

5

Tecnologia: O Conflito Agravado

Como explicado no capítulo 2, a evolução da tecnologia possui um enorme potencial liberalizante, ampliando as possibilidades de expressão por parte dos indivíduos. No capítulo 3, por outro lado, demonstrou-se como as regras de direito autoral no Brasil e no âmbito internacional foram se tornando cada vez mais rígidas e protetivas, limitando as possibilidades de circulação de conteúdo. Dessa forma, o que se pode observar é que tecnologia e o direito de autor movem-se como duas engrenagens em sentidos opostos. A primeira, na direção de ampliar a facilidade de uso e transformação dos conteúdos existentes. A segunda, no sentido de restringir este uso.

Em razão dessa dinâmica, o potencial de conflito entre direito autoral e liberdade de expressão encontra-se atualmente exacerbado, chamando a atenção para aspectos do direito à livre expressão até então ignorados e trazendo esta garantia constitucional para o centro do debate sobre o direito de autor e novas tecnologias. Jack Balkin explica como se dá essa dinâmica, apontando que:

A revolução digital coloca a liberdade de expressão sob nova luz, assim como o desenvolvimento de tecnologias de rádio e de televisão fizeram antes. A revolução digital traz características do sistema de livre expressão para o centro de nossas preocupações, relembrando-nos aspectos da liberdade de expressão que sempre existiram, mas que agora se tornaram mais centrais e mais relevantes para as questões políticas que encaramos. A revolução digital torna possível uma ampla participação cultural e interação que antigamente não poderia existir nessa mesma escala. Ao mesmo tempo, cria novas oportunidades de limitar e controlar essas formas de participação cultural e interação. A era digital faz da produção e distribuição de informação uma importante fonte de riqueza. Assim cria novos conflitos sobre o capital e direitos de propriedade que dizem respeito a quem tem o direito de distribuir e obter acesso à informação. Não surpreendentemente, a liberdade de expressão está no centro desses conflitos. A liberdade de expressão está rapidamente se tornando a chave de disputas sobre a proteção legal e constitucional do capital na era da informação, e esses conflitos vão modelar a definição legal de liberdade de expressão.²²⁴

²²⁴ No original: “The digital revolution places freedom of speech in a new light, just as the development of broadcast technologies of radio and television did before it. The digital revolution brings features of the system of free expression to the forefront of our concern, reminding us of things about freedom of expression that were always the case, but now have become more central and thus more relevant to the policy issues we currently face. The digital revolution makes possible widespread cultural participation and interaction that previously could not have existed on

Para o autor, portanto, as modificações trazidas pela tecnologia colocaram a própria definição do conceito de liberdade de expressão em disputa. Essa batalha já está se desenrolando em diversas esferas, dentre as quais é possível incluir o confronto entre os *lobbies* pelo enrijecimento ou balanceamento das regras de direito autoral, a regulação da internet, entre outros.

A partir desse raciocínio, Balkin conclui que a concepção hoje dominante nos EUA de que a liberdade de expressão deve servir à finalidade de promover a autodeterminação democrática estaria equivocada. Para o autor, o uso das tecnologias digitais ilumina o direito à livre expressão a partir de novos ângulos, despertando nossa atenção para aspectos que até então se encontravam camuflados. Seria, portanto, necessário readequar a teoria para considerar estes novos aspectos.

Como visto no capítulo 2, a tecnologia abriu espaço para uma série de expressões que não encontravam os canais de distribuição necessários para se fazerem ouvidas. Como já mencionado, a internet e as tecnologias digitais reduziram os custos de produção, distribuição, processamento e armazenamento de informação. A partir dessa grande possibilidade de participação e diálogo criada pela tecnologia, Balkin desenvolve uma teoria que afirma que a liberdade de expressão deve estar a serviço de uma *cultura democrática*. Segundo o autor:

O propósito da liberdade de expressão, eu argumento, é o de promover uma cultura democrática. Uma cultura democrática é mais que instituições representativas da democracia, e é mais do que a deliberação sobre assuntos públicos. Ao invés, a cultura democrática é uma cultura em que os indivíduos tenham a justa oportunidade de participar nas formas de construção de significado que os constituem como indivíduos. Cultura democrática é tanto sobre liberdade individual como sobre autodeterminação coletiva; é sobre a possibilidade de cada indivíduo participar na produção e distribuição de conteúdo.²²⁵

the same scale. At the same time, it creates new opportunities for limiting and controlling those forms of cultural participation and interaction. The digital age makes the production and distribution of information a key source of wealth. Therefore it creates a new set of conflicts over capital and property rights that concern who has the right to distribute and gain access to information. Not surprisingly, the free speech principle sits at the center of these conflicts. Freedom of speech is rapidly becoming the key site for struggles over the legal and constitutional protection of capital in the information age, and these conflicts will shape the legal definition of freedom of speech.” Cfr. BALKIN, Jack M. “**Digital Speech and Democratic Culture...**” Cit. pp. 2

²²⁵ No original: “*The purpose of freedom of speech, I shall argue, is to promote a democratic culture. A democratic culture is more than representative institutions of democracy, and it is more*

A teoria de Balkin, desse modo, afirma tanto a autodeterminação coletiva como a liberdade individual como fundamentos da livre expressão. Mais interessante que isso, entretanto, são os aspectos deste direito à livre expressão ressaltados pelo uso das novas tecnologias, dentre os quais Balkin destaca a apropriatividade. A liberdade de expressão possuiria uma característica apropriativa porque necessita do material cultural disponível para construir sobre ele, criticá-lo e comentá-lo, num processo dialógico sem fim. Para o professor, a liberdade de expressão deve proteger o direito de participar na transformação cultural, o que seria de extrema importância porque “somos feitos de cultura”.²²⁶

A ideia de *cultura democrática* também é abordada, sob outra nomenclatura, por William Fisher. Este autor afirma que as novas tecnologias podem turvar a linha que divide produtores de consumidores de bens informacionais, criando condições para aquilo que chama de *Semiotic Democracy*. Fisher afirma que “reverter a concentração semiótica beneficiaria a todos. As pessoas seriam mais engajadas, menos alienadas, se tivessem mais voz na construção do seu ambiente cultural. (...) A tecnologia torna isso possível”²²⁷.

Para atingir esta democracia semiótica ou permitir o florescimento de uma cultura democrática, entretanto, é imperativo compreender como o caráter apropriativo da liberdade de expressão, uma característica reconhecida muitas vezes mais facilmente por autoristas do que pelos estudiosos desse direito fundamental, obtém importância crescente a partir do desenvolvimento tecnológico.

Nesse sentido, são importantes as observações do professor de Harvard, Lawrence Lessig, que batizou as práticas de apropriação da cultura e sua ressignificação a partir de novas tecnologias como uma *cultura do remix*. Para explicar este conceito, Lessig toma como exemplo o uso de citações na linguagem

than deliberation about public issues. Rather, a democratic culture is a culture in which individuals have a fair opportunity to participate in the forms of meaning making that constitute them as individuals. Democratic culture is about individual liberty as well as collective self-governance; it is about each individual's ability to participate in the production and distribution of culture.” Cfr. BALKIN, Jack M. “Digital Speech and Democratic Culture...” Cit. pp. 3

²²⁶ Cfr. BALKIN, Jack M. Ib. 5

²²⁷ No original: “Reversing the concentration of semiotic power would benefit us all. People would be more engaged, less alienated, if they had more voice in the construction of their cultural environment. (...) The new technology makes that possible.” Cfr. FISHER III, William W. *Promises to Keep...* Cit. pp. 30/31

escrita, considerado como uma prática comum, legítima e totalmente independente de qualquer tipo de autorização pelo criador da obra que é citada. O professor aponta que seria por demais exagerado e estranho pensar na hipótese de sermos obrigados a pedir uma permissão para o criador de uma obra para citá-lo. Entretanto, é exatamente isso o que fazemos quando é necessário utilizar um trecho de uma música ou de um vídeo na criação de uma obra nova. Lessig tenta explicar a razão desse tratamento distinto para a mídia escrita da seguinte forma:

