funcionem de forma harmonizada, equilibrada e eficiente¹⁰⁴².

5. TERRITORIALIDADE

Por fim, há que fazer uma breve explanação da questão da territorialidade, princípio aplicável à exploração de todos os conteúdos criativos.

No mundo analógico, as obras literárias e artísticas já eram passíveis de utilização por públicos de qualquer nacionalidade, dependendo apenas das barreiras linguísticas, embora algumas não enfrentassem

¹⁰³⁹ Ana Eduarda SANTOS. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”, p. 12.

¹⁰⁴⁰ Tendo em vista a questão do seu enquadramento, conforme visto no Item 5, Capítulo V.

¹⁰⁴¹ Martti KIVISTO. “Collecting societies, competition, and the Services Directive”, p. 482-493.

¹⁰⁴² Veja-se, sobre este ponto, João Paulo F. Remédio MARQUES. “Propriedade Intelectual – Tendências Globais”, p. 251-302.

sequer esse obstáculo. O advento do mundo digital tornou esta vocação ainda mais evidente com a tecnologia que permite a ilimitada distribuição de conteúdo criativo a nível global. Na prática, porém, nada disso vem ocorrendo de forma tão evidente quanto se esperaria.

Diante desta característica e do facto de esta difusão encontrar sérios obstáculos nos sistemas jurídicos, delimitados no tempo e no espaço, o princípio da territorialidade é um dos que mais questionamentos tem sofrido. O Direito de Autor enfrenta atualmente um dos seus maiores dilemas. A globalização e a possibilidade técnica de disseminação sem fronteiras de obras criativas estão em choque com a necessidade de interferência de cada jurisdição nas regras acerca do estatuto jurídico a ser seguido, em virtude de estarem em causa não só interesses privados, como também sociais e de interesse público, tais como educação, cultura, liberdade de informação, etc.

O princípio da territorialidade não está estabelecido expressamente na Convenção de Berna. Todavia, pode-se deduzir tal princípio da sua norma, de forma implícita, conforme o art. 5 (2). Esta não é, no entanto, uma interpretação pacífica. Por outro lado, a ausência de uma regulamentação internacional torna esta questão de mais difícil solução.

O carácter multiterritorial da distribuição do conteúdo ocorreu sempre, mesmo no ambiente analógico; mas era perfeitamente detectável o local da produção de uma obra e sua posterior distribuição. Atualmente, no entanto, o processo de distribuição – desde o momento do *upload* e posteriores reproduções RAM até ao momento da fruição pelo usuário, através de *streaming*, de uma mera visualização no ecrã, ou em um *download* – ocorre em diversos pontos que podem ser localizados em diferentes países.

A questão tem ainda mais complexidade por se bifurcar em matérias no âmbito do domínio da responsabilidade extracontratual e da responsabilidade contratual. Quanto às questões extracontratuais, foi promulgado o Regulamento ROMA II, (Regulamento CE 864 do Parlamento Europeu de 2007, que harmoniza entre os Estados Membros a lei aplicável às obrigações extracontratuais. O seu artigo 3º estipula que a determinação da lei aplicável não pode ser afastada mediante acordo das partes, sendo tal preceito reforçado pelo Considerando 26. Ressalte-se que o Regulamento não tratou especificamente do ambiente digital.

Quanto à lei aplicável relativa a relações extracontratuais, originárias entre países fora do âmbito europeu, não há qualquer acordo internacional harmonizando a questão. Conforme já amplamente defendido ao longo deste trabalho, é incompreensível que não haja um movimento no sentido de aprovação de um tratado multilateral no âmbito da OMPI.

A despeito de toda esta discussão acerca da lei aplicável¹⁰⁴³ em casos de ilícitos, e sendo certo que uma maior definição neste assunto poderia gerar maior difusão de obras nas redes digitais, não compreendemos ser esta a razão de ser de uma insatisfatória disseminação do conteúdo criativo. É certo que a segurança jurídica é um dos fatores que mais contribuem para a confiança no sistema, de forma que funcione como incentivo à distribuição. No entanto, cremos que o problema é anterior, situando-se no caráter territorial da emissão das licenças; cremos também que esta questão mais do que jurídica é do interesse económico dos titulares de direitos.

As reformas pretendidas pela Comissão Europeia não são propostas sem suscitar debates e resistências, por exemplo, do setor audiovisual. Como vimos, um dos principais focos da reforma é a diminuição da fragmentação do mercado europeu. A Comissão Europeia espera trazer para o centro da discussão a questão da transferibilidade transfronteiriça das obras.

A desvantagem do presente sistema é que não garante ao usuário acesso ao mesmo material em toda a União Europeia. Isto porque os canais de distribuição que oferecem serviços de vídeo *on-demand* de um determinado Estado-Membro não podem necessariamente ser vistos em outro Estado-Membro, em que os direitos podem pertencer a um diferente titular. O setor audiovisual, no entanto, argumenta que se confundem os direitos de autor com as condições de distribuição das obras audiovisuais, e que isso é um erro. De acordo com o setor, tal maneira de distribuição se dá por motivos comerciais e é vantajoso para muitos que as licenças sejam negociadas territorialmente. Alega-se também que, na verdade, ainda não existe um mercado único europeu. Acrescentam ainda que a lei de Direitos de Autor permite

¹⁰⁴³ Para uma visão geral acerca das teorias recentemente utilizadas, bem como a tendência dos Tribunais, ver Graeme B. DINWOODIE. “Commitments to Territoriality in International Copyright Scholarship”, p. 1-4.

que uma determinada obra seja distribuída por toda a União Europeia, sendo tal questão somente mercadológica e financeira¹⁰⁴⁴.

Enquanto não ocorrer uma reforma completa da DSI, propõe a Comissão Europeia uma nova regulação que permita aos residentes da União Europeia acessar conteúdo digital legal quando estiverem viajando fora do país em que vivam. De acordo com essa proposta, quando estiverem temporariamente visitando outros países da União Europeia, os europeus residentes poderiam usar o conteúdo pelo qual já pagaram. A lei não daria a expatriados acesso livre à subscrição por um período mais longo de serviços (como de *streaming*, por exemplo) se forem comprados em um Estado Membro diferente. A Comissão não especificou por quanto tempo seria concedida esta permissão, e pretende que tal regra seja implementada em 6 meses dentro da União Europeia, o que tem causado insatisfação por parte dos titulares de direitos, que alegam precisarem de mais tempo para revisarem os contratos existentes. Ao mesmo tempo, alguns titulares já estão revendo seus contratos para preverem cláusulas de portabilidade.

Entre os titulares de direitos, a questão da portabilidade não é tão quanto a da territorialidade. Se a questão da residência não for levada em conta, ocorrem situações em que um serviço é mais barato em determinado Estado Membro; desse modo, uma pessoa poderia comprar o serviço nesse país, o que não seria do interesse dos titulares de direitos. Por essa razão, a indústria cinematográfica tem feito *lobbies* agressivos para que a Comissão não toque nas questões de *geoblocking*, i.e. o acesso técnico a material com base na localização da pessoa.

Por outro lado, as associações de defesa do consumidor defendem a eliminação de *geoblocking* e consideram que tal medida de portabilidade não é suficiente para aumentar o acesso a conteúdo criativo – algo que também Julia Reda compartilha¹⁰⁴⁵.

A Comunicação da Comissão Europeia coloca na natureza territorial do Direito de Autor e nas dificuldades de licenciamento parte da culpa das barreiras ao acesso transfronteiriço. Mas também culpa restrições contratuais impostas aos distribuidores pelos titulares de direitos, assim como as próprias práticas comerciais dos distribuidores.

¹⁰⁴⁴<<http://www.euractiv.com/section/digital/news/audiovisual-sector-feels-threatened-by-copyright-reform/>>.

¹⁰⁴⁵<<https://www.euractiv.com/section/digital/news/commission-wants-consumers-to-access-digital-content-when-they-travel/>>.

Por outro lado, reconhece que a exclusividade territorial possa ter um papel no financiamento de filmes.

A Comunicação trata de forma separada as práticas de geoblocking dos Direitos de Autor. Descreve as práticas de *geoblocking* como instrumentos usados pelas empresas para segmentarem os mercados de acordo com as fronteiras nacionais. A Comunicação reconhece que em algumas circunstâncias podem-se justificar essas restrições territoriais, mas entende que na maioria dos casos não podem e que as injustificadas deviam ser proibidas

A Comunicação alega que as barreiras para o acesso transfronteiriço são amplamente influenciadas pela dimensão territorial do Direito de Autor, por restrições territoriais nos licenciamentos e por práticas comerciais dos provedores de serviços *online*, sendo esta, em sua opinião, a razão principal.

Ao mesmo tempo, a Comissão reconhece a importância para o setor criativo do princípio da territorialidade, especialmente para a indústria cinematográfica, uma vez que cada filme tem uma estratégia de distribuição.

Os modelos de negócios atuais baseados em licenciamento territorial exclusivo são um dos alvos principais da Comissão¹⁰⁴⁶. A razão para a territorialidade é em grande parte económica. Os produtores vendem licenças a múltiplos distribuidores de forma a maximizarem seus lucros. Estes só compram conteúdo se puderem ter retorno ao alcançarem o maior número de audiência possível.

O mercado europeu, dividido em 28 Estados Membros e com 24 línguas oficiais, mais os dialetos, é tão fragmentado quanto a cultura europeia em si mesma. A situação reflete, portanto, mais uma realidade económica do que um problema legal.

O receio de muitos produtores europeus é que serviços como a *Apple*, o *Google*, o *Netflix* e outros, que já são as forças dominantes no mercado digital, possam usar sua força financeira para consolidar ainda mais seu poder sobre o mercado europeu – algo que é refutado por Julia Reda.

Além do inconveniente que causa aos usuários, o princípio da territorialidade é visto como o obstáculo para o desenvolvimento de empresas pan-europeias digitais no setor audiovisual, que são desenco-

¹⁰⁴⁶<<http://www.harbottle.com/digital-media-blog-territorial-licensing-copyright-content-europe>>.

rajadas por um sistema de Direito de Autor que opera na base territorial, ao passo que empresas americanas já presentes em diversos países europeus, não tiveram problemas em negociar seus direitos em diferentes países. Note-se que a sua vantagem, além de financeira, decorre também de ter começado em um mercado com uma única língua, o que deu a este serviço uma inegável vantagem competitiva.

A nível europeu, é grande a preocupação em torno da manutenção da diversidade cultural, havendo quem entenda que a eliminação do princípio da territorialidade prejudicaria tal objetivo¹⁰⁴⁷.

Após conhecimento das práticas dos principais agentes distribuidores de conteúdo, parece que o princípio da territorialidade pode em certa medida ser empecilho a uma maior disseminação, mas tal não é o principal motivo por que o mercado ainda é dominado por grandes distribuidores de conteúdo. Pode-se constatar isso mesmo tomando como exemplo os EUA, onde tal princípio não tem grandes consequências; ainda assim, também aí podemos ver um mercado com grande concentração das grandes indústrias. Em nossa opinião, a razão de ser dessa concentração reside na manutenção de um sistema extremamente complexo e oneroso, aparentemente de forma propositada – que não se adaptou às facilidades do mundo digital – e numa incompetente administração deste sistema de licenciamento.

Parece haver disparidade nos interesses envolvidos nesta questão, havendo mesmo um grande *lobby* no sentido de o princípio da territorialidade ser mantido de forma a continuarem as habituais práticas comerciais deste mercado.

Resta, portanto, proceder a uma maior análise da questão do ponto de vista económico, que mostre em que medida a diminuição deste princípio seria prejudicial ou benéfica e a que grupos. Só com essa informação se poderá decidir o rumo que se deseja tomar.

¹⁰⁴⁷<http://www.euractiv.com/section/digital/news/geo-blocking-attacked-from-all-sides/>.

6. EXEMPLOS DE INADEQUAÇÃO DAS DEFINIÇÕES DOS DIREITOS NO AMBIENTE DIGITAL

Conforme vimos no capítulo anterior, existem dificuldades em definir os direitos que no ambiente analógico eram mais facilmente delimitáveis. Esta situação origina questões e dá azo a possíveis abusos devido às formas de licenciamento.

O que vem ocorrendo é que, dada a confusão destes direitos, as SGCs, tendo em vista também o seu complexo sistema de licenciamento, vêm tentando proteger os seus associados da forma mais abrangente possível, entendendo que os direitos na propagação digital devem, em todos os seus aspectos, ser alvo de cobrança.

De facto, há casos em que tal distinção é realmente tênue e, conseqüentemente, é compreensível a dificuldade em se estabelecer a separação. Daí que se proceda à cobrança, ainda que indevida, como forma de precaução para os seus associados. Contudo, entendemos que há outros casos em que as distinções são flagrantes. Iremos aqui apresentar alguns desses casos que vêm causando alguma polémica.

a) *Podcast* – arquivo de áudio digital, que frequentemente se encontra em formato MP3 ou Advance Audio Coding (este último pode conter imagens estáticas e *links*), publicado na *Internet* e atualizado via RSS, o que possibilita o seu acompanhamento e/ou a execução do *download* automático.

Um conteúdo em *podcast* pode incluir, por exemplo, execuções, guiões, entrevistas, obras musicais e gravações de som que têm subjacentes os seguintes Direitos de Autor relevantes para a presente tese: i) reprodução da obra; ii) disponibilização da obra para uso, como parte da propagação digital; iii) autorização a membros do público de fazerem cópias do *podcast* e de as usarem de acordo com os termos pré-estabelecidos.

Como vimos, em algumas jurisdições há regras especiais para o uso de obras protegidas para fins de ensino e para bibliotecas¹⁰⁴⁸. Em ge-

¹⁰⁴⁸ Item 9, Capítulo II.

ral, essas regras dizem respeito à execução com o fim de as obras serem disponibilizadas em salas de aula presenciais, ou no ensino à distância¹⁰⁴⁹.

A questão dos *podcasts* diz respeito ao conceito de comunicação ao público. Um *podcast* poderá ser considerado “público” na medida em que pode ser adquirido por todos; mas talvez não seja uma “execução”.

Um *streaming* de um conteúdo através de um *podcast* pode vir a levantar a possibilidade de arguição de que envolve um direito de comunicação ao público, porque as transmissões do servidor do *web-casting* são audíveis imediatamente pelos ouvintes do computador (do mesmo modo que uma música emitida é ouvida imediatamente pelos ouvintes das rádios). Isto porque, primeiramente, o *podcast* é adquirido como cópia no computador do usuário, o qual posteriormente decidirá o momento em que põe a tocar no seu dispositivo o *podcast* ou qualquer música. É por este motivo que ainda se não decidiu se se considera “execução pública” a colocação de uma obra disponível no *podcast* para *download*.

O facto de o *podcast* não ser um *webcast* e de se aproximar mais de um *download* confunde a indústria e os consumidores.

Os Tribunais ainda não decidiram se o direito de comunicação (execução) pública se aplica ou não ao *podcasting*. O *Copyright Office*, por exemplo, declarou esta questão um ponto incerto na lei, e por isso sujeito a debate¹⁰⁵⁰. Legalmente, ainda não está definido se um *podcast* pode ser considerado idêntico a uma fita cassete, a um disco laser ou a um DVD.

Nos EUA, alguns doutrinadores entendem que, provavelmente, as transmissões não simultâneas como o *podcast* não implicam o direito de comunicação ao público^{1051 1052}, por entenderem que o sistema interno de um computador não parece constituir uma execução. Em nosso entender, é óbvio que se trata de colocação à disposição para uso, e que posteriormente depende da forma de fruição permitida ao usuário. Por

¹⁰⁴⁹ SOCIEDADE PORTUGUESA DE AUTORES. <http://www.spautores.pt/assets_live/165/codigododireitodeautorcdadclei162008.pdf>. Acedido a 09 de Fevereiro de 2014.

¹⁰⁵⁰ U.S. COPYRIGHT OFFICE. *DMCA Section 104 Report*. p. xxvii. Ainda nenhum Tribunal julgou a questão, o que significa que o *podcasting* está atualmente operando numa área com grande incerteza.

¹⁰⁵¹ Jeffrey P. CUNARD; Bruce P. KELLER. *Copyright Law: A Practitioner's Guide*. § 14.2(E).

¹⁰⁵² Melville B. NIMMER; David NIMMER. *Nimmer on Copyright*. § 8.14(B)(1).

outro lado, as organizações de direitos de execução têm alegado que “a transmissão”, *streaming* ou *download*, é uma comunicação ao público¹⁰⁵³.

Em nosso entender, este argumento parece não fazer sentido, pois o *download*, por exemplo, não constitui necessariamente uma execução pública, podendo ser apenas uma cópia privada.

A BMI já tem um modelo de negócios específico para *Podcasts*, que funciona de acordo com a faturação do *podcaster*^{1054 1055}.

As opções são estabelecidas num contrato em que o *podcaster* escolhe o que mais lhe convém. A ASCAP e a SESAC possuem uma licença geral para a *Internet* que cobre o *podcasting*¹⁰⁵⁶. As agências inglesas *Mechanical-Copyright Protection Society* (MCPS) e *Performing Right Society* (PRS), por exemplo, oferecem um esquema de licenças que permite aos *podcasters* usar o repertório global de obras musicais, sem englobar os direitos de gravação de som. Já a PPL, outra agência inglesa que licencia música para outros usos (incluindo comunicação ao público, emissão de rádio e TV e rádio na *Internet*), até ao momento não licenciou música para *podcasting*, fazendo o encaminhamento direto para a gravadora, o que leva o *podcaster* a ter que negociar diretamente com cada gravadora, após ter identificado a titular do respectivo direito.

Ainda que um elemento do *broadcasting* seja parte do termo do *podcasting*, o facto de o tornar disponível na *Internet* para *download* em local e tempo conveniente para o usuário final, não tem sido considerado pela lei como uma atividade de radiodifusão.

No Brasil existe ainda, relativamente à cobrança de qualquer modo de distribuição de música na internet, uma divisão dentro do ECAD, tendo em vista o entendimento de que quem recebe os arqui-

¹⁰⁵³ No *site* da ASCAP, por exemplo, está a afirmação da ASCAP que “every internet transmission of a musical work constitutes a public performance of that work.” <<http://www.ascap.com/weblicense/webfaq.html>>.

¹⁰⁵⁴ Podcaster sem faturamento e com menos de 1000 ouvintes por *podcast* paga um custo fixo ANUAL de cerca de US\$ 500,00. -Podcaster sem faturamento, mas com mais de 1000 ouvintes por *podcast*, paga US\$ 0,007 (menos de um centavo de dólar) por *download*, que pode ser aferido via servidor. Ou seja, chega o final do Mês (ou do ano), e o Podcaster manda suas estatísticas para a BMI. Esta vê quantos *downloads* acontecerem sobre cada Podcast e manda a conta. -Podcaster com faturamento paga 2,5% do que recebe (bruto) para repassar aos artistas que foram usados nos *podcasts*.

¹⁰⁵⁵ <<http://www.bmi.com/licensing/forms/internet0105A.pdf>>.

¹⁰⁵⁶ <<http://www.ascap.com/weblicense/release5.0.pdf>> e <<http://www.sesac.com/licensing/internetLicensing.asp>>.

vos não os usa em lugares públicos, ou, quando os usa, já paga de outras formas ao ECAD, para disponibilizar as músicas para o público. Dando continuidade a uma série de reclamações a esta instituição, este exemplo ilustra de forma clara em que medida a atuação deste órgão parece ser abusiva e também a existência de interesses divergentes dentro da associação. Não nos parece razoável que um órgão especializado não consiga discernir corretamente as diferenças dos direitos envolvidos.

Uma questão ainda mais complexa diz respeito aos direitos fonomecânicos. No Brasil, as gravadoras têm procurado um modelo de contrato semelhante ao que é praticado nos EUA: algumas editoras e associações querem fazer algo baseado nos *downloads* de toques de telefones (*RingTones*¹⁰⁵⁷) sobre os quais é feita uma cobrança.

De novo, compreende-se a necessidade de proteger o conteúdo musical. No entanto, estes órgãos devem também zelar pelo conteúdo criativo em geral. Nesse sentido, entendemos que o próprio *Pod-Cast* constitui em si um conteúdo criativo; logo, merece a proteção e incentivo que tanto se almeja no Direito de Autor. Os próprios *Pod-Casts* podem ajudar na disseminação de informação e de entretenimento – ou seja, a divulgação de obras musicais – o que seria do interesse do próprio criador. Sendo esta uma das funções primordiais destas sociedades, os *Pod-Cast* devem estar também sob a alçada de sua proteção genérica.

Como vimos ao longo deste trabalho, legisladores e doutrinadores em geral alegam que estão em perigo os pequenos criadores de conteúdos. Assim, entendemos que estamos diante de um bom exemplo de um formato que corresponde precisamente a esta demanda. Ou seja, tanto o criador do *Pod-Casting* é, normalmente, um pequeno interveniente no mercado, como também poderá servir de veículo de distribuição para pequenos criadores de obras em geral, pelo que é uma forma de garantir a equidade do mercado entre grandes e pequenos produtores, e garante os direitos de os consumidores terem amplo acesso a obras.

Neste aspecto fica claro que o problema da insatisfatória disseminação e diversificação de conteúdos criativos na *Internet* é originado, em grande parte, nas SGCs, com seu complexo sistema de licenciamento e falta de transparência.

Analisando a questão do ponto de vista dos Limites e Exceções, estamos diante de uma situação em que os sistemas legais estudados teriam possibilidades diferentes de tratamento. Nos sistemas de Direi-

¹⁰⁵⁷ Item b) 5, Capítulo VI.

to europeu e brasileiro, com o sistema de cláusulas fechadas, pode ser complexa a justificação do uso de uma obra protegida em um *Pod-cast*. Isto porque no direito europeu haveria necessidade de se comprovar o uso para fins de pesquisa e ensino, com as dificuldades inerentes a essa exceção, ou seja, a dificuldade de se qualificar o que cabe dentro destes conceitos. No sistema brasileiro, a situação é ainda pior, por não haver uma exceção explícita¹⁰⁵⁸. Se o *Pod-cast* tiver a finalidade de mero entretenimento, existe uma barreira intransponível para esse uso.

No sistema norte-americano, por outro lado, existe uma maior abertura devido à existência da doutrina do *Fair Use* que, apesar de ser considerada de aplicação complexa e onerosa, tem levado os criadores a sentirem-se mais salvaguardados e, com isso, a produzirem maior quantidade de criação.

b) Toques de Telemóveis (*Ringtones*) – Os *Ringtones* são toques de telemóveis com adaptações de obras musicais pré-existentes. Já os *Truetone* são música na sua versão original, em formato digital, para execução através dos telemóveis¹⁰⁵⁹. Fazemos a ressalva de que os *ringtones* parecem estar caindo em desuso, permanecendo a preferência do mercado por *Truetones*.

