

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

**TÍTULO:
NAVEGANDO NO TRIÂNGULO DAS
BERMUDAS DA INTERNET: ONDE
DESAPARECEM MISTERIOSAMENTE OS
DIREITOS DOS CRIADORES**

**José Vaz de Souza Filho
Marcos Alves de Souza
Samuel Barichello Conceição**

NAVEGANDO NO TRIÂNGULO DAS BERMUDAS DA INTERNET: ONDE DESAPARECEM MISTERIOSAMENTE OS DIREITOS DOS CRIADORES

José Vaz de Souza Filho¹

Marcos Alves de Souza²

Samuel Barichello Conceição³

A criação da internet como a conhecemos hoje, no início dos anos 90, trouxe à tona todo o potencial da rede como fonte de troca de informações. Se em sua concepção e desenvolvimento a rede serviu inicialmente como meio de comunicação e intercâmbio entre militares, e posteriormente entre cientistas e instituições de pesquisa, rapidamente seu potencial como fonte de acesso a toda espécie de informação ficou claro, deixando para trás seu funcionamento em “nichos” hermeticamente fechados.

Ficou claro desde o primeiro momento que um dos focos principais do desejo infinito de informação por parte da sociedade seria a música e as demais manifestações protegidas por direitos autorais. Tanto foi assim que, na virada dos anos 80 para os 90, iniciaram-se, na Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, os trabalhos de um Comitê de Peritos com vistas a estudar a possibilidade de atualizar a Convenção de Berna, cujo último texto datava de 1973. Seu foco era proteger o direito autoral no mundo digital.

Para entender o desenrolar do nascimento das primeiras regras internacionais voltadas à difusão de conteúdo na internet, é necessário compreender o contexto dessa discussão.

A primeira metade dos anos 90 marcou a conclusão das negociações da Rodada Uruguai, cujo marco final foi a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC. Um dos acordos constituintes da OMC

1 Mestrando em Ciência Política, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, ISCSIP, Portugal.

2 Especialista em Direitos Autorais, ex-diretor de direitos intelectuais da Secretaria Executiva do Ministério da Cultura (Minc).

3 Mestrado em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

são os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio—TRIPS os quais incorporaram a maior parte dos dispositivos da Convenção de Berna. No escopo desse acordo, criou-se um lócus específico dentro das estruturas da OMC para discutir Propriedade Intelectual, o Conselho de TRIPS. Assim, o tema direito autoral adentra na estrutura do principal organismo regulador do comércio internacional, sujeitando os países membros que infringirem as regras de TRIPS a sofrerem sanções efetivas, elemento essencial e distintivo dos acordos da OMC em relação a todos os acordos internacionais de comércio anteriores.

A criação de uma instância específica para discutir Propriedade Intelectual no âmbito da OMC criou uma possibilidade real de esvaziamento da OMPI. No entanto, a ofensiva dos países desenvolvidos para inclusão de TRIPS em uma OMC com poder de punição levou os países em desenvolvimento a rejeitarem discutir sequer a possibilidade de ampliar o escopo de TRIPS para incluir novos temas. Preterida como fórum para discussão do comércio vinculado à propriedade intelectual, à OMPI coube a tarefa de discutir a relação entre direito autoral e a internet.

O andar das discussões da OMPI mostrou a dificuldade de legislar sobre algo tão novo. Ficou claro que seria impossível atualizar o texto da Convenção de Berna, tendo em vista a necessidade de unanimidade entre os países para tanto. De fato, além das questões geopolíticas multilaterais envolvidas, dialogar sobre algo ainda tão distante da realidade da maior parte dos países tornou a discussão ainda mais difícil e teórica. Antes sequer da criação do MP3, os representantes norte-americanos e europeus pareciam perceber o impacto que a expansão da rede traria, entre outras, às indústrias musical, editorial e do audiovisual, como ameaça ao modelo baseado na escassez vigente. A era das reproduções (cópias) físicas, realizadas sob encomenda exclusiva do titular de direitos e em quantidade específica, estava chegando ao fim.