Escrever, no sentido tradicional de colocar palavras num papel, é a última forma de criatividade democrática, onde, novamente, “democrático” não significa o voto popular, mas ao invés disso que todos em uma determinada sociedade terão acesso aos meios para escrever. Ensinamos todos a escrever – em teoria, se não na prática. Entendemos que a citação é uma parte essencial dessa escrita. Seria impossível construir e apoiar essa prática se fosse necessário pedir permissão toda vez que uma citação fosse feita. A permissão para citar, e para construir sobre, as palavras de outros, é tomada como certo por todos que escrevem.²²⁸

Apesar do “direito” de citar os outros em uma obra escrita ser tomado como certo, Lessig afirma que quando tratamos outras mídias, este direito muitas vezes não é reconhecido, e que “as normas que governam essas formas de expressão são bem mais restritivas que as normas governando texto.”²²⁹

Ocorre que, com o avanço da tecnologia, o uso de outras mídias como vídeo ou música tem se tornado cada vez mais comum e, por conseguinte, mais essencial para nos comunicarmos. Se antes o texto era, como diz Lessig, a forma de criatividade democrática por excelência, atualmente muitas pessoas estão utilizando as tecnologias disponíveis para se manifestar de outras maneiras, misturando e legendando fotos, remixando vídeos e músicas e, assim, participando de um amplo diálogo através da transformação da cultura que os envolve. É nesse sentido e a partir desses novos usos, costumes e possibilidades que o direito à livre expressão acaba ganhando novos contornos, fazendo ressaltar

²²⁸ No original: “Writing, in the traditional sense of words placed on paper, is the ultimate form of democratic creativity, where, again, “democratic” doesn’t mean people vote, but instead means that everyone within a society has access to the means to write. We teach everyone to write – in theory, if not in practice. We understand quoting is an essential part of that writing. It would be impossible to construct and support that practice if permission were required every time a quote was made. The freedom to quote, and to build upon, the words of others is taken for granted by everyone who writes.” LESSIG, Lawrence. *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. New York: Penguin Books. 2008. Cit. pp. 52/53

²²⁹ LESSIG, Lawrence. *Remix*. Ib. 54

seu caráter apropriativo e realçando a necessidade de um direito de citação que seja efetivo também para outras mídias que não somente a escrita.

A preocupação demonstrada por Lessig reflete-se no direito brasileiro. Em nosso país, o rol de limitações e exceções ao direito de autor assegura a prática da citação. Estabelece o artigo, 46, em seus incisos III e VIII, da Lei 9.610/98, o quanto segue:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Apesar de a lei ser clara e cristalina ao mencionar “*qualquer outro meio de comunicação*” e “*quaisquer obras*”, há casos em que este direito não é devidamente reconhecido, como no recente caso do documentário *Alô, Alô, Terezinha!*. Na produção deste filme, cujo objeto é a vida de Chacrinha, foram utilizados pequenos trechos de várias obras musicais. Mesmo entendendo não haver a necessidade de recolher qualquer valor a título de direito de autor e considerando as limitações ao direito autoral acima transcritas, a empresa que produziu o documentário (Comunicação Alternativa Ltda.) buscou o licenciamento dos diversos conteúdos (fonogramas) que pretendia utilizar junto aos respectivos detentores dos direitos patrimoniais das obras, não obtendo sucesso nas negociações por considerar as condições financeiras apresentadas para o licenciamento inexecutáveis. Dada a impossibilidade de obter o licenciamento, a empresa utilizou trechos²³⁰ das obras confiando na aplicação das limitações ao direito de autor acima mencionadas. A despeito da previsão legal, em sentença

²³⁰ A título de exemplo, é interessante a análise de Sérgio Branco e Eduardo Magrani elaborada em parecer a respeito da legalidade da utilização de duas obras no referido documentário: “Gente Humilde” e “Bastidores”. No caso da primeira canção, foi utilizado um trecho de 21 segundos, correspondente a 14,09% do total da obra, de 2 minutos e 29 segundos. No caso da segunda canção, foi utilizado um trecho de 22 segundos, correspondente a 10,38% do total da obra, de 3 minutos e 32 segundos. Cfr. BRANCO, Sergio; MAGRANI, Eduardo. Parecer elaborado para Comunicação Alternativa Ltda. 2011.

proferido no processo nº 0402139-37.2009.8.19.0001, que tramitou pela 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, o juiz do caso condenou a empresa pela utilização de trecho da música *Marina*, de Dorival Caymmi.²³¹

Cabe indagar, então, o seguinte: seria possível fazer um documentário sobre a vida e obra de Chacrinha sem utilizar trechos de músicas, ainda mais considerando que alguns de seus programas (*Buzina do Chacrinha* e *Discoteca do Chacrinha*, v.g.) estavam diretamente relacionados a apresentações musicais ao vivo?

A resposta certamente indicaria que não. A dúvida seria, então, se para utilizar estes pequenos trechos deve ser necessária a remuneração por parte do novo criador ao autor original. A expansão dos direitos autorais analisada no capítulo 3 indica que este é o caminho que a legislação tem tomado, ignorando ponderações em relação ao direito de livre expressão. A concepção maximalista do direito autoral (quanto mais proteção, melhor) parece influenciar a jurisprudência recente no mesmo sentido, como demonstra o caso acima relatado.²³²

Entretanto, não parece ser este o único e nem mesmo o melhor caminho. Um ecossistema de regras que prestigie efetivamente a liberdade de expressão deveria contemplar usos não remunerados das obras protegidas, em especial nos casos que a utilização é apenas de pequenos trechos, tem finalidade criativa ou não possui fim comercial.

Como se pode observar, a tensão entre os direitos estudados neste trabalho já se manifesta no campo jurisprudencial. Mas em que outras arenas o embate entre o direito de autor e a liberdade de expressão irá ocorrer ou já tem se manifestado? É possível identificar várias propostas de modificação legislativa no Brasil e no mundo. No próximo item, serão analisadas algumas iniciativas

²³¹ A íntegra da Sentença pode ser acessada em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ou através do link: <http://srv85.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2009.001.356149-9&acessoIP=internet> [acesso em 10.04.2011]

²³² Decisão do STF, proferida em 1989, quando ainda vigorava a lei de direitos autorais, permitiu o uso de pequenos trechos de uma emissora de TV por outra, para fins de crítica. Ver: RE 113505 / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 28/02/1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direito++e+autoral&pagina=2&base=baseAcordaos>. [acesso em 16.05.2011]

legislativas em curso no Brasil, buscando mapear as novas fronteiras e arenas em que este debate de difícil visualização será colocado.

5.1

Novas fronteiras

5.1.1

A Proposta de Mudança da Lei de Direitos Autorais (LDA)

A primeira e mais óbvia seara na qual se desenvolve o debate sobre direitos autorais e liberdade de expressão é a da proposta de reforma da lei de direitos autorais. Em 2007, o Ministério da Cultura iniciou uma ampla discussão sobre a necessidade de revisão da legislação autoral brasileira, promovendo a criação do chamado Fórum Nacional de Direito Autoral com o objetivo de, entre outras coisas, atualizar a lei brasileira diante do avanço tecnológico. Após cerca de três anos de discussões e seminários, no dia 14 de junho de 2010 o Ministério apresentou um anteprojeto de lei para consulta pública via internet²³³.

Nesse anteprojeto, foram contempladas algumas iniciativas com o objetivo de prestigiar o direito de livre expressão em face do direito autoral. Após receber uma grande quantidade de contribuições, o Ministério da Cultura circulou a sua proposta entre os demais Ministérios e entre o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual – GIPI, que reúne representantes de diversas áreas e ministérios para discutir a política de propriedade intelectual a ser adotada pelo Brasil.

