

FACULDADE MERIDIONAL – IMED
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Jordana Siteneski do Amaral

**DO “*LIKE*” AO “*STRIKE*”:
O USO DE FONOGRAMAS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR NOS
VLOGS DO *YOUTUBE* NO AMBIENTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS**

Passo Fundo, RS
2019

Jordana Siteneski do Amaral

**DO “LIKE” AO “STRIKE”:
O USO DE FONOGRAMAS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR NOS
VLOGS DO YOUTUBE NO AMBIENTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa 02 “Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade”, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Dra. Salete Oro Boff

Passo Fundo, RS

2019

CIP – Catalogação na Publicação

A485I AMARAL, Jordana Siteneski

Do “like” ao “strike”: o uso de fonogramas protegidos pelo direito de autor nos vlogs do youtube no ambiente das novas tecnologias / Jordana Siteneski Amaral. – 2019.

194 f., il.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade IMED, Passo Fundo, 2019.

Orientador: Profa. Dra. Salete Oro Boff.

1. Direitos autorais. 2. Youtube (recurso eletrônico) – Liberdade de expressão. 3. Web vlogs – Sites da web. I. BOFF, Salete Oro, orientadora. II. Título.

CDU: 347.78

Catalogação: Bibliotecária Angela Saadi Machado - CRB 10/1857

Autor/a: JORDANA SITENESKI DO AMARAL

Título: DO "LIKE" AO "STRIKE": O USO DE FONOGRAMAS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR NOS VLOGS DO YOUTUBE NO AMBIENTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da IMED, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Passo Fundo, RS, 25 de fevereiro de 2019.



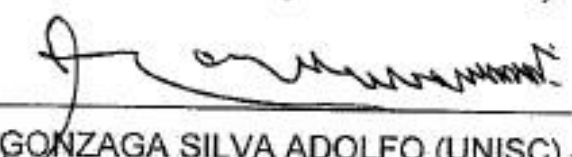
PROF^a. DR^a SALETE ORO BOFF (PPGD-IMED) – Presidente



PROF. DR. VINÍCIUS BORGES FORTES (PPGD-IMED) – Membro



PROF. DR. JORGE LUIS ODERLIN FONT (PÓS-DOC IMED) – Membro



PROF. DR. LUIZ GONZAGA SILVA ADOLFO (UNISC) – Membro

Dedico este trabalho a todos aqueles que, de uma forma ou outra, contribuíram para
sua realização.

AGRADECIMENTOS

Concluir o mestrado foi, sem dúvida, o maior desafio que já enfrentei até agora. Muitas pessoas importantes estiveram ao meu lado, e o apoio que recebi foi fundamental para que essa jornada insana – mas profundamente transformadora – chegasse ao fim. Não foi pelas mãos de vocês que esta dissertação foi escrita, mas foi nos ombros de vocês que encontrei o carinho e o incentivo que tanto precisei. Agradeço a todos que de uma forma ou outra, contribuíram para este trabalho.

A começar pela CAPES, que me concedeu o benefício da Taxa e tornou financeiramente possível realizar o sonho de fazer mestrado. Seguimos lutando por um país onde a pesquisa e o profissional pesquisador seja devidamente valorizado e respeitado. Que os resultados do que produzi nesses dois anos possam retribuir o incentivo de alguma forma.

Agradeço à minha família por estar sempre ao meu lado e em todos os momentos, dos mais felizes aos mais desoladores. Afinal de contas, “nesta vida só não há remédio para a morte, o resto a gente dá um jeito”. Mãe, Pai e Nícollas: carrego todos vocês no lado esquerdo do peito.

Nunca vou esquecer de quem me guiou quando eu aprendia a ler as primeiras sílabas. Antes mesmo de entrar na escola me ensinou que “o jota é um “ganchinho” embaixo de um “risquinho”, e assim não era preciso que outros escrevessem meu nome por mim. Obrigada por me presentear com tantos livros, por ser minha segunda mãe, por estar sempre do meu lado em todos os momentos. Dinda, minhas conquistas são tuas conquistas também.

Raul, tu estás comigo sempre em meus pensamentos. Obrigada por me aguentar nos meus piores dias. Por me motivar e sempre achar um modo de me fazer rir. Você traz a estabilidade que perco em muitos momentos. Por isso, digo e reitero: em você, encontro tudo aquilo que eu perco em mim.

No mestrado além de colegas, ganhamos muitos amigos. Afinal, todos estamos cheios de incertezas e dúvidas. Mas de uma coisa eu sei: fiz muitos amigos, sempre parceiros de artigos e seminários, de comemorações e de ajuda quando fosse preciso. Muito obrigada aos colegas e amigos do grupo de Estudos GEDIPI, com

quem tive a oportunidade de conviver e aprender, sempre da forma mais feliz e divertida possível. Levo para a vida, excelentes lembranças da sala 409 D.

Agradeço à Coordenação do PPGD com o professor Dr. Vinícius Borges Fortes, pela sua disponibilidade em vários momentos, seja para conversar, tirar dúvidas e contribuir com os trabalhos produzidos. Agradeço também a secretaria do PPGD pela disponibilidade de sempre e paciência com todos nós mestrandos.

Tive uma excelente banca de qualificação do projeto, razão pela qual, não posso deixar de agradecer aos professores Dr. Vinícius e ao Dr. Iuri Bolesina, pelas suas contribuições que me ajudaram muito na finalização do trabalho.

Por último, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora Dra. Salete Oro Boff, que me acolheu no início do mestrado e acreditou no meu trabalho. És uma pessoa e orientadora maravilhosa! Obrigada pela paciência, pela disponibilidade e por me ensinar tanto. Logo que ingressei no mestrado, você me apresentou uma temática totalmente nova e mostrou-me o caminho da pesquisa. Aos poucos, a propriedade intelectual foi ganhando meu coração de pesquisadora e hoje sou muito realizada naquilo que faço.

“Seja o que for que os especialistas de meados da década de 1990 possam ter pensado, o ciberespaço está prestes a dar aos detentores de propriedades protegidas por direitos autorais o maior dom de proteção que já conheceram. Em tal idade, a verdadeira questão para a lei não é; “como a lei pode ajudar nessa proteção?” mas sim; “essa proteção é muito grande?” Os especialistas estavam certos quando previram que o ciberespaço nos ensinaria que tudo o que pensávamos sobre direitos autorais estava errado.”

Lawrence Lessig

“O novo estudo, porém, só pode apoiar-se nos rios consagrados, mesmo sem revisar ponto por ponto, para construir uma reflexão própria com base nas ideias semeadas pelos desbravadores. Nesse sentido, tudo é cópia, má cópia, deformação, distorção, apropriação, desvio, adulteração e dívida. A cópia sempre trai o original que nunca foi puro. A necessidade de cópia permeia a criação. Nunca se parte do meio das águas, mas sempre de alguma ponta.”

Juremir Machado da Silva

RESUMO

Esta dissertação versa sobre o *streaming* de vídeos no formato *vlog* no site *YouTube* e a utilização de fonogramas protegidos por Direito de Autor. O problema de pesquisa consiste em verificar se, enquadrar os *vlogs* do *YouTube* como execução pública, no caso do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor, restringe a liberdade de expressão nesse meio, em função dos encargos gerados aos produtores de conteúdo. Os objetivos consistiram em apresentar os fundamentos e objeto do Direito de Autor e da gestão coletiva de Direitos Autorais, por meio do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) nos serviços de *streaming*, além de verificar se os *vlogs* do *YouTube* devem ser enquadrados como execução pública, no caso do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor e, se esta proteção restringiria a liberdade de expressão, em função dos encargos gerados aos produtores de conteúdo. A metodologia utilizada nesta pesquisa compreende técnicas de pesquisas bibliográficas em fontes secundárias e o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento monográfico. Apresentou-se o *vlog* como um produto da “cultura participativa” que surge em meio as mídias digitais e as novas tecnologias. Constatou-se a possibilidade de haver uma limitação da liberdade de expressão, nos *vlogs* em função dos encargos assumidos pelo usuário e também pelas políticas de Direito Autoral adotadas pelo site *YouTube*, em especial, pelo uso do algoritmo *Content ID*. Observou-se ainda que é possível reconhecer o direito à liberdade de expressão neste contexto da cultura participativa, em que se reconhece o direito dos sujeitos de participarem ativamente da construção da cultura que compartilham. Em razão da complexidade o estudo conduziu à possibilidade de mais de uma resposta ao problema, indo além de simplesmente aceitar ou rejeitar a hipótese inicial. Na plataforma convivem *youtubers* “profissionais” que monetizam seus vídeos e recebem patrocínios e pessoas que são anônimas, que possuem um canal como forma de se expressar e de construir identidades e laços sociais nas redes. Conclui-se que é preciso fazer uma diferenciação do enquadramento da plataforma do *YouTube*: uma plataforma “de serviços” ou uma plataforma de “distribuição de conteúdo amador” antes de concluir pela resposta. Para tanto, o estudo apresentou uma proposta de categorias para classificar e diferenciar tanto os usuários finais quanto os produtores de conteúdo da plataforma, no que diz respeito ao uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube* e da sua disponibilização na plataforma.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Fonograma. *Streaming*. *Vlog*. Cultura participativa. Liberdade de expressão.