As operadoras de telefones móveis e provedoras de conteúdo são as grandes distribuidoras e vendedoras dos *ringtones*, negociando diretamente com as editoras de música e os artistas, o pagamento dos valores referentes ao Direito de Autor. Já no mercado de *truetone*, além dos já citados, as gravadoras passam também a participar da divisão da receita arrecadada com os *downloads*, por serem titulares dos direitos sobre o fonograma.

A questão dos *ringtones/truetones* passa inicialmente pela dificuldade decorrente da separação de uma música em obra musical e gravação de som, como já foi evidenciado.

Há ainda a dificuldade em se identificar se há ou não uma reprodução. Caso seja feita uma reprodução, não só os compositores e

¹⁰⁵⁸ Item 5.1 e Item 5.2, Capítulo II.

¹⁰⁵⁹ A venda de *ringtones* já faz parte do modelo de negócios das operadoras de telemóveis. A tendência será para o aumento desta receita de forma considerável nos próximos anos, na proporção em que os novos aparelhos de telefones móveis se transforma em equipamentos multimédia. Valores atuais, ver William KRASILOVSKY; Sydney SHEMEL. *This Business of Music. The Definitive Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry*, p. 424.

demais titulares devem outorgar as suas autorizações, como também o produtor daquele fonograma. Posteriormente, deve-se identificar a real utilização da música e, nesse sentido, quais são os direitos que essas utilizações afetam (se direitos de reprodução, distribuição, comunicação pública, todos eles ou alguns deles). Além disso, é necessário armazenar esses produtos em bancos de dados que serão acedidos por aqueles que pretendem fazer o seu *download*. Os *ringtones*, *truetones* ficam disponíveis (como numa loja), podendo ser acedidos ou não, ou seja, são colocados à disposição para uso.

Grande é a discussão acerca da natureza destes direitos: se reprodução, comunicação ao público ou distribuição. No Brasil, por exemplo, há autores que entendem se tratar de execução pública e distribuição¹⁰⁶⁰.

Ao mesmo tempo, o ECAD reivindica a sua entrada nessa partilha, argumentando que o uso de *ringtones* em geral configura uma “utilização pública” e que, conseqüentemente, são também devidas as licenças¹⁰⁶¹.

Porém, sob a ótica da legislação autoral vigente, parece haver um caminho diverso do entendimento do ECAD. Primeiro porque há uma dificuldade de caracterizar o uso de um toque de telemóvel como execução pública, nos termos do artigo 68 da LDA. Há um entendimento de que o toque de um telemóvel representa um uso privado da obra musical pelo assinante do telefone, e não se enquadra no conceito de execução pública dos parágrafos 2º e 3º do artigo 68. Afinal, a utilização de um toque telefónico não ocorre necessariamente num local destinado à frequência coletiva, sendo de uso privado para o proprietário do aparelho. Na execução pública, o objetivo primordial é a fruição, a apreciação da música a ser executada nos locais de frequência colectiva, mencionados no parágrafo 3º do art.º. 68 da LDA, o que não ocorre nos toques dos aparelhos móveis.

¹⁰⁶⁰ Gloria BRAGA. “O Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, *internet*”, p. 23-28.

¹⁰⁶¹ A proposta do ECAD, que tem vindo a causar dúvida e incerteza no mercado de conteúdos para telemóveis, é que as operadoras de telefones móveis e os provedores de conteúdos para telemóveis se comprometam a pagar ao referido órgão algo em torno de 7,5% do valor do *desuphold* para *truetones* e 5% para os *ringtones*. Estes percentuais cobrados sobre o faturamento mensal total com os *desupholds*, seriam devidos ao ECAD tanto pela utilização da música no momento do toque dos telemóveis como também pela disponibilização dos toques musicais na *internet* para “degustação” antes da sua compra, pois ambos os usos só seriam lícitos com a autorização do ECAD.

O segundo argumento envolve as restrições existentes para a prova de *ringtones* e *tru tones* via *Internet*, para posterior decisão. Afinal, a própria LDA define, no artigo 46, V, que não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de fonogramas em estabelecimentos comerciais (no caso, os *sites* das operadoras) exclusivamente para demonstração aos clientes.

Assim, no caso dos *ringtones*, aplicam-se apenas os direitos autorais de edição, controlados no Brasil pelas editoras musicais em nome dos autores. Já para os *tru tones*, além dos direitos de edição, incidem também os Direitos de Autor mecânicos de produtor e de intérprete, e a obrigação de pagamento destes direitos é dos desenvolvedores de conteúdo que devem ser negociados diretamente com as gravadoras e os artistas¹⁰⁶².

Não se pode confundir comunicação ao público com distribuição. A própria LDA fez essa distinção explicitamente no seu art.º 5º, inciso V. Nos *ringtones*, *tru tones*, acontece a distribuição da obra musical para o telefone móvel privativo do usuário¹⁰⁶³.

Já nos EUA, pelo facto de o direito de distribuição ser tratado como “direito mecânico”, acaba por se confundir com o direito de reprodução. Nos territórios em que os diversos direitos patrimoniais sobre as músicas estão unificados, não há dificuldade nesta questão; ou seja, se num *site* de venda de músicas, ou mesmo na compra de um *ringtone*, podemos identificar a reprodução musical (cópia), a sua consequente distribuição digital, e perceber que isso tudo ocorre graças a uma transmissão, é evidente que estão a ser utilizados vários direitos dos criadores destas obras musicais. A questão aqui é quem está legitimado para dar estas autorizações.

No caso *Celleco Partnership v. Verizon Wireless*, o Tribunal decidiu que a venda de *ringtones* pela *Verizon* para os seus clientes não requer o pagamento à ASCAP de licença de execução pública para as obras musicais corporificadas nos *ringtones*. ASCAP argumenta que *Verizon* faz execução pública das obras musicais quando permite o *download* de *ringtones* para os seus clientes. Argumenta também que *Verizon* era responsável, direta e secundariamente, pelas execuções públicas de obras

¹⁰⁶² Dirceu Pereira de Santa ROSA. “Ringtones e Direito Autoral: Conflitos sobre Pagamentos por Execução Pública”, p. 37-39.

¹⁰⁶³ Maria Eliane Rise JUNDI. “Ringtones Gera Direitos de Execução Pública? Direito de Distribuição?”, p. 33-35.

musicais quando seus consumidores tocavam os *ringtones* em seus telefones ao receberem chamadas.

O Tribunal rejeitou ambos os argumentos. Quanto ao primeiro, citando o caso *Cablevision*, o Tribunal decidiu que, como só um assinante era capaz de receber uma transmissão particular de um *ringtone* durante o *download*, tal transmissão não era por si feita ao “público”, independentemente se o *download* pudesse ser considerado transmissão de uma “execução” de uma obra musical no *ringtone*. Não era esse, porém, o caso desta situação, pois o Tribunal concluiu que não havia execução pública sob os termos da Seção 106 (4), quando o consumidor usava um *ringtone* em uma chamada. Especificamente, o Tribunal decidiu que, quando um *ringtone* toca em um telemóvel, mesmo quando esta situação ocorre em público, o usuário está isento da responsabilidade, satisfazendo os requerimentos da exceção estabelecida na Seção 110 (4). Os clientes da *Verizon* não estavam tocando os *ringtones* para nenhum uso comercial, não receberam nenhuma taxa ou compensação para essas execuções, e não cobravam uma taxa.

O Tribunal também rejeitou o argumento da ASCAP de que *Verizon* era diretamente responsável por realizar uma execução pública de obras musicais protegidas quando os *ringtones* eram tocados nos telemóveis dos seus clientes. O Tribunal notou que o único papel da *Verizon* na execução do *ringtone* era enviar um sinal de alerta para o telemóvel do cliente ao receber uma chamada, e que o sinal era o mesmo se o cliente tivesse feito o *download* do *ringtone* ou não, ainda que tivesse configurado o telemóvel para tocar um *ringtone* ou não, ainda que estivesse em ambiente público ou não, e mesmo se tivesse ligado o volume em alto ou baixo. E, por fim, quem telefonava era a pessoa que iniciava o processo que levava à execução do *ringtone*, e não a *Verizon*. Dessa forma, a *Verizon* não realizava uma atividade que constituísse responsabilidade direta, mesmo se os toques dos telefones dos consumidores em público constituíssem execuções públicas¹⁰⁶⁴.

Um último aspecto a considerar, e que entendemos ser de extrema relevância, é que o uso de *ringtones* poderia ser invocado como *Fair Use*, já que existe um uso transformativo da obra. Este uso transformativo ocorre, desde logo, porque o objetivo de quem o utiliza não é ouvir a música. Ela funciona como um identificador, ou ainda como mera

¹⁰⁶⁴ David L. HAYES. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, p. 79.

expressão da individualidade do proprietário do aparelho. Pela própria natureza do toque de telemóvel, não faz sentido que se argumente que o objetivo é ouvir uma música. Assim, apesar de ser um uso comercial, é também um uso transformativo.

c) Comunicação ao público *versus download* – Nos Estados Unidos as entidades de gestão vêm alegando que os *downloads* de músicas, isto é, a transmissão de dados contendo a obra em formato digital, constituem “comunicação ao público” da obra¹⁰⁶⁵.

Existe uma grande controvérsia relativamente à prática destas entidades em pretenderem cobrar os direitos de comunicação ao público nos *downloads* puros, ou seja, os que possibilitam ao usuário ter propriedade do arquivo digital. Lembrando o conceito de comunicação ao público, deve haver uma execução/performance e essa execução deve ser pública. A intenção do legislador ao estabelecer um direito de comunicação pública era que existisse no usuário uma percepção sensorial simultânea de forma que tal atividade constitua uma “execução”.

Relativamente à tentativa, por parte das SGCs norte-americanas, de cobrança do direito de comunicação ao público nos *downloads*, os precedentes judiciais são favoráveis aos novos modelos de negócios, nomeadamente ao *iTunes*, que está enfrentando uma disputa judicial nesse sentido. No caso *United States v. Ascap*, o Tribunal determinou que uma música, para se considerar executada, deve ser transmitida de forma que permita percepção simultânea¹⁰⁶⁶.

A partir deste requisito da percepção simultânea, tudo leva a crer que um *download* puro implica, não um direito de comunicação ao público, mas um direito de reprodução, já que a entrega de um ficheiro de música a um comprador por meio de um *download* constitui uma reprodução mecânica da obra, na forma de entrega de um fonograma digital¹⁰⁶⁷. Em nosso entender, conforme tivemos oportunidade de expor no Capítulo anterior, tal ato configura uma reprodução jurídica¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 920.

¹⁰⁶⁶ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 921.

¹⁰⁶⁷ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 923.

¹⁰⁶⁸ Item 2 e Item 3, Capítulo V.

Ainda no caso do *iTunes*, as editoras e as PROs reivindicam que este não está pagando a cota justa aos artistas. Contudo, uma análise mais detalhada dessa exigência de “justa compensação” revela que é na realidade uma tentativa de extorquir duplamente os *royalties* pela mesma transmissão, apenas pelo facto de haver um componente técnico adicional da transmissão ¹⁰⁶⁹.

As SGCs alegam que o direito de reprodução e de comunicação ao público são direitos distintos e que, por isso, requerem explicitamente pagamentos distintos, o que é tecnicamente correto. No entanto, isso não significa que se devam aplicar a todas as situações, nomeadamente, aplicar um direito de comunicação pública ao *download*. É certo que existem serviços em que os dois atos ocorrem simultaneamente, ou seja, uma execução e uma reprodução; não é esse, no entanto, o caso do *download* puro.

Na mesma situação, as editoras e as SGCs reivindicam também o direito de comunicação pública à amostra de 30 segundos permitida pelo serviço para que os usuários possam fazer suas escolhas.

À luz do direito norte-americano, qualquer *streaming*, ou seja, a transmissão *live* ou *on demand* que não constitua uma reprodução pura, é considerada comunicação ao público e por isso implica o direito que lhe está associado ¹⁰⁷⁰. De facto, a amostra de 30 segundos é tipicamente uma comunicação ao público. No entanto, já em ocasião anterior, sobre *Ringtones*, os Tribunais tiveram oportunidade de avaliar a questão da amostra e a aplicação do direito de comunicação ao público, tendo decidido que se tratava, no entanto, de *Fair Use* ^{1071 1072}.

No direito norte-americano parece não existir uma exceção que preveja, como no direito brasileiro, a isenção de amostras ao usuário, no art. 46, V, da LDA; nesse sentido, o caso seria levado à necessária análise pelos Tribunais.

¹⁰⁶⁹ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 925.

¹⁰⁷⁰ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 929.

¹⁰⁷¹ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 929.

¹⁰⁷² Na mesma linha de raciocínio do caso *Google Books*, sobre os pequenos trechos Item 9.1.2, Capítulo II.

Mais uma vez, estamos diante de um caso em que as indefinições das legislações suscitam imensas dúvidas que dão azo a abusos por parte de entidades de gestão coletiva que, em última análise, prejudicam o surgimento de novos modelos de negócios, bem como os interesses dos usuários (tanto criadores quanto público em geral). Desta forma, no caso específico, o *Copyright Act* deveria ser alterado no sentido de estabelecer uma interpretação de que a “execução” deve ser feita de forma contemporânea, perceptível pelo usuário através da transmissão¹⁰⁷³, e ainda inserir uma exceção para amostras.

7. O FUTURO DA GESTÃO COLETIVA E LICENCIAMENTO NO AMBIENTE DIGITAL

Em resposta aos desenvolvimentos tecnológicos e em particular relativamente à questão da gestão dos direitos, a OMPI convocou, em 1997 um fórum internacional sobre o exercício e gestão do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, face aos desafios da tecnologia digital. O objetivo era o de analisar as alterações aos princípios e aspectos práticos da instituição e funcionamento dos sistemas de gestão coletiva¹⁰⁷⁴.

À época, tinha-se a ideia de que a gestão coletiva se tornaria mais importante no mundo digital¹⁰⁷⁵. Porém, os avanços tecnológicos produziram efeitos ambivalentes na necessidade deste tipo de gestão. De um lado, houve um aumento dos canais de distribuição e o surgimento de novas tecnologias que permitem produção de cópias; de outro, surgiram tecnologias que permitem a gestão individual. Para as SGCs, estas mesmas tecnologias novas ajudam na avaliação do uso individual entre fornecedores e consumidores finais¹⁰⁷⁶.

Tudo indica que os titulares de direitos passaram a ter maior liberdade de escolher entre a gestão individual e a gestão coletiva de direitos, desde que os possam exercer diretamente na *Internet* (através do

¹⁰⁷³ Jesse BLAND. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”, p. 935-937.

¹⁰⁷⁴ APEPI, *Gestão do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno. A propósito da comunicação da Comissão Europeia de 16 de Abril*, p. 5.

¹⁰⁷⁵ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 950 (p. 13).

¹⁰⁷⁶ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 951 (p. 14).

uso de medidas tecnológicas e do sistema de informação para a gestão eletrónica de direitos). No entanto, há quem entenda que não é certo que o uso desta solução seja do interesse dos próprios titulares de direitos; em algumas áreas – como direitos de comunicação ao público e radiodifusão –, da mesma forma que no ambiente analógico também no ambiente digital há doutrinadores que entendem haver razões para se considerar a gestão coletiva como a melhor solução. Como se sabe, até ao momento, com a tecnologia atual e os altos custos envolvidos, apenas os autores e artistas mais conhecidos têm possibilidade de escolher a gestão individual; mas teme-se que este género de “dissidência” e a negação do princípio da solidariedade pode ser contraproducente não só para a comunidade dos criadores como também para os próprios dissidentes¹⁰⁷⁷.

Compreendemos estes receios. No entanto, pelas provas empíricas que são de conhecimento público e que vêm sendo divulgadas, inclusivamente pelos próprios interessados – tanto grandes quanto pequenos criadores –, consideramos que: em primeiro lugar, os pequenos criadores não estão a ser beneficiados, pelo menos de forma a justificar-se a defesa das sociedades com o argumento da solidariedade e da protecção desses criadores; segundo, parece notório que este objetivo atribuído às sociedades de gestão de zelarem pelos princípios da diversidade e da disseminação cultural, não está a ser cumprido. Até mesmo os grandes criadores de obras estão declarando publicamente sua insatisfação com o sistema. Consideramos que, em relação aos pequenos criadores, é invocada uma justificação que é paternalista e falaciosa.

Diante disto, entendemos que é pertinente tentar novas formas de gestão de direitos e, nesse sentido, já que o mundo digital gerou esta grande possibilidade de gestão individualizada, ela deve ser incentivada e considerada pelos legisladores, que devem procurar regular esta área. Parece-nos, também, que estamos perante mais um caso em que a inovação tecnológica está à frente da realidade e que, no futuro, essa poderá ser uma das soluções possíveis para esta questão. De facto, o mercado da música digital está ainda altamente inexplorado¹⁰⁷⁸, e en-

¹⁰⁷⁷ Ruth TOWSE; Christian HANDKE. “Economics of Copyright Collecting Societies”, p. 950 (p. 14); e APEPI. Gestão do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno. A propósito da comunicação da Comissão Europeia de 16 de Abril, p. 6.

¹⁰⁷⁸ Estima-se que o mercado de *royalties* seja, só em dez países da UE, de mais de 18 bilhões de Euros, e vem a crescer rapidamente – Roya GHAFELE. “Europe’s

tende-se que as SGCs tradicionais já tiveram oportunidade de o explorar, não tendo até ao momento conseguido fazê-lo de forma eficiente.

No que concerne às sociedades tradicionais, a tecnologia digital e a *Internet* colocam sérios desafios e oferecem oportunidades promissoras. Se, por um lado, estas tecnologias podem pôr em causa o seu monopólio, por outro, podem tornar a sua atividade mais eficiente e atrativa para os titulares de direitos.

Outra questão complexa diz respeito a um novo modelo de licenciamento, que surgiu devido à necessidade de simplificar este processo relativamente em especial às obras “multimedia”. Este tipo de obras engloba vários conteúdos e, conseqüentemente, vários direitos e, por isso, exigia que o usuário, para obter a licença necessária, se deslocasse a diversas entidades. As *one-stop-shops*, ou seja, a atuação em conjunto de diversas entidades de gestão coletiva de direitos, com vista a oferecerem autorizações de forma centralizada, deveriam constituir uma resposta a esta questão. Apesar de no passado as Sociedades terem tornado mais fácil o licenciamento de Direitos de Autor, atualmente os produtores de novas formas de obras multimedia e de serviços de *internet* reclamam contra o grande número de licenças que precisam obter para uma única obra, se forem a respeitar todos os direitos de autor e conexos compreendidos.

No intuito de encarar esse desafio de simplificar procedimentos para tais usuários, têm-se formado *one-stop-shops* experimentais para fornecer o licenciamento do uso baseado em um procedimento simples, porque centralizado. O resultado é um formato auto-regulador desenvolvido para evitar conflitos com os novos usuários das obras¹⁰⁷⁹.

O que parece é que até ao momento, as sociedades ainda não souberam, ou não conseguiram (ou não quiseram), lidar com a nova

Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 79. Ainda assim, entende-se que poderia ser superior, se as licenças fossem facilitadas, gerando assim mais serviços de música digital e, conseqüentemente, mais pagamento de *royalties*. (*ibid.* p. 80). Os estudos económicos indicam que ou os serviços de música *online* não estão gerando receitas suficientes, ou então são as próprias SGCs que são ineficientes em coletar o pagamento de *royalties* de fontes online. (*ibid.*).

¹⁰⁷⁹ Paul FLORENSON. “La Gestion du Droit d’Auteur et des Droits Voisins en Europe”, p. 56.

realidade da utilização das obras colocadas à disposição para uso¹⁰⁸⁰. Isto se deu porque muitas sociedades ainda não adaptaram as suas licenças de modo a incluírem as novas realidades tecnológicas, e insistem em utilizar no mundo digital licenças para usos analógicos¹⁰⁸¹. Além desse facto, muitas sociedades vêm praticando uma política de cobrança de todo e qualquer ato, levando em muitos casos a cobranças duplas, gerando grande insatisfação pelos usuários.

Apesar de as novas tecnologias permitirem grande controle do consumo das obras, quer em quantidade quer no tipo de ato envolvido – ou seja, se houve *download* ou um mero *streaming*¹⁰⁸² -, o que vem ocorrendo, pelo menos o que é divulgado publicamente, é que diversos criadores vêm denunciando recebimento de valores que parecem não corresponder à realidade.

Constata-se que os avanços tecnológicos acabaram por suscitar grandes questões sobre o papel das SGCs e, por conseguinte, o papel da regulação no seu funcionamento¹⁰⁸³.

Há que enfatizar a existência de propostas no sentido de uma inovação do modelo de gestão. Entre essas pode-se citar o CITED (*Copyright in Transmitted Electronic Documents*), que visa proteger os direitos

¹⁰⁸⁰ Uma das funções que as SGCs deveriam também cumprir, mas que não foi objeto da presente tese, é a identificação de usos ilegítimos, assim como a identificação de novas oportunidades de licenciamento, não no sentido de pretenderem fazer cobrança abusiva de direitos sobre todo e qualquer ato, como vem acontecendo, mas sim detectar situações na Internet que podem originar novas licenças e, ainda, idealizar mecanismos práticos de licenciamento e consequente cobrança. ROYA GHAFELE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 64.

¹⁰⁸¹ Apesar de a EU ter efetivamente alterado seu sistema de licenças, com a Diretiva 2014, este continua a não garantir de forma eficiente dois serviços fundamentais: a garantia de licenças para utilizadores comerciais de forma eficaz, e a correta distribuição de royalties aos titulares, uma vez que apenas tratou da questão da territorialidade, sem se importar com estas questões. Tal como Guibault e Gompel argumentam, o não funcionamento destas duas atribuições de forma correta prejudica o desenvolvimento de mercados inovadores de distribuição de música *online* – ROYA GHAFELE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 64.

¹⁰⁸² Eugélio Luis MULLER. “Gestão Coletiva: a Viabilização do Direito do Autor por Intermédio da Associação”, p. 14.