Como se observará, parte das propostas apresentadas no primeiro anteprojeto do Ministério da Cultura (MinC) visavam justamente embutir na legislação de direito autoral salvaguardas à liberdade de expressão. E algumas das mudanças apresentadas pelo MinC após a circulação entre os demais ministérios vão em sentido contrário.²³⁴

²³³ Disponível em www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/ [acesso em 25.08.2010]

²³⁴ Para comparar os textos apresentados pelo Ministério da Cultura, ver tabela comparativa elaborada pelo governo com as mudanças feitas no anteprojeto pós-consulta pública. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/LDA_-tabela_-compara_verseos_PosGIPI.pdf [acesso em 20.05.2011]

a) Uma Mudança em Nível Principlológico

Na proposta apresentada, uma mudança importante encontra-se na inserção do artigo 3ºA. Referido artigo do anteprojeto apresentado no dia 14 de junho de 2010 propunha o quanto segue:

Art. 3ºA - Na interpretação e aplicação desta lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.

Como se pode observar, a proposta traz para dentro da legislação o viés utilitarista de estimular a criação e a diversidade cultural, mencionando o direito à liberdade de expressão como um valor a ser sopesado na interpretação e aplicação da lei. Com a referida proposta, de cunho bastante abstrato, a necessidade de ponderação entre direito de autor e outros interesses restaria positivada, o que serviria como um importante norteador na interpretação de casos concretos pelo Poder Judiciário. Diante dessa orientação, o caso do documentário *Alô, Alô Terezinha!*, por exemplo, poderia receber uma solução distinta e mais equilibrada, privilegiando o viés criativo da nova obra.

A proposta apresentada pelo MinC, após revisão, manteve até o presente momento um dispositivo semelhante, realocado para o Artigo 1º, Parágrafo Único.

b) Limitações ao direito de autor

O primeiro anteprojeto apresentado pelo MinC ganha em concretude a partir da proposta de se acrescentar um parágrafo único ao artigo 46 da lei atual, que cuida justamente das limitações ao direito de autor. Se aprovado, referido parágrafo passaria a estabelecer que:

Art. 46 (...)

Parágrafo único. Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for:

I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou **para uso como recurso criativo**; e

II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (sem destaque no original)

Como se pode observar, o anteprojeto previa uma exceção ampla no dispositivo acima transcrito, permitindo a utilização de obras protegidas para uso como recurso criativo, desde que feita na medida justificada para o fim a se atingir, de maneira a não prejudicar a exploração da obra, nem causar prejuízo aos interesses dos autores. Através dessa exceção, usos criativos como o *remix* e a criação de obras apropriativas (mencionadas no capítulo 4, item 4.2.1) poderiam encontrar salvaguarda na legislação.

Referida medida, vale destacar, foi suprimida com a revisão do anteprojeto, podendo inviabilizar ou gerar uma grande insegurança jurídica para gêneros inteiros de arte e expressão, do *appropriation-art* aos ritmos musicais como o Hip-Hop e o Funk Carioca, que com frequência utilizam pequenos trechos de outras obras como insumos para sua criação.

c) Licença Compulsória

Outro mecanismo proposto na primeira versão do anteprojeto de reforma da LDA foi o da licença compulsória, previsto no artigo 52-B, presente no capítulo VII da proposta. Referido artigo, cujas partes mais importantes para este estudo abaixo se transcreve, dispõe o quanto segue:

Art. 52-B. O Presidente da República poderá, mediante requerimento de interessado legitimado nos termos do § 3º, conceder licença não voluntária e não exclusiva para tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas, desde que a licença atenda necessariamente aos interesses da ciência, da cultura, da educação ou do direito fundamental de acesso à informação, nos seguintes casos:

I – Quando, já dada a obra ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público;

II – Quando os titulares, ou algum deles, de forma não razoável, recusarem ou criarem obstáculos à exploração da obra, ou ainda exercerem de forma abusiva os direitos sobre ela;

III – Quando não for possível obter a autorização para a exploração de obra que presumivelmente não tenha ingressado em domínio público, pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular; ou

IV – Quando o autor ou titular do direito de reprodução, de forma não razoável, recusar ou criar obstáculos ao licenciamento previsto no art. 88-A.

(...)

§ 2º Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão.

A proposta de estabelecer um regime de licenciamento compulsório (a exemplo do que já ocorre com patentes) é louvável, pois pode permitir a exploração e circulação de obras em casos em que o titular dos direitos autorais se recusa a conceder permissão, abusa do seu direito de autor²³⁵ elevando o preço de licenciamento de maneira injustificada para inviabilizar o uso da obra ou em casos em que o titular é desconhecido e de difícil localização. Com o mecanismo da licença compulsória, destaca-se, não se afasta a legítima remuneração do criador, que ao ter sua obra licenciada receberia valor a ser estabelecido nos termos dos artigos acima transcritos.

A previsão de uma licença compulsória é importante, ainda, para assegurar a criação de obras derivadas (que utilizam outras obras como insumos) sempre que esta utilização não estiver prevista nas limitações ao direito de autor constantes do artigo 46. Sem o mecanismo da licença compulsória, com efeito, o objetivo de incentivar a criatividade não está totalmente contemplado.

O novo anteprojeto apresentado pelo Ministério da Cultura traz proposta distinta, conferindo a competência de conceder a licença compulsória ao Poder Judiciário. Além disso, mudou as possibilidades de concessão da licença, restringindo-as apenas às obras literárias ou de artes visuais, nos casos em que o herdeiro ou sucessor do autor atuar excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social da obra, prejudicando o acesso da sociedade ao trabalho.

²³⁵ Para mais informações sobre como o abuso de direito pode se dar na seara do direito autoral, ver: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral**. Tese de Doutorado. UERJ. 2009.

Como visto, a nova proposta é manifestamente mais restritiva no que diz respeito à concessão de licenças compulsórias. Com isso, afasta-se o viés utilitarista de estimular a criatividade, adotando uma postura mais protetiva aos direitos de propriedade intelectual, tornando mais acirrado e sem saída o conflito entre direito de autor e liberdade de expressão, em comparação com a sugestão original.

d) Sistema de remoção de conteúdo

Com a revisão do anteprojeto de lei pelo governo, outra proposta foi acrescentada com o objetivo de combater a infração de direitos autorais no âmbito das novas tecnologias. Antes de analisarmos esta proposta, é importante entender a situação legislativa atual.

No presente momento, não existem quaisquer regras definindo qual seria a responsabilidade de intermediários que prestam serviços de acesso à internet (aqueles que oferecem a infra-estrutura de acesso, como empresas de telefonia fixa e celular, TV a cabo e satélite) e serviços *online* (aqueles que prestam serviços através da rede, como as redes sociais, os mecanismos de busca, os que prestam os serviços de hospedagem de *websites*, serviços de vídeo, entre tantos outros).

Na ausência de regras, ao receber uma denúncia por possuir em suas plataformas um conteúdo infringente, estes prestadores de serviço não possuem qualquer dever legal²³⁶ de agir para proteger o interesse do denunciante, bem como qualquer incentivo ou obrigação de atuar para remover ou indisponibilizar um conteúdo apontado como infringente.

Em 1998, os EUA deram um passo na direção da responsabilização desses intermediários, aprovando uma lei chamada *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA).²³⁷ Dawn C. Nunziato relata assim o impacto trazido pela mudança legislativa naquele país:

²³⁶ A ausência de dever legal de agir significa que não há qualquer previsão no ordenamento jurídico que determine que o prestador de serviço tome providências para proteger o interesse do denunciante. Com isso, cria-se um cenário de insegurança jurídica para os prestadores de serviço, pois atender a tais pedidos com frequência pode violar os direitos de seus próprios usuários. Não raras vezes, temendo as consequências judiciais de não atender ao pedido dos denunciante, os prestadores acabam por remover o conteúdo apontado como infringente.

²³⁷ Para uma análise detalhada do sistema de responsabilização dos intermediários no *Digital Millenium Copyright Act*, ver: LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro:

O processo de decisão e cálculo dos prestadores de serviço foi radicalmente alterado em 1998 pela aprovação do DMCA no Congresso. A Seção 512 do DMCA estabelece um mecanismo de compensação que facilita a censura e beneficia e protege os provedores de serviço em detrimento da liberdade de expressão e dos direitos de *fair use* dos usuários de Internet. A lei assegura aos prestadores de serviço os meios de limitar a sua responsabilidade por violações diretas e indiretas de direitos autorais, desde que estes removam o conteúdo postado por seus assinantes quando os detentores de direitos apontarem tal conteúdo como infringente.²³⁸

O sistema jurídico estabelecido nos EUA foi batizado de *notice and takedown*. Através dele, o detentor de direitos autorais notifica o provedor de serviço (como o *YouTube* ou o *Facebook*) sobre a violação. Este prestador, para encontrar salvaguarda contra futura responsabilização, deve retirar o conteúdo do ar e notificar o usuário que postou a informação. O usuário, por sua vez, pode contranotificar o provedor de serviços e assumir a integral responsabilidade pelo conteúdo postado.