ABSTRACT

This dissertation deals with the streaming of videos in the vlog format on the YouTube site and the use of phonograms protected by Copyright. The research problem consists in verifying that framing YouTube vlogs as public performance in the case of the use of copyright protected phonograms restricts the freedom of expression in that medium, depending on the charges generated to content producers. The objectives were to present the fundamentals and object of Copyright and collective management of Copyright, through the Office of Central Collection (Ecad) in the services of streaming, as well as verifying that YouTube vlogs should be framed as public performance, in the case of the use of copyright protected phonograms and, if this protection would restrict freedom of expression, depending on the charges generated to content producers. The methodology used in this research includes techniques of bibliographic research in secondary sources and the method of hypothetical-deductive approach and monographic procedure. The vlog was presented as a product of the "participatory culture" that comes amid digital media and new technologies. It was verified the possibility of a limitation of freedom of expression, in vlogs due to user charges and also by the Copyright policies adopted by the YouTube site, in particular, by the use of the *Content ID* algorithm. It was also observed that it is possible to recognize the right to freedom of expression in this context of participatory culture, in which the subjects' right to participate actively in the construction of the culture they share is recognized. Because of complexity, the study led to the possibility of more than one response to the problem, going beyond simply accepting or rejecting the initial hypothesis. On the platform live "professional" youtubers who monetize their videos and receive sponsorships and people who are anonymous, who have a channel as a way to express themselves and build identities and social bonds in networks. It turns out that you need to differentiate the framework of the YouTube platform: a "service" platform or an "amateur content distribution" platform before concluding on the response. To this end, the study presented a proposal of categories to classify and differentiate both the end users and the content producers of the platform, regarding the use of phonograms in YouTube vlogs and their availability in the platform.

Keywords: Copyright. Phonogram. Streaming. Vlog. Participatory culture. Freedom of expression..

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – *Creative Commons*

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DMCA – *Digital Millenium Copyright Act* (1998)

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

LDA – Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610 de 1998)

MCN – *Multi-channel networks*

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU – Organização das Nações Unidas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ-RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)

UE – União Europeia

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a educação, ciência e cultura

WCT – *WIPO Copyright Treaty* (Acordo de Direitos Autorais da OMPI)

WPPT – *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (Acordo de Direitos Conexos)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 A PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO <i>STREAMING</i>: DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS À CULTURA PARTICIPATIVA NA REDE.....	20
2.1 Fundamento e objeto do Direito Autoral.....	20
2.2 Os sistemas <i>Droit d' auteur</i> e <i>Copyright</i>	25
2.3 Aspecto Moral e Patrimonial do Direito de Autor.....	26
2.4 Conceito de <i>streaming</i> (<i>Simulcasting</i> e <i>webcasting</i>)	28
2.5 A gestão coletiva de Direitos Autorais e seu funcionamento no Brasil.....	33
2.6 Os <i>vlogs</i> no <i>YouTube</i> : conceito e contextualização.....	42
2.7 A convergência tecnológica e seus desdobramentos.....	52
2.8 Controvérsias na gestão coletiva de Direitos Autorais no caso do brasileiro do <i>streaming</i> de músicas.....	59
3 EXECUÇÃO PÚBLICA DE FONOGRAMAS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR.....	67
3.1 Conceito de execução pública na Lei de Direitos Autorais de 1998.....	68
3.2 Conceito de Fonograma para a Lei de Direitos Autorais.....	74
3.3 Os conceitos de reprodução, comunicação ao público e execução da obra para o Direito Autoral.....	76
3.4 <i>Making Available</i> : o direito de “tornar disponível” nos tratados internacionais WCT e WPPT.....	79
3.5 Os três casos paradigmáticos referentes ao <i>streaming</i> de músicas na jurisprudência brasileira.....	82
3.5.1 Caso <i>Ecad vs Youtube</i>	83
3.5.2 Caso <i>Ecad vs MySpace</i>	84
3.5.3 Caso <i>Ecad vs Oi Telefonía</i>	86
3.6 O ciberespaço como “local de frequência coletiva” e o <i>streaming</i> de músicas após a decisão do Supremo Tribunal Federal.....	91

3.7 A arrecadação dos Direitos Autorais nos serviços de streaming e no caso dos canais <i>vlogs</i> do <i>YouTube</i>	101
3.7.1 Proposta de Categorias na plataforma <i>YouTube</i> em relação ao uso de fonogramas.....	109
4 A POLÍTICA DE DIREITOS AUTORAIS DO YOUTUBE E O USO DE FONOGRAMAS NOS VLOG: POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	113
4.1 O Funcionamento da Política de Direito Autoral do <i>YouTube</i>	115
4.2 O sistema de <i>Content ID</i> (e seus possíveis problemas) utilizado pelo <i>YouTube</i>	117
4.2.1 O problema da falibilidade do algoritmo <i>Content ID</i> na identificação de violações de Direito de Autor.....	123
4.3 (re) Criando a cultura e a arte na era do <i>Sampling</i> : os processos de criação no contexto da cibercultura e das mídias interativas.....	130
4.4 O direito à liberdade de expressão e a cultura participativa nas mídias digitais.....	136
4.5 As Limitações ao Direito de Autor na Lei de Direitos Autorais.....	145
4.6 Canais no <i>YouTube</i> e o uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor: uso justo ou violação?.....	149
4.7 A “regra dos três passos” (<i>three step test</i>) da Convenção de Berna como alternativa para dirimir conflitos entre liberdade de expressão e Direito Autoral.....	155
4.8 O Direito Autoral no contexto da rede: a (in) suficiência das normas.....	162
5 CONCLUSÃO.....	170
6 REFERÊNCIAS.....	183

1 INTRODUÇÃO

Clyde Stubblefield é um nome que não figura entre a lista dos Dj's ou dos compositores mais lembrados. Entretanto, é bem provável que muitas pessoas já tenham escutado suas baterias em algum momento. Artistas como *Public Enemy*, *Run DMC*, *Prince* e até *Kenny G* incorporaram suas influências. Isso porque o solo de bateria da música *Funky Drummer*, de James Brown, é trecho mais “sampleado” do Hip-Hop. Essa e outras criações de Clyde contribuíram para moldar o ritmo do estilo.

Falecido em 2017, o artista foi ao longo da sua carreira, pouco reconhecido pelas contribuições. Era raro que os produtores pagassem pelo *samplers* antigamente, e quando ocorria, quem recebia os *royalties* dos artistas, era James Brown que assinava a música. Ainda em vida, Clyde declarou que não pensava ser certo não pagar ou não dar créditos aos outros artistas.

A prática do *sampling* é comum há bastante tempo, tal como a prática da recombinação de referências, da mistura, da bricolagem. Mas na contemporaneidade, na era da “cultura da convergência”, dos “virais” essas práticas de recombinação se tornam mais comuns pela facilidade de aplicar o seu princípio: isolar um trecho musical para utilizá-lo em outra obra, bem como divulgá-lo.

Mas isso não se aplica apenas ao *sampling na música*. Observa-se o surgimento de uma nova forma de cultura nas redes digitais: ela é participativa e fornece aos usuários um grau de interatividade que vai muito além da interatividade “reativa”, presente nas mídias mais tradicionais. As pessoas passaram a reclamar para si a condição de produtores de conteúdo também, e não apenas de consumidores passivos.

Isso gerou uma transformação muito grande inclusive nas noções que tínhamos sobre “amadores” e “profissionais”. Na contemporaneidade, e principalmente em plataformas como o *YouTube*, as fronteiras entre essas divisões são profundamente esmaecidas. É exatamente neste contexto que surge o fenômeno dos *vlogs*. Se no final da década de 1990 os *blogs* (espaços onde as pessoas podiam escrever como se fossem diários) hoje eles assumiram o formato audiovisual por meio dos *vlogs*. O criador de conteúdo, chamado de *vlogger* ou *youtuber* pode construir um canal abordando infinitas temáticas e assuntos, fazendo seu próprio recorte da realidade em seus vídeos.