¹⁰⁸³ Destaca-se também a diferenciação no tratamento entre os sistemas de *copyright* e os sistemas de *droit d’auteur*, com uma visão mais pragmática, de um lado, e uma visão mais idealítica, de outro. ADOLF DIETZ. “Legal Regulation of Collective Management of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe”, p. 899-901.

sobre todas as obras e prestações armazenadas e transmitidas em forma numérica contra as várias modalidades de pirataria e utilização ilícita, e o CIS (*Common Information System*¹⁰⁸⁴ da Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores)¹⁰⁸⁵.

Neste cenário, surge a necessidade de se garantir que a revolução tecnológica auxilie o criador intelectual, e nesse sentido pode ser utilizada, não só como fonte de novas obras, prestações e explorações mas também como meio de garantir os direitos dos diversos titulares. As tecnologias digitais oferecem novas possibilidades de identificação das obras e prestações, através de bases de dados e de controlo das suas utilizações, o que permitirá novas fórmulas de recolha de proventos de acordo com as utilizações efetivas que tenham ocorrido e, conseqüentemente, mecanismos mais justos de distribuição dos valores recolhidos.

Assim, a gestão coletiva surgida como resposta à evolução tecnológica que permitiu o uso massivo de obras e prestações poderia tornar-se agora dispensável em virtude dessa mesma evolução tecnológica¹⁰⁸⁶. Muitas utilizações que se realizaram sob a égide da gestão coletiva serão em breve passíveis de uma gestão individualizada. É previsível que a revolução informática altere a face da gestão coletiva¹⁰⁸⁷. Há autores que entendem que essa não será, porém, uma evolução global.

¹⁰⁸⁴ CIS – *Global Digital Management of Rights*. O objetivo do CIS é criar um sistema digital de gestão de direitos, baseado na identificação padronizada de obras e redes de trocas de dados entre as sociedades afiliadas da CISAC. Pretende permitir aos membros otimizar a gestão de suas práticas diárias e a troca de informações, através de transações automatizadas e mais rápidas e acuradas distribuições de royalties entre as sociedades afiliadas. CIS permite aos membros das sociedades melhorarem sua eficiência em relação a criadores e a usuários, e buscar oportunidades trazidas pela internet. O CIS consiste em duas séries de instrumentos, que fornecem a pedra angular para a gestão global do direito dos direitos de autor.

1) O primeiro componente é a integração de identificação, com certificado ISO, padronizada internacionalmente, das obras e partes relevantes para o processo criativo.

2) O segundo componente diz respeito a uma base de dados global, ou sub-sistemas apoiados em diversas tecnologias que servirão de repositório de informação sobre o processo criativo de todas as sociedades participantes do CISAC. <<http://www.cisac.org/CisacPortal/page.do?id=22>>.

¹⁰⁸⁵ Luiz Francisco REBELLO. “Gestão de Direitos no Ambiente Digital”, p. 356.

¹⁰⁸⁶ Alexandre Dias PEREIRA. “Gestão Individual e Coletiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação”, 441.

¹⁰⁸⁷ José de Oliveira ASCENSÃO. “Direito de Autor e Informática Jurídica”, p. 20-21.

É provável que usuários gerais, tais como hotéis, bancos, radiodifusores, continuem a utilizar o sistema de gestão coletiva, em virtude da natureza da sua utilização, que carecem de licenças globais (*blanket licenses*) que lhes permitam o uso indiscriminado das obras e prestações que, em muitos casos, não lhes serão possíveis com a obtenção casuística dos diversos direitos.

De facto há quem levante a questão de a gestão individual ser complexa e que necessariamente envolveria a administração por um particular, já que o controle das utilizações que se venha a fazer será efetuado raras vezes pelo próprio titular.

Porém, consideramos que este argumento pode ser refutado pelo facto de que as bases de dados, por terem carácter particular, geram maior concorrência, um vínculo mais próximo entre os criadores e os administradores e possibilitam uma relação regulada pelo próprio mercado. Ou seja, se um criador não estiver satisfeito com a prestação de serviços da base de dados, procurará encontrar outra que cumpra os objetivos a que se propõe.

A vigilância do repertório tenderá, no entanto, a deixar de ser nacional para passar a ser planetária, acompanhando a evolução do próprio Direito de Autor – isto implica a criação de infra-estruturas que do ponto de vista humano e material dificilmente serão compatíveis com uma gestão nacional.

Os fatores de eficiência das entidades, no sentido de se manter documentado o repertório que administram e atualizadas as transações que ocorrem, será a sua grande tarefa. Para tal fim, há necessidade de um sistema de identificação que garanta: (a) a identificação das obras e as prestações; (b) a identificação dos titulares de direitos envolvidos; (c) a identificação dos contratos existentes e dos direitos e obrigações deles resultantes.

O embrião de um tal sistema já começou a ser desenvolvido pela CISAC e tem por nome CIS – que é a aproximação a um sistema de “guichet” único¹⁰⁸⁸.

No ambiente digital, as entidades de gestão coletiva estão cada vez mais sujeitas à concorrência das grandes empresas de conteúdos¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ Pedro CORDEIRO. “A Gestão Colectiva na Sociedade da Informação”.

¹⁰⁸⁹ Alexandre Dias PEREIRA. “Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação”, p. 453.

Parece-nos que esta é uma realidade que não poderá ser travada pela legislação; ou seja, é natural que, diante das possibilidades trazidas pela tecnologia, cada vez mais se desenvolvam, no âmbito particular, serviços que se prestem inicialmente à construção de bases de dados – as quais irão muito provavelmente evoluir para uma verdadeira forma de controlo de uso de conteúdos criativos – de forma a salvaguardar os direitos dos criadores, que é o que se pretende.

Por fim, o que se conclui é que a gestão de múltiplos direitos, feita por múltiplas organizações, em múltiplos territórios, com diferentes regulamentações, com formas de natureza jurídica e económica que não primam pela eficiência, são a fórmula para o insucesso deste modelo que obviamente tem impactado na satisfatória disseminação de conteúdos criativos *online*. Nesse sentido, a despeito da opinião de alguns juristas que se posicionam favoráveis às SGCs, advogando o seu correto funcionamento, parece que, na perspectiva económica, a opinião é inversa, havendo economistas que revelam que a disparidade entre os potenciais lucros e os lucros reais nos mercados sugere que há problemas com o atual sistema de gestão coletiva de direitos^{1090 1091}. Assim, e em virtude do nosso entendimento de que o Direito faz parte de um conjunto mais amplo de um sistema que é a sociedade, o mesmo Direito deve também se apoiar em outras áreas do conhecimento.

8. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LICENCIAMENTO

8.1 SITES DE PARTILHA E LICENCIAMENTO

Os *sites* de partilha não autorizados foram inicialmente os que causaram maior preocupação entre os criadores, gravadoras e todos os envolvidos, causando uma revolução no sistema de Direito de Autor, tendo sido alvo de grande ataque pela indústria que, de alguma forma, conseguiu diminuir sensivelmente a sua existência.

¹⁰⁹⁰ Roya GHAFELE. “Europe’s Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States”, p. 81.

¹⁰⁹¹ Em recente artigo sobre a Diretiva e as SGCs, Adelaide Menezes LEITÃO. “A Directiva 2014/26/UE Relativa à Gestão Colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos”, p. 206, levanta também a questão de que estas entidades trabalham mais na preservação das suas posições e dos seus próprios interesses do que nos interesses dos autores.

Por ser praticamente impossível erradicar estes negócios ilegais, indicam alguns estudiosos que a melhor maneira de se assegurar os direitos dos autores é através da regulação destes *sites*, tornando-os legais, permitindo-se assim uma maior oferta de produtos que satisfaçam os usuários de forma a sentirem que se justifica a contrapartida econômica a pagar pelo uso do arquivo e, por conseguinte, a remuneração do titular de direito. Nesse sentido, há quem sugira, como William Fisher III, do *Berkman Centre* da *Harvard Law School*, um modelo de pagamento mensal por partilha *online*¹⁰⁹².

Em França, em 2005, uma aliança entre organizações de música, artes visuais, SGCs, consumidores e usuários de Internet, permitiu que se fizesse uma promoção deste modelo no *Alliance Public-Artistes*. Foram então propostas alterações à lei de Direitos de Autor, transformadas em Lei em dezembro do 2006, que foi, no entanto, rapidamente revertida depois de a indústria do conteúdo ter mostrado sua insatisfação relativamente a este modelo de *licence globale*.

Na Itália, houve projetos de lei para introduzir o modelo, enquanto na Bélgica já existe um. No caso da Alemanha, há uma tentativa de promover o modelo. No Canadá, a *Songwriter Association* é responsável por introduzi-lo.

Este projeto é paralelo ao modelo alemão de meados do século XX, em que o governo permitiu a cópia privada e exigiu que os produtores e importadores de gravadores de fitas adicionassem uma taxa de direito autoral ao preço dos seus equipamentos.

Em ambos os casos, os meios tecnológicos que foram reservados para as grandes instituições ou corporações tornaram-se acessíveis a todos os cidadãos. Na década de 50, os gravadores de áudio permitiram aos indivíduos, pela primeira vez, copiarem gravações de som, seguindo-se os gravadores de áudio e vídeo, as fotocopiadoras, os scanners, etc. Este modelo foi adotado em muitos países¹⁰⁹³, e baseia-se no pagamento de uma taxa mensal, em troca da liberdade de fazer cópias privadas. A licença de partilha seria um passo nessa direção¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² William FISCHER. Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment.

¹⁰⁹³ <<http://ebooksgratis.com.br/tag/direito-autoral/#ixzz2PreDg7Rz>>.

¹⁰⁹⁴ <<http://www.gpopai.usp.br/compartilhamento/>> e <<http://ebooksgratis.com.br/tag/direito-autoral/#ixzz2PrezAOt6>>.

Na adaptação deste modelo ao ambiente digital, há quem veja como fundamental a existência de uma entidade de gestão coletiva de direitos para se arrecadar o valor pago pelos provedores. Contudo, esta visão parece-nos redutora e ultrapassada já que existe a possibilidade de este controle ser feito recorrendo novamente a DRMs, algo que a própria União Europeia já havia suscitado ¹⁰⁹⁵.

Há quem defenda que este modelo seria uma forma de a lei de Direito de Autor trazer o reequilíbrio da relação entre autores e público mediante uma taxa justa. Alega-se que qualquer tentativa de reverter as mudanças que impeçam a partilha no ambiente digital estão condenadas ao fracasso.

Há diversas instituições, como o GEMA e o Ministério da Justiça no Brasil (responsável pela lei de direito autoral), que defendem que uma licença de partilha é a única resposta possível. Assim, nas comunidades criativas, no público e na oposição política, são cada vez mais fortes as vozes que pedem a legalização da partilha de arquivos, mas a política oficial ainda é tímida. Houve tentativa de inclusão do artigo 88-B na reforma da LDA.

8.2 CREATIVE COMMONS

Nos Estados Unidos, os *Creative Commons* são uma organização não-governamental sem fins lucrativos voltada para a expansão da quantidade de obras criativas disponíveis, através das suas licenças que permitem a cópia e a partilha com menos restrições do que o tradicional “todos os direitos reservados”.

Para esse fim, a organização criou diversas licenças, conhecidas como licenças *Creative Commons*, lançadas inicialmente em 2002¹⁰⁹⁶.

As licenças *Creative Commons* foram idealizadas para se permitir a padronização de declarações de vontade no que toca ao licenciamento e distribuição de conteúdos culturais em geral de modo a facilitar a partilha e recombinação, sob a égide de uma filosofia *copyleft*^{1097 1098}.

¹⁰⁹⁵ Item 10, Capítulo II, cópia privada.

¹⁰⁹⁶ David BERRY. Copy, Rip, Brun. The Politics of Copyleft and Open Source, p. 25.

¹⁰⁹⁷ Eric S. RAYMOND. *The Cathedral and the Bazaar and Other Essays*, p. 45.

¹⁰⁹⁸ Item 5, Capítulo III.

As licenças criadas pela organização permitem que os titulares de Direitos de Autor possam abdicar, em favor do público, de alguns dos direitos inerentes às suas criações ainda que retenham outros direitos. Isto pode ser operacionalizado por meio de uma variedade de módulos-padrão de instrumentos contratuais, que resultam em licenças prontas a serem agregadas aos conteúdos que se deseje licenciar.

Os módulos oferecidos podem resultar em licenças que vão desde uma abdicação dos seus direitos patrimoniais quase total por parte do licenciante, até opções mais restritivas que vedam a possibilidade de criação de obras derivadas ou o uso comercial dos materiais licenciados. Tais licenças acabam permitindo unicamente a livre manipulação, distribuição, partilha e replicação destes conteúdos.

Originalmente, as principais licenças *Creative Commons* foram redigidas levando em consideração o modelo legal norte-americano. A partir de determinada versão, as licenças passaram a ser redigidas de acordo com a legislação internacional sobre Direitos de Autor, permitindo assim que se possam integrar facilmente nas legislações dos países que participam dos Tratados Internacionais. Ainda que se considere que as licenças são meros contratos-padrão entre o autor e o público, usar tais modelos sem levar em consideração as leis locais poderia tornar as licenças inutilizáveis. Por essa razão, a entidade desenvolveu o projeto *International Commons (ICCommons)*, visando uniformizar a redação das licenças por ela disponibilizadas, de acordo com as especificidades normativas de cada país.

Há seis grandes licenças da *Creative Commons*: (1) *Attribution (CC-BY)* – Os licenciados têm o direito de copiar, distribuir, exibir e executar a obra e fazer trabalhos dela derivados, embora concedam ao autor ou licenciador os créditos devidos, na maneira por eles especificada; (2) *Attribution Share Alike (CC-BY-SA)*; *Attribution No Derivatives (CC-BY-ND)*; *Attribution Non-Commercial (CC-BY-NC)*; *Attribution Non-Commercial Share Alike (CC-BY-NC-SA)*; *Attribution Non-Commercial No Derivatives (CC-BY-NC-ND)*¹⁰⁹⁹.

Todas as licenças originais garantem certos “direitos básicos”, como o direito de distribuir obras com Direitos de Autor sem modificações, a custo zero. Contudo, algumas das licenças mais recentes não garantem tais direitos.

¹⁰⁹⁹ <<http://creativecommons.org/licenses/>>.

Foi exponencial desde o lançamento do projeto o crescimento do catálogo de obras audiovisuais e textuais licenciadas por um ou outro tipo de licença *Creative Commons*¹¹⁰⁰. Lawrence Lessig afirma que, na maioria dos casos, as *Commons* são um recurso a que as pessoas de determinada comunidade têm acesso sem a necessidade de se obter qualquer permissão¹¹⁰¹. Por meio do *site* da entidade é possível ao autor e a outros titulares de Direito de Autor autorizarem o *download* de um filme e a sua exibição pública (incluindo, a seu critério, o circuito comercial). No âmbito do *website* é celebrado um contrato entre o titular do direito e aqueles que solicitam autorização¹¹⁰².

As licenças *Creative Commons* são não-exclusivas e irrevogáveis. Qualquer obra ou cópias da obra obtidas sob uma licença *Creative Commons* devem continuar a ser usadas sob essa licença¹¹⁰³.

As licenças são escritas em três níveis: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está a conceder; um nível para advogados, em que a redação da licença utiliza termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas”, com os termos da

¹¹⁰⁰ Alguns dos mais conhecidos projetos licenciados com as licenças CC incluem, exemplificativamente: o livro *Free Culture*, de Lawrence Lessig (2004), primeiro livro licenciado com CC; a ficção de Cory Doctorow; o portal jurídico *Groklaw*; *MIT OpenCourseWare* – Sebentas (apostilas) académicas do MIT; Três dos livros de Eric S. RAYMOND, *The Cathedral and the Bazaar* (o primeiro livro completo e comercialmente lançado por *O'Reilly & Associates* sob uma licença CC), *The New Hacker's Dictionary*, e *The Art of Unix Programming*; Public Library of Science; um vasto sortimento de fotografias publicadas no portal de partilha *Flickr*.

¹¹⁰¹ Lawrence LESSIG. *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 19-20.

¹¹⁰² Pode-se afirmar que a adesão a este sistema cresce diariamente e já inclui nomes como o dos músicos Gilberto Gil, David Byrne e as Bandas Beastie Boys e Bjork. O MIT registrou trabalhos pelo *Creative commons* para promover a difusão da produção académica. Até mesmo a BBC de Londres teria anunciado que iria licenciar todo o seu acervo histórico com o símbolo *Creative Commons*, uma vez que teria percebido ser mau negócio manter centenas de milhares de horas de produção audiovisual sem qualquer acesso. Silvio CRESPO. “Reforma agrária no audiovisual: creative commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa”, p. 60-62.

¹¹⁰³ <http://wiki.creativecommons.org/CC_Affiliate_Network>.

licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada.

De modo a atender os interesses dos autores, as licenças *Creative Commons* podem ser utilizadas em conjunto^{1104_1105_1106}.

Cumpra observar que a licença não deve modificar os direitos do *Fair Use* ou exercer restrições que violem as exceções aos Direitos de Autor.

Apesar do objetivo nobre, há no entanto muitas críticas à ideia, acusando-a de não ser suficientemente abrangente¹¹⁰⁷ e de que privilegiou-se a disseminação de informação em detrimento do incentivo económico, compensatório, necessário ao desenvolvimento do Direito de Autor¹¹⁰⁸, com o que concordamos.

O sistema não fornece nenhuma ferramenta para se estabelecer e coletar uma compensação para o conteúdo fornecido. Apesar de uma compensação poder ser ainda fornecida em base voluntária e numa base por uso, há significativas preocupações com a sustentabilidade deste modelo¹¹⁰⁹.

Além disso, um sistema de compensação eficiente no ambiente digital deveria obrigatoriamente assumir carácter transfronteiriço.

À primeira vista, este novo modelo de licenciamento poderia ser uma alternativa que acrescentaria valor ao sistema de Direito de Autor, proporcionando uma maior disseminação da informação, cultura e entretenimento pretendida neste âmbito, algo que constitui uma das funções primordiais da proteção de obras criativas, cujo objetivo é o bem-estar do público.

Por outro lado, como já observado, a falta de uma previsão ou possibilidade de alguma forma de remuneração e o facto de as licenças serem irrevogáveis geram grande desequilíbrio e instabilidade para o criador, o que vai contra o pretendido equilíbrio do sistema de Direito de Autor.

¹¹⁰⁴ Ronaldo LEMOS. *Direito, Tecnologia e Cultura*, p. 84.

¹¹⁰⁵ Paulo Sá ELIAS. “Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais”, p. 81.

¹¹⁰⁶ Acerca da defesa do uso de tais licenças para incentivar a diversidade cultural e a criatividade, ver discurso de Larry Lessig em <http://www.ted.com/talks/larry_lessig_says_the_law_is_strangling_creativity#>.

¹¹⁰⁷ David BERRY. *Copy, Rip, Brun. The Politics of Copyleft and Open Source*, p. 10.

¹¹⁰⁸ Mindaugas KISKIS; Rimantas PETRAUSKAS. “Lessig’s Implications for Intellectual Property Law and Beyond Them”, p. 306.

¹¹⁰⁹ Mindaugas KISKIS; Rimantas PETRAUSKAS. “Lessig’s Implications for Intellectual Property Law and Beyond Them”, p. 312.

9. CONCLUSÃO

Neste capítulo, vimos como as Sociedades de Gestão Coletiva vêm operando no sentido de se promover a maior distribuição dos conteúdos criativos, nomeadamente, a música. Estas entidades estão atualmente no cerne de grandes discussões legislativas e doutrinárias devido à complexa tarefa de licenciamento nos diversos ordenamentos jurídicos aqui tratados.

A discussão doutrinária e mesmo legislativa tem-se baseado muito na sua forma económica e jurídica, o que tem levado a um grande dispêndio de tempo e recursos quando na verdade o que se deveria estar a analisar são as licenças em si mesmas, ou seja, a sua adequação ao ambiente digital. Esta conclusão baseia-se na análise dos sistemas aqui apresentados e, mais do que uma questão meramente teórica, é uma conclusão empírica e perfeitamente perceptível: temos como exemplo um sistema que funciona na base da concorrência (EUA), outro sistema que funciona com base no monopólio (Brasil) e outro que irá funcionar em um sistema de oligopólio (União Europeia). Nenhum destes parece estar cumprindo as funções a que se propõem e a que se deveriam propor. Esta crítica é em sentido não apenas económico mas também cultural, sendo facto público e notório que os pequenos criadores têm pouco espaço para a divulgação e distribuição de seus conteúdos.

Por outro lado, também não se assiste a uma discussão, que entendemos pertinente, sobre uma certa obscuridade no funcionamento destas entidades. Estas questões parecem-nos óbvias ao tomarmos conhecimento de que diversas destas entidades têm conflitos de interesse em seus quadros, conforme se detecta especialmente nos EUA e no Brasil.

As discussões acerca do licenciamento tomam demasiado tempo. É certo que o nível de discussões e melhorias observadas nos EUA e União Europeia constituem um grande progresso frente ao tímido passo dado pelo sistema brasileiro no sentido das melhorias no sistema de arrecadamento do ECAD.

No entanto, esperar-se-ia que, por esta altura, os EUA e a União Europeia já estivessem em um nível mais avançado na questão da simplificação dos processos.

As medidas tomadas, a despeito de serem louváveis, não irão representar o passo que se deseja para efetivamente se criar um ambiente acessível aos pequenos criadores, aos pequenos e médios intermediários, ou mesmo aos grandes e inovadores. O sistema de licenciamento é demasiado caro e complexo.

Nesse sentido, não se pode encarar mais a questão sem alterar paradigmas do sistema do Direito de Autor como a territorialidade e a separação de competência das entidades para licenciamento de diferentes tipos de direitos, bem como a delimitação e o esclarecimento dos direitos envolvidos. Como já vimos em capítulo anterior, a propagação *online* é um processo que pode envolver diversos direitos tanto cumulativos quanto existentes por si só. Porém, estes direitos são passíveis de serem identificados e, por conseguinte, licenciados. O que entendemos é que os fundamentos dos direitos envolvidos numa transação são plenamente aplicáveis às novas formas de distribuição digital, havendo no entanto necessidade de se compreender o procedimento técnico.

No entanto, isso implicaria mudanças legislativas profundas que, ao que parece, nenhuma das partes está disposta a fazer. Aparentemente, as alterações sugeridas pelo *Copyright Office* nos EUA abrangem amplamente os direitos envolvidos, o que significaria uma alteração mais profunda no sistema de licenciamento, o qual nos parece que ainda não atingiu o nível de mudança adequado, especialmente por não reformular a forma como estas licenças se aplicam no ambiente digital; ou seja, sem se fazer a necessária distinção do procedimento, continuam a ser aplicadas licenças originalmente criadas para o ambiente analógico.