O que se vê, portanto, é que com a aprovação dessa legislação os detentores de direito autoral passaram a não precisar buscar mais o Poder Judiciário para remover aqueles conteúdos que entendem infringir seus direitos. Com isso criou-se um mecanismo que estimula a remoção de conteúdo por razões econômicas (o prestador de serviço e o provedor de acesso busca afastar a sua responsabilidade), mitigando a proteção conferida à livre expressão pelo princípio do devido processo legal²³⁹. Ao analisar esse sistema, Ronaldo Lemos aponta como a mudança legislativa representa mais um avanço das normas de direito autoral. Explica o professor que:

Um dos primeiros produtos dessa antítese à liberdade inicial quase absoluta foi o Digital Millenium Copyright Act (DMCA), um texto normativo adotado nos

ed. FGV, 2005. pp. 31-71. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2190/Ronaldo%20Lemos%20-%20Direito%20Tecnologia%20e%20Cultura.pdf?sequence=1> [acesso em 17.08.2010]

²³⁸ No original: “*Service providers’ decision making calculus was radically altered in 1998 by Congress’s passage of the DMCA. Section 512 of the DMCA establishes a quid pro quo that facilitates censorship and that benefits and protects ISPs²³⁸ at the expense of the free speech and fair use rights of Internet users. The Act grant service providers the means to limit their liability for direct and indirect copyright infringement if they agree to remove content posted by their subscribers that content owners claim is infringing.*” NUNZIATO. Dawn C. *Virtual Freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*. Stanford: Stanford Law Books. 2009.

²³⁹ Entende-se aqui que o princípio do devido processo legal protege a liberdade de expressão na medida em que as liberdades só podem ser suprimidas por um juiz de direito, em decisão que respeite os procedimentos que asseguram ampla defesa e contraditório.

Estados Unidos em 1998, com o objetivo de modificar o regime de proteção à propriedade intelectual, mais especificamente os direitos autorais, no sentido de combater a facilidade de cópia, de circulação e, conseqüentemente, de violação de direitos autorais, trazida pela conjugação da tecnologia digital com a internet. As disposições do DMCA ampliaram de forma significativa os tradicionais limites do direito autoral, tais como forjados no século XIX. Como exemplo dessa ampliação, o DMCA criminalizou quaisquer iniciativas que tivessem por objetivo violar mecanismos técnicos de proteção à propriedade intelectual, isto é, bens intelectuais, na forma digital porventura implantados.²⁴⁰

Problema ainda maior surge quando a notificação de infração se dá de maneira abusiva, ou seja, quando o conteúdo não pertence ao notificante, não está protegido por direito autoral (já se encontra em domínio público) ou quando o usuário utiliza a obra protegida nos limites protegidos pela lei, valendo-se, por exemplo, dos direitos de *fair use* (se pensarmos no Direito estadunidense) ou das limitações ao direito de autor constantes do artigo 46 da Lei de Direito Autoral (se pensarmos no Direito pátrio).

A nova proposta apresentada em 20 de abril de 2011 pelo Ministério da Cultura pretende adotar solução semelhante no Brasil, ao sugerir a inserção do artigo 105-A no anteprojeto de lei, que se aprovado, passaria a estabelecer o quanto segue:

Art.105-A. Os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet poderão ser responsabilizados solidariamente, nos termos do Artigo 105, por danos decorrentes da colocação à disposição do público de obras e fonogramas por terceiros, sem autorização de seus titulares, se notificados pelo titular ofendido e não tomarem as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro de prazo razoável, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

§ 1º. Os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet devem oferecer de forma ostensiva ao menos um canal eletrônico dedicado ao recebimento de notificações e contranotificações, sendo facultada a criação de mecanismo automatizado para atender aos procedimentos dispostos nesta Seção.

§ 2º. A notificação de que trata o caput deste artigo deverá conter, sob pena de invalidade:

- I – identificação do notificante, incluindo seu nome completo, seus números de registro civil e fiscal e dados atuais para contato;
- II – data e hora de envio;
- III – identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material pelo notificado;
- IV – descrição da relação entre o notificante e o conteúdo apontado como infringente; e
- VI – justificativa jurídica para a remoção.

²⁴⁰ Cfr. LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura...* Cit. Pp. 32.

§ 3º. Ao tornar indisponível o acesso ao conteúdo, caberá aos responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet informar o fato ao responsável pela colocação à disposição do público, comunicando-lhe o teor da notificação de remoção e fixando prazo razoável para a eliminação definitiva do conteúdo infringente.

§ 4º. Caso o responsável pelo conteúdo infringente não seja identificável ou não possa ser localizado, e desde que presentes os requisitos de validade da notificação, cabe aos responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet manter o bloqueio.

§ 5º. É facultado ao responsável pela colocação à disposição do público, observados os requisitos do § 2º, contranotificar os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet, requerendo a manutenção do conteúdo e assumindo a responsabilidade exclusiva pelos eventuais danos causados a terceiros, caso em que caberá aos responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet o dever de restabelecer o acesso ao conteúdo indisponibilizado e informar ao notificante o restabelecimento.

§ 6º. Qualquer outra pessoa interessada, física ou jurídica, observados os requisitos do § 2º, poderá contranotificar os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet, assumindo a responsabilidade pela manutenção do conteúdo.

§ 7º. Tanto o notificante quanto o contranotificante respondem, nos termos da lei, por informações falsas, errôneas e pelo abuso ou má-fé.

§ 8º. Os usuários que detenham poderes de moderação sobre o conteúdo de terceiros se equiparam aos responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet para efeitos do disposto neste artigo.

Como se pode observar, a proposta acima cria um incentivo econômico para que os provedores de hospedagem removam o conteúdo diante de uma denúncia, tornando-os solidariamente responsáveis pela infração perpetrada por seus usuários, salvo na hipótese de remoção imediata do conteúdo apontado como infringente.

Caso referida proposta seja aprovada, afastar-se-á a garantia de ter a expressão suprimida somente após uma avaliação de um juiz de direito. Mesmo considerando a hipótese de que o contranotificante assumira as responsabilidades pelo conteúdo, os casos duvidosos (como aqueles que se valem do uso de pequenos trechos de obras protegidas – Art. 46, inciso II, da LDA) poderão criar um verdadeiro efeito resfriador (*chilling effect*)²⁴¹ do discurso.

²⁴¹ Este termo é utilizado na literatura e jurisprudência estadunidense para apontar os efeitos que as ameaças de punição pela lei podem causar a um ambiente de livre expressão. Nesse sentido, a expressão serve para caracterizar uma situação em que um indivíduo deixa de se expressar para

Como se verá adiante, a proposta de um sistema de remoção de conteúdo foi importada de uma sugestão rejeitada no âmbito do Marco Civil da Internet, objeto de análise do próximo item.

5.1.2

A regulação da Internet: o debate sobre um marco regulatório civil

Outra proposta que afeta diretamente o tema aqui discutido é o chamado Marco Civil da Internet. Trata-se de um anteprojeto de lei colocado em consulta pública também pela internet²⁴² pelo Governo Federal, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getulio Vargas, com o objetivo de definir os direitos e deveres relativos ao uso da internet no Brasil. Apesar de não cuidar de direitos autorais, o referido anteprojeto possui algumas importantes propostas que merecem ser comentadas no âmbito deste trabalho. Vejamo-las:

a) Sistema de remoção de conteúdo

O anteprojeto de lei do Marco Civil da Internet colocado em consulta pública previa um sistema de remoção de conteúdo em termos muito semelhantes ao agora proposto no âmbito da reforma da Lei de Direitos Autorais. Como única diferença entre as propostas, tem-se que o anteprojeto do Marco Civil previa inicialmente um sistema de remoção de conteúdo que destinado a regulamentar a atividade de todos os provedores de serviços, não somente dos prestadores de serviço de hospedagem, tal qual sugerido no anteprojeto de reforma da LDA. No curso da consulta pública do Marco Civil, entretanto, o referido sistema foi abandonado para dar lugar a outro que prevê a responsabilidade dos provedores de serviço de internet somente no caso destes não removerem um conteúdo após intimados para cumprirem ordem judicial.