As controvérsias surgem quando se observa que, muitas vezes os *youtubers*, no intuito de enriquecer seus vídeos, utilizam materiais e fonogramas cuja titularidade dos direitos autorais são de terceiros. Neste sentido, já ocorreram casos de canais *vlogs* que foram bloqueados e tiveram seus conteúdos retirados do site por supostas violações de direito autoral, ou por reivindicações feitas por outros usuários ou pela identificação por meio do *Content ID*, o que pode abrir margem para a censura e limitação da liberdade de expressão, como em casos de paródias, críticas e citações, por exemplo.

Paralelamente, ainda existem muitas dúvidas em relação ao uso de fonogramas nos *vlogs* do YouTube no sentido de sua caracterização de uso. Deveriam os usuários pagar *royalties* aos artistas e titulares em função da inserção dos fonogramas em seus vídeos? De que forma essa arrecadação deveria ser feita? Seria um caso de “execução pública”, e, portanto, essa arrecadação deveria ser feita por meio do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)?

O objetivo geral foi verificar se, enquadrar os *vlogs* do *YouTube* como execução pública, no caso do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor, restringe a liberdade de expressão neste meio em função dos encargos assumidos pelos produtores de conteúdo.

Para atingir esse objetivo, deve-se considerar que a plataforma de *streaming YouTube* se apresenta de forma bastante *sui-generis* e, definitivamente, não é homogênea no tipo de conteúdo que ali é disponibilizado, tampouco é homogênea por parte de seus usuários. Há, na mesma plataforma a convivência entre *youtubers* “profissionais” que adquiriram fama e prestígio, que monetizam seus vídeos e recebem patrocínios e pessoas que são praticamente anônimas, mas que possuem um canal como forma de se expressar e de construir suas identidades e laços sociais nas redes. Portanto, é preciso sempre partir de uma diferenciação do enquadramento da plataforma do *YouTube*: uma plataforma “de serviços” e uma plataforma de “distribuição de conteúdo amador”. Atentando para este fato, este trabalho desenvolveu uma proposta de categorias para que os usuários possam ser observados e enquadrados.

Assim, a proposta desta dissertação de mestrado versa sobre o tema de *streaming* de vídeos, nos formatos de *vlogs* no *YouTube* e a utilização de fonogramas protegidos por estes, investigando se pode ocorrer restrição à liberdade de expressão neste meio. Logo, o problema de pesquisa consiste em verificar se, enquadrar os *vlogs*

do *YouTube* como execução pública, no caso do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor, restringe a Liberdade de Expressão neste meio em função dos encargos.

A hipótese inicial é negativa, no sentido de que o enquadramento como execução pública dos fonogramas utilizados em *vlogs* do *YouTube* não restringe a liberdade de expressão, uma vez que é necessário realizar a arrecadação dos valores devidos aos titulares dos direitos autorais e conexos, salvo se este uso não tiver finalidades comerciais ou não estiver sendo monetizado na plataforma.

A metodologia utilizada nesta pesquisa compreende técnicas de pesquisas bibliográficas em fontes secundárias e o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento monográfico. O método-hipotético tem por finalidade corroborar ou refutar uma hipótese por meio da construção de conjecturas baseadas nas hipóteses.

A justificativa para realização deste trabalho encontra-se na pertinência e atualidade do tema porque busca discutir as implicações das novas tecnologias na Propriedade Intelectual e no Direito de Autor. A ausência de regulações tanto para o *streaming* de fonogramas em aplicativos bem como em sites como o *YouTube* também enfatizam a necessidade de se ampliar tal tema. Não obstante, como este trabalho irá demonstrar oportunamente, observa-se que há um crescente recrudescimento das leis de Direito de Autor ao redor do globo, tais como a nova Diretiva de Direitos Autorais aprovada na União Europeia. É necessário observar se, se o endurecimento dessas leis pode afetar a liberdade de expressão e o acesso à informação, afetando o balanço que deve ser equalizado entre o interesse público e o privado na proteção da propriedade intelectual. Busca-se realizar uma pesquisa multidisciplinar, envolvendo a área do Direito e abordando os Direitos Intelectuais e a área da comunicação social, no que diz respeito às mídias digitais.

O tema demonstra aderência à área de concentração “Direito, Democracia e Sustentabilidade”, e à linha de pesquisa do PPGD/IMED “Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade”, bem como as pesquisas desenvolvidas pela orientadora sobre Direito Novas Tecnologias e Propriedade Intelectual e ao Grupo de Estudos em Direito, Inovação e Propriedade Intelectual (GEDUPI), ambos vinculados ao PPGD/IMED.

Este trabalho está estruturado em três capítulos, além desta introdução e conclusão. No primeiro capítulo, os objetivos são contextualizar o Direito de Autor, seu fundamento e objeto de proteção, diferenciar os sistemas *Droit d' auteur* e *copyright*,

bem como explicar o duplo aspecto desses direitos. Dentro da temática do *streaming*, sabe-se que uma das controvérsias a respeito, é se esta modalidade de transmissão poderia estar sujeita à gestão coletiva de direitos autorais, de maneira que também são objetivos, apresentar a tecnologia do *streaming* de músicas e de vídeo, bem como o conceito e funcionamento do sistema de gestão coletiva no Brasil por meio do Ecad. Pretende-se mostrar a “cultura participativa” que surge em meio às mídias digitais e seus desdobramentos, tais como os *vlogs* no *YouTube*. Ao final, parte-se para a discussão das controvérsias na gestão coletiva de Direitos Autorais no caso brasileiro do *streaming* de músicas em aplicativos, (*Deezer, Spotify* e afins), isto é, os problemas enfrentados em função dos repasses referentes aos valores devidos aos artistas.

Embora o problema de pesquisa e o tema principal sejam em relação ao uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*, parte deste trabalho se dedica a analisar as questões referentes ao *streaming* de fonogramas nos aplicativos. Isso se justifica, porque foi nesta seara onde ocorreram as decisões judiciais mais recentes. Não obstante, o *Vlog* não se encaixa perfeitamente na definição de obra audiovisual, pois enquanto produto final, ele possui características próprias. Neste sentido, a finalidade foi construir alguns parâmetros em cima de temas já discutidos pela academia e pela jurisprudência.

Em função disto, o segundo capítulo, trata sobre outra controvérsia envolvendo o *streaming* de músicas: a caracterização ou não de execução pública. Logo, o objetivo consiste em estabelecer um conceito de execução pública na Lei de Direitos Autorais de 1998. Não obstante, conceitua-se o fonograma partindo também, da doutrina e da LDA. Busca-se diferenciar os conceitos de reprodução, comunicação ao público e execução da obra para o Direito Autoral, bem como do *Making Available*, o direito de “tornar disponível” previsto nos tratados internacionais WCT e WPPT. Serão analisados também, os três casos paradigmáticos referentes ao *streaming* de músicas. Por fim, busca-se discutir se o uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube* está sujeito ao mesmo tipo de regime.

No terceiro e último capítulo, vai se examinar a possibilidade de haver uma limitação da liberdade de expressão, nos *vlogs* em função dos encargos assumidos pelo usuário e também pelas políticas de direito autoral adotadas pelo site *YouTube*. Em um primeiro momento o objetivo foi descrever a política de direitos autorais do *YouTube*, isto é, de que maneira ele procura coibir as violações de Direito de Autor que porventura, possam acontecer na plataforma. Igualmente buscou-se identificar as

ferramentas à disposição do usuário para esta finalidade. Este capítulo busca analisar as transformações que as novas tecnologias possibilitaram na cultura e na arte na era digital, a partir das possibilidades do *remix* e do *sampling*. Discute-se a partir do contexto do *remix* se é possível falar em um direito à liberdade de expressão aplicado a este contexto.

Com o objetivo de melhor elucidar a questão, serão trazidos alguns casos em que ocorreram bloqueios de vídeos e canais de alguns usuários do *YouTube* em função do uso de materiais de terceiros e fonogramas, discutindo-se a possibilidade de se estar diante de casos de limitações ao Direito de Autor. Objetiva-se apresentar uma possível solução para dirimir esses conflitos quando ocorreram, por meio de previsões baseadas em acordos e convenções internacionais.

Por fim, reafirma-se que a temática é bastante nova, com alguns conceitos abertos e não delimitados, em vezes sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica ainda mais o aprofundamento e continuidade de pesquisas nesta área, e que no momento denota a impossibilidade de soluções definitivas para a questão. A pretensão, até em razão deste contexto, foi poder instigar novos estudos, e a construção de alternativas que possam subsidiar a formulação de regulamentação que contemple a complexidade do tema, na medida do possível, assim como que venha contribuir para orientação dos aplicadores do Direito.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO *STREAMING*: DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS À CULTURA PARTICIPATIVA NA REDE

No final dos anos 1990, com a popularização das novas tecnologias de comunicação e informação e, sobretudo da tecnologia da internet, a pirataria ameaçou a indústria da música e os próprios artistas. Agora, com chegada de plataformas que oferecem a tecnologia de *streaming* de músicas, as gravadoras, editoras e os titulares dos direitos autorais brindaram com uma possibilidade de reaquecimento desta indústria.