Na União Europeia, a alteração trazida pela Diretiva que estabeleceu o Licenciamento Multi-Territorial, representa algum avanço no que concerne à questão territorial, embora bastante limitado. As críticas à União Europeia baseiam-se nas mesmas razões por que criticamos as propostas norte-americanas e por englobarem apenas um tipo de obra, qual seja, a obra musical, deixando de lado a gravação de som, e não esclarecendo questões referentes à radiodifusão.

Por fim, lamentamos que o Brasil continue fora das discussões acerca deste tema, centrando sua reforma numa pequena alteração à Lei do ECAD e na forma de distribuição dos *royalties*.

Neste cenário, vemos que os criadores com pouco poder de negociação, como os de nicho e fora do circuito comercial ou os novos

serviços inovadores, vão continuar a enfrentar dificuldades para disponibilizarem as suas obras e os seus serviços. Como forma de amenizar essas dificuldades, e aproveitando os benefícios e as possibilidades das novas tecnologias, surgiram, e esperamos que continuem a surgir num futuro próximo, novas formas de licenciamento que, no entanto, até ao momento ainda não obtiveram grande êxito.

Questionamo-nos se, perante toda esta inadequação das Sociedades, e até mesmo de novas formas de licenciamento não terá chegado a hora de se alterar este dogma da gestão dos direitos de autor enquanto sociedades sem fins lucrativos.

CONCLUSÃO

A presente tese se propõe a analisar a disseminação de conteúdos criativos na *Internet*. Verificámos ao longo deste estudo que, a despeito dos avanços tecnológicos inéditos e surpreendentes, a disponibilidade destes conteúdos em termos quantitativos e de diversidade fica aquém do que tais avanços permitiriam. É certo que, durante os tempos de redacção do presente estudo, foram-se desenvolvendo exponencialmente realidades tecnológicas como a do *streaming*; ainda assim, nota-se a ausência de diversidade e muita insatisfação por parte da generalidade dos usuários relativamente à disponibilidade *online* destes conteúdos, bem como por parte dos criadores, em diversos casos.

Cumpramos desde logo destacar a dificuldade de se analisar a vastidão dos conteúdos e suas diversas características e diversificadas formas de distribuição. Os interesses que movem conteúdos literários para fins de educação são muito distintos, por exemplo, dos interesses que movem conteúdos musicais para fins de entretenimento; no entanto, notámos que ambos comungam da falta de diversidade no mundo *online*.

Para se compreender as razões desta situação e as dificuldades que o ambiente digital gerou, é necessário analisar e compreender o funcionamento da personagem deste sistema que torna possível a disseminação: o intermediário, figura que em geral se distingue do criador da obra. É certo que as novas tecnologias permitiram uma série de inovações, o que

levou muitos a crerem que se poderia vislumbrar um futuro com menos intermediários. No entanto, tal suposição ainda é prematura.

Começamos por fazer uma apresentação dos espaços territoriais analisados, de forma a compreender o estado atual do tratamento do ambiente digital. No panorama europeu, vemos que, apesar da demanda de uma harmonização legislativa, os esforços empreendidos não têm conseguido dar resposta adequada aos desafios. Parece não fazer sentido que, 23 anos após a instituição da União Europeia, não se tenha ainda atingido um grau de harmonização minimamente aceitável em uma área que não conhece fronteiras e que tem cada vez mais importância económica e cultural, permitindo um maior intercâmbio cultural que deveria ser o objetivo da União. A DSI que trata diretamente do tema Direito de Autor não se mostrou adequada à adaptação ao mundo digital. Nesse sentido, encontra-se em fase de elaboração uma Reforma desta Diretiva, sem que no entanto se vislumbre um desfecho a curto prazo.

Notamos que a proteção do conteúdo criativo nos EUA mostra uma peculiaridade interessante do ponto de vista teórico, que se relaciona com o facto de que, apesar de serem uma nação vocacionada para a economia de mercado, ainda têm em alta consideração o interesse público, buscando proporcionar um ambiente de criação tanto académica quanto de entretenimento, talvez por não considerarem que os interesses do mercado se opõem ao interesse público. Este país tratou diretamente do ambiente digital ao promulgar o DMCA, o qual, no entanto, é considerado extremamente protetor da indústria do conteúdo e, portanto, também inadequado.

O Brasil, por sua vez, parece não estar procurando acompanhar os movimentos de discussão nem os processos de alteração legislativa que vêm ocorrendo no mundo inteiro, continuando com uma Lei de direito de autor obsoleta, que não refere o ambiente digital e parece não querer aderir aos Tratados, perdendo assim uma oportunidade de modernizar seu quadro legal relativamente a um assunto de importância cultural, económica e educacional para o país.

Não deixa de ser curioso que uma área tão mutável, que tem gerado tanta e que envolve tantos interesses económicos, se encontre com instrumentos jurídicos internacionais tão ultrapassados. Salienta-se também o facto de que, num mundo cada vez mais globalizado, e em se tratando de um conteúdo com vocação internacional, continue persistindo a dualidade de tratamento entre os sistemas de *droit*

d'auteur e copyright. De facto, no ambiente analógico até poderíamos compreender que o mercado suportava tal distinção. Contudo, hoje em dia parece óbvio que o mercado é global e não se coaduna com tratamentos tão díspares.

Iniciámos esta dissertação analisando os Limites e Exceções aos direitos exclusivos dos titulares, que são os instrumentos eleitos pelos legisladores por supostamente permitirem maior acesso dos usuários a conteúdos, em detrimento do direito de propriedade, o qual, desde o ambiente analógico, envolveu sempre estas figuras de grandes s. No entanto, no ambiente digital, ficou ainda mais evidenciada a necessidade de utilizar em muitos casos estas figuras.

Apesar da importância que assumiram, estas figuras não podem no ambiente digital ter as mesmas características que apresentavam no ambiente analógico, sob pena de desequilíbrio do sistema.

Diante de um sistema de Limites e Exceções como a cópia privada e a *First Sale*, que se mostraram extremamente prejudiciais aos seus interesses no ambiente digital, os titulares de conteúdos têm-se servido de diversas estratégias para se esquivarem aos privilégios que estes concederiam aos usuários, e têm recorrido a práticas como a da retenção de conteúdos.

Por outro lado, as incertezas legais quanto ao regime de reproduções temporárias conduziram à insegurança na idealização de novos modelos de negócios.

Como os Limites e Exceções não foram reformulados, a colocação de obras *online* corre sérios riscos, na perspectiva dos titulares de direitos, sendo essa a razão por que têm sido surpreendentemente reticentes em disponibilizar conteúdo para aquele fim.

Este problema é especialmente sentido nas utilizações para fins de educação e em bibliotecas, uma vez que estes usos gozam de alguns benefícios que, segundo os titulares de direitos, não são passíveis de serem concedidos no ambiente digital. Estamos falando de limites como o princípio do esgotamento e da cópia privada, os quais, se transpostos para a realidade digital, concebida à semelhança do ambiente analógico, tornariam seus negócios inviáveis. Assim, como não foram reformulados e repensados de forma criteriosa, estes limites permitiram que um único acesso a um arquivo tivesse uma distribuição incontrollá-

vel, devido às características dos arquivos digitais em que uma cópia é perfeitamente igual ao original.

Para questões que envolvem conteúdos no setor do entretenimento, parece que o próprio mercado se vem regulando, e o Direito do Consumidor é chamado à colação para a proteção dos interesses dos usuários.

Ademais, cumpre observar que este sistema não está levando em consideração toda uma indústria que depende dos benefícios dos Limites e Exceções. Uma grande parte da economia atual depende do conhecimento e da criatividade. Há um grande conflito de interesses entre a indústria de conteúdos, que depende da proteção máxima do conhecimento, e a indústria que depende dos Limites e Exceções. Esta situação tem-se tornado cada vez mais complexa, pois podem ocorrer situações em que o mesmo antagonismo de interesses se verifica no seio de uma mesma empresa.

Analisámos igualmente os contratos de adesão, uma vez que estes estão sendo utilizados de maneira abusiva pelos titulares de direitos, eliminando faculdades jurídicas a que os usuários teriam acesso. Estas táticas têm o perigo de minar o ciclo criativo, o acesso ao conhecimento, à cultura e à educação. Estes dois capítulos estão intimamente ligados.

Estas figuras, ou seja, as EULAs, têm um perigoso potencial de substituir a lei de Direitos de Autor a nível mundial. Isto porque se trata de instrumentos contratuais que não permitem negociação prévia e atingem um público de uma dimensão antes impensável.

Desta forma, se torna imperativo que o Direito de Autor retome o seu protagonismo na regulação de relações que envolvam conteúdos criativos. O perigo destas figuras está não só em diminuir os benefícios concedidos aos usuários como, por outro lado e ainda mais grave, em aumentar o âmbito de proteção deste sistema. Ou seja, através de acordos privados e impostos sem negociação, o titular do direito autoral ou conexo pode proteger conteúdos originariamente não protegidos por este subsistema jurídico. Esta situação produz consequências negativas sérias a um ambiente onde se prezam a criatividade e o acesso ao conhecimento e à cultura.

Analisámos também os DRMs, dispositivos tecnológicos que, ao mesmo tempo que limitam o acesso ao conteúdo, possibilitam a inovação de novos modelos de negócios. Constatámos também a necessidade de ponderação dos prejuízos e benefícios trazidos.

Há que apontar a urgência em se regular de forma mais equilibrada estes dispositivos. No incipiente ambiente digital, tanto a União Europeia quanto os EUA regularam estas figuras de forma bastante imparcial, que resultou em uma proteção excessiva da indústria de conteúdos em detrimento dos usuários, e que ao longo dos anos se mostrou prejudicial para o equilíbrio do sistema. Mais grave ainda, no Brasil, a ausência de qualquer regulação torna este ambiente mais suscetível de abusos. É certo que, mais uma vez, em se tratando de relações de consumo, tanto o Brasil como a União Europeia ostentam uma filosofia de proteção da parte mais fraca em eventuais conflitos e, dessa forma, os interesses dos usuários serão sempre levados em consideração. No entanto, não podemos olvidar as relações fora do ambiente das relações de consumo, que não estão sendo alvo da necessária atenção.

Nesse sentido, entendemos que sob o ponto de vista do entretenimento, a despeito da grande reclamação em torno do conteúdo musical, parece que o ambiente digital trouxe mais benefícios. Sob o ponto de vista do acesso ao conhecimento, cultura e educação, os benefícios ainda estão muito aquém do desejado.

Por outro lado, é necessário levar em conta que estes instrumentos tecnológicos permitiram uma proliferação de novos modelos de negócios de distribuição de conteúdo criativo por possibilitarem, em termos de arquitetura do negócio, várias formas de disseminação. Além disso, possibilitam a manutenção de certos benefícios gozados no ambiente analógico e que pareciam impossíveis no incipiente ambiente digital, tais como a possibilidade de transferência de arquivos, que por sua vez permite a manutenção do princípio do esgotamento e a possibilidade de devolução de conteúdos. No entanto, especialmente para o primeiro caso, é necessário que se faça uma profunda revisão daquele instituto, sob pena de, se for ignorado, ser desconsiderado um grande nicho de mercado que pode ser criado, possibilitando a maior rotatividade de conteúdo criativo e, por outro lado, se adotado de forma plena como no ambiente analógico, poderá acarretar prejuízos financeiros para os titulares de direitos, o que, em última instância, será prejudicial para o sistema.

Analisámos, ainda, os direitos envolvidos em uma propagação digital (de qualquer conteúdo criativo), uma vez que no ambiente digital estes direitos pareciam resumir-se a um único ato. Este é um dos

aspectos em que parece que a falta de clareza do procedimento tecnológico mais tem afetado o seu tratamento. É patente a falta de clareza dos instrumentos normativos ao nível tanto dos Tratados Internacionais quanto das legislações domésticas, e tem graves consequências para as dimensões analisadas.

Esta falta de clareza acarreta problemas facilmente detectáveis, no caso da delimitação das licenças, uma vez que estas se baseiam nos direitos envolvidos. Esta insegurança é notória nos conteúdos musicais, devido às constantes declarações públicas de insatisfação por parte dos agentes interessados, artistas intérpretes e compositores especialmente. No quadro da definição dos direitos envolvidos e da consequente identificação dos Limites e Exceções para negócios envolvendo conteúdos literários para bibliotecas *online*, esta indefinição também vem causando disfuncionalidades e injustiças. Em última instância, esta indefinição tem provocado a falta de disponibilização dos conteúdos por parte dos titulares de direitos. No domínio dos *e-books*, esta questão parece não ser a que mais problemas vem causando.

A realidade digital trouxe uma outra complexidade, que diz respeito a uma nova característica: a execução de reproduções em seu processo de disseminação, que exigem uma análise mais cuidadosa. O procedimento tecnológico envolve agora uma série de reproduções que podem ou não acarretar a produção de uma cópia e esta, por sua vez, pode ou não ter importância jurídica. Este foi um outro aspecto mal regulado nos Tratados Internacionais, tendo sido disciplinado de forma irregular nas legislações domésticas.

Nos EUA, contrariando o que parecia ser o bom senso nesta seara, a jurisprudência ainda não alcançou uma resposta definitiva sobre o que considera ser uma reprodução jurídica. Surpreendem-se várias decisões contraditórias em que as cópias RAM foram consideradas relevantes para os titulares de direitos. Em um primeiro momento, parecia completamente desprovido de qualquer razão lógica considerar tais cópias como relevantes para o universo jurídico. No entanto, após uma análise mais aprofundada, deparámos com situações em que, de facto, não é tão clara a irrelevância destas reproduções; porém, discordamos dos critérios usados pela jurisprudência norte-americana para tal definição. No espaço europeu, este foi um aspecto que teve maior consenso na DSI e nas leis domésticas. Chamámos a atenção porém

para o facto, já advertido, de que esta definição não é assim tão simples como poderia parecer a um primeiro momento.

Esta indefinição das legislações tem levado a decisões irregulares tanto ao nível internacional quanto mesmo dentro do próprio território europeu, gerando incertezas especialmente em negócios que, para funcionarem, dependam de reproduções técnicas/instrumentais, como por exemplo os motores de busca.

Nesta seara, deparamos mais uma vez a questão que envolve o princípio do esgotamento, que parece ter tido sua importância esvaziada no ambiente digital.

Por fim, analisámos as Sociedades de Gestão Coletiva, responsáveis especialmente pelo licenciamento de conteúdo musical, por ser este o conteúdo que envolve maiores valores, o que funciona de forma mais complexa e, no fim de contas, envolve maiores custos. Além disso, este modelo é frequentemente cogitado por alguma doutrina como uma possível solução para a gestão dos demais conteúdos criativos. Entendemos, desta forma, ser de grande importância compreender o funcionamento destas entidades, bem como o respectivo procedimento para emissão das licenças, uma vez que são estas as responsáveis atualmente pelo licenciamento de músicas suscetíveis de serem fruídas em qualquer plataforma *online* (variando entre os espaços territoriais aqui analisados responsáveis pela gestão dos direitos de reprodução, de execução pública ou dos dois em conjunto).

Analisámos a génese destas entidades em todos os três espaços territoriais, bem como os desafios atuais que vêm enfrentando, sendo certo que, como não poderia deixar de ser, cada ordenamento jurídico tem particularidades específicas.

Na União Europeia estas entidades enfrentam um momento delicado na medida em que estão sendo desafiadas a dar uma resposta à questão da territorialidade. Nesse sentido, o sistema que funcionava de forma bastante dispersa, com entidades em cada Estado Membro e com suas regras locais – o que acabava por envolver grandes custos para um determinado negócio que pretendesse ter uma plataforma que explorasse música em nível europeu – foi recentemente reformulado para um sistema de Licença Multiterritorial. A medida foi mal recebida pela doutrina, pois apresenta algumas questões que podem ser um obstáculo para se atingir o objetivo desejado.

Um dos pontos mais debatidos na doutrina especializada é a questão concorrencial, tendo sido entendimento do Parlamento Europeu que o incentivo da concorrência entre as entidades seria benéfico para o melhor funcionamento deste sistema – algo que a doutrina mais especializada nesta área refuta.

Por outro lado, alguns doutrinadores chamaram a atenção para o facto de que esta Licença apresenta um âmbito bastante limitado; ou seja, ela só atinge obras musicais e não a gravação de som, sem que tal distinção tenha sido satisfatoriamente justificada.

Entendemos, no entanto, que na doutrina, não foi sequer trazido à tona o ponto crucial objeto da crítica deste sistema, qual seja o de que as licenças não foram devidamente adaptadas ao ambiente digital, revelando modelos e regimes obsoletos.

Chamámos, ainda, a atenção para o facto de que é pública e notória a insatisfação dos criadores no espaço europeu quanto aos seus proventos, tanto os de conhecimento do grande público, quanto os pequenos e médios. Tal facto não é plenamente compreendido, por ser o espaço europeu o que apresenta maiores proventos provenientes de distribuição de música, em comparação com os demais aqui analisados.

Já no território norte-americano, notámos um sistema que funciona de forma distinta, no sentido de que se baseia desde a sua génese na concorrência entre as Sociedades de Gestão Coletiva. É pública e notória também, desde o surgimento destas entidades neste espaço, a grande ingerência em seus quadros por parte das empresas titulares dos direitos, o que parece bastante questionável do ponto de vista do conflito de interesses com os criadores.

Este país enfrenta um desafio distinto daquele observado na União Europeia: a pressão por uma profunda reformulação no seu sistema de licenciamento. Esta reformulação acaba por implicar a reformulação da forma de funcionamento destas entidades, que opera separadamente consoante cada direito envolvido.

O que se observa ainda neste país é que o seu sistema de licenciamento também não parece ter compreendido quais os direitos envolvidos, mantendo licenças semelhantes às do ambiente analógico, ou procedendo a uma dupla cobrança.

É de observar, ainda, ser este espaço territorial aquele onde os criadores mais se têm rebelado contra estas entidades, circunstância

essa que se pode justificar tendo em vista se este espaço territorial o que apresenta o maior volume de criação e de valores. Por fim, é curioso ainda observar que, a despeito deste maior número de criações, a arrecadação destas entidades é menor do que aquela apresentada no espaço europeu.

No Brasil, como nos demais aspectos analisados no presente estudo, deparámos com o problema da falta de regulamentação do ambiente digital. Além disso, o funcionamento deste sistema através de um monopólio legal é alvo de grandes críticas, tanto por parte da doutrina quanto de alguns agentes económicos interessados, especialmente criadores. É notória a grande ingerência das gravadoras e editoras nos quadros legais desta entidade. Tal como nos demais países analisados, são constantes as declarações públicas de insatisfação quanto aos montantes distribuídos.

No presente estudo, tivemos oportunidade de observar as três formas económicas de funcionamento do sistema: o oligopólio, o monopólio e o sistema concorrencial. Infelizmente, nenhum destes se tem mostrado satisfatório para garantir os interesses das partes substancialmente mais débeis. Lembremos que estas instituições têm como objetivo, especialmente na União Europeia, resguardar os interesses dos criadores, e também o objetivo mais abrangente de preservar, apoiar e promover a diversidade cultural. No entanto, não se observam grandes avanços nesse sentido.

Estas entidades têm um fundamento teórico bastante justificável. No entanto, tem-se verificado ao longo dos anos que se tornaram entidades em que foram secundarizados os interesses das partes que deveriam ser protegidas. Além disso, esta estrutura permite uma grande facilidade de formação de grupos de interesses, interesses esses distintos dos que foram inicialmente idealizados, como a proteção dos criadores e, em última instância, a proteção da diversidade cultural.

A despeito de haver doutrina defendendo a adoção deste modelo para os demais conteúdos criativos, somos de opinião que tais soluções não devem ser adotadas.

Por fim, analisámos dois modelos alternativos de licenciamento: um em pleno funcionamento, e outro sugerido pela doutrina, os quais, no entanto, ainda enfrentam desafios legislativos.

O primeiro, o *Creative Commons* tem um objetivo nobre e louvável de maior disseminação dos conteúdos criativos e, por conseguinte, de rotatividade cultural. No entanto, ao ignorarem o fator económico, estas licenças não representam para os agentes estímulos económicos assinaláveis.

Por fim, o sistema de taxação de partilha de arquivos, defendido por alguma doutrina, ainda encontra grandes obstáculos legais e, principalmente, grande resistência por parte da indústria de conteúdos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Eliane Y. “A Internet e sua Inserção no Sistema dos Direitos Autorais”. *Revista do Advogado*, 33/69 (maio, 2003) p. 76-77.
- “Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais”. In *Direito de propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 165-182.
- “Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do género propriedade intelectual”. *Revista dos Tribunais*, 86 (maio 1997) p. 86-95.
- *Direitos de Autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora Brasil, 2002.
- ADAMS, J.N. “Software and Digital Content”. *Journal of Business Law*, 24/4 (2009) p. 396-402.
- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *A Crise da Gestão Coletiva dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação e a Nova Formação Legal da Atuação do ECAD*. In GRUPO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITO CULTURAIS. *II Encontro Internacional de Direitos Culturais – 2013*. Acessível em <http://www.direitosculturais.com.br/anais_interna.php?id=3>.
- AEPO-ARTIS. *Observations Relatives à la communication de la Commission, du 16 avril 2004, relative à la gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur*. (COM2004 261 final). Disponível em <http://www.aepo-artis.org/usr/pospap%20col%20soc/Observations%20a%20la%20Commission%20Europeenne_juin%202004_Fr.pdf>.