Com isso, entende-se aqui que a proposta do Marco Civil da Internet adequa-se melhor ao princípio constitucional do devido processo legal, conferindo somente a um juiz de direito a prerrogativa de suprimir qualquer tipo de expressão

evitar as possíveis conseqüências jurídicas (punições) que seu discurso pode ensejar. Vale destacar que a organização da sociedade civil estadunidense EFF (Electronic Frontier Foundation), em parceria com várias universidades, conduz um projeto para mapear os efeitos resfriadores do direito autoral sobre o discurso. Ver: <http://www.chillingeffects.org> [acesso em 20.05.2011]

²⁴² <http://culturadigital.br/marocivil/debate/>

(casos de violação de direitos da personalidade, apologia ao crime, etc.) e afastando os incentivos econômicos para que tais expressões sejam removidas independentemente de processo judicial.

O interessante do processo de consulta pública do Marco Civil, contudo, não é tanto observar o sistema de remoção de conteúdo finalmente proposto, mas analisar as diversas contribuições (todas públicas e disponíveis no *website* da consulta) de empresas e associações que se valem da propriedade intelectual como a base de seus modelos de negócio. Ao analisarmos essas contribuições, verifica-se que entidades como a AMPROFON (*Asociación Mexicana de Productores de Fonogramas y Videogramas*), IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*), IFPI-Chile (*La Asociación de Productores Fonográficos de Chile*), MPA Brasil (*Motion Picture Association Brasil*), ABPD (Associação Brasileira dos Produtores de Discos), ABES (Associação Brasileira de Empresas de Software) e ESA (*Entertainment Software Association*) manifestaram-se no sentido de apoiar um sistema de *notice and takedown*.²⁴³

Essas mesmas entidades e outras manifestaram-se, ainda, contra o fato do anteprojeto de lei não prever qualquer medida de combate à pirataria no âmbito da internet, demonstrando uma clara articulação das entidades de lobby (internacional, como aqui se pode observar) pelo enrijecimento do direito autoral.

Este mesmo lobby manifestou-se quanto a outros pontos do anteprojeto de lei do Marco Civil da Internet, como no que diz respeito à questão da neutralidade de rede e outros temas que tangenciam esta proposta.

b) Neutralidade da rede, monitoramento e resposta graduada

O anteprojeto do Marco Civil da Internet, mesmo sem abordar a questão dos direitos de autor, trouxe um dispositivo identificado como um possível obstáculo à agenda maximalista de propriedade intelectual: a garantia da neutralidade de rede. Esta garantia encontra-se prevista no artigo 2º, inciso IV, do anteprojeto de lei, que propunha o quanto segue:

Art. 2º - A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre

²⁴³ Todas as contribuições estão disponíveis para verificação no site da consulta: <http://culturadigital.br/marcocivil/> [acesso em 25.03.2011]

iniciativa, a livre concorrência e a colaboração, e observará os seguintes princípios:

(...)

IV – preservação e garantia da neutralidade da rede;

Carlos Afonso, em artigo elaborado para o Comitê Gestor da Internet, explica a ideia de neutralidade de rede da seguinte forma:

Todas as informações que circulam na Internet são decompostas em pacotes de dados (os datagramas, ou "*packets*"), que são enviados por um ou mais caminhos ao destino, onde são recompostos para formar o conjunto de dados original - uma mensagem, uma imagem, um documento, ou mesmo um fluxo de vídeo ou voz.

(...)

A neutralidade da Internet, como já alertava Lawrence Lessig há cinco anos, significa que os provedores de acesso e de infovias não podem controlar como os usuários utilizam a rede. Não podem censurar datagramas nem discriminar tipos de serviços pelos respectivos conteúdos (seja do cabeçalho ou de qualquer outra parte de qualquer datagrama). Não cabe ao operador de infovia, qualquer que ela seja, decidir se carros vermelhos têm menos prioridade que carros azuis, ou se datagramas de telefonia IP têm menos prioridade que datagramas de vídeo originados de determinado servidor.

(...)

O fato é que, quando um usuário contrata um serviço de banda larga, ele está contratando um serviço Internet de ponta a ponta. (...) Se no processo cometer alguma ilegalidade quando ao conteúdo (oferecer conteúdo de pedofilia, ou disseminar conteúdo cuja cópia é protegida por algum contrato de copyright, etc), estaríamos na mesma situação de um usuário de uma rodovia transportando em seu carro de uma cidade para outra caixas de material ilegal (cópias piratas, drogas proibidas, etc). Seria a concessionária da rodovia a responsável por esse transporte? Não há a mínima dúvida que não, já que esta não tem poder de polícia nem de fiscalização.²⁴⁴

Como observado, a noção de neutralidade de rede indica que os detentores da infra-estrutura de telecomunicações não podem discriminar os dados transportados através de sua rede tendo em vista o seu conteúdo. Devem tratar esses dados de maneira neutra. Além disso, indica que os provedores de acesso à internet não devem ter a prerrogativa e a obrigação de monitorar a atividade de seus usuários. A positivação em lei dessa noção é de extrema importância para assegurar um ambiente de livre expressão, pois somente dessa maneira o provedor de acesso fica proibido de privilegiar o acesso dos seus usuários a conteúdos do seu grupo de comunicação, degradando o conteúdo de concorrentes. Trata-se de

²⁴⁴ AFONSO, Carlos. *Todos os datagramas são iguais perante a Rede!* Publicado em: <http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo43.htm> [Acesso em 20.03.2011]

uma medida destinada a assegurar, sobretudo, a livre competição no mercado de comunicação, o que pode assegurar a diversidade de fontes de informação para o público em geral.

Ocorre que a impossibilidade de discriminar ou bloquear determinados tipos de conteúdo entra em conflito direto com as pretensões da indústria que se baseia na proteção à propriedade intelectual de obrigar os provedores de acesso a tomarem medidas contra os usuários que infringem direitos autorais, nos moldes do que ocorre hoje na França.

A previsão de neutralidade de rede, nesse caso, soma-se à outra proibição, também constante do Marco Civil, de se responsabilizar ou induzir os provedores de acesso à internet a monitorar as atividades de seus assinantes, prevista no artigo 7º, inciso II, no artigo 9º, parágrafo único e no artigo 12. Estabelecem os referidos dispositivos que:

Art. 7º - O usuário de internet tem direito:

II – à não suspensão ou degradação da qualidade contratada da conexão à Internet, nos termos do art. 12, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

Art. 9º – A previsão de conexão à Internet impõe a obrigação de guardar apenas os registros de conexão, nos termos da Subseção I da Seção III deste Capítulo, ficando vedada a guarda de registros de acesso a serviços de Internet pelo provedor.

Parágrafo único. O provedor de conexão a Internet fica impedido de monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, salvo para administração técnica de tráfego, nos termos do art 12.

Art. 12 – O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, conteúdo, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedado estabelecer qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos destinados a preservar a qualidade contratual do serviço.

Diante dessas propostas, diversas foram as críticas apresentadas pelas empresas e associações que representam autores (e intermediários) ao Marco Civil, dentre elas as entregues pela CAPIF (*Camara Argentina de Industriales y Productores de Fonogramas*), IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*), IFPI-Chile (*La Asociación de Productores Fonográficos de Chile*), MPA Brasil (*Motion Picture Association Brasil*) e ABPD

(Associação Brasileira dos Produtores de Discos). Em algumas dessas contribuições, as demandas são claras por um sistema de resposta graduada (definido e melhor analisado adiante). Em outras, solicita-se a permissão de monitoramento por parte dos provedores de acesso e/ou a exclusão do dispositivo que estabelece a neutralidade de rede.