Os Tratados da Internet da OMPI

Assim sendo, ao final de 1996, chegou-se finalmente ao texto de dois tratados internacionais sobre direitos autorais: o WIPO Copyright

Treaty – WCT (Tratado de Direito de Autor da OMPI) e o *Wipo Performers and Phonograms Treaty* – WPPT (Tratado sobre Artistas Intérpretes e Fonogramas). Enquanto o WCT tratou sobre direito de autor stricto sensu, posicionando-se como um “Acordo Particular” à convenção de Berna, o WPPT dispõe sobre a proteção dos fonogramas (gravações sonoras) e dos artistas intérpretes em obras sonoras, excluída a parte audiovisual, servindo, assim, na prática, como uma atualização das disposições da Convenção de Roma de 1962 para os países que dela fazem parte. O processo de confecção dos tratados deixou em aberto dois temas para o futuro: artistas intérpretes em obras audiovisuais (que seria concluído, em 2012, em Pequim) e radiodifusão (tema até hoje em discussão na OMPI).

Até aquele momento, os direitos patrimoniais das obras intelectuais estavam abrigados em dois grupos conforme a modalidade de uso das obras, decorrente do conceito de “obra publicada” da Convenção de Berna (Art. 3.3). O primeiro, o das obras publicadas, aquelas reproduzidas e distribuídas em uma quantidade de exemplares suficiente para satisfazer as demandas do público. O segundo, constituído de obras “não publicadas”, cujo uso de dá através da representação de obras dramáticas, dramático-musicais ou cinematográficas, pela execução de obras musicais, da recitação pública de obras literárias, através da transmissão ou radiodifusão de obras literárias ou artísticas, e pela exposição de obras de arte e construção de obras de arquitetura.

Os tratados da Internet alteraram essa classificação de uma forma mais funcional, distinguindo mais claramente o gênero do direito patrimonial das suas modalidades de uso (espécies). Reconheceu-se formalmente o armazenamento digital como modalidade do direito de reprodução. O direito de distribuição, que era vinculado ao ato de reprodução presente no conceito de obra publicada em Berna, ganhou autonomia. Assim deixou mais claro suas diferentes modalidades de utilização (locação, empréstimo e qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse). Finalmente, consolidou-se um entendimento de que diferentes modalidades de usos públicos de obras, não baseados na oferta de exemplares, que passaram a estar agregados numa única categoria

de direitos, agora denominado direito de comunicação ao público.

Essas três categorias de direitos exclusivos, combinados, se mostraram funcionais para dar conta da nova realidade trazida pela internet. Em particular, a que foi denominada como “making available”: uma nova modalidade de uso – não um direito autônomo - definida como “a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente”. Essa descrição buscou retratar a forma como uma obra era acessada na internet: ela “sobe” para um servidor (upload), e é “baixada” (download) ou transmitida “em linha” (online) numa hora e local individualmente escolhido. Trata-se da interatividade proporcionado por essa nova tecnologia, que inexistia até então. Tal modalidade de uso de obras, autônoma no caso do WPPT, nasce, no caso do WCT, vinculada ao direito de comunicação ao público.

Há que se pontuar que o conceito de “direito de colocar à disposição” se consolidou ao final das negociações. Não se obteve consenso quanto a um enquadramento único dessa nova modalidade de uso naqueles três gêneros de direitos. O alcance da internet ainda era muito restrito naquele momento, e os aspectos técnicos não eram claros para muitas delegações. Alguns entendiam que era uma nova modalidade de distribuição, feita de forma “eletrônica”. A maioria, no entanto, entendia como uma espécie da comunicação ao público. O impasse foi resolvido com uma solução de compromisso, uma *umbrella solution*: os Estados teriam a flexibilidade de proteger essa nova modalidade de uso por quaisquer dos gêneros de direitos já reconhecidos, ou ainda por uma combinação desses vários gêneros de direitos. A única exigência é que tal uso ficasse compreendido no âmbito dos direitos exclusivos.

O resultado obtido foi uma solução intermediária, que deu flexibilidade para os países adaptarem as suas legislações como bem entendessem diante da falta de mínimo consenso. Quem quisesse tratar como “comunicação ao público”, como “distribuição”; ou numa combinação dos dois; ou como uma nova modalidade de um desses direitos típicos (não um “novo direito”, pelas implicações contratuais dessa opção), teria liberdade. O importante é que esse uso fosse caracterizado

como um direito exclusivo.