Entretanto, por não existir uma regulamentação desses serviços ainda no Brasil, muitas dúvidas surgiram desde o início da utilização dessa tecnologia, em meados de 2005, quando o *YouTube* foi lançado. Um dos maiores questionamentos era se o *streaming* de obras musicais estaria sujeito à gestão coletiva de direitos autorais.

Sem perder de vista que o foco principal deste estudo é o uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor nos *vlogs* do *YouTube*, este capítulo mostra-se um passo importante para o desenvolvimento da pesquisa, porque é nele que serão abordadas questões fundamentais para a análise, a começar por uma introdução aos aspectos elementares do Direito de Autor.

Neste capítulo, os objetivos consistem em apresentar o fundamento e objeto de proteção do Direito Autoral, o seu duplo aspecto (o direito moral e patrimonial do autor) bem como fazer a diferenciação entre os dois sistemas principais de Direito Autoral vigentes no mundo (francês e inglês).

A gestão coletiva de direitos autorais também é uma parte importante do processo de construção deste trabalho, razão pela qual, outro objetivo consiste em demonstrar seu funcionamento no Brasil no caso de obras musicais e lítero-musicais. Outro objetivo desenvolvido neste capítulo é conceituar e contextualizar os *vlogs* do *YouTube* como um dos produtos que surgem em meio à cultura participativa e a cultura da convergência.

Por fim, considerando que este estudo pretende verificar o uso de fonogramas nos *vlogs* no *YouTube* deve receber enquadramento análogo ao *streaming* de músicas, no último tópico busca-se problematizar as controvérsias em torno do *streaming* de músicas, sobretudo os referentes à falta de transparência nos repasses

dos valores devidos aos titulares, os modelos de licenças adotados e ao funcionamento do órgão responsável por fazer esses repasses no Brasil.

2.1 Fundamento e objeto do Direito Autoral

O ser humano é dotado de uma singular capacidade de criação e invenção, de atribuir significados e sentidos à representações que rompem com a realidade objetiva. Verifica-se que estas criações, fruto do intelecto humano desempenham funções importantes e insubstituíveis nas sociedades, tenham elas finalidades artísticas, informativas ou científicas. Em razão desta atividade criativa resta a necessidade de regulação e proteção destas obras que são fruto do intelecto humano, protegendo-as do descaso, do abandono, da censura e da violação (BITTAR, 2015, p.28). Para proteger e tutelar as criações fruto do intelecto humano, o Direito desenvolveu a propriedade intelectual.

A propriedade intelectual, como se sabe, divide-se entre dois ramos: a Propriedade Industrial e os Direitos Autorais. Ambas buscam conferir proteção jurídica às criações, fruto do intelecto humano. Mas, enquanto que o Direito Autoral protege as obras intelectuais artísticas, estéticas, literárias e científicas, a Propriedade Industrial cuida da tutela das criações como patentes, modelo de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas e marcas. (BOFF; 2017, p.20). O Direito Autoral é uma forma de proteção na propriedade intelectual, uma vez que existem outras categorias de proteção foram criadas denominadas formas “*sui generis*” para contemplar o software a proteção de dados.

Sendo assim, o Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que tutela as relações jurídicas oriundas da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, científicas e literárias (BITTAR, 2015, p.28):

A “obra estética” invoca o estudo da relação entre indivíduo e grupo, entre meio e cultura, momento e linguagens em ebulição na vida social. Por isso as obras estéticas (científicas, artísticas e literárias) atendem uma necessidade cultural dentro da textura do convívio social, e aqui o elemento cultura é definido em sua abrangente acepção, em conexão com o termo natureza, pois resulta de uma intervenção intelectual e transformativa do homem sobre o espaço do que lhe é dado aos sentidos, abraçando em sua totalidade conceitual as construções estéticas assim como as demais representativas de uma produção espiritual humana (BITTAR, 2015, p.13).

Estas relações nascem com a criação da obra, dando surgimento a direitos de aspecto moral (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e com a comunicação da obra ao público, de aspecto patrimonial, (como os direitos de reprodução e representação, de fixação gráfica, inserção em suportes, de execução entre outros) (BITTAR, 2015, p.28).

O objeto do Direito Autoral é a obra intelectual, seja ela artística, científica ou literária, desde que esteja exteriorizada em um suporte, uma vez que o Direito Autoral não protege as ideias. Tudo aquilo que fica apenas no plano do intelecto, da abstração, sem que haja a fixação desta ideia em um suporte (como uma composição musical, uma pintura, um livro, uma escultura) não é passível de proteção:

A simples criação que permanece na mente do criador, serve, tão somente, para seu próprio deleite, como já dito, como o próprio ato de criar. A criação que, por qualquer forma, meio ou processo não for exteriorizada, não é obra, posto não poder ser perceptível no mundo físico, e por isso, simplesmente não existe. Impõe-se para que se torne uma obra, que de alguma forma se exteriorize materialmente, que se torne fenômeno, manifestado no tempo ou no espaço, perceptível pelos sentidos (FRAGOSO, 2009, p.40)

Trata-se da diferenciação entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum* da obra: o primeiro é a sua exteriorização, o segundo constitui seu elemento imaterial, intangível (BARBOSA, 2009, p. 11).

Existem também os ‘direitos conexos’, que são protegidos da mesma forma, dizem respeito aos direitos resguardados aos artistas, intérpretes ou executantes sobre as suas criações. De acordo com Abrão (2017, p.242) os Direitos Conexos podem ser definidos como os “direitos de conteúdo vizinho” ao autoral, aos quais reconhecem direitos patrimoniais equiparados aos de autor, pelo fato de seus titulares atuarem e difundirem obras autorais.

Foi em meados do século XX que os intérpretes, atores e produtores começaram a reivindicar também direitos que antes eram somente restritos a pessoa do autor, pois estes entendiam que embora não fossem autores da obra, teriam contribuído para sua popularização. Por exemplo, um regente de uma orquestra que executa a nona Sinfonia de Beethoven gravada em DVD não é o titular dos direitos autorais da obra – até porque a mesma já caiu em domínio público -, mas tanto ele como o produtor do videograma são titulares de um direito conexo ao de autor. Embora qualquer um possa executar a Nona Sinfonia, inclusive com fins de obter lucro, ninguém poderá exhibir aquele fonograma ou videograma sem a autorização do regente e da empresa responsável pela produção daqueles. (COELHO, 2012, p.289)

A LDA reconhece também direitos morais aos intérpretes, sendo esta uma categoria especial de titulares, pois são reconhecidos como “autores de suas interpretações”. Eles se sustentam sob um tripé: artistas, gravadoras de discos e emissoras de televisão (ABRÃO, 2017, p.244).

O sujeito do direito autoral é, portanto, o próprio autor ou o titular de autoria de obra intelectual, sendo que, o objeto deste direito é a proteção jurídica legal da própria obra criada e fixada em qualquer suporte físico, ou veículo material. (GANDELMAN, 2001, p.38)

Coelho (2012, p.294) elenca quatro características principais dos direitos autorais: 1) não se protege a ideia, mas somente a forma pela qual ela é exteriorizada; 2) a obra está ligada a um suporte do qual, no entanto é independente como objeto de direito; 3) os direitos patrimoniais do autor são temporários, enquanto que os morais se eternizam; 4) os direitos do autor nascem do ato de criação e independem de qualquer registro ou formalidade.

O Direito de Autor é disciplinado em nível nacional e internacional. Destaca-se que as convenções e tratados internacionais são especialmente importantes para este ramo do Direito, uma vez que elas trazem diretrizes e regras que devem ser incorporadas pelas legislações locais dos países que forem signatários. Destaca-se, neste contexto, a Convenção de Berna (União para a propriedade literária), de 1886 e suas revisões, a Convenção de Genebra (UNESCO) de 1952, a dos Direitos Conexos de Roma de 1962 e o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) de 1994.

O fundamento do Direito de Autor pode ser visto em diferentes perspectivas: partindo de uma concepção jusnaturalista, o Direito de Autor é um direito natural; ou sob um viés mais utilitarista, onde seu fundamento seria conceder um monopólio para exploração econômica para os criadores por um determinado lapso temporal funcionaria como estímulo a criação intelectual, beneficiando toda a sociedade (MONCAU, 2015, p.59).

Na concepção utilitarista, o Direito Autoral é visto como um estímulo à própria criatividade, este instituto pode ter um papel relevante como mecanismo de fomento à liberdade de expressão. Ainda, este incentivo aos autores deveria estar acompanhado da possibilidade que a sociedade também possa ter acesso às obras produzidas (MONCAU, 2015, p.61).