O objetivo final dessas empresas, ao que tudo indica, é criar um ambiente legal que permita coibir infrações de direitos de autor através dos termos dos contratos de prestação de serviço de internet, fazendo com que o usuário comprometa-se a utilizar a rede do provedor somente para fins lícitos. Uma vez estabelecendo tal responsabilidade em contrato, cria-se uma brecha jurídica para considerar a atividade ilícita uma ruptura contratual, sancionável pelo próprio provedor e independentemente de ordem judicial. É o que aponta a contribuição da MPA Brasil enviada durante a consulta pública do Marco Civil, cujo trecho pertinente abaixo se transcreve:

O inciso II do artigo 7º dispõe que os serviços de conexão somente serão suspensos se o usuário não efetuar o pagamento ao provedor. Esse dispositivo proibiria a suspensão ou o término dos serviços, mesmo quando o assinante tenha violado repetidamente os termos de serviços com envio de spams ou utilizando a Internet para cometer crimes, tais como: pornografia infantil, fraude, invasão de computadores ou violação de direitos autorais.²⁴⁵ (sem destaque no original)

Em sentido semelhante (aparentemente mais focada na remoção de conteúdo) vai a contribuição da ESA, abaixo transcrita:

Portanto, somos a favor de mecanismos legais que estimulem os Provedores de Conteúdo e/ou de Serviço via Internet (“ISPs”) atuarem em cooperação com os detentores de direitos, para remover ou desativar acesso ao conteúdo fraudado hospedado em seus sistemas ou por eles trafegado.²⁴⁶

Na mesma linha, argumenta a ABPD. Vejamos:

A preservação e garantia da neutralidade da rede (inciso IV do artigo II) está colocada de forma demasiadamente ampla e genérica, e deveria conter ressalvas e

²⁴⁵ Contribuição da MPA Brasil para o Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/05/29/contribuicao-da-mpa-brasil/> [acesso em 20.05.2011]

²⁴⁶ Contribuição da ESA para o Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/05/31/contribuicao-da-esa-para-o-marco-civil-da-internet/> [acesso em 20.05.2011]

distinção no caso de acessos a conteúdos ou serviços ilegais. Afinal, ninguém pode ser “neutro” na ilegalidade.

(...)

Recomendamos firmemente a adoção de mecanismos de avisos graduais (conhecidos internacionalmente como “*graduated response*”) aos usuários comprovadamente praticantes de infrações em ambiente de P2P²⁴⁷, com sanções àqueles que persistem na prática após dois ou três avisos, sanções estas que podem tanto incluir medidas técnicas que limitem ou impeçam por certo tempo o uso de protocolo P2P por estes usuários persistentemente infratores, como até a suspensão temporária do serviço de conexão. A “Lei Hadopi” (França 2009), a “Digital Economy Bill” (Inglaterra 2010) ambas já vigorando, e legislações igualmente em vigor em Países como Coréia do Sul e Taiwan podem servir de exemplo e fonte de consulta.²⁴⁸

Como visto, um forte lobby da indústria que se baseia no direito autoral busca alterar a legislação brasileira para afastar a plena neutralidade de rede, permitir o corte ou a degradação da conexão de internet em casos de violação a direitos autorais e impor aos provedores de acesso o dever de monitorar seus usuários.

Assegurar a neutralidade de rede, como mencionado, pode servir para garantir a livre concorrência entre os serviços de internet e fomentar a diversidade de opiniões e fontes de informação, atendendo assim aos ideais de autodeterminação democrática e da constituição de um livre mercado de ideias.²⁴⁹

A proposta de se proceder ao corte ou à degradação de conexão para os infratores de direito autoral teria, por outro lado, consequências terríveis para um regime de livre expressão, inviabilizando o acesso dos usuários à infra-estrutura atualmente existente (e cada vez mais necessária) para se expressar e se fazer ouvido, bem como limitando o acesso à informação. Nesse caso, pode-se vislumbrar um dano irreparável à liberdade de expressão não só a partir dos pontos

²⁴⁷ Refere-se aqui, a redes *peer-to-peer*. De maneira excessivamente simples, pode-se definir uma rede P2P como aquela através da qual um computador, conectado a outros computadores através da internet, pode compartilhar conteúdo com todos os membros da rede.

²⁴⁸ Contribuição da ABPD para o Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/05/29/contribuicao-da-abpd/> [acesso em 20.05.2011]

²⁴⁹ A noção de que a liberdade de expressão contempla também um direito de acesso à informação é muito bem trabalhada por Barendt, que explica que há um interesse na livre expressão não somente para aquele que tem algo a dizer, mas também de toda a coletividade que deve ter acesso à múltiplos pontos de vista em um ambiente democrático. Como mencionado no capítulo 1, Mill revela essa preocupação ao afirmar que a maior lesão de uma censura é impedir aqueles que estão enganados de trocarem o erro pela verdade. Ver: BARENDT, Eric. “*Copyright and Free Speech Theory*”. in: *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*. (Ed. GRIFFITHS, Jonathan; SUTHERSANEN, Uma.). New York: Oxford University Press, 2005. Pp. 20 e ss.

de vista do livre mercado de ideias e da autodeterminação democrática, mas também sob a perspectiva da auto-realização individual.

Vale destacar que propostas como essa já foram apresentadas no Congresso Nacional. É o caso do Projeto de Lei nº 5.361/2009,²⁵⁰ proposto na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Bispo Gê Tenuta, que buscava alterar a Lei de Direitos Autorais para estabelecer o quanto segue:

Art. 105 (...)

Parágrafo único – No caso da transmissão ou retransmissão de obras artísticas, literárias e científicas por intermédio de redes de compartilhamento ou sítios da Internet, ficam os provedores de acesso à Internet em operação no território nacional obrigados a identificar os usuários de seus serviços que estejam baixando, procedendo a download, compartilhando ou oferecendo em sítios de qualquer natureza, obras protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem a autorização dos autores das obras, e:

I - na primeira ocorrência da conduta, informar o usuário, por mensagem de correio eletrônico, de que a baixa, download, compartilhamento ou oferta em sítios de qualquer natureza, de obras protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem a autorização dos autores, constitui crime contra os direitos do autor;

II – em caso da primeira reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso deverá notificar o usuário mais uma vez, informando que na próxima reincidência o acesso do usuário será suspenso pelo prazo de três meses;

III – constatada a segunda reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso suspenderá o acesso à Internet do usuário pelo prazo de três meses.

IV – constatada a terceira reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso suspenderá o acesso à Internet do usuário pelo prazo de seis meses;

V – constatada a quarta reincidência na conduta prevista no caput do parágrafo, o provedor de acesso cancelará em definitivo o contrato de fornecimento de acesso à Internet do usuário.

VI – as ocorrências previstas nos incisos II, III e IV deste parágrafo não isenta o usuário do pagamento pelo serviço de acesso à Internet.”

Em outras palavras, o projeto previa o corte de conexão com a manutenção da obrigação de pagamento do serviço por parte do usuário, caso o provedor de acesso identificasse e notificasse o usuário por mais de 3 (três) vezes, que sua

²⁵⁰ Projeto de Lei nº 5.361/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/661984.pdf> [acesso em 10.08.2010]

conexão tenha sido utilizada para perpetrar infrações ao direito de autor. Tudo isso, independentemente de ordem judicial e oferecendo um forte incentivo ao provedor para monitorar o uso e violar a privacidade dos seus usuários.²⁵¹

O monitoramento dos usuários toca uma questão extremamente importante, ainda, para a liberdade de expressão. Trata-se da questão do anonimato. Nos EUA, o anonimato é protegido²⁵² por se entender que em certas ocasiões um indivíduo somente poderá falar se tiver sua identidade preservada. Tal acontece, em especial, quando a opinião é notadamente heterodoxa, violando os padrões morais vigentes em determinada sociedade. No Brasil, em sentido oposto, o anonimato é vedado pela Constituição Federal. Porém, se pensarmos a liberdade de expressão a partir da sua finalidade de garantir o acesso à (e não a emissão de) diversas opiniões, poderíamos entender que monitorar os hábitos de consumo de informação dos usuários restringiria, de certa maneira, este direito. Com efeito, a vedação ao anonimato diz respeito à manifestação do pensamento (Art. 5º, IV, CF), não ao acesso à informação. Dessa forma, o monitoramento dos hábitos de consumo de informação pode constranger um indivíduo a não buscar determinadas formas de expressão, podendo provocar um efeito resfriador (*chilling effect*) em relação ao acesso das expressões já existentes. Além disso, seria possível apontar uma depredação do direito à livre expressão (em especial ao considerarmos seu aspecto apropriativo), na medida em que se estaria limitando ou desestimulando o acesso a opiniões e trabalhos que poderiam servir como insumos para outras manifestações.