Além dessa adaptação conceitual, os Tratados criam as chamadas medidas de proteção tecnológica, que permitem ao titular a inserção de “medidas eficazes de caráter tecnológico” que impeçam ou o acesso não autorizado a obras, ou reproduções não autorizadas de obras. Com essa medida buscou-se replicar o modelo de escassez vigente no mundo analógico para o mundo digital

Esses são os dispositivos-chave estabelecidos pelos tratados de 1996 com o intuito de impedir que a internet e a digitalização colocassem em risco a chamada indústria de direitos autorais: o upload de obras (colocar à disposição) se torna direito exclusivo do artista, buscando impedir que o download se torne disseminado a partir do conteúdo disponibilizado na rede. Permite-se, ainda, que o titular de obra ou fonograma utilize qualquer tecnologia que impeça a reprodução ou disseminação de sua obra ou fonograma na internet sem sua autorização.

As Lacunas dos Tratados da Internet

Os tratados de 1996 entraram em vigor em 2002. Mesmo países que não aderiram a tais tratados, como o Brasil, alteraram, bem ou mal, suas legislações com previsão de dispositivos que iam ao encontro do disposto nestes tratados. No entanto, um aspecto primordial a respeito da utilização de obras protegidas por direito de autor não foi objeto dos novos tratados: qual o papel e a responsabilidade dos sites de internet em que obras são “colocadas à disposição”? Os sites teriam que fiscalizar cada conteúdo postado na rede? Seriam responsabilizados junto com quem realizou o upload?

Recordemos que, na segunda metade dos anos 90, a internet pública e comercial ainda era um recém-nascido. Os grandes conglomerados de hoje ainda engatinhavam ou nem sequer tinham nascido. A bolha do “ponto com” ainda não havia estourado. A criação de um ônus excessivo para os novos sites que pipocavam a cada momento foi vista como um risco para o desenvolvimento das potencialidades da rede.

A solução veio da criação de um mecanismo de proteção jurídica dos provedores, o safe harbour (porto seguro), via nova legislação de direito autoral dos EUA, o Digital Milenium Copyright Act – DMCA. Buscava-se, dessa maneira, equilibrar a necessidade do artista, produtor de fonograma ou intérprete contar com um mecanismo efetivo e rápido de derrubada de conteúdo na internet, aliado a uma isenção de responsabilidade do site. Assim, o artista, ao identificar um upload não autorizado, notificaria o site, o qual se isentaria de responsabilidade caso derrubasse imediatamente esse conteúdo.

Há que se recordar que, à época, essa solução focava o provedor de acesso, sendo posteriormente ampliada para o provedor de conteúdo e de aplicações. De qualquer maneira, exportada a vários países por meio de acordos de livre comércio, tal solução se disseminou.

Sob tais regras, a internet acabou desenvolvendo conglomerados poderosos que trabalham em uma camada da rede que não é a de acesso, baseada na oferta de estrutura tecnológica, mas sim na oferta de conteúdos quase sempre protegidos por direitos de autor, sob a proteção do mecanismo do safe harbor.

A evolução tecnológica que se seguiu mostrou que tal regulação se mostrou, na melhor das hipóteses, parcialmente funcional para lidar com o novo ambiente. Um novo tipo de “gigante da internet” acabou se desenvolvendo, mais recentemente, justamente onde os direitos exclusivos concedidos pelos tratados da OMPI não conseguiram alcançar. Em outras palavras, os novos gigantes se desenvolveram no vácuo que existe na regulação para a modalidade de negócio digital onde se oferece a possibilidade de se acessar uma obra de forma que não há uma reprodução temporária ou permanente, e sim uma reprodução transitória e efêmera inerente ao próprio processo tecnológico, baseado no uso de medidas de proteção tecnológicas que, todavia, são facilmente quebradas. Em outras palavras, o streaming prosperou no vazio regulatório resultante dos tratados da OMPI.

Tecnologia e a indústria de direito autoral: encontros e desencontros

No ano em que os EUA discutiam a adoção dos novos tratados da OMPI e a alteração de sua lei de direito autoral, 1997, a Sony desenvolveu um formato padrão para compressão de áudio que se tornaria um marco na popularização do uso de músicas pela internet, o MP3. Ao viabilizar a utilização de arquivos menores para áudio, o MP3 facilitou enormemente a vida dos usuários de internet que queriam compartilhar conteúdo entre si. Serviços de compartilhamento de arquivos via peer-to-peer (usuário para usuário) como Napster e Kazaa logo se popularizaram com base nessa tecnologia, sem que tivessem firmado qualquer acordo de licenciamento com a indústria musical.