- AFONSO, Otávio. “O Estado e as Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais”. *Revista da ABPI*, 50 (Jan/Fev 2001), p. 46-49.
- AGGARWAL, Nitin; WALDEN, Eric. “Intellectual Property Bundle (IPB) Theory: Managing Transaction Costs in Technology Development through Network Governance”. *Decision Support Systems*, 48 (2009) p. 23-32.
- AITMAN, D.; JONES A. “Competition Law and Copyright: Has the copyright owner lost the ability to control his copyright?”. *European Intellectual Property Review*, 3 (2004) p. 137-147.
- AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Lisboa: Almedina, 2013.
- AKKER, Ilan, et al. *Economic Contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright*. Amsterdam: Computer & Communications Industry Association, June of 2010.
- ALCARO, Francesco. “Riflessioni “vecchie” e “nuove” in tema di beni immateriali. Il Diritto d’autore nell’era digitale”. In Pietro PERLINGIERI, dir. *Rassegna di Diritto Civile*.
- ALEXANDER, Gregory S. “The Limits of Freedom of Contract in the Age of Laissez-Faire Constitutionalism”. In F.H. BUCKLEY, ed. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. 1999. p. 103-118.
- ALEXANDER, Isabella. “All Change for the Digital Economy: Copyright and Business Models in the Early Eighteenth Century”. *Berkeley Technological Law Journal*, 25/3 (2010) p. 1351-1379.
- ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- ALLINGHAM, Philip V. “Nineteenth-Century British and American Copyright Law”. *The Victorian Web*. 5 de Janeiro de 1991. Disponível em <<http://www.victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva74.html>>.
- ANDERSON, Jay. “Stream Capture: Returning Control of Digital Music to the Users”. *Harvard Journal of Law and Technology*, 25/1 (Fall 2011) p. 160-177.
- ANGE, Deise Fabiana. *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 1996.
- ANTEQUERA, Ricardo Parrilli. “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”. In Carlos Rogel VIDE, coord. *Los Límites del derecho de autor*. Madrid: Reus, 2006. p. 7-82.
- APEPI. *Gestão do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno. A propósito da comunicação da Comissão Europeia de 16 de Abril*. Disponível

em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/consultation-rights-management/aepi_pt.pdf>.

- Apostila do Curso "Direitos Autorais"*. Rio de Janeiro: FGV, 2007-2008.
- AREZZO, Emanuela. "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson". *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 45 (2014) p. 524-555.
- ARMSTRONG, Elizabeth. *Before Copyright: the French book privilege system 1498-1526*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- ASAY, Clark D. "Copyright's Technological Interdependencies". *Stanford Technology and Law Review*, 18 (2015) p. 189-245.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "A Proposta de Introdução na Lei dos Direitos Autorais de uma Compensação por Reprografia". *Revista da ABPI*, 109 (Nov/Dez 2010), p. 58-61.
- "A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos tratados da OMPI". *Revista da ABPI*, 42 (set./out. 1999) p. 13-29.
- "A recente lei brasileira dos direitos autorais, comparada com os novos tratados da OMPI." *Revista da ABPI*. 42 (set./out. 1999) p. 13-29. Também publicado em: *Direito da internet e da sociedade da informação*, Rio de Janeiro, Forense, 2002. Cap. 8.
- "Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias: Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia". *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 83-90.
- "Aspectos Jurídicos da Distribuição em Linha de Obras Literárias, Musicais, Audiovisuais, Bases de Dados e Produções Multimédia". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 44/ 1-2 (2003) p. 65-71.
- "Aspectos Jurídicos de Obras Digitais em Linha de Obras Literárias, Musicais, Audiovisuais, Base de Dados e Produções Multimédia". *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 83-90.
- "Convergência de Tecnologias: Perspectivas Jurídicas". In *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. V. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2004. p. 91-95.
- "Direito de Autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias". *Revista Forense*, 100/374 (Julho-Agosto 2004) p. 151-169. Também publicado em: *Revista de Direito Autoral*, 1/1 (Agosto de 2004), p- 3-33.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito de Autor e Informática Jurídica”. In *Estudos sobre Direitos da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 7-21
- “Direito de Distribuição e Esgotamento”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 51/3 (Dezembro, 1991), p. 625-647.
- “Direitos de Autor e Conexos Inerentes à Colocação de Mensagens em Rede Informática à Disposição do Público”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 58/3 (1998) p.1063-1079.
- “Direitos do utilizador de bens informáticos”. *Sequência*, 28 (Junho 1994) p. 55-71.
- “O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma”. In Marcos WACHOWICZ; Manuel Joaquim Pereira dos SANTOS, org. *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 15-54.
- “O Direito de Autor e a Internet. EM particular as Recentes Orientações da Comunidade Europeia”. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 9-26.
- “O Direito de Autor no Ciberespaço”. In *Estudos sobre o direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 149-171.
- “O Direito Intelectual em Metamorfose”. *Revista de Direito Autoral*, 2/4 (Fevereiro de 2006), p. 03-24.
- “O Fair Use no Direito Autoral”. In *Direito da Sociedade e da Informação*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editores, 2003. p. 89-106.
- “Obra Audiovisual. Convergência de Tecnologias. Aquisição Originária do Direito de Autor”. *O Direito: Revista da FFDUL*, 41/1 (2001) p. 9-30.
- “Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais”. *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV. Coimbra: Almedina, 2003. p. 69-88.
- “Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A Tensão entre os Limites do Direito e as Medidas Tecnológicas e Outras Relativas à Informação e à Gestão dos Direitos”. In Carlos Rogel VIDE, coord. *Los Límites del Derecho de Autor*, Madrid: Reus, 2006. p. 83-108.
- *Direito Autoral*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

- ASCENSÃO, José de Oliveira ; VICENTE, Dário Moura. *Legislação sobre direito de autor e sociedade da informação*. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.
- ASCHER, Seth. “Will Sony’s Fourth Playstation Lead to a Second Sony v. Universal?”. *Duke Law and Technology Review*, 12 (2011) p. 231-245.
- ASHTAR, Reuven. “Licensing as Digital Rights Managements, From the Advents of the Web to the iPad”. *Yale Journal of Law and Technology*, 13 (2011), p. 141-187.
- AUFDERHEIDE, Patricia; SINNREICH, Aram. “Documentarians, Fair Use and Free Expression: Changes in Copyright Attitudes and Actions with Access to Best Practices”. *Information, Communication & Society*, 19/2 (2016) p. 178-187.
- AVANCINI, Helenara Braga. “Implicações jurídicas das Limitações dos Direitos Autorais frente à Coexistência dos Sistemas de Proteção”. *Revista Jurídica*, 53/336 (Outubro de 2005) p. 43-63.
- “O Direito Autoral e a sua Interface com o Direito do Consumidor”. *Revista da ABPI*, 97 (Nov/Dez. 2008) p. 36-49.
- *O Direito Autoral Numa Perspectiva dos Direitos Fundamentais: a Limitação do Excesso de Titularidade por Meio do Direito da Concorrência e do Direito do Consumidor*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2009.
- “Os Limites e Exceções dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação”. *Revista da ABPI*, 78 (set/out. 2005) p. 40-49.
- BARBOSA, Denis Borges. “Abuso de direitos na propriedade intelectual – Patentes e direitos autorais”. *Revista do Direito Autoral*, 2/3 (2005) p. 41-58.
- “Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão dos direitos em direito autoral”. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf>.
- *Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Lúmens Juris, 2003.
- BARKER, Kim. “MMPORGing – The legalities of Game Play”. *European Journal of Law and Technology*, 3/1 (2012). Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/119>>.
- BARLOW, J.P. “The new economy of ideas”. *Wired* 2.03. 85 (Mar. 1994).

- BARTHOLOMEW, Taylor B. “The Death of Fair Use in Cyberspace: YouTube and the Problem with Content ID”. *Duke Law & Technology Review*, 13 (2015) p. 66-88.
- BASEDOW, Jürgen. “The Optional Instrument of European contract Law: Opting-in through Standard Terms: A Reply to Simon Whittaker”. *European Review of Contract Law*, 8/1 (2012) p. 81-87.
- BAYER, Alexander. Copyright Activities on the Internet – The Role of the Fixation Criterion. L.L.M. McGill University, 1998.
- BEBENEK, Krzysztof. “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectation and the DMCA AntiCircumvention Regime”. *Berkeley Technology Journal*, 26/3 (2011) p. 1457-1487.
- BEER, Steven; BADURA, Kathryn E. “The New Renaissance: a Breakthrough Time for Artists”. *Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law*, 1/1 (April 2012) p. 66-74.
- BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad. *Intellectual Property Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ; SUTHERSANEN, Uma; TORREMANS, Paul. *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- BESEK, June M. “The development of digital libraries in the United States”. In Lionel BENTLY; Uma SUTHERSANEN; Paul TORREMANS. *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar, 2010, p. 187-193.
- BERRY, David. Copy, Rip, Brun. *The Politics of Copyleft and Open Source*. London: Pluto Press, 2008.
- BERTRAND, André. *La Musique et le droit de Bach à Internet*. Paris: Litec, 2002.
- BESEN, S.M.; KIRBY, S.N. *Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives that collect*. Santa Monica, CA: RAND, 1989.
- ; KIRBY, S.N. SALOP, S.C. “An Economic Analysis of Copyright Collectives”, *Virginia Law Review*, 78 (1992) p. 1857-1895.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Vol. I. trad. Fernando de Miranda. Coimbra, 1969.
- BHATTACHARJEE, Sudip; GOPAL, Ram; LERTWACHARA, Kaveepan; MARSDEN, James. “Impact of Legal Threats on online Music Sharing Activity: an Analysis of Music Industry Legal Actions”. *The Journal of Law & Economics*, 49/1 (April 2006) p. 91-114.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna; VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria B.B. de Andrade. *Temas de Direito Civil na Cons-*

- tituição Federal. Inserção do Direito de Autor na CF. Da Responsabilidade para a Função Social da Empresa.* São Paulo: RT, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito de Autor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- *O direito de autor nos meios modernos de comunicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BLAND, Jesse. “Biting the Hand that Feeds: Why the Attempt to Impose Additional Performance Fees on iTunes is a Search for Dollars without Sense”. *Harvard Journal of Sports & Entertainment Law*, 2/1 (2010) p. 157-198.
- BOBBIO, Pedro Vicente. *O Direito de Autor na Criação Musical.* São Paulo: Lex, 1951.
- BOIX, Andrés Palop; LÓPEZ, Guillermo García. *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- BOULANGER, Julien; CARBONNEL, Alexander; CONINCK, Raphael De; LANGUS, Gregor. *Assessing the Economic Impacts of Adapting Certain Limitations and Exceptions do Copyright and Related Rights in the EU. Analysis of Specific Policy Options.* London, 2014.
- BRAGA, Gloria. “O Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, Internet”. *Revista de Direito Autoral*. 2/3 (Agosto de 2005) p. 23-28.
- “O Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, internet”. *Revista de Direito Autoral*, 2/3 (Agosto de 2005) p. 23-28.
- BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na Internet e o uso de obras alheias,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRANCO, Sérgio. “Brazilian Copyright Law and How it Restricts the Efficiency of the Human Right to Education”. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* [on-line], 4/6 (2007) p. 120-141.
- BRINDLEY, Dame Lynne. “Phoenixes in the internet era. The changing role of libraries”. In L. Bentley, et al. ed. *Global Copyright Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace.* Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, 2010. cap. 13.
- BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS AISBL. *Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online – Proposal for a Directive.* Brussels, 8-1-2013. Disponível em <<http://www.beuc.org/publications/2013-00005-01-e.pdf>>.

- BURGER, P.F. “The New Photocopy Remuneration Provisions in the Federal Republic of Germany and Their Application to Foreign Authors under International Copyright Law”, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 19 (1988) p. 319-336, 488-514.
- BURRELL, Robert; COLEMAN, Allison. *Copyright Exceptions: The Digital Impact*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (Cambridge Studies in Intellectual Property Rights).
- CABRAL, Plínio. “A Revolução Tecnológica – Desafios de uma Nova Era”. *Revista de Direito Autoral*, 1/1 (Agosto de 2004), p. 167-174.
- *Revolução Tecnológica e Direito Autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- CABRERA BLÁZQUEZ, F. Javier. “Digital Rights Management Systems: Recent Developments in Europe”. *IRIS Plus: Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 1 (2007) p. 1-8.
- “Regulación de la Cópia Privada a Nivel Europeo y Jurisprudencia Reciente en Materia de Redes P2P. Autor y Derecho”. *Autor e Derecho: ciberrevista sobre Propiedad Intelectual*, 4 (2006) p. 1-8. Disponível em <http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Cabrera_p2p.pdf>.
- CALLOWAY, Timothy. “Cloud Computing, ClickWrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: a Perfect Storm?”. *Duke Law & Technology Review*, 11 (2012) p. 163-174.
- CALOGERO, Armando. *Streaming on line e Tutela del Diritto d’Autore*. Napoli: Jovene, 2011.
- CAMERON, Catherine. “Reinvigorating U.S Copyright with Attribution: How Courts Can Help Define the Fair Use Exception to Copyright by Considering the Economic Aspects of Attribution”. *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, 2/1 (November 2013) p. 130-152.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*. Madrid: Colex, 2002.
- CARBONI, Guilherme C. *Direito de Autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- CARROLL, Michael. “A Realist Approach to Copyright Law’s Formalities”. *Berkeley Technology Law Journal*, 28 (2013) p. 1511-1535.
- CARTER, Edward L. “Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression”. *University of La Verne Law Review*, 30 (2008-2009) p. 312-345.

- CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- CASAMIQUELA, Ryan J. “Contractual Assent and Enforceability: Cyberspace”. *Berkeley Technology Law Journal*, 17/1 (January 2002) p. 475-495.
- CASO, Roberto. *Digital Rights Management. Il Commercio delle Informazioni Digitali tra Contratto e Diritto d’Autore*. Trento: Ristampa Digitale, 2006.
- CASTRO Y BRAVO, Frederico. *La persona juridica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- CHARNES, A.; COOPER, W.; RHODES, E. “Measuring the efficiency of decision making units”. *European Journal of Operational Research*, 2 (1978) p. 429-444.
- CHAVES, Antonio. “O Direito Autoral Moderno e a Obra Cinematográfica em Diferentes Mídias”. *Revista de Informação Legislativa*, 33/129 (jan/março 1996), p. 17-23.
- “Publicação, Reprodução, Execução: Direitos Autorais”. *Anais do I Congresso de Publicações*. São Paulo: FEBAP, 1981. p. 11-29.
- *Direito de Autor*. São Paulo: Forense, 1987.
- CHENG, Jacqui. “Music Industry Will Force Licenses on Amazon Cloud Player – or Else”. *Wired*, (Fev. 4, 2011). Disponível em <<http://www.wired.com/epicenter/2011/04/music-industry-cloud-player/all/1>>.
- CHIMIENTI, L. *La Nuova Proprietà Intellettuale nella Società dell’Informazione*. Milano: Giuffrè, 2005.
- CHIMIENTI, Laura. *Lineamenti del Nuevo Derecho d’Autore*. Milano: Giuffrè, 1992.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- COLBY, Richard. “First Sale Doctrine – the Defense that never was?”. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 32 (1984) p. 77-107.
- COLLOVÀ, Christina. “Sui Recenti Sviluppi in Materia di Compressione Audio Digitale di Tutela dei Diritti degli Autori, Degli Interpreti o Esecutori e dei Produttori nella Distribuzione on-line di Brani Musicali. Il Diritto di Autore”. *Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori*. 70/4 (Ottobre-dicembre 1999) p. 561-572.
- COLSTON, Catherine. “Challenges to Information Retrieval – a Global Solution?”. *International Journal of Law and Information Technology*. 10/3 (2002) p. 294-326.

- COMISSÃO EUROPEIA. *Documento de trabalho dos serviços da Comissão. Resumo da avaliação de impacto. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e ao licenciamento multiterritorial de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado*. Bruxelas, 11 de Julho, 2012. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0205&from=EN>>.
- *Livro verde: O Direito de Autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*. COM (95) 382, 19-7-1995.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de Contratos*. Barcelona: Bosch, 2003.
- CONNOLLY, Marie; KRUEGER, Alan B. “Rocknomics of Popular Music”. *NBER Working Paper Series*. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w11282>>, acessado em 26/08/2012.
- COOK, Tim, “Exceptions and Limitations of European Copyright Law”. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17 (May 2012) p. 243-245.
- COOK, Trevor. “Exhaustion – a casualty of the borderless digital era”. In Lionel BENTLY; Uma SUTHERSANEN; Paul TORREMANS. *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- CORDEIRO, Pedro “A Gestão Colectiva na Sociedade da Informação”. In *Direito da Sociedade da Informação*, Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- «Limitações e Excepções sob a “regra dos três passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e digital». In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 211-221.
- “A Duração do direito de autor”. In *Num Mundo Novo do Direito de Autor? Vol. II*. Lisboa: Cosmos, 1994. p. 173-.
- *Direito de Autor e Radiodifusão. Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os Primórdios até à Tecnologia Digital*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CORRALES, Chaves. “Libro Electronico”. *Revista de Ciencias Juridicas*, San José, Costa Rica, 118 (Enero-Abril, 2009), p. 83-100.
- COTRIM, Gilberto. *História Geral: Brasil e Global*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COUTO, Margarida. “O Sistema de “Licença Única” na União Europeia”. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, 2/2, (jan/jun 2007), p. 191-198.

- COX, Ingemar. “Watermarking and Digital Rights Management”, presentation at IDRM Inaugural Meeting at IETF-50 Minneapolis, March 2001, <http://www.idrm.org/idrm1_IngemarCox.pdf>.
- CRESPO, Silvio. “Reforma agraria no audiovisual: creative commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. *Revista Sinopse*, 4/10 (dez. 2004).
- CREWS, Kenneth D. *Copyright Law and Distance Education: Overview of the Teach Act*, revisado em agosto de 2010. Disponível em <<http://copyright.columbia.edu/copyright/files/2010/08/teach-act-summary-by-kenneth-crews.pdf>>.
- CROFTS, Sheri; DILLEY, Jon; FOX, Mark; RESEMA, Andrew and WILLIAMS, Bob. “Podcasting: A new technology in search of viable business models”. *First Monday: Peer-reviewed Journal on the Internet*, 10/9 (Sept 2005). Disponível em <<http://firstmonday.org/article/view/1273/1193>>.
- CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum). Vol. I Introdução*. 4.^a ed. rev. Coimbra: [s.n.], 1984.
- CUNARD, Jeffrey P.; KELLER, Bruce P. *Copyright Law: A Practitioner’s Guide*. 2nd ed. Practising Law Institute, 2004.
- CZYCHOWSKI, Christian; HAMMERSCHMIDT, Birger. “The European Union, Copyright and the Challenges to the Information Society”. in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, p. 211-227.
- D’AGOSTINO, Giuseppina. *Copyright, Contracts, Creators. New Media, New Rules*. Wiliam Pratt House, 2011.
- DATESH, Anne C. “Storms brewing in the Cloud: Why copyright law will have to adapt to the future of Web 2.0”. *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 40/4 (2012) p. 685-726.
- DAVIS, Nathan J. “Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap”, *Berkeley Technology Law Journal*, 22/1 (2007) p. 577-598. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btjl/vol22/iss1/29>>.
- DAY, Brian. “The Super Brawl: The History and Future of the Sound Recording Performance Right”. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 16/ (2009) p. 179-212.
- DE LA FUENTE SOLER, Manuel; UREÑA SALCEDO, Juan Antonio. “Las Entidades de Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual: la Necesidad de una Revisión General del Sistema”. In Andrés BOIX PALOP; Guillermo LÓPEZ GARCÍA, ed. *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 131-166.

- DEAZLEY, Ronan. "Capitol Records v. Naxos of America (2005): Just Another Footnote in the History of Copyright". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 53/1-2 (Fall 2005-Winter 2006), p. 62-63.
- DENICOLA, Robert. "Mostly Dead? Copyright Law in the New Millennium". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 47 (2000), p. 193-208.
- DEPREEUW, Sari; HUBIN, Jean-Benoît. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*. European Union: De Wold & Partners, 2014.
- DERCLAYE, Estelle. "Copyright Contracts, Public Policy: Can Adhesion Contracts Override Copyright Limits? The Answer Lies within Copyright Law Itself". In C. HEATH; K. LIU, *Copyright Law and the Information Society in Asia*. Hart Publishing, 2006. p. 167-211.
- *Research Handbook of the Future of EU Copyright*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- *The Legal Protection of Database: a comparative analysis*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2008.
- ; FAVALE, Marcella. "Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda". *Journal of Intellectual Property Law*, 18 (2010-2011) p. 65-140.
- DESURMONT, Thierry. "Qualification Juridique de la Transmission Numérique". *Révue Internationale du Droit d'Auteur*, 170 (1996).
- DETERMANN, Lothar. "What Happens in the Cloud: Software as a Service and Copyright". *Berkeley Technology Law Journal*, 29/2 (2015) p. 1096-1129.
- DIAZ, Angel Siegfried. "Fair Use & Mass Digitization: The Future of Copy-Dependant Technologies after Authors Guild v. HathiTrust". *Berkeley Technology Law Journal*, 28 (2013) p. 683-713.
- DIETZ, Adolf. "Legal Regulation of Collective Management of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 49/4 (summer 2002), p. 897-916.
- DING, Meng. "Perfect 10 v Amazon.com: A Step Toward Copyright's Tort Law Roots". *Berkeley Technology Law Journal*, 23/1 (February 2014) p. 373-403.
- DINWOODIE, Graeme B. "Commitments to Territoriality in International Copyright Scholarship". In BRUGGER ed. *Copyright -- Internet World*. 2003. p. 1-4. Disponível em <<http://www.kentlaw.edu/depts/ipp/publications/CommitmentsToTerritoriality.pdf>>.

- DIRINGER, Yvan. “La gestion collective des droits d’auteur aux États-Unis: un modèle concurrentiel en trompe l’œil”. *Revue internationale du droit d’auteur*, 226 (avril 2010) p. 5-279.
- DOUGLAS, A. *Diccionario de terminos informáticos e Internet*. Madrid: Anaya, 1997.
- DOUTRELEPONT, Carine. *Le contrôle des sociétés de gestion des droits d’auteur et des droits voisins dans la Communauté européenne*. Brussels: Bruylant, 1995.
- DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*. London: Earthscan, 2002.
- ; — . *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*. New York: The New Press, 2003.
- DREIER, Thomas. “Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary rights?”. In Rochelle C. DREYFUSS; Diane L. ZIMMERMAN; Harry FIRST, ed. *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. Oxford: OUP, 2001, p. 296-316.
- “Copyright digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Works”. In WIPO, ed. *WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights*. Geneva, 1993. p. 187-211.
- ; HUGENHOLTZ, Bernt. “Information Society Directive – Directive 2001/29/CE”. In *Concise European Copyright Law*. The Hague: Kluwer, 2006. p. 343-404.
- DREXL, Josef. “Which Law Protects Consumers and Competition in Conflict with Intellectual Property Rights?”. In Jürgen BASEDOW; Josef DREXL; Axel METZGER, org. *Intellectual Property in the Conflict of Laws*. Tübingen, 2005.
- *Collecting Societies and Competition Law*. Disponível em <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/drexl_-_crmos_and_competition.pdf>.
- DUSOLLIER, Severine. “La Contractualisation de l’utilisation des œuvres et l’expérience belge des exceptions impératives”. *Propriétés Intellectuelles*, 25 (2007) p. 443-452.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico de direito autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.
- EINHORN, Michael A. “Digitization and its Discontents: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets”. *Journal of the Copyright Society in the U.S.A.*, 51/2 (winter 2004) p. 279-314.