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o Direito de Autor como um Direito Fundamental, no art.5º, inciso XXVIII¹. Contudo, isto não significa que este direito deve prevalecer sobre outros sempre, não estando sujeito a qualquer tipo de relativização ou limitação, como este trabalho pretende abordar, principalmente no terceiro capítulo.

Na legislação ordinária, a matéria de Direitos Autorais e Conexos encontra-se disciplinada na Lei nº 9.610/98. No que se refere a legislação internacional, o Brasil é signatário dos principais acordos, tratados e convenções internacionais de Direito de Autor, a mencionar (TORRI, 2011, p.31):

1. Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, completada em Paris 1896 e 1971).
2. Convenção Universal sobre Direito de Autor de 1971.
3. Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras literárias, científicas e artísticas de Washington em 1946.
4. Convenção Internacional para proteção dos artistas, intérpretes ou executantes aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão de Roma em 1961.
5. Convenção para proteção de produtores de Fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas de Genebra em 1971.
6. Tratado sobre o registro internacional de obras audiovisuais de Genebra em 1989.
7. Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS) firmado em Marraqueche, 1994.

¹ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

O sistema autoral atua em três campos distintos: incidência do direito, que é o campo em que a lei considera passível de proteção especial e sobre as quais os titulares ou autores exercem direitos de exclusividade; não incidência ou isenção, que é aquele campo em que o próprio legislador concede em caráter excepcional as hipóteses de exclusão, tais como o uso jornalístico, a citação para fins específicos, paródias, e as limitações ao Direito de Autor: situações de imunidade a esses direitos, campo em que não há nem direitos exclusivos nem privilégios em relação às ideias, conceitos, sistemas (ABRÃO, 2017, p.6).

Pertinente é análise de Adolfo (2006, p. 342) que coloca que desde seu surgimento, observa-se que o Direito Autoral foi se vinculando cada vez mais à interesses empresariais, muitas vezes se sobressaem em relação às relações jurídicas e sociais em detrimento do próprio autor. Como consequência disto, tem-se que o Direito Autoral acaba perdendo uma de suas justificativas, que é manutenção e estímulo da produção de cultura.

2.2 Os diferentes sistemas *Droit d'auteur* e *Copyright*

Uma previsão jurídica de forma sistemática da proteção do autor é algo bastante recente na civilização. Embora as pessoas exerçam atividades criativas desde a antiguidade, a atividade de criação e sua proteção somente foram regulamentadas a partir da Idade Moderna (ZANINI, 2015, p.27).

Conforme observam Pires e Boff (2011, p.93) “O poder criativo do homem acompanha a sua evolução. Na antiguidade, constatavam-se as mais diversas formas de manifestação, sem, entretanto, ter formas de garantia dos direitos dos criadores. Acentua-se o maior reconhecimento das atividades intelectuais a partir da Idade Média”.

Isto se deve ao fato de que na Antiguidade e em parte da Idade Média, as obras literárias e a comunicação eram realizadas em um primeiro momento, por meio da oralidade, dos gestos, e expressões corporais, passando depois para a escrita. Contudo, a reprodução da obra escrita era feita de forma manual, pelo “monges

copistas² que eram pagos para realizarem esta tarefa. Os autores, nada recebiam, pois a ideia que se tinha era de que os copistas deveriam ser remunerados porque eles faziam o trabalho de cópia dos exemplares. (GANDELMAN, 2001, p.28-29)

A preocupação com a autoria e os direitos de exploração comercial de uma obra estão relacionados com o contexto da modernidade, notavelmente, o aperfeiçoamento da prensa de tipos móveis por Gutemberg, por volta de 1450. Juntamente com a Revolução Industrial, a prensa impulsionou o mercado dos livros e possibilitou maior facilidade de publicação e divulgação das obras (PIRES; BOFF, 2011, p. 94).

Com a expansão do comércio do livro, nasceram os privilégios concedidos aos editores para exploração econômica da obra, concedidos pelos monarcas, que perduravam por um determinado tempo, chamados monopólios de utilização (BITTAR, 2015, p.31).

O desenvolvimento deste mercado do livro fez surgir questionamentos sobre os privilégios de impressão das companhias. Houve o surgimento de um comércio irregular (pirata). Neste contexto, a noção de autoria começa a ser uma preocupação, em parte por autores que queriam emancipar-se do mecenato (MONCAU, 2015, p.47)

Tem-se que os direitos autorais começaram a tomar forma com o Estatuto da Rainha Ana de 1710, chamado *Copyright Act*, na Grã-Bretanha. A partir deste Estatuto, o autor começa a ter seus direitos reconhecidos como tal, onde a lei reconheceu o direito de cópia do autor, dando origem ao termo e ao sistema de direitos autorais *copyright*, que perdura até hoje (ASCENSÃO, 1997, p.4).

Inicialmente, o *copyright* tinha como objetivo regular o comércio do livro. A visão do *copyright* como um direito natural do autor veio depois do Estatuto da Rainha Ana. Esta noção de autoria surgiu na verdade, para afastar o regime de licença (censura) imposto pela coroa inglesa (MONCAU, 2015, p.50) Já nos EUA, houve a inserção de uma norma na Constituição americana, de 1783, precedida de regras estaduais e a edição do *Federal Copyright Act* de 1790 (BITTAR, 2015, p.31).

Contudo, é na França, depois da Revolução de 1789 que os direitos autorais adquirem contornos mais robustos. Destacam-se nesta época dois decretos de vital

² Para maior aprofundamento, veja-se “A evolução histórica do Direito de Autor”, de Cristiane Epple et al., (EPPLÉ, 2011, p. 9).

importância para o Direito Autoral: o Decreto 13-19 de janeiro de 1791, que reconheceu o direito dos dramaturgos de exploração sobre a representação de seus trabalhos; e o Decreto de 19-34 de julho de 1793, que reconheceu o direito de reprodução sobre a propriedade literária, musical e artística (ZANINI, 2015, p.54).

Surge então, outra tradição de Direito Autoral, intitulada *droit d'auteur* que reconheceu o duplo aspecto dos direitos autorais. Esta tradição enfoca além dos aspectos patrimoniais, os aspectos morais, ou seja, o ineditismo, a paternidade, à integridade da sua obra que não pode ser modificada sem a sua expressa anuência (GANDELMAN, 2001, p.32-33).

O sistema francês, também chamado por Bittar (2015, p. 28) como individual, é o sistema adotado pela Convenção de Berna, possuindo um caráter mais subjetivo, fundado na exclusividade que outorga ao titular dos direitos referentes a exploração econômica, garantindo também a participação em diversos meios de utilização. Neste regime, reconhece-se a limitação das convenções celebradas pelo autor para exploração da obra. Também, a proteção é garantida independentemente de registro da obra ou de outras formalidades.

O regime comercial, descrito como o modelo americano e inglês, possui caráter objetivo. O *copyright* é concedido ao titular, mas para efeito da expansão da cultura e da ciência exige-se formalidades para o exercício do direito de exclusividade, conforme definido na Convenção de Genebra de 1952 (BITTAR, 2015, p.29).

De acordo com Fragoso (2009, p.84) o sistema *copyright* concebe o Direito de Autor como um privilégio de reprodução, dando mais ênfase aos direitos das gravadoras, das editoras e produtoras quando confrontados com o direito dos autores.

Ainda, alguns autores afirmam que embora distintos, os dois sistemas foram gradativamente criando semelhanças e se hibridizando, em razão da crescente harmonização entre os dois sistemas, até mesmo no Brasil (MONCAU, 2015, p.59). Uma das principais diferenças entre os sistemas *copyright* e direito de autor é que este último concebe a proteção em dois diferentes aspectos: o patrimonial e o moral. No próximo item, será feita esta distinção.

2.3 Aspecto moral e patrimonial do Direito de Autor

O ordenamento jurídico pátrio, por meio da LDA de 1998 filiou-se à tradição francesa de direito autoral, de maneira que reconhece o duplo aspecto deste ramo

jurídico. Portanto, o direito autoral apresenta dois aspectos: o moral e o patrimonial. O primeiro assegura a autoria e a paternidade inafastável da obra para garantir que receba os créditos por sua criação, a sua divulgação, e conseqüentemente, o direito que a obra seja mantida íntegra e não seja alterada salvo seu consentimento, além de resguardar o direito de tirá-la de circulação. (GANDELMAN, 2001, p.37)

O direito moral é voltado à pessoa humana criadora de obra intelectual, fundada na personalidade e no exercício da liberdade de expressão. O aspecto patrimonial, por sua vez decorre das relações de caráter real no uso e gozo das obras criadas e materializadas. Também, o aspecto patrimonial é fundado no direito de que todos tenham acesso ao progresso científico, ao acesso ao conhecimento, ao lazer e a cultura, razão e fundamento da temporariedade da proteção (ABRÃO, 2017, p.5).