Incapaz de fornecer um modelo de comercialização de músicas pela internet de forma legal e abrangente e de atender à demanda que crescia em escala exponencial, a indústria musical se viu impelida a reagir utilizando todos os meios legais possíveis contra aquilo que caracterizou como “pirataria”. Seu arsenal, no entanto, se mostrou falho: as medidas de proteção tecnológica se mostraram pouco efetivas para coibir esse compartilhamento, já que qualquer um poderia converter seus arquivos musicais em MP3 e compartilhá-los na internet. Mesmo assim, lançou-se em longas, custosas e inúteis batalhas jurídicas contra esses serviços, que a cada derrota nos tribunais eram logo substituídos no mercado por novos serviços com as mesmas características. Isso fez com que a indústria musical levasse aos tribunais os próprios usuários que compartilhavam música, numa tática intimidadora que, sem solucionar o problema de fundo, apenas contribuía ainda mais para dissociar a indústria musical de seu público alvo.

Sua incapacidade de lidar com o fenômeno ou oferecer alternativas viáveis levou a um processo de aprofundamento dessa lógica de confronto com as utilizações propiciadas pelas novas tecnologias. Exemplos dessas iniciativas política foram a *Lei Hadopi* na França e a iniciativa chamada *Graduate Response* em vários países, as quais, com o passar do tempo, foram sendo abandonadas ou revertidas. O fato é que a indústria musical percebia a internet como inimiga, e não como uma fonte nova de receitas.

No começo de 2001, houve a primeira tentativa efetiva de utilização da internet para a exploração comercial de obras musicais e fonogramas

de forma legal, quando a Apple lançou o iTunes. A característica principal desse e dos serviços que se seguiram a ele foi a de utilizar o download, isto é, a reprodução (cópia) da música no terminal do usuário final, adequando-se aos parâmetros fixados pelos tratados da OMPI, uma vez que o *upload* (*make available*) era feito legalmente por meio de acordos feitos entre a Apple e as gravadoras majors, e o *download* só era permitido àqueles que pagassem pelo serviço, utilizando-se as TPMs para tanto. Destaque-se que os serviços que ofereciam *download* legal, como o iTunes, se adequavam, em termos de largura de banda de transmissão, à tecnologia existente e oferecida aos usuários.

No final da primeira década dos anos 2000, com a popularização da banda larga em taxas mais velozes, começam a surgir os serviços de *streaming*, onde a reprodução (cópia) das obras é substituída pela reprodução transitória e efêmera das obras nos dispositivos em que são acessadas. Ou seja, é a partir da compatibilização das taxas de velocidade da banda larga com as taxas de transmissão dos serviços que o streaming surgiu, se popularizou e se tornou o modelo de negócio predominante para a indústria cultural (música e audiovisual) na internet. Assim, surgiram vários tipos de streaming como *livestreaming*, *simulcasting*, serviços de *streaming* sem possibilidade de uso *off line*. A tendência mais recente é os serviços permitirem o uso *off line*, além da transmissão, com uma cópia (*download*) da música sendo feita no terminal do usuário.

A remuneração pelo Streaming se dá mediante duas fontes principais de renda: as assinaturas, que consistem num valor pago, geralmente em bases mensais, para ter acesso a um catálogo de obras; e a publicidade, a qual tanto pode estar presente em serviços com assinaturas, quanto em serviços gratuitos.

Já o conteúdo pode ser disponibilizado tanto pelos próprios usuários do serviço, geralmente utilizando obras de terceiros, quanto por gravadoras, artistas e demais titulares de direitos.

No caso da música, os serviços cujo conteúdo é baseado em acordo com titulares de direitos parecem ainda buscar sua viabilidade econômica, já que eles argumentam que 70% de suas receitas são destinadas a pagar os titulares de direitos autorais. Já no outro caso, existe um confortável

uso do mecanismo do safe harbor. De qualquer forma, ambos os modelos acabam gerando aquilo que se conhece como value gap, isto é, o fenômeno de que a grande popularização dos serviços de streaming, e consequente aumento da utilização de obras protegidas, não gera, para autores e artistas, um aumento equivalente em termos de receita.

E o Brasil?