- EINHORN, Michael A. ; ROSENBLATT, Bill. “Peer-to-Peer Networking and Digital Rights Management: How Market Tools Can Solve Copyright Problems”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 52/2 (Winter 2005), p. 239-263.
- EISENSTEIN, Elizabeth. *The printing press as an agent of change*. Cambridge: Cambridge, University Press, 1997.
- ELIAS, Paulo Sá. “Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais (inclui breves comentários sobre a Lei. 9.609/98)”. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 8/12 (2003), p. 57-84.
- ELKIN-KOREN, Niva. “Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract”. *Berkeley Technology Law Journal*. 12/1 (January 1997) p. 93-113.
- “Copyrights in Cyberspace – Rights Without Laws?”, *Chicago Kent Law Review*, 73/4 (1998) p. 1156-1185.
- ERDOZAIN, José Carlos. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en internet*. Madrid, Tecnos, 2002.
- ERNST, Silke; HÄUSERMANN, Daniel. “Teaching Exceptions in European Copyright Law – Important Policy Questions Remain”. *Berkman Center Research Publication No. 2006-10*, August 2006. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925950>.
- ETTEN, Justin van. “Copyright Enforcement of Non-Copyright Terms: MDY v. Blizzard and Krause v. TitleServ”. *Duke Law & Technology Review*, 7 (2011). Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=dltr>>.
- EUROPEAN PARLIAMENT; COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND THE INTERNAL MARKET. 17 January 2001. PE 298.368/5-197, in: IViR 2007 Part I.
- ; HELLENIC FOUNDATION FOR EUROPEAN AND FOREIGN POLICY, coord. *Collecting Societies and Cultural Diversity in the Music Sector*. 2009. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-CULT_ET\(2009\)419110](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-CULT_ET(2009)419110)>.
- FABIANI, Mario. Creative Commons. “Un Nuovo Modello di Licenza per L’Utilizzazione delle Opere in Internet. Il Diritto di Autore”. *Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*, 77/2 (aprile-giugno 2006), p. 157-170.
- “Diritto di Autore e Accesso a Internet”. *Il Diritto di Autore. Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*. 72/3 (luglio-settembre 2001) p. 267-275.

- FALLENBOCK, Markus. "On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions". *International Journal of Communications Law and Policy*, 7 (Winter 2002/2003).
- FARIA, Tânia Luísa F. e. "Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: o Ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa – Reflexões a Propósito do Caso CISAC". *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2/11 (2013) p. 12329- 12353.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FARKAS, Bart G. *Secrets of Podcasting: Audio Blogging for the Masses*. Berkeley CA: Peach Pit Press, 2005.
- FAZIO, Iracema. *A Cópia Privada. O Uso Privado e o Download de Obra Protegida*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Tese orientada pelo Professor Doutor José Alberto Vieira para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídicas.
- FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean. *O aparecimento do livro*. São Paulo: UNESP/HUCITEC, 1992.
- FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio Garrote. *El Derecho de Autor en Internet: la Directiva sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*. Granada: Comares, 2001.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Proof of the illegality of printing: a rationale and a parable*. Disponível em <http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte,_Proof.doc>.
- FICSOR, Mihály. "Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it Remain Voluntary or May it be Extended or Made mandatory?". *Copyright Bulletin*, (Out. 2003). Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/14935/10657988721Ficsor_Eng.pdf/Ficsor%2BEng.pdf>.
- "Copyright for the Digital Era: The WIPO Internet Treaties". *The Columbia VLA Journal of Law and the Arts*, 21/3-4 (spring-summer, 1997) p. 197-224.
- "Gestão colectiva de direitos em ambiente digital". In *Temas de Propriedade Intelectual*. Lisboa: Principia/APEPI, 2002. p. 105-113.
- *Collective Management of Copyright and Related Rights*. WIPO, Geneva, 2002.

- FIELD, Corey. “Did Napster Save Copyright? A Proposal to Amend Section 511 of the Copyright Act Using *A&M Records V. Napster* to Solve the Supreme Court’s Eleventh Amendment Abrogation Riddle”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 48/4 (Summer 2001) p. 633-672.
- FISCHER, William. *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- FLORENSON, Paul. “La Gestion du Droit d’Auteur et des Droits Voisins en Europe”. *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 196 (2003) p. 2-125.
- FONSECA, Angela Bittencourt da. “Sobre o Mercado de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais de Utilização Pública de Obras Fonográficas”. *Revista da ABPI*, 78 (set/out. 2005), p. 21-33.
- FRABBONI, Maria Mercedes. “Collective Management of Copyright and Related Rights: Achievements and Problems of Institutional Efforts Towards Harmonisation”. In Estelle DERCLAYE, ed. *Research Handbook on the Future of EU Copyright*. Edward Elgar, 2010. p. 373-400.
- FRANÇON, André. *La Propriété Littéraire et Artistique*. Paris: P.U.F., 1970. (Que Sais-Je?, 1388).
- FREITAS, Maria do Carmo D.; AVANCINI, Helenara Braga; CASTRO, João E. “A propriedade intelectual e o ensino à distância na Internet: o que diz a Legislação Brasileira?”. Acessível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5661-5653-1-PB.htm>>.
- FRIAS, Felipe Barreto. “O Instituto da Cópia Privada no Direito Autoral Brasileiro – Análise Dogmática e Crítica”. *Revista dos Tribunais*, 95/846 (abril de 2006) p. 66-96.
- FURET, François. *A oficina da História*. Trad. Filipe Jarro. Lisboa: Gradiva, 1986.
- FURMSTON, Michael P. *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*. 14th ed. London: Butterworths, 2001.
- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 2.^a ed. rev. Rio de Janeiro: Imprensa, 2007.
- GARCÍA SANZ, Rosa María. *El Derecho de Autor en Internet*. Madrid: Colex, 2005.
- GARCÍA, Kristelia A. “Private Copyright Reform”. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 20/1 (2013) p. 1-43.
- GARCIA, Michelle. “Browse-wrap: a Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum”. *Campbell Law Review*, 36/1 (2013) p. 31-74.

- GASAWAY, Laura N. "Balancing Copyright Concerns: the Teach Act of 2001". *EDUCAUSE Review*, 36 (Nov.-Dec. 2001) p. 82-83. Disponível em <<https://net.educause.edu/ir/library/pdf/ERM01610.pdf>>.
- GASSER, Urs; PALFREY, John. *Case Study: DRM – Protected Music Interoperability and eInnovation*. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, November 2007. Disponível em <<http://cyber.law.harvard.edu/interop>>.
- GAUBIAC, Yves. "Technical Measures and Interoperability in Copyright". *eCopyright Bulletin*, (April-June, 2007). Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34712/11901225931Measures_techniques_YvesGaubiac_eng.pdf/Mesures_techniques_YvesGaubiac%20Beng.pdf>.
- GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Il Nuovo Diritto d'Autore. La Tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*. 4.^a ed. Maggioli, 2012.
- GAUTIER, Pierre –Yves. *Propriété littéraire et artistique*. Paris: P.U.F. 1991. (Coll. Droit fondamental : droit civil).
- GEIGER, Christophe. "Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law". *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 12/3 (2010) p. 515-548.
- ; GERVAIS, Daniel; SENFTLEBEN, Martin. "The Three Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law". *American University International Law Review*, 29/3 (2014) p. 581-626.
- GENDREAU, Ysolde. «The Criterion of Fixation in Copyright Law». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*. 159 (1994) p. 111-203.
- "The Reproduction Right and the Internet". *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 178/2 (1998) p. 3-81.
- GERVAIS, Daniel J. "Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective". *Canadian Journal of Law and Technology*, 1/2 (2002) p. 21-50.
- "Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes". *Columbia Journal of Law & the Arts*, 34/4 (2011). Acessível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfmabstract_id=1946997>.
- "Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright". *Journal of Copyright Society of the USA*, 57 (2010) p. 499-520.
- "Making Copyright Whole: A Principled Approach to Limits and Exceptions". *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 5/1-2 (2008) p. 3-41.

- GHAFFLE, Roya. "Europe's Lost Royalty Opportunity: A Comparison of Potential and Existing Digital Music Royalty Market in Ten Different EU Members States". *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 11/2 (2014) p. 60-91.
- GILMORE, Grant. *The death of Contract*. Edited and with a Foreword by Ronald K.L. Collins. 2nd ed. Columbus: Ohio State University Press, 1979.
- GINSBURG, J.C. "Copyright without walls? Speculations on Literary Property in the Library of the Future". *Representations*, 42 (Spring 1993) p. 53-73.
- "Developments in US Copyright since the Digital Millennium Copyright Act – Part I". *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 196 (2003) p. 127-269.
- "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in US Copyright Law, in US Intellectual Property". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 50 (2003) p. 113-131. Acessível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493>; também em "Essay: From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law". In Hugh HANSEN, ed. *U.S. Intellectual Property: Law and Policy*. Sweet & Maxwell, 2000.
- "International Copyright: From a Bundle of National Copyright Laws to a Supranational Code?". *Journal of the Copyright Society of the USA*. 47 (2000) p. 266-280.
- "Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace". *Columbia Law Review*, 95/6 (Out. 1996) 1466-1499.
- "A tale of two copyrights: literary property in Revolutionary France and America". In MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004. p. 285-291.
- "European Copyright Code – Back to First Principles (With Some Additional Details)". *Journal of Copyright Society USA*, 58/265 (2010-2011) p. 265-299.
- ; MARZANO, Paolo. "Le difficile giornate dei Diritti d'autore sulla rete Internet". *Il Diritto di Autore*, 3 (2009) p. 418-456.
- ; KERNOCHAN, John M. "One hundred and two years later: the US joins the Berne Convention". *The Columbia VLA Journal of Law and the Arts*, 13/1 (1988) p. 8-24. Também publicado em: Robert P. MERGES; Jane C. GINSBURG. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

- GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles Law and Practice*. 3rd ed. Oxford: OUP, 2012.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Maria Paz. “Derechos del Autor de una Obra Literaria el el Entorno digital”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 89/3 (Mayo-Junio, 2005) p. 3-26.
- GORINI, Attilio; CARNEIRO, Rodrigo Borges. “How Come we Are Not covered? Understanding the Rules Regarding Assignment of Copyrights and Related Rights in Brazil Before Making the Deal”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51/3 (Spring 2004) p. 1-68. Acessível em <http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFCKUpload/file/Artigos%20Avulsos/AJG_How_Come_We_Are_Not_Covered.pdf>.
- GÖTTLICH, Paul. *Online Games from the Standpoint of Media and Copyright Law*. Institute of European Media Law (EMR). IRIS plus Legal Observations of the European Audiovisual Observatory, 2007.
- GOTZEN, Frank. „Le Droit d’Auteur en Europe: Quo Vadis? Quelques Conclusions après la Transformation de la Directive d’Harmonisation dans la Société de L’Information“. *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 211 (Janvier 2007) p. 3-60.
- „Vers une Harmonisation du Droit d’Auteur dans la Société de l’Information“. *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 202 (Octobre 2004) p. 5-9.
- GRAHAM, Gregory. “Storm Fronts and Filmmaking: Cloud Computing Regulation and the Impact on Independent Filmmakers”. *Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy*, 13/1 (Fall 2012) p. 1-15.
- GRAY, Mark. “New Rules for a New Decade: Improving the Copyright Office’s Anti-Circumvention Rulemakings”. *Berkeley Technology Law Journal*, 29 (2014) p. 759-798.
- Green Paper on Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*. 2013. Disponível em <<http://www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>>.
- GRIFFIN, James G. H. “The interface between Copyright and Contract: Suggestion for the Future”. *European Journal of Law and Technology*, 2/1 (2011). Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/23/110>>.
- GRIMMELMANN, James. “The Elephantine Google Books Settlement”. *Journal of Copyright Society of USA*, 58/497 (2010-2011) p. 497-520.
- GUEIROS, Nehemias Jr. *O direito autoral no show business*. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

- GUIBAULT, Lucie. “Accommodating the Needs for iConsumers: Making Sure They Get Their Money’s Worth of Digital Environment”. *Journal of Consumer Policy*, 31/4 (2008). Disponível em <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/1089>>.
- *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*. Kluwer Law International, 2002.
- “The Nature and Scope of Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights with Regard to General Interest Missions for the Transmission of Knowledge: Prospects for their Adaptation to the Digital Environment”. *E-Copyright Bulletin*, (October-December 2003). Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>.
- “Wrapping information in Contract: How Does it Affect the Public Domain?”, 2006. In IDEM; P.B. HUGENHOLTZ. *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*. The Hague: Kluwer Law International 2006. (Information Law Series, 16). p. 87-104.
- *Discussion Paper on the question of Exceptions to and Limitations on Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Right*. Strasbourg: Council of Europe, 1998. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/336>>.
- GUPTA, Indranath. “Are Websites Adequately Communicating Terms & Conditions Link in a Browse-wrap Agreement?”. *European Journal of Law and Technology*, 3/2 (2012). Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/47/239>>.
- GUTMAN, Henry B. “New Wine in Old Bottles: Arthur Miller and Copyright Law”. *NYU Annual Survey of American Law*, 67/1 (2011) p. 47-67.
- GUTSCHE, Karsten. “Equitable Remuneration for Authors in Germany – How the German Copyright Act Secures Rewards”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 50 (2003) p. 257-272.
- HABER, Eldar. “Copyright in the Stream: The Battle on Webcasting”. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 28/4 (2012) p. 769-813.
- HALBERG, Natali; Bernt HUGENHOLTZ. “No place like home for making a copy: private copying in European Copyright Law and Consumer Law”. *Berkeley Technology Law Journal* 22/1061 (2007) p. 1061-1098.
- HALBERT, Debora. “Intellectual Property in the year 2025”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 49/1 (Fall 2001) p. 225-258.

- HALBERT, Debora. “The World Intellectual Property Organization: Past, Present and Future”. *Journal of Copyright Society of the USA*, 54/253 (2006-2007) p. 253-284.
- HALL, Tia. “Music Piracy and the Audio Home Recording Act”. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=dltr>>.
- HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil: sua História*. São Paulo: EDUSP, 2014.
- HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual – subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.
- HANNIBAL, Travis. “Estimating the Economic Impact of Mass Digitization Projects on Copyright Holders: Evidence from the Google Book Search Litigation”. *Journal of Copyright Society of the USA*, 57/907 (2009-2010) p. 907-949.
- HAYES, David L. “Advanced Copyright Issues on the Internet”. *Computer Law & Security Review*, 17/1 (2001) p. 3-10.
- HEIDE, Thomas. “Copyright in the EU and US: What Access-Right?”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 48/3 (Spring 2001) p. 363-382. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493>.
- “Copyright, Contract and the Legal Protection of Technological Measures – Not “The Old Fashioned Way”; Providing a Rationale to the Copyright Exceptions Interface”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 50 (2003) p. 315-353.
- HELBURG, Natali. “Christophe R. vs Warner Music: French court bans private-copying hostile DRM, IViR”. *Indicare Monitor*, (2006), p. 645-676.
- ; LOOS, M.B.M; GUIBAULT; C. Mak, PESSERS, L. “Digital Content Contracts for Consumers”. *Journal of Consumer Policy*, 36 (2013) p. 37-57.
- HERRINGTON, Jack. *Podcasting Hacks*. Sebastopol, CA: O’Reilly Media Incorporated, 2005.
- HEUVEL, Sage Vanden. “Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry”. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 18 (2012) p. 661-689.
- HOEREN, Thomas. “Copyright Dilemma: Access Right as a PostModern Symbol of Copyright Deconstruction?”. In *Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects*. Berlin: Springer, 2003. (Lecture Notes on Computer Science, 2770). 574-586.
- HOLLANDER, A. “Market Structure and Performance in Intellectual Property: The Case of Copyright Collectives”. *International Journal of Industrial Organization*, 2/3 (1984) 199-226.

- HUGENHOLTZ, Bernt, “Adapting Copyright to the Information Superhighway”. In IDEM. *The future of copyright in a digital environment: proceedings of the Royal Academy Colloquium organised by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam 6-7 July 1995)*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 81-102.
- HUGENHOLTZ, Bernt. “Copyright Aspects of Caching”. *Digital Intellectual Property Practice Economic Report – DIPPER*. 30 September 1999.
- “Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds”. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment*, 23/2 (2013) p. 503-524.
- “Fierce Creatures: Copyright Exceptions: Towards Extinctions?”. Keynote Talk at 2 (noting the “bewildering variety” of L&Es in national copyright laws), IFLA/IMPRIMATUR conference on “Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance,” 30-31 October 1997. Disponível em <<http://www.ivir.nl/staff/hughholtz.htm>>.
- “Why the Copyright Directive is Unimportant, and possibly invalid”. *European Intellectual Property Review*, 22/11 (2000) p. 499-505.
- *Fair Use in Europe: in search of Flexibilities*. Amsterdam: IvIr, November, 2011. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/912>>.
- *The Future of Copyright Limitations*, 2000. Disponível em <<http://www.docfoc.com/the-future-of-copyright-limitations-institute-for-information-law-university>>.
- GUIBAULT, Lucie; GEFFEN, Sjoerd Van. *The Future of Levies in the Digital Environment*. Amsterdam: Institute for Information Law, 2003.
- ; OKEDIJI, Ruth L. *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright. Final Report*. March 06, 2008.
- “Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law”. In Estelle DERCLAYE, ed. *Research Handbook on the Future of the EU Copyright*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 12-26.
- ; KOELMAN, Kamiel. *DIPPER – Digital Intellectual Property Practice Economic Report*. Institute for Information Law (IViR), [1999]. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/PBH-DIPPER.pdf>>.
- et al., *The Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*. 22 (2006). Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>.

- HUNTER, Dan. "Culture war", 2004. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=586463>.
- HUTCHINSON, Kristine H. "The Teach Act: Copyright Law and Online Education". *New York University Law Review*. 78/6 (2003) 2204-2240.
- IREDIC. dir. *Le Jeu Vidéo et le Droit*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.
- IWAHASHI, Ryan. "How to circumvent technological protection measures without violating the dmca: an examination of technological protection measures under current legal standards". *Berkeley Technology Law Journal*, 26/1 (2011) p. 491-526.
- IZZO, Umberto. *Alle Origini del copyright e del diritto d'autore*. Milano: Carocci, 2010.
- JAMES, T.C. "Copyright Law of India and the Academic Community". *Journal of Intellectual Property Rights*, 9 (2004) p. 207-225.
- JOHNSTONE, Chris. "Underground Appeal: A Sample of the Chronic Questions in copyright Law Pertaining to the Transformative Use of Digital Music in a Civil Society". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51/3 (Spring 2004).
- JUNDI, Maria Eliane Rise. "Ringtones Gera Direitos de Execução Pública? Direito de Distribuição?". *Revista de Direito Autoral*, 2/3 (Agosto de 2005) p. 33-35.
- KASILOVSKY, William M.; SHEMEL, Sydney. *This Business of Music*. New York. Watson-Guptill Publications, 2003.
- KATZ, A. "The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights". *Journal of Competition Law and Economics*, 1/3 (2005) p. 541-593.
- KAVENDEK, Jaclyn. "The Positive and Negative Consequences of the European Union Court of Justice's Amazon Decision on International Private Copying and America". *Catholic University Law Review*, 63/3 (2014) p. 789-814.
- KAY, John. "The Economics of Intellectual Property Rights". *International Review of Law and Economics*, 13/4 (1993) p. 137-148.
- KEA. *The Collective Management of Rights in Europe: the Quest for Efficiency*. July 2006. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/study-collective-management-rights-/study-collective-management-rights-en.pdf>.
- KEREVER, André. "La Problématique de l'adaptation du droit de reproduction et de représentation publique dans l'environnement numérique multimedia". *Bulletin du droit d'auteur*, 31/2 (1997) p. 4-24.

- KIM, Nancy S. "Clicking and Cringing". *Oregon Law Review*, 86/3 (2007) p. 797-863.
- KISKIS, Mindaugas; PETRAUSKAS, Rimantas. "Lessig's Implications for Intellectual Property Law and Beyond Them". *International Review of Law Computers & Technology*, 19/3 (November 2005) p. 305-316.
- KIVISTÖ, Martti. "Collecting societies, competition, and the Services Directive". *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 6/7 (2011) p. 482-493.
- KLEBERG, Tönnes. "Comercio librario y actividad editorial en el mundo antiguo". In Guglielmo CAVALLO. *Libros, editores y público en el mundo antiguo: guía histórica y crítica*. Madrid: Alianza Editorial, 1995. p. 51-108.
- KRASIOVSKY, William; SHEMEL, Sydney. *This Business of Music. The Definitive Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry*. 10.^a ed. Billboard Books, 2007.
- KREILE, Reinold; BECKER, Jurgen. "La Legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada". *e-Boletín de Derecho de Autor*, (abril-junio de 2003). Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/es/files/9392/11304235561kreile_becker_es.pdf/kreile_becker_es.pdf>.
- KRETSCHMER, Martin. "Access and Reward in the information Society: Regulating the Collective Management of Copyright". *CIPPM Working paper*, 2007. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2739837>.
- KRETSCHMER, Martin. "The failure of property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments". *European Intellectual Property Review*, 24/3 (2002) p. 126-137.
- ; DERCLAYE, Estelle; FAVALLE, Marcelle; WATT, Richard. *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, 2010, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624945>.
- KUNTZ, Karin Grau. "Direito de Autor – Um Ensaio Histórico". *Revista Especial de Propriedade Intelectual*. 2.^a ed., (Março de 2011) p. 63-106.
- LANDES, W.M.; POSNER, R.A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, MA: Belknap/Harvard, 2003.
- LANG, J. Temple. "Media, Multimedia and European Community Antitrust Law". *Fordham International Law Journal*, 21/4 (1998) p. 1296-1381.
- LEACH, Eric D. "Everything You Always Wanted to Know About Digital Performances Rights but Were Afraid to Ask". *Journal of the Copyright Society of the USA*. 48/1-2 (Fall-Winter, 2000) p. 191-291.