Cada “bloco” desses direitos cumpre uma função própria: os direitos morais estão relacionados com a defesa da personalidade do autor, como por exemplo, de ser reconhecido como autor de uma obra. Consistem em proteger o autor de ações de terceiros que possam acarretar em algum dano a obra. São reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, da personalidade única a qual influencia no processo criativo (BITTAR, 2015, p.67).

Devido a vinculação da obra ao seu autor e em razão do aspecto moral, o Direito Autoral possui características inerentes, que compreendem a sua “irrenunciabilidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade *inter vivos* e *causa mortis*, a perpetuidade, o caráter absoluto, inalienabilidade, impenhorabilidade e a inexpropriabilidade” (ZANINI, 2015, p.261)

Os direitos morais nascem com a criação da obra, manifestando-se alguns com a simples materialização e acompanham o autor. Mesmo que esgotada a exclusividade patrimonial e entrada em domínio público da obra, eles ainda persistem. São direitos que nem mesmo a morte do autor é capaz de afastar (BITTAR, 2015, p.69). Na LDA de 1998 eles estão elencados nos artigos 24, 25, 26 e 27 e seus incisos 1998 quanto ao sujeito do autor. Ainda, a proteção aos direitos morais dos intérpretes e executantes foi assegurada, por força do artigo 92 da mesma lei.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, referem-se à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários. Provêm da decisão do autor em comunicar a obra ao público e sob a forma que melhor atenda a seu interesse de fazê-la circular (BITTAR, 2015, p.67).

Estes direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para exploração econômica da obra. É necessário a prévia consulta ao autor para qualquer uso econômico da obra, que só será legítimo com a anuência do autor:

Isso significa, pois, que, pelos vínculos que o mantêm unido à obra, mesmo depois de comunicada ao público de qualquer forma, tem o direito de interferir em qualquer outra modalidade não contratada ou surgida depois com a evolução tecnológica (gravação de show, ou novela, em fita cassete, para posterior venda ou locação ao público, em que a permissão para realização da novela não possibilita, por si, o novo uso, que ao revés, necessita estar autorizado por expresse no ajuste próprio) BITTAR, 2015, p.71).

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos morais, são penhoráveis, passíveis de cessão, seus efeitos possuem limitação objetiva no tempo, são prescritíveis independentes entre si, isto é, esses direitos podem ser usados e negociados pelo autor de forma independente e cedidos a pessoas diferentes (BITTAR, 2015, p.72). Estes direitos, de forma mais numerosa estão dispostos a partir do artigo 28 e seguem até o artigo 46 da LDA de 1998.

De qualquer forma, esses dois aspectos (moral e patrimonial) não devem ser dissociados, uma vez que fazem parte de um mesmo complexo jurídico. Eles mesclam-se e complementam-se para construir o conteúdo dos direitos autorais: “O direito moral é a base e o limite do direito patrimonial que por sua vez, é a tradução da expressão econômica do direito moral.” (BITTAR, 2015, p.69)

Finalizada esta discussão introdutória ao Direito de Autor, o próximo item irá conceituar a tecnologia de streaming, bem como fazer uma diferenciação de suas modalidades.

2.4 Conceito de *streaming* (*Simulcasting e webcasting*)

O termo *streaming*, vem do inglês e pode ser entendido em português como “fluxo”. É uma forma de execução em que o usuário pode assistir ou ouvir um produto por meio de pacotes de dados que são recebidos em fluxo constante pela rede, de forma *online*.

Ou seja, trata-se de uma tecnologia que consiste na distribuição online de dados, por meio de pacotes. Diferentemente dos *downloads* de música, o *streaming* não precisa que o arquivo fique salvo na máquina ou em outro suporte para ser

executado, pois este é reproduzido na medida em que o usuário recebe os dados (STOCKMENT, 2009).

O *streaming* como recurso tecnológico começou a se desenvolver por volta dos anos 2000, mas ganhou popularidade pelo seu uso em plataformas para ouvir música, como a *Pandora* criada em 2005, mas ainda não disponível no Brasil.

Por um lado, ele se assemelha ao que ocorria com as rádios, pois neste caso o usuário recebia através das ondas eletromagnéticas a transmissão de produtos. Contudo, essas plataformas de *streaming* são interativas e possuem um destinatário específico, pois o mesmo cria uma conta para acessar o conteúdo, e pode escolher o que quer assistir ou ouvir e em que momento.

O *streaming* de música se tornou popular em plataformas como *Spotify*, *AppleMusic*, *Play Music*, *Deezer* e *Napster*. Já o *Streaming* de séries e filmes se tornou popular com plataformas como *Netflix*. Em verdade, o *Napster* começou no fim dos anos 1990, na ilegalidade e operando com o compartilhamento *peer-top-peer* de arquivos. Na época, o programa revolucionou a forma de compartilhar músicas e fazer *download*s, influenciando uma série de outros programas que o seguiram, como *Limewire*, *Ares*, *E-mule* e o *Kazaa*. Nos EUA, a plataforma foi alvo de vários processos judiciais em razão por infringir leis de *copyright*. O *streaming* de músicas pago e de forma legal se tornou a forma de operação da plataforma apenas em 2016.

O *Spotify*, uma das plataformas mais populares, por exemplo, foi desenvolvido na Suécia em 2008, mas só chegou ao Brasil em 2014. Ele oferece recursos para seus usuários, tais como criar listas de preferência e *playlists* para compartilhá-las com outros usuários. Também há a possibilidade de ouvir uma *playlist* elaborada pela própria plataforma com base nas preferências do usuário, ou de acordo com ocasiões. Tem *playlist* para ir à academia, para relaxar, para estudar, etc. O usuário pode escolher usar o serviço de forma gratuita (e contar com menos recursos) ou se tornar assinante *premium*, pelo valor de R\$ 16,90 mensais. A versão paga, além de não possuir anúncios, tem outros recursos como “ouvir off-line”³, no qual o usuário pode

³ Essa foi uma das soluções encontradas para o problema da conectividade, que nem sempre está disponível. O que o torna diferente de um *download* comum é que o arquivo somente pode ser executado por intermédio do aplicativo. Também, esse arquivo tem uma licença para rodar – depois de um tempo sem acessar a plataforma, a licença expira (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.283).

fazer o download das faixas que quiser, e mantê-las salvas no dispositivo e ouvir sem a necessidade de se conectar à rede. (SPOTIFY, 2018)

Em 2003 a Apple foi pioneira ao oferecer o primeiro “modelo de vendas autorizadas de música digital” com o *iTunes*. Era um sinal de que a indústria musical, ciente de sua queda, estava aderindo a digitalização aos seus modelos de negócio, vendendo faixas pelo preço de US\$ 0,99. A venda de faixas “avulsas” gera uma discussão em torno da desvalorização do trabalho global do artista e da produção de álbuns.

Até então, tirando o fato de que as pessoas podiam comprar faixas avulsas e não o álbum todo se quisessem, não havia tantas diferenças entre o comércio digital e o comércio de suporte físico (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.14).

As grandes mudanças mesmo vieram com o surgimento das plataformas de *streaming*. A música deixa de ser um “produto”, uma propriedade que o consumidor adquire, para se tornar um “serviço” pelo qual o usuário paga um valor para ter acesso a um acervo praticamente ilimitado quando quiser: “ A grosso modo, ao pagar para ter acesso ao *streaming*, o usuário está pagando por um serviço, enquanto o pagamento para realizar um download e obter um arquivo pode ser compreendido como uma aquisição de produto.” (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.267).

Corroborando, explicam Wachowicz e Virtuoso (2016, p.30) que a música deixa de ser uma propriedade, uma posse para se tornar um acesso:

Outra questão é a de considerar este tipo de serviço como execução pública. O *streaming* não se enquadra nos elementos do artigo 68 da Lei de Direito Autoral. Aqui, deve-se considerá-lo como uma utilização particular, sem fins lucrativos. Uma cobrança como se fosse execução pública seria indevida e onerosa de forma excessiva o usuário (VIRTUOSO; WACHOWICZ; 2016, p.31).

No Brasil, a população vem aderindo ao *streaming* de forma massiva. Segundo pesquisa realizada pela *ComScore*, já em 2015, plataformas como *YouTube* e *Netflix* ultrapassaram a televisão aberta na preferência dos brasileiros. Em termos de América Latina, o resultado apontado também foi esse.