A Lei de Direitos Autorais brasileira, aprovada dois anos após os tratados da OMPI (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), buscou incorporar os novos conceitos provenientes dos tratados da OMPI. No entanto, não o fez com a melhor técnica legislativa. Dois aspectos contribuíram para isso. Primeiramente, as dificuldades de compreensão dos aspectos técnicos das novas tecnologias e possibilidades de seu impacto no futuro (a conexão na época era “discada”, inexistindo a exploração comercial do *streaming* àquela altura). Um segundo aspecto foi o lobby de alguns grupos de interesse, com destaque para a indústria fonográfica internacional, desejosa de assegurar vantagens comparativas numa nova realidade que se avizinhava, algo que só não foi mais danoso aos autores e artistas nacionais por conta da intervenção de técnicos do Poder Executivo, que inclusive indicaram vetos à Lei aprovada pelo Congresso.

A defasagem de tais conceitos face à evolução tecnológica recente tem dado margem a interpretações distintas quando da aplicação desses conceitos pelo Poder Judiciário, gerando inúmeros litígios. As discussões giram em torno do uso que desponta como o amplamente hegemônico: o streaming. Como vimos, no debate dos tratados da OMPI, o conceito de “colocação das obras à disposição do público”, foi inicialmente pensado para a transmissão de obras pela internet de forma que elas possam ser reproduzidas no dispositivo de um usuário (*download*), muito embora já se vislumbrasse que esse acesso poderia se dar sem gerar uma cópia. Por isso, tal conceito também se mostrou aplicável quando da popularização do *streaming*, em que não há reprodução no sentido estrito, tratando-se apenas de um evento temporário inerente ao processo tecnológico.

De fato, quando buscamos compreender juridicamente o fenômeno

do streaming vemos que ele não se confunde automaticamente com apenas um direito patrimonial específico. Conforme a utilização feita na internet, há a incidência de diferentes gêneros de direitos que se combinam. Para que um streaming ocorra podemos encontrar atos como o upload, o *download*, o armazenamento na “nuvem” e a transmissão online. Em cada caso podemos identificar atos de reprodução, distribuição e comunicação ao público combinados. Isso se dá em muitos dos serviços oferecidos por provedores de conteúdo e de aplicações na internet.

O debate conceitual oculta as suas consequências práticas, pois cada direito exclusivo comumente envolve distintos titulares a quem cabe cobrar e receber pela utilização da obra. **Em suma, a questão de fundo é a quem, como e quanto pagar.**

No Brasil há uma disputa adicional: as gravadoras transnacionais querem uma repartição de ganhos distinta da que obtêm na execução pública há décadas, a qual, no Brasil está abaixo da sua média mundial. Veem na internet uma janela de oportunidade. Por conta disso, se recusam a reconhecer o *streaming* como comportando também uma modalidade de execução pública (cobrada e distribuída pelo sistema ECAD), aproveitando para surfar na má fama histórica do ente arrecadador. Para quem se interessa pelos detalhes da argumentação jurídica, contrárias e favoráveis a essa tese, o Recurso Especial no STJ (REsp 1559264 RJ/013/0265464-7) é ilustrativo.

O problema é que, nesse banquete, quem está comendo o osso são os criadores. Enquanto a indústria musical vai finalmente e progressivamente se conciliando com a internet e as novas tecnologias, encontrando seu modelo de licenciamento de conteúdo legalizado na rede e recuperando o seu faturamento, autores e artistas vêem seus rendimentos mingando. Contratos de licenciamento são firmados globalmente, e o pagamento se dá nas matrizes, que repassam para artistas de todo o mundo cifras misteriosas, calculadas sabe-se lá como. Nesse contexto, os gigantes da Internet, cujo principal insumo é a criação intelectual de terceiros, se aproveitam dessa confusão para pagar pouco ou nada enquanto faturam bilhões.

Para complicar a situação dos criadores nesse cenário de incertezas,

proliferam novos intermediários, empresas especializadas na difusão de obras na internet, que se apropriam de mais uma parcela dos minguados ganhos dos autores e artistas.

O *Safe Harbour* e suas consequências

A raiz dessa situação está no erro de origem dos tratados da OMPI, nos quais não foi considerado, ou vislumbrado, o papel das novas empresas globais “.com”, as gigantes que hoje conhecemos. Os barcos que atacam no *safe harbour* que essas empresas hoje desfrutam não trazem os naufragos abandonados em alto mar: os autores e artistas que lutam pela sua sobrevivência.