- LEHMAN, Bruce A. *Green Paper: Intellectual property and the national information infrastructure*. Working Group on Intellectual Property Rights, Information Infrastructure Task Force. Washington D.C., September 1995. Disponível em <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>>.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. “A Directiva 2014/26/UE Relativa à Gestão Colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos”. *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2015) p. 193-207.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. “Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso do público”. *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*. Vol. 10. Coimbra: Coimbra Editora: 2012. p. 735-749.
- LEITE, Eduardo Lycurgo, «A doutrina do “Fair Use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante». *Revista de Direito Autoral*, 2/4 (February 2006) p. 75-134.
- LEMLEY, Mark. A. “Intellectual Property and the Shrinkwrap Licenses”. *Southern California Law Review*, 68 (1995) p. 1239-1294.
- LEMOS, Ronaldo, *et al.* *Contribuição à Consulta Sobre a Reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98)*. Rio de Janeiro: Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS/FGV); Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 30 de maio de 2011. Disponível em <[http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Revisao\(2\).pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Revisao(2).pdf)>.
- *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009.
- BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. “Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Coletivas”. *Revista de Direito Administrativo*, (Set./Dez. 2006) p. 148-167.
- ; MANZUETO, Cristiane. *Software livre e Creative Commons*. Rio de Janeiro: FGV, Escola de Direito, 2005.
- LEONG, Terence. “When the Software We Buy is Not Actually Ours: An Analysis of Vernor v. Autodesk on the First Sale Doctrine and Essential Step Defense”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 10/239 (2012) p. 239-254.
- LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. Basic Books, 1999.
- *CodeVersion 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: The Penguin Press, 2004.

- LESSIG, Lawrence. "The Dinosaurs are Taking Over". *Business Week*. (May 13, 2002). Disponível em <http://businessweek.com/magazine/content/02_19/b3782610.htm>. LÉVY, Pierre. *Cyberculture*. University of Minnesota Press, 1997. (Electronic Mediations, 4).
- *The future of Ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.
- LEWINSKI, Silke. "International Copyright Over the Last 50 Years – A Foreign Perspective". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 50 (2003) p. 501-607.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Validade e Obrigatoriedade dos Contratos de Adesão Eletrônicos (Shrink-Wrap e Click-wrap) e dos Termos e Condições de Uso (Browse-wrap): Um estudo comparado entre Brasil e Canadá*. São Paulo, 2009. Tese de Doutorado em Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO, 2006.
- "Las Obligaciones Relativas a las Medidas Tecnológicas en los "tratados Internet" de la OMPI. Su Implementación en las Legislaciones nacionales, com especial Referencia a los Estados Unidos de América y a la Unión Europea". *Revista de Direito Autoral*, 1/1 (agosto 2004) p. 73-108.
- LITMAN, Jessica. *Digital copyright*. Nova Iorque, 2001.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- LOOS, Marco; HELBERGER, Natali; GUIBAULT, Lucie; MAK, Chantal. "The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law". *European Review of Private Law*. 6 (2011) p. 729-758.
- LÓPEZ CARRASCOSA, Valentin. *La contratación informática. El nuevo horizonte contractual*. Granada: Comares, 2002.
- LÓPEZ MAZA, Sebastian. *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Granada: Comares, 2009.
- LÓPEZY LÓPEZ, Angel; MONTÉS, V.L.; ROCA, E. *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y Contratos*. 4.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUCAS, André. *Droit d'auteur et numérique*. Paris: Litec, 1998.
- LUNNEY Jr., Glynn S. "The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act". *Virginia Law Review*, 87 (September 2001) p. 813-920.

- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção Jurídica do Software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- LYCURGO, Eduardo. “Direitos Autorais nas Mídias Digitais”. *Revista da ABPI*, 49 (nov/dez de 2000), p. 3-21.
- MAGRANI, Eduardo. “As Limitações no Direito Norte-Americano e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro”. In Fernando Leal, org. *Direito Privado em Perspectiva: teoria, dogmática e economia*. Rio de Janeiro, CTS/FGV Direito, 2016. 67-86.
- MAKEEN, Fouad Makeen. *Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection under International US, UK and French Law*. Kluwer Law International, 2000.
- MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é o direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- MARCO MOLINA, Juana. *La Propiedad Intelectual en la Legislación Española*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- MARI, Gaia. “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”. *Il diritto di autore. Rivista trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*. Nuova serie. 80/4 (Ottobre-Dicembre 2009) p. 547-556.
- MARIN, Melissa. “Inclusão da Propriedade Intelectual na Organização Mundial do Comércio: O Acordo TRIPS”. *Revista de Direito Autoral*, 2/4 (Fevereiro de 2006), p. 185-216.
- MARQUES, João Paulo F. Remédio. “As implicações da entrada em vigor da nova versão da Convenção da Patente Europeia”. *O Direito*, 141/3 (2009) p. 567-610.
- “Direito de Autor e Licença Compulsória”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 86 (2010) p. 49-118. Também publicado em: A. UZCÁTEGUI ANGULA; J. RODRÍGUEZ BERRÍZBEITIA, coord. *Libro de Homenaje al Professor Alfredo Morales Hernández*. Vol. V, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, etc., 2012. p. 405-465.
- “Propriedade Intelectual, exclusivos e interesse público”. In ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL. *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 199-235.
- “Propriedade Intelectual – Tendências Globais”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 84 (2008) p. 251-302.
- MARTINS, Wilson. *A Palavra Escrita: História do livro, da imprensa e da biblioteca*. 3.^a ed. São Paulo: Ática, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- MASAKAZU, Ishihara; CHING, Andrew. *Dymanic Demand for New and Used Durable Goods without Physical depreciation: the case of Japanese VideoGames*, p. 30-31 (Sept 16, 2011). Disponível em <<http://people.virginia.edu/~sns5r/microwkshp/ching.pdf>>.
- MASOUYÉ, C. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Geneva: WIPO, 1978.
- MATTIOLI, Michael. “Cooling-off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain”. *Virginia Journal of Law & Technology*, 15 (Fall 2010) p. 227-252.
- MAZZIOTTI, Giuseppe. *EU Digital Copyright Law and the End-User*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2008.
- “New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management”. *European University Institute Law*, 14 (2011). Disponível em <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/18755>>.
- McANDREW, Clare; DALLAS-CONTE, Lorna. *Implementing Droit de Suite (artists’ resale right) in England*. London: The Arts Council of England. 2002.
- McKENZIE, Elizabeth. “Book by Any Other Name: E-books and the First Sale Doctrine”, *Chicago Kent Journal of Intellectual Property*, 12/1 (2013) p. 57-63.
- McGRADY. Paul D. *McGrady on Social Media*. New Providence, NJ: Lexis-Nexis, 2011.
- McINTYRE, Stephen. “Game Over for First Sale”. *Berkeley Technology Law Journal*, 29/1 (Spring 2014) p. 1-60.
- MCKNIGHT, C.; MEADOWS, J.; PULLINGER, D.; ROWLAND, F. “ELVYN — Publisher and library working towards the electronic distribution and use of journals”. In *Proceedings of Digital Libraries ‘94*. College Station, TX: June, 19-21, 1994. p. 6-11.
- MELLO, Alberto de Sá. «A Telecomunicação Electrónica em Rede de Obras Intelectuais na “Sociedade da Informação” – A Diretriz 2001/29/CE e a sua Transposição em Portugal pela Lei nº 50/2004». In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. 7. Coimbra: Coimbra Editora. p. 279-318.
- “Os Multimedia – regime jurídico”. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 79-111.

- MELLO, Roberto Corrêa de. “ECAD e INTERNET: Como Arrecadar Direitos na Rede – O Uso Compartilhado – A Natureza Jurídica da Relação que se Estabelece”. *Revista de Direito Autoral*, 1/2 (Fevereiro de 2005). Disponível em <<http://www.mellolaw.com.br/artigos/ecad-e-internet-como-arrecadar-direitos-na-rede/>>.
- MENCKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MENDES, Manuel Oehen. “O Triângulo das Bermudas da “Comunicação ao Público” das Obras e Prestações Radiodifundidas”. *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2016) p. 175-194.
- MENEZES, Elizangela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MENNEL, Peter S. “Intellectual Property: general theories”. In Boudewijn BOUCKAERT; Gerrit DE GEEST, ed. *Encyclopedia of law and economics. Vol. II: civil law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- MENOZZI, Luciano. “Il Diritto d’Autore nell’Era del Post-Moderno”. *Il Diritto di Autore. Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*, 70/1 (Gennaio-Marzo 2000) p. 14-29.
- “Il Nuovissimo Leviatano: Divagazioni su Internet e il Diritto d’Autore”. *Il Diritto di Autore. Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*, 71/4 (ottobre-diciembre 2000) p. 464-481.
- MERGES, Robert P. “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”. *California Law Review*, 84/5 (Oct. 1996) p. 1293-1393.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. “Agreements of Reciprocal Representation of Collecting Societies in the Internal Market – The Related Rights of Phonograms Producers as a Test Case (Simulcasting)”. *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 203 (Janvier 2005) p. 63-137.
- MEZEI, Péter. “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion on the Online Environment”. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 6/1 (2015) p. 23-71.
- MILLARES CARLO, Agustín. *Introducción a la historia del libro y de las bibliotecas*. Fondo de Cultura Económica de España, 1993.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007. Tese de Mestrado em Direito.

- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti; LEMOS, Ronaldo; MAGRANI, Bruno; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call to reform”. *Yale Information Society Project*, 2008. Disponível em <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2675>>.
- MONGILLO, David J. “The Girl Talk Dilemma: Can Copyright Law Accommodate New Forms of Sample-Based Music?”. *University of Pittsburgh Journal of Technology Law and Polity*, 9 (Spring 2009). Disponível em <<https://tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/view/43/43>>.
- MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. “Copyleft e software livre: uma opção pela razão – eficiências tecnológica, econômica e social. [Partes I e II]”. *Revista da ABPI*, 70-71 (2004), p. 65-69.
- MORRIS, Kelly. «“Transforming” Fair Use: Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.». *North Carolina Journal of Law & Technology*. 15 (2014). Disponível em <http://ncjolt.org/wp-content/uploads/2014/05/Morris_Final.pdf>.
- MORRISON, Alex; GILLIES, Lorna E. “Protecting Webcast Content, Copyright on the *internet* and Problems of Jurisdiction in the European Union”. In *16th BILETA Annual Conference*, University of Edinburgh, 9-10 de Abril de 2001. Disponível em <<http://www.bileta.ac.uk/01papers/morrison.html>>.
- MOSLEY, Todd. *Mourning the Loss of Copyright Unsung Hero: Destruction of the First Sale Doctrine*. Disponível em <<http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2015/04/14JIntell-Prop2352015.pdf>>.
- MULLER, Eugélio Luis. “Gestão Coletiva: a Viabilização do Direito do Autor por Intermédio da Associação”. *Revista da ABPI*, 63 (mar/abr 2003), p. 07-15.
- MULLER, Flavia. “La Tutela del Diritto di Autore su Internet”. *Il Diritto di Autore. Rivista Trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE)*, 72/3 (luglio-settembre 2001) p. 348-368.
- MÜLLER-LANGER, Frank; WATT, Richard. “Copyright and Open Access for Academic Works”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 7/1 (2010) p. 45-65.
- MÜLLER-LANGER, Frank; Marc SCHEUFFEN. “The Google Book Search Settlement: a Law and Economic Analysis”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 8/1 (2011) p. 7-50.
- MURELLI, M.C. “Musica online: nuove forme di sfruttamento e distribuzione”. *Ventiquattrore Avvocato*, 4 (2007), p. 62-75.

- NABHAN, Victor. “20 Ans de Droit d’Auteur sur la Scene Internationale: Bilan et Perspectives”. *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 225 (Juillet 2010), p. 200-247.
- “As Fronteiras do Direito de Autor: Seus Limites e Exceções. Jornadas de Estudo da ALAI”. *Temas de Propriedade Intelectual*, 2-4 (2000) p. 100.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato – Conceito Pós-Moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2.ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.
- NETO, Aristides Tranquillini. “Digital Rights Management e *Fair Use*”. *ABPI*, 116 (Jan./Fev. 2012) p. 35-50.
- NETTO, José Carlos Costa. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- NIMMER, David. “Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age”. *Harvard Journal of Law and Technology*, 10/1 (1996) p. 1-46.
- NIMMER, David. “How Much Solicitude for Fair Use Is There in the Anti-Circumvention Provision of the Digital Millennium Copyright Act?”. In Niva ELKIN-KOREN; Neil W. NETANEL, ed. *The commodification of information*. 193 (2002) p. 211-215.
- NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. *Nimmer on Copyright*. New York: LexisNexis, 2005.
- NIMMER, Raymond T., “Copyright First Sale and the Overriding Role of Contract”. *Santa Clara Law Review*, 51 (2011) p. 1311-1346.
- NORDEMANN, Wilhelm. “A Revolution of Copyright in Germany”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 49/4 (Summer 2002) p. 1041-1046.
- O’ROURKE, Maureen A. “A Brief History of Author – Publisher Relations and the Outlook for the 21st Century”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 50 (2003) p. 425-474.
- OHLY, Ansgar. “Economic Rights”. In Estelle DERCLAYE, ed. *Research Handbook on the Future of EU Copyright*. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 2009. p. 212-241.
- OLIVEIRA, Adriana Tolfo de. “Os Critérios Praticados pelo ECAD na Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais Advindos das Obras Musicais”. *Revista Forense*, 106/410 (julho-agosto de 2010), p. 03-31.
- PAPADOPOULOU, Maria Daphne. “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”. *European Journal of Law and Technology*, 1/2 (2010). Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/38/56>>.

- PASSA, Jérôme. “La Directive du 22 mai 2001 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information”. *Juris-Classeur Périodique*, 1 (2001) 1261-1270.
- PASSMAN, Donald S. *All You Need to Know About the Music Business*. New York: Frec Press, 2003.
- PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004.
- PATTERSON, Lyman Ray; LINDBERG, Stanley W. *The Nature of Copyright: A Law of Users’ Rights*. University of Georgia Press, 1991.
- PAVEL, Ashley. “Reforming the Reproduction Right: The Case for Personal Use Copies”. *Berkeley Law & Technology*, 24/4 (2009) p. 1615-1645.
- PEGUERA, Miquel. “When the Cached Link is the Weakest Link: Search Engine Caches and the Digital Millenium Copyright Act”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 56/2-3 (Winter-Spring, 2009) p. 1-57.
- PEREIRA, Alexandre Dias. «A Liberdade de Navegação na Internet: “Browsers, Hyperlinks e Metatags”». in Antonio Pinto MONTEIRO, org. *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra: Instituto Jurídica da Comunicação, Faculdade de Direito de Coimbra, 2002, p. 227-260.
- “A Reprodução para Uso Privado no Ambiente Digital Analógico e no Ambiente Digital”. *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, p. 329-361.
- “Das Licenças de Software e de Base de Dados”. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense – UPT*, 14 (2011) p. 9-25.
- *Direitos de Autor e Liberdade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- “Direito de Autor, Liberdade Electronica e Compensação Equitativa”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 81 (2005) 441-509.
- “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Excepção)”. *Revista ABPI*, 94 (2008) p. 3-10.
- “Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação”. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol., IV. Coimbra: Coimbra Editora. p. 433-453.
- “Google Books, Bibliotecas Digitais e Direitos de Autor”. *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2014) p. 163-185.
- “Instrumentos de Pesquisa, Direitos Exclusivos e Concorrência Desleal”. *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 221-224.
- *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. (Studia Iuridica, 55).

- PEREIRA, Alexandre Dias. “Instrumentos de Pesquisa, Direitos Exclusivos e Concorrência Desleal”. in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora. p. 221-241.
- “Música e Electrónica: *Sound Sampling*, Obras de Computador e Direito de Autor na Internet”. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 311-334.
- PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. “Direito de Autor ou de Empresário? Indústrias Culturais e Direito Autoral na Contemporaneidade”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, 9/54 (jul/ago 2000), p. 214-224.
- PÉREZ, Raquel de Román. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*. Madrid: Reus, 2003.
- PETILLION, Flip; HUART, Sophie. “La Responsabilité des Intermédiaires dans la Violation des Droits D’auteur”. In *Droit Intellectuels: à la rencontre d’une Stratégie pour l’entreprise*. Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 533-594.
- PETRICK, Paul. *Why DRM Should be a Cause of Concern: an Economical and Legal Analysis of the Effect of Digital Technology of the Music Industry*. p. 25-30. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract_id=618065>.
- PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PINTO, Rui. *Obras não Protegidas, Uso Privado, e Utilizações Livres, Contributo para Estudo do seu Regime. Relatório do Seminário de Direito da Sociedade da Informação*. Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.
- PRASAD, Akhil; AGARWALI, Aditi. “Revisting the historical ‘Copy-Wrongs’ of ‘Copy-Rights’! Are We Resurrecting the Licensing Era?”. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, 4/4 (2009), p. 133-152.
- PRESTON, Cheryl. “Please Note: you Have Waived Everything: Can Notice Redeem Online Contracts?”. *American University Law Review*, 64 (2014-2015) p. 535-590.
- QUINTAIS, João Pedro. “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (Some) Multi-Territorial Licensing”. *European Intellectual Property Review*, 2 (2013) 65-73. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351186>.
- RAHMATIAN, Andreas. “Dealing with rights in *copyright*-protected works: assignments and licenses”. In Estelle DERCLAYE. *Research Handbook on the Future of the EU Copyright*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 286-316.

- RALSTON, William. "Copyright in Computer-Composed Music: Hal Meets Handel". *Journal of the Copyright Society of the USA*, 52/3 (Spring 2005) p. 281-307.
- RANGEL ORTIZ, Horacio. "La Vigilancia de las Sociedades de Gestión en el Derecho Autoral de Europa Y America Latina". *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 32 (2002) p. 139-182.
- RAYMOND, Eric S. *The Cathedral and the Bazaar and Other Essays*. Sebastopol, CA: O'Reilly, 1999.
- REBELLO, Luiz Francisco. "Gestão de Direitos no Ambiente Digital. Associação Portuguesa do Direito Intelectual". In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- REESE, Anthony R. "Copyrightable Subject Matter in the Next Great Copyright Act". *Berkeley Technology Law Journal*, 29/3 (2015) p. 1489-1533.
- REINALDO FILHO, Demócrito. "Problemas Decorrentes do Uso de Hyperlinks". *Revista CEJ*, 19 (Dezembro/2002), p. 15-23.
- RIBERA BLANES, Begoña. *El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual*. Dickinson, 2011.
- RICE, David. "Copyright as Talisman: Expanding Aproperty@ in Digital Works". *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora. p. 357-390.
- ROCHA, Daniel. *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.
- ROCHA, Manuel Lopes; CARREIRO, Henrique; LENCASTRE, André. *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto), Anotada e Comentada*. Famalicão; Lisboa: CentroAtlantico.pt, 2005.
- ROCHELANDET, F. *Are Copyright Collecting Societies Efficient?: An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe*. Madrid: The Society for Economic Research on Copyright Issues, 2002. Disponível em <www.serci.org>.
- RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, Rodrigo. "La Comunicación Pública en las Habitaciones de Hotel". *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 87-111.
- ROGERS, Kevin. "Jailbroken: Examining the Policy and Legal Implications of iPhone Jailbreaking". *Journal of Technology Law & Policy*, 13 (Spring 2013). Disponível em <<https://tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/view/118/122>>.

- ROMANO, Rosaria. “Imprinting Proprietario Nella Tutela Della Creazione Intellettuale e Concorrenza Tra Prodotti Innovativi”. *Rivista di Diritto Civile*, 54/6 (Novembre-Diciembre, 2008), p. 663-694.
- ROSA, António Machuco. “Direito de Autor e Direito de Acesso: Os Livros Eletrónicos, as Bibliotecas Públicas e o Princípio do Esgotamento”. In *Direito e Informação: que responsabilidade(s)?*. Niterói: UFF, 2013. p. 141-160.
- ROSA, Dirceu Pereira de Santa. “Ringtones e Direito Autoral: Conflitos sobre Pagamentos por Execução Pública”. *Revista de Direito Autoral*, 2/3 (Agosto de 2005).
- ROSE, Mark. *Authors and Owners: the invention of copyright*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993.
- ROSENBERG, Donald k., *Copyleft and the Religious Wars of the 21st Century*. 15 de Novembro, 1998. Disponível em <<http://www.stromian.com/copyleft.htm>>.
- ROSENBLATT, Bill. “ReDigi Gets RIAA NASTYGRAM”. *Copyright and Technology*, (Nov. 15, 2011). Disponível em <<https://copyrightand-technology.com/2011/11/15/redigi-gets-riaa-nastygram/>>.
- ROTH, Monika. “Entering the DRM-Free Zone: an Intellectual Property and Antitrust Analysis of the Online Music Industry”. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, 18 (2007) p. 515-540.
- RUFFO, Giancarlo. “La (in)sostenibile leggerezza della copia digitale”. In *Copyright Digitale: l’impatto delle Nuove Tecnologie tra Economia e Diritto*. Milano: Giappichelli, 2009. p. 135-159.
- SALEILLES, Raymond. *De la declaration de la volonté*. Paris: Pichon, 1901.
- SALOMON, Kenneth. *Copyright Considerations in Distance Education and Technology-Mediated Instructions*. American Association of Community Colleges, July 5, 2000. Disponível em <<http://www.aacc.nche.edu/Publications/Reports/Documents/copyrightconsideration.pdf>>.
- SAMUELS, Edward. *The Illustrated Story of Copyright*. Thomas Dunne Books, 2000.
- SAMUELSON, Pamela. “Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law”. *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 16 (1990) p. 323-340.
- “Intellectual Property and the Digital Economy. Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised”. *Berkeley Technology Law Journal*, 14 (1999) p. 1-49.

- SAMUELSON, Pamela. “Justifications for Copyright Limitations and Exceptions”,. In Ruth OKEDIJI, ed. *Copyright law in an age of limitations and exceptions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Disponível em <https://www.law.berkeley.edu/files/Justifications_for_Copyright_Limitations_and_Exceptions_-_Pamuela_Samuelson.pdf>, p. 10-26.
- “The NII intellectual property report”. *Communications of the ACM*, 37/21 (Dec. 1994) p. 21–27.
- ; *et al.* “The Copyright Principles Project: Directions for Reform”. *Berkeley Technology Law Journal*, 25 (2010) p. 1175-1245.
- ; GLUSHKO, R. J. “Intellectual Property Rights in Digital Library and Hypertext Publishing Systems”. *Harvard Journal of Law and Technology*, 6 (1993) p. 237-261.
- SANTIAGO, Vanisa. “A Lei n. 9610 de 19 de Fevereiro de 1998 – Aspectos Contraditórios”. *Revista CEJ*, Brasília, 21 (abr./jun. 2003) p. 8-15.
- SANTOS, Ana Eduarda. “Experimenting with Territoriality: Pan-European Music License and the Persistence of Old Paradigms”. *Duke Law & Technology Review*, 7 (Sept. 2009) p. 1-38.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. “As limitações aos direitos autorais”. In IDEM; Wilson Pinheiro JABUR, coord. *Direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- “Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais”. *Revista da ABPI*, 103 (Nov/Dez. 2009), p. 51-67.
- “O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral”. *Revista de Direito Autoral*, 1/2 (Fev. 2005), p. 43-55.
- “Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira”. *Revista ABPI* 100 (Mai/Jun 2009) p. 61-68.
- SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ŠAVIC, Maša. “The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law”. *European Intellectual Property Review*, 37/7 (2015) p. 414-429.
- SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*. Thomson/West, 2003.
- SCHEPENS, Paula. *Guide to the Collective Administration of Authors’ Rights*. UNESCO, 2000.