²⁵¹ O projeto de lei foi retirado pelo próprio deputado após forte oposição da sociedade, principalmente através de manifestações na internet. Como dito, a proposta apresentada ecoa iniciativas já aprovadas em outros países, notadamente a Lei HADOPI, na França, mas também antecipa uma agenda internacional, conduzida basicamente através das negociações do *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), que tem por objetivo elevar os padrões de observância não só do direito autoral, mas dos direitos de propriedade em geral. Dentre as várias minutas de propostas que já vieram a público, é importante destacar a existência de uma seção inteiramente dedicada ao ambiente digital, na qual já constaram incentivos à adoção de um sistema de resposta graduada.

²⁵² O leading case nos EUA sobre anonimato e discurso político teve origem em 1988, quando Margaret Macintyre distribuiu dois tipos de panfletos na porta de uma escola em Ohio, criticando uma proposta debatida em referendo sobre o aumento das taxas escolares. Em um tipo de panfleto, Margaret assinava suas preocupações. No outro, assinava apenas como “*Concerned Parents and Taxpayers*”, violando uma regra do Estado de Ohio que demandava que toda publicação destinada a afetar eleições deveria ser assinada com o nome e endereço do responsável. Margaret foi multada em US\$ 100 pela Ohio Elections commission e faleceu no curso do processo. Seu marido a substituiu na demanda e levou o caso até a Suprema Corte dos EUA, que em 1995 reviu a decisão para afastar a multa. Ver: McIntyre, 514 U.S. at 357

5.1.3

Medidas Tecnológicas de Proteção

Lawrence Lessig, em sua obra *Code*, descreve como as condutas dos indivíduos podem ser reguladas no ciberespaço não somente por meio de legislação, mas também a partir de outro tipo de regra que governa este ambiente: o código. Expõe Lessig que:

O ciberespaço exige uma nova compreensão de como a regulação funciona. Nos compele a olhar além do tradicional escopo de um advogado – além das leis, ou até de costumes. Exige seja adotada uma concepção mais ampla de “regulação,” e mais importante, o reconhecimento de um novo regulador.

O regulador é a obscuridade que está no título deste livro – Código. No espaço real, nós reconhecemos como as leis regulam – através de constituições, leis, e outros códigos legais. No ciberespaço nós precisamos compreender como um tipo diferente de código regula – como o software e o hardware (i.e, o “código do ciberespaço”) que faz o ciberespaço ser o que é, também regula como ele é.²⁵³

O autor chama a atenção para um ponto extremamente importante: com o advento das tecnologias digitais, os debates sobre a rigidez dos regimes de direito autoral estão migrando para uma nova fronteira. Nessa nova arena, as decisões sobre nossas liberdades não são tomadas por órgãos ou instituições legitimamente eleitas, como o Congresso, mas decididas de maneira técnica. E não se trata aqui de discutir o papel de agências reguladoras na fixação dos direitos e deveres dos cidadãos. Nossas liberdades seriam definidas e limitadas pelo código que constitui os softwares que usamos e pelas características do hardware que é colocado à nossa disposição. Segundo o autor, esta tarefa foi assumida, ao menos em relação ao desenvolvimento da arquitetura da internet, inicialmente por um setor não-comercial (acadêmicos e hackers), desenvolvida posteriormente pelo setor comercial (o mercado) e entraria (sua obra é de 2006) em breve na mira dos

²⁵³ No original: “Cyberspace demands a new understanding of how regulation works. It compels us to look beyond the traditional lawyer’s scope – beyond laws, or even norms. It requires a broader account of “regulation,” and most importantly, the recognition of a newly salient regulator. That regulator is the obscurity in this book’s title – Code. In real space, we recognize how laws regulate – through constitutions, statutes, and other legal codes. In cyberspace we must understand how a different “code” regulates – how the software and hardware (i.e., the “code” of cyberspace) that makes cyberspace what it is also regulate cyberspace as it is.” Cfr. LESSIG, Lawrence. *Code*. New York: Basic Books. 2006. Cit. pp.5

governos que, como sói ocorrer, são sempre fortemente pressionados pelas indústrias detentoras de direitos de propriedade intelectual.

Isso significa, em primeiro lugar, que aqueles que exploram o valor econômico de suas criações no mercado e desejam controlar a disseminação dessa informação podem embutir no seu produto (software, música, filmes) código de software desenhado para impedir a cópia ou permitir apenas um número limitado de cópias, entre outras funções que o programador desejar. A este tipo de código, batizou-se medidas tecnológicas de proteção (*Technological Protection Measures* – TPM) ou gerenciamento digital de direitos (*Digital Rights Management* – DRM). Existem exemplos do uso destas tecnologias (doravante tratadas como DRM ou travas tecnológicas) aplicadas a CDs de música²⁵⁴, softwares, conteúdos de texto²⁵⁵, games e músicas digitais.

A utilização de DRMs no caso de músicas digitais foi objeto de análise pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, em sua Revista do Idec nº 153, de abril de 2011. Na matéria elaborada pela entidade, afirma-se o quanto segue:

Ao pesquisar três sites ligados a provedores de serviços de internet - Escute (do portal Globo.com), Sonora (do portal Terra) e UOL Megastore (do portal UOL) -, o Instituto chegou à seguinte conclusão: os serviços oferecidos variam bastante de um fornecedor para outro, no entanto a lista de desrespeitos ao consumidor é grande e coincide em vários pontos. *Músicas que só rodam em determinado programa, que só podem ser copiadas um número limitado de vezes ou, pior, que são bloqueadas ao término da assinatura do serviço, são alguns deles.*²⁵⁶ (sem destaque no original)

Como se pode notar a partir do trecho em destaque, o uso de DRM²⁵⁷ é uma realidade, também no Brasil. Através do uso do DRM, o mercado cria uma escassez artificial para seu produto, impedindo sua cópia ilimitadas e vezes e sua circulação em determinadas condições.

Um dos problemas da utilização de tecnologias anticópia é o risco de se impor ao consumidor uma restrição que extrapole os limites da proteção legal ao

²⁵⁴ Um exemplo de uso nestas situações foi o CD Infinito Particular, da cantora Marisa Monte.

²⁵⁵ Como exemplo, tem-se a proteção que pode ser aplicada a arquivos com a extensão .pdf, inviabilizando seja selecionado e copiado seu conteúdo.

²⁵⁶ Revista do IDEC nº 153, Abril 2011. O conteúdo pode ser acessado online em: http://www.idec.org.br/rev_idec_texto_imprensa.asp?pagina=1&ordem=1&id=1335

²⁵⁷ Existem vários tipos de medidas tecnológicas de proteção que são chamadas pelo nome de DRM. Este trabalho não abordará as diferenças entre elas, dada a especificidade do assunto. É importante mencionar, entretanto, que o uso do termo DRM para tratar de maneira genérica das medidas tecnológicas de proteção pode representar uma simplificação imprecisa.

direito de autor, invadindo uma esfera de liberdade concedida pela lei. Ou seja, nos casos em que a proteção tecnológica expande a proteção concedida pelo direito de autor, agravar-se-ia o desequilíbrio das normas de direito autoral em prejuízo dos interesses coletivos de circulação e utilização da obra.