De fato, não seria exagero dizer que a internet só assumiu as características que possui hoje devido à bolha protetora criada pelo mecanismo do safe harbor. Google e Facebook, para citar duas das gigantes da internet, somente puderam atingir a dimensão atual devido à proteção com que contavam, e ainda contam, em relação ao conteúdo postado por terceiros em seus aplicativos. Conteúdo cuja fatia mais valiosa é composta de músicas e audiovisual cuja titularidade é muitas vezes de empresas, autores e intérpretes nacionais. Com base nesse conteúdo, atrai-se publicidade, audiência e faturamento; dados privados da audiência são processados e viram novo insumo para a publicidade; e, assim, se cria um mecanismo que vai muito além do direito autoral.

O sucesso do modelo do safe harbor foi tal que no acordo do TPP (*Transpacific Partnership*), o qual previa o surgimento de uma área de livre comércio envolvendo vários países ao redor do Pacífico tais como EUA, México, Japão, Austrália, Canadá entre outros, enterrado em sua versão original pela administração Trump, a grande inovação era a expansão da proteção dos gigantes da internet para além do direito autoral, mediante a criação do conceito de produto digital no capítulo de comércio eletrônico, cuja amplitude foge ao foco deste artigo. Nesse mesmo sentido, iniciativas que pudessem colocar o *safe harbor* em risco foram sumariamente eliminadas, como prova a súbita demissão, em 2016,

de Maria Pallante do cargo de *Copyright Register* no Copyright Office, órgão do governo dos EUA historicamente vinculado ao interesse dos grandes conglomerados de direitos autorais, após aquele órgão realizar estudos e publicações a respeito do impacto negativo que o *safe harbor* vem exercendo na indústria de direitos autorais.

De qualquer maneira, a realidade da prática dos gigantes da internet nos dias de hoje mostra que os tratados da OMPI de 1996, ao centrarem o foco somente na criação da nova modalidade de utilização chamada de “direito de colocação à disposição do público”, ou seja, no “*upload-download*”, tornaram-se completamente obsoletos. De fato, enquanto os serviços legais de disponibilização de música na internet via *streaming* se disseminam e buscam sustentabilidade financeira, ainda que pagando um valor mínimo aos artistas, a mesma música postada nos sites dos gigantes da internet “monetiza” um valor ínfimo, ainda que não só aos artistas, mas, neste caso específico, também às gravadoras.

CONCLUSÃO

Chegamos à realidade atual com um grande paradoxo e um ator que corre sério risco de extinção. O paradoxo é que, de um lado, as gravadoras abraçam o modelo do *streaming* como tábua de salvação da indústria e conseguem ver o seu faturamento voltar a crescer. No entanto, enquanto o seu faturamento cresce, esse novo modelo gera, quando muito, valores residuais aos compositores, intérpretes e executantes, os quais, tanto no Brasil quanto ao redor do mundo, não conseguem entender porque recebem tão pouco e quais são os critérios de distribuição de valor.

As gravadoras, acuadas, apontam o *safe harbor* como o grande culpado e causador do fenômeno do *value gap*. E assim os autores e artistas, particularmente os brasileiros, veem o porto seguro cada vez mais distante.

O fenômeno demanda uma nova política pública que, dada a ausência de fronteiras no mundo virtual, não se resume apenas a mudanças nas leis nacionais, apesar dessas mudanças também serem necessárias.

Assim, passando para o campo de sugerir saídas e ações para a situação atual, no **âmbito nacional**, as políticas a serem implementadas

devem primeiro deixar claro e indubitável na legislação autoral quais direitos estão envolvidos no streaming e quem tem a faculdade de cobrar por eles. Via de regra, deve-se deixar claro que a execução pública é um desses direitos, com todas as consequências que isso traz, como a cobrança feita pelo sistema Ecad, de forma similar ao que acontece em suas congêneres no plano internacional.

Do ponto de vista do autor e do artista nacional, todos os direitos envolvidos no *streaming* devem, na medida do possível, ser exercidos por meio da gestão coletiva de direitos. A gestão individual é inviável no ambiente digital, posto que fragiliza o poder negociador de autor e artista frente às plataformas digitais. Da mesma forma, autores e artistas também são fragilizados e submetidos a baixas remunerações em virtude de sua dependência de intermediários como gravadoras, editoras e agregadores de conteúdo. Estes últimos, um novo tipo de prestadores de serviços que surgiram nas franjas dos gigantes da internet e que, muitas vezes, realizam um tipo de gestão coletiva de direitos sem qualquer tipo de regulação.