Em 2017 no Reino Unido as plataformas de *streaming* se tornaram as formas mais rentáveis de distribuição dos produtos audiovisuais, superando os DVD's, *Bluray's* e até os downloads digitais (SWENEY, 2017). O mercado continua em expansão, pois a cada dia surgem novas plataformas, algumas especializadas em

segmentos e nichos⁴. O *Spotify* pretende abrir suas ações para venda ainda no ano de 2018.

O mercado de *streaming* se divide basicamente em dois tipos: o *streaming* interativo e o não-interativo. O *streaming* interativo, também chamado de *webcast on-demand*, é aquele onde o usuário tem o poder de escolher qual obra ou conteúdo ele quer ouvir, qual ordem ele quer seguir, assim como o momento em que ele quer iniciar o *streaming* (HAANDEL, 2009, p.30).

O *streaming* não interativo, também chamado de *simulcasting* é o modelo adotado nas rádios online, onde o usuário apenas escuta a programação que está sendo transmitida. O funcionamento da programação é idêntico ao das rádios tradicionais, não fosse o fato de ser transmitido por internet (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.267).

No estudo de Pires e Adolfo (2017) encontra-se um conceito técnico para o *streaming*, considerando o armazenamento temporário que ocorre no momento em que o usuário recebe o conteúdo que está sendo transmitido via *streaming*:

É possível dizer que o streaming é a tecnologia, pela qual é possível a transferência de arquivos de áudio (e/ou vídeo) em rede de computadores, por meio da internet ou não, de modo que, a partir do envio de pacotes de dados, do *buffering* e armazenamento provisório dos arquivos, torna possível ao usuário, por exemplo, escutar um áudio armazenado em um determinado servidor antes mesmo de finalizar o *download*. Torna possível também escutar áudios e vídeos transmitidos em tempo real, realização de videoconferências, ou, ainda, ouvir uma rádio de forma simultânea a sua transmissão por radiodifusão, bem como outras possibilidades (PIRES; ADOLFO, 2017, p.98).

Pires e Adolfo (2017, p.89) utilizam a terminologia *livre streaming webcast* para se referir ao *streaming* onde existe uma “grade”, uma “ordem” fixa de reprodução e transmissão, a qual o usuário fica sujeito a respeitar, estando ausente a possibilidade de interatividade:

O *live streaming webcast* é caracterizado, sobretudo, por ser de transmissão contínua, assemelhando-se muito ao sistema *broadcasting*, isto é, ao sistema utilizado pela rádio e televisão, em que há já uma programação pré-fixada em

⁴ *Louve chega para competir no mercado de streaming de música*. 2018. Portal R7. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/louve-chega-para-competir-no-mercado-de-streaming-de-musica-02022018>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

andamento, acessível ao usuário via internet ou simplesmente a transmissão ao vivo de um evento, por exemplo. No entanto, em regra, sem possibilidade de interatividade ou, ainda, de escolha e alteração do programa (PIRES; ADOLFO, 2017, p.89).

Percebe-se então que os autores fazem uma diferenciação entre o *simulcasting* e o *live stream webcast*. No caso, o *simulcasting* ocorreria quando uma rádio analógica, que realiza radiodifusão, passasse a oferecer a possibilidade de ouvir a mesma transmissão, de forma online. Já a modalidade *live stream webcast* refere-se ao momento em que uma rádio que opera exclusivamente online faz as transmissões:

Portanto, exemplificando, uma rádio online utiliza do sistema de *live stream webcast*, pois disponibiliza uma programação contínua aos seus usuários ou consumidores, que podem acessar tal programação de acordo como ela vai sendo transmitida. Não há a possibilidade, portanto, de escolher o que escutar e em qual momento escutar, devendo-se seguir a programação. Da mesma forma, quando uma rádio tradicional analógica, isto é, cujo funcionamento se dá por radiodifusão, retransmite sua programação, de forma simultânea, via internet, utiliza-se do *live stream webcast*. Neste caso, será considerado, ainda, como *simulcasting*, pois haverá a simultaneidade de transmissão, por meio de duas tecnologias, no caso a radiodifusão e o *streaming* (PIRES; ADOLFO, 2017, p.99).

O *streaming on-demand*, referente aos aplicativos de música como *Spotify*, *Deezer*, o formato atual do *Napster* e outros, enquadram-se no *webcast on-demand* para Pires e Adolfo (2017, p.101):

Nesse caso, os arquivos são armazenados pela prestadora de serviço em servidores ligados à internet, permitindo ao usuário conectado ao servidor por meio de um dispositivo com acesso à internet (computador, notebook, smartphone, etc), escolher, dentre os arquivos disponibilizados, aquele que pretende assistir ou escutar via streaming, no local e momento que desejar.

É importante frisar essas questões, pois ainda que sejam de ordem técnica serão importantes para realizar a análise do posicionamento assumido pelo STJ em relação a natureza dos serviços de *streaming*, bem como para verificar quais são os pontos controversos da decisão que reconheceu o *streaming*, em todas as suas modalidades, como execução pública. Este ponto será retomado no segundo capítulo.

De acordo com Valente e Francisco (2016, p.276) o *YouTube* é o “modelo de *streaming* gratuito por excelência”, sendo uma plataforma interativa de serviços de *streaming* bastante *sui generis*. Primeiro, por ser gratuita, (embora exista o *YouTube Red*, lançado em outubro de 2015, que é um serviço por assinatura do *YouTube*) destinada a ouvir música sem pausa e sem publicidade. Em segundo lugar, o *YouTube*

é baseado em vídeos, e não somente áudio, embora em muitos casos o vídeo em questão consista apenas em uma imagem que dá suporte a um áudio.

Ainda, para os autores, o site vai muito além de ser uma plataforma de difusão de música e vídeo, embora para usuários “eventuais” possa ser apenas isso mesmo:

Enquanto isso, ele é, sobretudo, um empreendimento comercial, para o qual a audiência é um chamariz de anunciantes. Ainda que, como empresa, o YouTube dê sinais de se preocupar com o aspecto comunitário da plataforma, entendendo possivelmente o valor comercial que isso agrega, há atores do mercado que veem o YouTube primordialmente como um veículo para desenvolvimento de negócios da indústria musical e audiovisual (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.276)

Se em seu surgimento o *YouTube* era a plataforma onde apenas os amadores e usuários hospedavam seus vídeos, hoje as gravadoras e artistas tem o site como uma plataforma de distribuição e/ou divulgação das obras fonográficas, e a possibilidade de monetização torna essas atividades rentáveis. Não obstante, muitos artistas surgem no *YouTube* antes de assinarem contratos com editoras e gravadoras (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.276)

Uma das maiores controvérsias sobre o *streaming* de músicas no Brasil, era que a ele deveria ser aplicado o regime da gestão coletiva de direitos autorais. Logo, como este trabalho pretende discutir se, o uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube* também está sujeito a mesma forma de gestão, é preciso primeiro, compreender a gestão coletiva. No próximo item, o objetivo será compreender como funciona a gestão coletiva de direitos no Brasil, analisando também, quais são os problemas enfrentados neste tipo de gestão e suas controvérsias.

2.5 A gestão coletiva de Direitos Autorais e seu funcionamento no Brasil

As plataformas de *streaming*, downloads e rádios online funcionam como “intermediários” entre o consumidor e os titulares dos direitos autorais e conexos, que ocupam uma posição de protagonismo no cenário atual, e estão modificando o sistema de gestão coletiva (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.11).

Mas o que de fato é uma “Gestão Coletiva” de direitos autorais? A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI)⁵ conceitua gestão coletiva como o exercício de direitos autorais e de direitos conexos por meio de organizações que atuam no interesse e em nome dos proprietários de direitos (WOPI, 2018).

As entidades de representações dos autores, que podem ser públicas ou privadas, começaram a surgir a partir da metade do século passado. De uma forma genérica, pode-se dizer que essas associações possuem um caráter sindical. Elas se propunham a executar funções como assegurar o recebimento dos créditos que o titular tem direito a receber em razão da utilização de sua obra (ASCENSÃO, 1999, p.619).

A OMPI parte da ideia de que para algumas finalidades de uso, a gestão individual desses direitos é praticamente impossível. Por exemplo, um cantor ou músico pode escolher gravar sua obra em um suporte, ou um autor escolher publicar um livro. Esses são direitos que podem ser administrados de forma individual sem embaraços (WOPI, 2018).

Mas esses mesmos criadores teriam dificuldades em entrar em contato com todas as estações de rádio e televisão para negociar licenças e remuneração por suas obras. O contrário também vale. É nestes casos que a gestão coletiva por meio de organizações entra em cena: uma de suas atribuições é assegurar que criadores recebam por seus trabalhos (WOPI, 2018).