Imagine-se, a título de exemplo, que um usuário deseje reproduzir pequenos trechos de uma música digital adquirida legalmente e isso seja impossibilitado pela existência de um DRM que impeça a cópia em qualquer circunstância. Tal situação ampliaria o direito de autor, afastando a limitação do uso de pequenos trechos constante do artigo 46, inciso II, da Lei de Direito Autoral.

Em outra hipótese, pode-se imaginar um usuário que tenha por objetivo realizar uma paródia a partir de uma foto encontrada na rede mundial de computadores, cuja cópia esteja inviabilizada pelo uso de uma trava tecnológica. Nesse caso, a expansão do direito autoral através do uso da tecnologia anticópia afetaria diretamente o direito à livre expressão, pois o usuário necessitaria da totalidade da obra original para criar uma obra derivada, enquanto o uso da restrição lhe impediria de salvar a imagem em seu dispositivo de comunicação para futuramente editá-la, criando um empecilho ao uso transformativo da obra original.

O que é interessante notar em relação à adoção de medidas tecnológicas de proteção é que, na sua ausência, o consumidor tem o direito de decidir como usar a obra. Caso este consumidor infrinja os direitos de autor, utilizando a obra para um fim não autorizado ou além do permitido pelas limitações ao direito autoral, caberia ao detentor dos direitos utilizar a lei e a força de coação do Estado para impedir tal uso e para buscar a reparação pelos danos eventualmente causados. A esfera de liberdade garantida pela lei ao consumidor, dessa forma, permaneceria integralmente preservada. Na ausência de travas tecnológicas, o uso de uma obra em circunstância jurídica duvidosa²⁵⁸ poderia ocorrer *a priori*. O usuário poderia correr o risco de utilizá-la. Na hipótese de o detentor de direitos sentir-se lesado (em uma boa parte das vezes, não se incomoda com pequenos usos por terceiros), poderia discutir a legalidade da conduta em juízo. Ou seja, nesse hipotético ecossistema de regulação, o direito à livre expressão encontrar-se-ia minimamente

²⁵⁸ A lei não define, por exemplo, o que significa a expressão “pequeno trecho” constante do artigo 46, inciso II da LDA.

preservado, deixando ao detentor de direitos autorais que se sentisse lesado a tarefa de movimentar o Estado para preservar seu direito.

Ao migrarmos para um sistema de proteção que não se baseia no respeito não somente à lei, mas também ao código, a liberdade de decidir como usar o conteúdo é retirada do consumidor, passando para as mãos do detentor de direitos, que possui um grande incentivo para criar o regime de acesso mais restritivo possível. Nas palavras de Lessig:

O que o direito autoral procura realizar usando a ameaça da lei, sistemas seguros realizam através do código. A lei manda que terceiros respeitem os direitos autorais antes de utilizar uma obra protegida. Sistemas seguros dão acesso apenas se tais direitos forem respeitados *a priori*. Os controles necessários para regular esse acesso estão embutidos nos sistemas, e nenhum usuário (salvo *hackers*) poderá escolher obedecê-los ou não. O código simplesmente complementa a lei através da codificação das regras, tornando-as mais eficientes.²⁵⁹

Mas não é somente o código que amplia a força da lei. Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a lei encerra um ciclo de enrijecimento da proteção à propriedade intelectual acrescentando mais uma camada de restrições, tornando ilícita a conduta de desabilitar ou violar tais travas tecnológicas. No Brasil, a conduta é considerada um ilícito civil, encontrando previsão expressa no artigo 107 da LDA, abaixo transcrito:

Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

- I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;
- II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;
- III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;
- IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a

²⁵⁹ No original: “*What copyright seeks to do using the threat of law and the push of norms, trusted systems do through the code. Copyright orders others to respect the rights of the copyright holder before using his property; trusted systems give access only if rights are respected in the first place. The controls needed to regulate this access are built into the systems, and no users (except hackers) have a choice about whether to obey them. The code complements the law by codifying the rules, making them more efficient.*” Cfr. LESSIG, Lawrence. *Code*. Cit. pp. 179.

informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

Como visto, o ato de desabilitar as travas tecnológicas é considerado um ilícito civil no direito pátrio. Nos EUA, a situação é ainda mais grave, pois a violação do DRM é considerada um ilícito penal, previsto nas seções 1201 e 1204 do *Copyright Act* estadunidense, podendo sujeitar o infrator a uma pena de até 05 (cinco) anos na primeira infração e de até 10 (dez) anos em caso de reincidência. Dessa forma, desabilitar uma trava tecnológica nos EUA caracteriza-se como crime, mesmo nos casos em que o uso que se pretenda fazer com o conteúdo protegido pela restrição anticópia esteja amparado pela lei.

Através de tratados internacionais de comércio, promove-se a exportação deste modelo. A última versão publicada do acordo ACTA²⁶⁰, ainda em discussão em um fórum restrito e apartado do multilateralismo global²⁶¹, dispõe que as partes que assinarem o tratado deverão prever os remédios jurídicos contra qualquer pessoa que violar mecanismos eletrônicos de proteção à propriedade intelectual, nos termos da sua seção 5, artigo 27, item 7.²⁶²

O Brasil parece estar atento à questão. Na primeira proposta de reforma da Lei de Direitos Autorais brasileira, o Ministério da Cultura mostrou-se sensível aos problemas aqui mencionados, acrescentando o seguinte parágrafo ao artigo 107 da LDA:

§ 1º Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio:

- a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48 desta Lei; ou
- b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público.

§ 2º O disposto no caput não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas

²⁶⁰ Disponível em: <http://www.dfat.gov.au/trade/acta/Final-ACTA-text-following-legal-verification.pdf> [acesso em 20.05.2011]

²⁶¹ O Acordo ACTA vem sendo discutido fora dos organismos multilaterais apropriados, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual

²⁶² Estabelece referido dispositivo que: “7. *To protect electronic rights management information, 16 each Party shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against any person knowingly performing without authority any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies, having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate, or conceal an infringement of any copyright or related rights:*

(a) *to remove or alter any electronic rights management information;*
 (b) *to distribute, import for distribution, broadcast, communicate, or make available to the public copies of works, performances, or phonograms, knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.”*

para permitir as utilizações previstas nos artigos 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.

§ 3º Os sinais codificados e dispositivos técnicos mencionados nos incisos I, II e IV devem ter efeito limitado no tempo, correspondente ao prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.

Como visto, o Ministério da Cultura não propôs tornar lícita a violação de medidas tecnológicas de proteção. Por outro lado, propôs tornar igualmente ilícito o ato de utilizar as travas tecnológicas de maneira abusiva. Dessa maneira, entende-se que o Ministério da Cultura demonstrou preocupação em contemplar o equilíbrio entre os direitos de autor e outros interesses, como o direito à livre expressão.

A nova proposta apresenta pelo Ministério da Cultura, entretanto, alterou o anteprojeto para estabelecer que não incorre em ilícito quem utilizar medidas de proteção tecnológica, mesmo dificultando ou impedindo os usos previstos no artigo 46, quando o uso de sinais codificados e dispositivos técnicos “*forem essenciais para a compra ou o licenciamento de obras em meio digital.*”²⁶³

Abre-se espaço, aqui, para a adoção de medidas tecnológicas de proteção em função de contratos de licenciamento. Pode-se vislumbrar nesse caso, a hipótese da transmissão de grandes eventos esportivos, como as Olimpíadas ou a Copa do Mundo. Imaginando-se que os organizadores da competição exijam a adoção de mecanismos para permitir a transmissão das obras, afastar-se-ia a responsabilidade daquele que utiliza as travas tecnológicas. De igual maneira, uma grande gravadora pode exigir o uso de tais mecanismos para um serviço de acesso à música digital.

Com a nova proposta, desse modo, pode-se aniquilar totalmente a ideia de imputar responsabilidade àquele que, ao adotar tecnologias DRM, não preservar os usos permitidos pela lei.

²⁶³ Ver tabela comparativa apresentada pelo MinC com as mudanças feitas no anteprojeto pós-consulta pública. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/LDA_-tabela_-compara_versoes_PosGIPI.pdf [acesso em 20.05.2011]