No âmbito internacional, inicialmente deve-se frear iniciativas que possam agravar os problemas atuais, como a conceituação de “produto digital” proposta pelos Estados Unidos no âmbito das discussões sobre Comércio Eletrônico atualmente em curso na OMC, tal como fizeram no TPP, tendo em vista seu efeito de ampliação do safe harbor, o que só aprofundará o modelo injusto que se configura.

Ademais, é necessário desenvolver uma nova harmonização internacional, para dar conta das lacunas deixadas pelos tratados da OMPI de 1996, já que tais problemas se fazem sentir em todos os países. É fundamental que se dê um tratamento adequado para o streaming, caso em que a reprodução (cópia) não é permanente, senão transitória e efêmera, uma vez que o que se busca principalmente é dar um acesso interativo, e não fornecer cópias de obras ou fonogramas.

Igualmente, deverá ser delineado o princípio da territorialidade, esclarecendo o alcance das legislações nacionais nos negócios globais dos gigantes da internet. Hoje muitos usos locais são licenciados em contratos globais, negociados e remunerados nas matrizes de grandes conglomerados, fora dos territórios nacionais de onde os usos se originam.

Não é difícil inferir que há perdas econômicas substanciais, tanto para o Estado quanto para os criadores nacionais.

Além disso, outra questão importante que deve ser tratada na regulação internacional é acabar com o mito dos direitos exclusivos para autores e artistas, isto é, para os criadores pessoas físicas. Os direitos exclusivos de autorizar e proibir usos na internet, previstos nos tratados da OMPI, são apenas ilusão, uma vez que na maior parte das vezes são cedidos por contrato a gravadoras e editoras. Melhor seria prever que as utilizações de obras, interpretações e execuções por plataformas que as exploram comercialmente gerem pagamentos obrigatórios, mediante a criação de uma reserva de direitos de remuneração aos autores e artistas, mesmo após a cessão de direitos. A regulação no ambiente digital deve prever que tais direitos sejam inalienáveis.

Um novo instrumento internacional deve dar conta também da regulação dos modelos de negócio adotados pelas plataformas digitais, garantindo transparência e critérios justos na fixação de preços, bem como a devida regulação sobre os novos intermediários que proliferam no ambiente digital, como os agregadores de conteúdo. A transparência, além disso, deve vir da criação, por meio da regulação internacional, de uma base de dados mundial de obras, fonogramas, interpretações e execuções, com o intercâmbio obrigatório de informações entre governos, titulares de direitos e associações de gestão coletiva.

Por fim, mas não menos importante, qualquer novo instrumento internacional deve também resguardar outros direitos e garantias fundamentais, como a liberdade de expressão e o acesso à cultura, ao conhecimento e à informação. Para isso, a tradicional visão punitiva da indústria musical, editorial e do audiovisual deve ser superada por uma outra que veja o usuário final não como um infrator de direitos, mas como o financiador, direto ou indireto, de toda a cadeia mundial de negócios no ambiente digital. Para isso, passo fundamental será identificar os usos de bens intelectuais que poderiam se considerar limitações ou exceções aceitáveis, isto é, os usos justos e livres que devem poder ser feitos no ambiente digital, e sua não neutralização por conta da aplicação das medidas tecnológicas de proteção (TPMs) nos negócios digitais.

Tal agenda é ambiciosa, mas de possível execução. O Ministério da Cultura estava empenhado nesse caminho. Em 2015, apresentou no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual em Genebra, um documento para discussão nesse sentido, que obteve amplo apoio de personalidades e artistas de vários países.

Infelizmente, a ruptura institucional que o Brasil sofreu em maio de 2016, praticamente abortou essa iniciativa. Extinto, depois recriado com uma estrutura esvaziada e com orçamento píftios, e com quatro Ministros se sucedendo rapidamente num espaço de um ano e meio, o Ministério da Cultura, sujeito ao fisiologismo de um governo em busca de apoios da área privada, ao invés de lócus primordial para a definição de políticas públicas na área, tornou-se um ator irrelevante para tocar adiante tal agenda.

Nesse espírito, e nessas circunstâncias, cabe aos nossos artistas e autores mostrarem à sociedade que sua causa é tão ou mais legítima do que qualquer outro setor econômico para o país, gerando renda e subsistência para milhares de criadores, intérpretes e músicos, os quais, mais do que agentes econômicos, são expressão da nossa própria identidade e cultura nacional, impulsionando assim o governo a retomar a defesa desses direitos.