- SCHIERHOLZ, Anke. “Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework”. In Michel WALTER; Silke von LEWINSKI. *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford: OUP, 2010, p. 1145-1190.
- SCHMID, David. “(Do) We Need a European Civil Code?”. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 18 (2012) p. 263-293.
- SCIENCE EUROPE. *Text and Data Mining and the need for a Science-friendly EU Copyright Reform*. April, 2015.
- SERINGHAUS, Michael. “E-book Transactions: Amazon “Kindles” the Copy Ownership Debate”. *Yale Journal of Law and Technology*, 12 (2009) p. 147-207.
- SHEN, Leah. “Who Owns the Virtual Items?”. *Duke Law and Technology Review*, 11 (2010) p. I-XIII. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=dltr>>.
- SHEN, Li-Jen. “A Duration no More than Necessary: A Proposed Test for the Duration REquirement of RAM-copy Fixation”. *Jurimetrics*, 51 (Winter 2011) p. 217-243.
- SHERIDAN, Jenny Lynn. “Does the Rise of Property Rights Theory Defeat Copyright’s First Sale Doctrine?”. *Santa Clara Law Review*, 52 (2012) p. 297-372.
- SILVA, Dirceu de Oliveira e. *O direito de autor*. Rio de Janeiro: ed. Nacional de Direito, 1956.
- SILVA, Ednalva Germana da. “Direitos Autorais na Internet”. *Revista da ESMAPE*, Recife, 15/31 (jan./jun. 2010) p. 107-144.
- SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto; SOARES, Sávio de Aguiar. “Direito de Propriedade Intelectual, Tecnologia e Interoperabilidade: Estudo à Luz das limitações aos Direitos Patrimoniais de Autor”. *Revista síntese jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, 57 (2009) p. 67-84.
- SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2.^a ed. São Paulo, 1998.
- “Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei 9610 de 1998”. *Revista de Direito Autoral*, 2/3 (Agosto 2005) p. 5-17.
- SILVEIRA, Newton. “Prefácio”. In Allan Rocha SOUZA. *A função social dos direitos autorais*. Campo dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 5.
- SIMPSON, A. W. B. *A History of the Common Law of Contract*. reimpr. Oxford: Oxford University Press, 1987.

- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: Vol. II: parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.
- SLUIJS, Jasper P.; LAROUCHE, Pierre; SAUTER, Wolf. “Cloud Computing in the EU Policy Sphere”. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and e-Commerce Law*, 3/1 (2012) p. 12-32.
- SMITH, Eric H. The Reproduction Right and Temporary Copies: The International Framework, the US Approach and Practical Implications: Paper presented to the SOFTIC Symposium. Tokyo, November 2001.
- SOBEL, Deana. “A Bite Out of Apple? iTunes, Interoperability, and France’s DADVSI Law”. *Berkeley Technology Law Journal*, 22 (2007) p. 267-291.
- SOBEL, Lionel. “DRM as na Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers”. *Berkeley Technology Law Journal*, 18/2 (2003) p. 667-695.
- SOMA, John T; KUGLER, Michael K. “Why rent when you can own? How Redigi, Apple, and Amazon will use the cloud and the digital first sale doctrine to resell music, ebooks, games, and movies”. *North Carolina Journal of Law and Technology*, 15/3 (2014) p. 425-461.
- SORKIN, Bernard. “A Geriatric View of Motion Picture Piracy”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51/1 (Fall 2003) p. 237-242.
- SOUZA, Alan Rocha de. [“Transcrição da palestra proferida por Alan Rocha de Souza”] *Anais do Seminário A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado*. Julho de 2008. p. 120-123.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “Compartilhamento, colaboração e pirataria: questionamentos atuais sobre Direito Autoral”. *Revista Forense*, 383 (Janeiro-Fevereiro de 2006) p. 31-46.
- “Repercussões Civas da Revolução Tecnológica. Informática e Direito: Informática Jurídica, Direito Informático e Direito de Autor”. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. 19 (2.º semestre, 2001) p. 68-94.
- SPARROW, Andrew Peter. *Music Distribution and the Internet: a Legal Guide for the Music Business*. Aldershot, UK; Burlington, USA: Gower, 2006.
- STADLER-MACHO, Inés; CASTRILLO-PÉREZ, David. “Copyright Licensing under Asymmetric Information”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 11/2 (2014) p. 1-26.
- STAUDENMAYER, D. “The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects”. *International and Comparative Law Quarterly*, 51/3 (2002) p. 673-688.
- STERLING, J. A. L. *World Copyright Law*. London: Sweet & Maxwell. 2015.

- STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Bruxelles: Bruylant ; Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- ; MASSA, Charles-Henry. «La Proposition de Transposition de la Directive “Droit d’Auteur dans la Société de L’information” en Droit Belge». In Actes du Colloque «*Droits intellectuels: A la rencontre d’une stratégie pour l’entreprise*», organisé par la Commission Droit et Vie des affaires de la Faculté de Droit de l’Université de Liège, Bruylant, 2002, p. 467-482.
- STUBER, Walter Douglas. “A Internet sob a Ótica Jurídica”. *Revista Trimestral de Direito Público*, 24 (1998) p. 191-210.
- SU, Joy. “Google Book Search and Opt-out Procedures”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 56/4 (Summer 2009) p. 947-984.
- SUN, Haochen. “Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law”. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 5/2 (Spring 2007) p. 267-331.
- SUTTER, Gavin; GILLEN, Martina. “Legal Protection of Copy-Protection Mechanisms”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51/4 (Summer 2004) p. 729-762.
- TARGOSZ, Tomasz. “Exhaustion in digital products and the “accidental” impact on the balance of interests in *copyright* law”. In Lionel BENTLY; Uma SUTHERSANEN; Paul TORREMANS. *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 337-354.
- TASSEL, Joan van. *Digital Rights Management: Protecting and Monetizing Content*. Burlington, MA: Focal Press, 2006.
- TEAGUE, E. Jordan. “Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power and Balance in Digital Copyright”. *Journal of Law, Technology and Commercial in the Internet*, 4/4 (2012) p. 207-236.
- THORPE, Jeremy. “Regulating the Collective Exploitation of Copyright”. *Prometheus: Critical Studies in Innovation*, 16/3 (1998) p. 317-329.
- TIAN, YiJun. “Problems of anti-circumvention rules in the dmca & more heterogeneous solutions”. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 15/3 (2005) p. 750-788.
- TILMAN, Lueder. “Working Toward the Next Generation of Copyright Licenses”. Presented at the 14th Fordham Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 20-21, 2006. Disponível em <<http://bat8.inria.fr/~lang/copyright/documents/articles/next-generation-copyright-licences.html>>.

- TORRES, Monica. “La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización”. *Cedro*, 26 (oct. 2001) p. 10-17.
- TOUVE, David; DiCOLA, Peter. “Licensing in the Shadow of Copyright”. *Stanford Technology and Law Review*, 17 (2014) p. 397-459.
- TOWSE, Ruth. “Copyright as an Economic Incentive”. In Hector L. MACQUEEN, ed. *Innovation, Incentive and Reward: Intellectual Property Law and Policy, David Hume Papers on Public Policy*. 5/3 Special issue (1997) p. 31-45.
- “Economics of Copyright and Collecting Societies and Digital Rights: Is there a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 9/2 (2012) p. 3-30.
- “Economics of Copyright Collecting Societies and Digital Rights: a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 9/2 (2012) p. 3-30. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216165>.
- “The Economic Effects of Digitization on the Administration of Musical Copyrights”. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 10/2 (2013) p. 55-67.
- ; HANDKE, Christian. “Economics of Copyright Collecting Societies”. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 38/8 (2007) p. 937-957.
- ; HANDKE, Christian. “Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe”. In SOCIETY FOR ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES (SERCI). *Annual Congress 2007 at Humboldt-Universität zu Berlin/Centre for British Studies*, 12-13 July 2007. Disponível em <<http://www.serci.org/2007/towsehandke.pdf>>.
- TRABUCO, Cláudia. “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital. Reflexões sobre a copia privada de obras intelectuais”. *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, 18 (2007) p. 29-55.
- “O Direito de Autor e as Licenças de Utilização sobre Programas de Computador”. *Themis*, 15 (2008) p. 139-196.
- *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- “Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede”. In *O comércio electrónico em Portugal: o quadro legal e o negócio*. Lisboa: Anacom, 2004. p. 142-156.

- TRATOS, Mark G.; THOMPSON, Lauri S. *Perils and Privileges in the Digital Age of Advertising: Intellectual Property Considerations for Advertisers and Agencies*. Disponível em <http://www.quirkandtratos.com/article_digital_perils.htm>.
- TRAVIS, Hannibal. "Google Book Search and Fair Use: iTunes for Authors, or Napster for Books?". *University of Miami Law Review*. 61/1 (October 2006) p. 601-681.
- UNESCO. *Abc do Direito de Autor*. Trad. Wanda Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1981.
- UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights*. February 2015. Disponível em: <<http://copyright.gov/policy/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf>>.
- UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *DMCA Section 104 Report*. August 2001. Disponível em <<http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>, xxvii>.
- UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*. Fevereiro de 2016.
- UNITED STATES, *Copyright Law (2011)*. Washington DC: Government Bookstore, 2011. Acessível em <<http://www.copyright.gov/title17/>>.
- VANDOREN, Paul. "Copyright and Related Rights in the Information Society". In Bernt HUGENHOLTZ. *The future of copyright in a digital environment*. The Hague, etc.: Kluwer Law International, 1996, p. 153-168.
- VARIAN, Hal R.. "Reading Between the Lines of Used Book Sales". *New York Times*. July 28, 2005. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2005/07/28/technology/28scene.html>>.
- VASCONCELOS, Claudio Lins de. "As Limitações, o Fair Use e a Guinada Utilitarista do Direito Autoral Brasileiro". *Revista da ABPI*, 119 (2012) p. 48-61.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- VEGA, José Antonio. *Derecho de Autor*. Madrid: Tecnos, 1990.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria B. de Andrade. "A Inserção do Direito de Autor na CF". In *Temas de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000.
- VICENTE, Dário Moura. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

- VICENTE, Dário Moura. “Cópia Privada e Sociedade da Informação”, 2004; disponível em: <<http://www.apdi.pt>>.
- “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção”. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 499-523.
- VISSER, Dirk J.G. “The Netherlands”. In M. DELLEBEKE, ed. *Copyright in cyberspace*. Amsterdam: Otto Cramwinckel, 1997. p. 124-143.
- VITA, Leandro Rosa Novo. “A Técnica de Sampling Enquanto Limitação aos Direitos de Autor e a Criação de um Sistema de Licenças Compulsórias para as Amostras Substanciais”. *Revista da ABPI*, 111 (Mar./Abr. de 2011) p. 45-55.
- VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d’auteur et droits voisins*. Paris: Dalloz, 2009.
- WACHOWICZ, Marcos, org. *Por que mudar a lei de direito autoral?: Estudos e pareceres*. 2.ª tiragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- WADIA, Cyrus. *The Department of Justice’s investigation into online music*. California Lawyers; Cooper, White & Cooper, 2005. Disponível em <<http://www.cwclaw.com/publications/articleDetail.aspx?id=56>>.
- WALKER, Adam. “Thumbnails, Search Engines, and Copyright: a Whole Mess Confusion”. *Journal of Copyright Society of the USA*, 56/2-3 (2009) p. 647-668.
- WALTER, Michael M. “Distribution Right”. In Silke LEWINSKI; Michel Walter. *European Copyright Law – A Commentary*. Oxford: OUP, 2010.
- “Information Society Directive”. In: Silke LEWINSKI, Michael Walter. *European Copyright Law - A commentary*. Oxford: OUP, 2010, p. 921-1143.
- WATT, Richard. *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes?*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- WEISE E. „Tech Report”. *USA Today*. December 8, 2000.
- WEISS, Paul. *Clickwraps, Copyright Pre-emption and Misuse*, May 2003.
- WESTKAMP, Guido. “The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European copyright Law between Approximation and National Decision-Making”. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 56/1 (Fall 2008) p. 1-65.
- WHITTAKER, Simon. “The Optional instrument of European Contract Law and Freedom of Contract”. *European Review of Contract Law*, 7 (2011) p. 371-388. Disponível em <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/333_en.pdf>.

- WIEGANDT, David von. «Spotify: Incentivizing the Album Creation Through the “Facebook of Music”». *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, 2/1 (November 2013) p. 180-199.
- WIPO. *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights – Study on, and advice for, the establishment and operation of collective administration organizations*. Geneva, 1990.
- WIPO. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London: Centre for Commercial Law Studies, 1987. p. 373-374.
- XALABARDER, Raquel. “Copyright exceptions for teaching purposes in Europe” [online working paper]. IN3:UOC. (Working Paper Series: WP04-004) [consultado a 30/11/2015; disponível em <http://in3.uoc.edu/opencms_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder_2004_CopyrightExceptions-ForTeachingPurposes.pdf>].
- “Digital Libraries in the current legal and educational environment: towards a remunerated compulsory licence or limitation?”, In Lionel BENTLY; Uma SUTHERSANEN; Paul TORREMANS. *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar, 2010. p. 230-251.
- XU, Jing. “DMCA Safe Harbors and the Future of New Digital Music Sharing Platforms”. *Duke Law & Technology Review*, 11 (2012) 145-162.
- XXII SEMINÁRIO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Boletim da ABPI*, 33 (2002) p. 1-8.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assim. “A Proteção Internacional do Direito de Autor e o Embate Entre os Sistemas do Copyright e Droit d’Auteur”. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, 18/30 (abril 2011). p. 115-130. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/242/231>.
- ZENTNER, Alejandro. “Measuring the Effect of File Sharing on Music Purchases”. *The Journal of Law & Economics*, 49 (April 2006) p. 63-90.

Índice

RESUMO	3
ABSTRACT	5
ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	19
1. HISTÓRIA DO DIREITO DE AUTOR.....	19
2. ALARGAMENTO DA PROTECÇÃO AUTORAL E DIREITO DE AUTOR INTERNACIONAL	26
3. DIREITO DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA.....	31
4. DIREITO DE AUTOR NOS EUA	35
5. DIREITO DE AUTOR NO BRASIL.....	38
6. DUALIDADE <i>DROIT D’AUTEUR</i> E <i>COPYRIGHT</i>	40
7. A DINÂMICA ENTRE O DISCURSO E A REALIDADE	43
8. CONCLUSÃO	50

CAPÍTULO II

LIMITES E EXCEÇÕES	53
1. INTRODUÇÃO	53
2. DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DOS LIMITES E EXCEÇÕES NO SISTEMA DE DIREITO DE AUTOR	54
3. DELIMITAÇÃO	57
4. AS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS LIMITES NO AMBIENTE DIGITAL	61
5. SISTEMAS DE LIMITES E EXCEÇÕES ABERTOS OU FECHADOS	63
5.1 UNIÃO EUROPEIA.....	63
5.2 EUA	67
5.2.1 O FAIR USE	68
5.2.2 FAIR USE NO AMBIENTE DIGITAL	70
5.3 BRASIL	75
5.4 O TESTE DOS TRÊS PASSOS	78
6. FUNDAMENTO DOS LIMITES E EXCEÇÕES	81
7. A DEFINIÇÃO DA NATUREZA DOS LIMITES E EXCEÇÕES E SUA CONSEQUÊNCIA NA INTERAÇÃO COM OS CONTRATOS	85
7.1 EUA	88
7.2 UNIÃO EUROPEIA.....	90
7.3 BRASIL	94
8. <i>FIRTS SALE DOCTRINE</i> ESGOTAMENTO E EXAUSTÃO	95
9. EXCEÇÕES PARA BIBLIOTECAS E ENSINO <i>ONLINE</i>	105
9.1 BIBLIOTECAS	105
9.1.1 TRATAMENTO NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS	109
9.1.2 BIBLIOTECAS DIGITAIS PRIVADAS	114
9.2 ENSINO ONLINE	119
9.2.1 TRATAMENTO DO TEMA NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS	120
10. A CÓPIA PRIVADA	125
10.1 TRATAMENTO DO TEMA NOS DIVERSOS ORDENAMENTOS	126
11. EXCEÇÕES PARA REPRODUÇÕES TEMPORÁRIAS.....	133
12. CONCLUSÃO	139

CAPÍTULO III	
AS RELAÇÕES CONTRATUAIS COM O USUÁRIO FINAL ..	145
1. INTRODUÇÃO	146
2. CONTRATOS (D)E DIREITO DE AUTOR	147
3. CONTRATOS DE ADESÃO	149
4. LICENÇAS PARA UTILIZAÇÃO FINAL (EULAs)	151
4.1 QUESTÕES JURÍDICAS DAS EULAs	154
4.1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INVOCÇÃO DOS LIMITES À LIBERDADE CONTRATUAL E OUTRAS TEORIAS PARA IMPEDIR ABUSOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE AUTOR	155
4.1.2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	160
4.1.3 DEFINIÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL COMO LICENÇA OU VENDA	162
4.1.4 FIRST SALE DOCTRINE E PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO E EXAUSTÃO DOS DIREITOS	169
5. A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS PARA ALTERAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR	177
6. TRATAMENTO DO TEMA NOS EUA, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL	187
6.1 EUA	187
6.1.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DOS CONTRATOS E DIREITO DE AUTOR	188
6.2 BRASIL	192
6.2.1 TRATAMENTO	192
6.2.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DE AUTOR E DIREITO DOS CONTRATOS	195
6.3 UNIÃO EUROPEIA.....	197
6.3.1 TRATAMENTO POR MECANISMOS DE DIREITO DOS CONSUMIDORES	198
6.3.2 QUESTÕES CONTRATUAIS E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS CONTRATOS E O DIREITO DE AUTOR.....	202
7. CONCLUSÃO	204

CAPÍTULO IV

AS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTEÇÃO	209
1. INTRODUÇÃO	209
2. DRM E INTEROPERABILIDADE	212
3. QUADRO LEGAL	218
3.1 O TODA.....	218
3.2 UNIÃO EUROPEIA	219
3.3 EUA	221
3.4 BRASIL	224
4. DRM E CONTRATOS	225
4.1 NEUTRALIZAÇÃO DOS DRMS PARA GARANTIR OS LIMITES	228
4.2 UMA PONDERAÇÃO SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS DRMs.....	233
5. DRM – INSTRUMENTO PARA NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS	237
5.1. TRANSFERIBILIDADE DE ARQUIVOS DIGITAIS	240
5.2 DIREITO DE DESISTÊNCIA.....	247
5.3 DRM E UM NOVO DIREITO DE ACESSO	249
6. CONCLUSÃO.....	250

CAPÍTULO V

DIREITO DE REPRODUÇÃO, DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO E DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO	255
1. INTRODUÇÃO	255
2. DIREITO DE REPRODUÇÃO	256
2.1 O NOVO AMBIENTE DIGITAL E O IMPACTO NO DIREITO DE REPRODUÇÃO	259
2.2 A FIXAÇÃO COMO REQUISITO DA REPRODUÇÃO.	260
2.3 REPRODUÇÃO E CÓPIA	263
2.4 REPRODUÇÃO TÉCNICA E REPRODUÇÃO JURÍDICA	264
2.5 CÓPIAS RAM	267
2.6 CACHING	274
2.7 TRATAMENTO LEGAL NO AMBIENTE DIGITAL ...	279
2.8 PONDERAÇÃO FINAL ACERCA DA REPRODUÇÃO NO AMBIENTE DIGITAL.....	282

3. DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO E O SUPOSTO DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO	284
3.1 INTRODUÇÃO	284
3.2 DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO	286
3.3 “TRANSMISSÃO DIGITAL” E O SUPOSTO DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO	289
3.4 O CONCEITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO CONFORME A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS TRATADOS	295
4. TRATAMENTO NOS DIVERSOS SISTEMAS	310
5. RADIODIFUSÃO	312
6. CRÍTICA À SOLUÇÃO DO OMPI	316
7. <i>STREAMING</i>	317
8. <i>DOWNLOAD</i> LIMITADO	320
9. AS NOVAS FORMAS DE DIFUSÃO DOS CONTEÚDOS	323
10. DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO	325
10.1 O PROBLEMA DO ESGOTAMENTO	327
11. <i>CLOUD</i>	331
12. DIREITO DE ACESSO	336
13. CONCLUSÃO	339

CAPÍTULO VI

O LICENCIAMENTO DOS CONTEÚDOS CRIATIVOS	345
1. INTRODUÇÃO	346
2. AS SOCIEDADES DE GESTÃO COLETIVA	347
3. ARGUMENTOS ECONÓMICOS	351
4. QUESTÕES CONCORRENCIAIS	353
4.1 AS LICENÇAS	354
4.1.1 EUA	357
4.1.2 BRASIL	365
4.1.3 UNIÃO EUROPEIA	370
4.2 OS ACORDOS BILATERAIS	371
4.2.1 A OPÇÃO PELA LICENÇA MULTI-TERRITORIAL	372

4.2.2 O ATUAL MODELO DE LICENCIAMENTO – A DIRETIVA	377
5. TERRITORIALIDADE	381
6. EXEMPLOS DE INADEQUAÇÃO DAS DEFINIÇÕES DOS DIREITOS NO AMBIENTE DIGITAL	387
7. O FUTURO DA GESTÃO COLETIVA E LICENCIAMENTO NO AMBIENTE DIGITAL	397
8. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LICENCIAMENTO	403
8.1 SITES DE PARTILHA E LICENCIAMENTO	403
8.2 CREATIVE COMMONS	405
9. CONCLUSÃO	409
CONCLUSÃO	413
BIBLIOGRAFIA	423
ÍNDICE	467