De acordo com Bastos (2016, p.113), a gestão coletiva é uma forma de fazer a administração dos direitos autorais em um contexto que é impossível os autores cobrarem e tutelarem esses direitos sozinhos, porque é difícil controlá-los sem uma articulação:

Podemos definir a gestão coletiva como a atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras. Ela consiste basicamente nos autores e titulares se juntando em associações, delegando a elas a faculdade de praticar em nome

⁵ A OMPI nasceu de uma Convenção firmada em Genebra, em 1967 e conta, atualmente com 179 Estados Membros. Tem como objetivo a promoção e a proteção da propriedade industrial e autoral. Ela nasceu basicamente, da Convenção de Paris de 1883 que visava a proteção da propriedade industrial e da Convenção de Berna de 1886 que visava a proteção das obras literárias, musicais e artísticas. A OMPI centraliza a administração das convenções internacionais – Além da Convenção Universal da UNESCO, do Acordo TRIPS, em conjunto com a OMC da Convenção de Roma, do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (TODAWCT) e do Tratado da OMPI sobre Interpretações e Execuções de Fonogramas (TOIEF/WPPT), coordenando todas as ações no plano global que envolvem os dois grandes ramos da propriedade intelectual (FRAGOSO, 2009, p.84).

deles os atos para a defesa dos seus direitos, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de pessoalmente exercer essa administração (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.113).

As sociedades de gestão coletivas de direitos autorais nada mais são do que “entes” que atuam como mandatários de titulares de direitos autorais, que podem praticar atos em nome desses titulares, como por exemplo, autorizações para uso das obras e o recolhimento dos royalties devidos pela utilização das obras protegidas (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.113)

No ramo da música, o uso de intermediadores é frequente. A música em si percorre um grande caminho até chegar ao consumidor final (ouvinte). Ela precisa ser escrita, gravada em alguma mídia e distribuída. As gravadoras e editoras são os primeiros tipos de agentes intermediadores quando se pensa na “cadeia produtiva musical”, e de fato, direitos como de reprodução e sincronização, elas sempre foram as principais responsáveis por intermediar relações (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.11).

Mas os direitos de execução pública também são intermediados. E o subsistema do Ecad e das associações de gestão coletiva de direitos autorais é, em essência, um sistema de intermediação (VALENTE; FRANCISCO, p.11).

As associações dos titulares ocupam um lugar de destaque na arrecadação e distribuição dos direitos autorais, e suas origens remetem ao surgimento do próprio direito autoral na França. As primeiras a surgirem foram iniciadas pelos autores da dramaturgia, a SACD (*Societe des auteurs et compositeurs dramatiques*) em 1829. Em seguida, em 1851, os músicos fundaram a SACEM (*Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*) (BITTAR, 2015, p.139).

No Brasil, as associações dependem de autorização estatal e a arrecadação musical referente à execução pública de obras está sob responsabilidade do Ecad (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) (BITTAR, 2015, p.139).

A natureza jurídica das associações de gestão coletiva de direitos autorais pode ser pública ou privada. Públicas são as entidades de representação criadas por lei, e privadas as decorrentes de mandato de representação ou cessão particular de direitos. Na espécie de representação privada, via de regra, não há interferência estatal na administração das entidades, mas pode haver regulação estatal desta atividade em razão do interesse público (TORRI, 2011, p. 34).

Em suas origens, a gestão coletiva de direitos se desenvolveu com entidades de caráter privado, sem fins lucrativos, formadas por autores (com participação dos editores de obras. Além de atenderem aos autores nacionais, as entidades de gestão coletiva também devem atender os titulares internacionais por força da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS. (TORRI, 2011, p. 34).

No Brasil, as sociedades de autores são organismos privados civis, constituídos pela união dos titulares com objetivos em comum. Mas destas sociedades, apenas as que mais arrecadam integram o Ecad, que é uma associação privada mas sem fins lucrativos, criada por lei e que atua em regime de exclusividade (TORRI, 2011, p. 34)

A Lei número 12.853/2013, fruto de um processo de três anos de elaboração, contando com uma consulta pública, por intermédio do Ministério da Cultura que introduziu modificações na LDA de 1998, especialmente na parte de gestão coletiva dos direitos autorais (BITTAR, 2015, p.139).

Uma delas, foi a nova redação do art. 98, que estabeleceu que uma vez filiado, o titular de direitos, as associações de gestão coletiva de direitos tornam-se mandatárias dos associados para praticar os atos necessários à defesa, judicial e extrajudicial:

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos (BRASIL, 1998).

Em verdade, a gestão coletiva para a execução pública de obras musicais acaba sendo a forma mais viável do autor proteger seus direitos. Isto porque a gestão coletiva não tem um papel preponderante na circulação da obra que é expressa e adquirida em um suporte físico, como na aquisição de um CD ou livro, por exemplo (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.117).

Ascensão (1999, p.621) pondera que existem setores em que a gestão coletiva é a única forma de gerir os direitos dos titulares, sendo esta forma uma “gestão coletiva necessária”, como é o caso da administração dos direitos de obras musicais executados em televisão e rádio.

Também porque o recolhimento sobre a execução pública é feito por vários usuários, e não raras as vezes, a obra musical possui vários titulares, aos quais são

devidos pagamento e pedido de autorização para execução. Por uma série de questões, em casos como a execução pública a gestão coletiva torna-se a melhor saída. A associação de gestão coletiva torna-se então, um intermediário que viabiliza e diminui os custos destas transações (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.117).

Por outro lado, esclarece Ascensão (1999, p.621) que a gestão coletiva “distorceu” o Direito de Autor, transformando um direito que poderia ser exercido por mandatários, em um direito que, atualmente só é exercido por mandatários: “O autor é a pessoa de quem se fala, mas não é a pessoa que fala”:

Em largos domínios o direito de autor, de direito que pode ser exercido por mandatário, tornou-se direito que só pode ser exercido por mandatário: direito necessariamente não pessoal. E de direito de autorização passou a direito de remuneração. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de o autor autorizar previamente a utilização é ficcioso (ASCENSÃO, 1999, p.621).

Apesar de necessária, significa que o autor “é forçado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando em bloco as condições desta” (ASCENSÃO, 1999, p.621)

A OMPI elenca três diferentes modelos de gestão coletiva de direitos autorais, a depender da categoria dos trabalhos envolvidos (música, obras dramaturgia, multimídia) (WOPI, 2018). Existe o modelo “tradicional”, onde as associações de gestão coletiva atuam em nome de seus membros, negociam as taxas e preços dos *royalties* a serem pagos, bem como as licenças. O titular desses direitos não se envolve diretamente ao longo desse processo (WOPI, 2018). Há também o modelo “*one-stop-shops*”, que articula diferentes entidades de gestão coletiva separadas centralizando-as para realizar licenças de forma mais rápida e fácil. Tem sido bastante utilizada atualmente em razão da variedade de conteúdos multimídia que precisam de várias licenças, facilitando esse processo (WOPI, 2018).

A plataforma *iTunes* (Apple), por exemplo, utiliza esse modelo, sendo que a Ubem (União Brasileira de Editoras de Música) ficou como *one-stop-shop* para que a empresa pudesse negociar. A problemática apontada por Valente e Francisco (2016, p.334) é de que a empresa somente pode negociar com a Ubem, que não aceita associações individuais, o que poderia excluir compositores independentes de negociar.

O terceiro modelo descrito pela OMPI são os *Rights clearance centers* (centros de autorização de direitos autorais). Neste modelo há um centro que atua

como um agente para o proprietário dos direitos que permanece diretamente envolvido na definição dos termos de uso de obras aceitos. Esses centros concedem licenças aos usuários que explicam as condições de uso das obras e os termos de remuneração definidos por cada detentor individual de direitos (WOPI, 2018).

Na atualidade, em razão do avanço tecnológico, a gestão coletiva de direitos autorais referentes à obras musicais tem sido palco de diversas discussões para determinar seus limites e alcances de atuação como representantes dos direitos dos autores, intérpretes, e outros titulares (FRAGOSO, 2009, p.373). E com o surgimento do *streaming*, isso não tem sido diferente.

A base constitucional de gestão coletiva de direitos autorais encontra-se no art. 5º, incisos XVII a XX, da CF/88. Por meio destes dispositivos ficam os autores livres para se associarem visando a defesa de seus direitos, desde que observados os requisitos legais estabelecidos pela lei civil e requisitos específicos expressos na LDA de 1998.

A exemplo de outros países como a França, o movimento de gestão coletiva no Brasil partiu do seio de entidades formadas por autores que pretendiam atuar na defesa dos seus direitos. Por disposição constitucional essas associações devem pautar seus atos segundo sua finalidade social objetivando sempre a defesa dos direitos de seus associados, sendo proibida a prática de atos que prejudiquem os mesmos (TORRI, 2011, p.20).

No Brasil, a gestão coletiva dos direitos autorais de execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas musicais é feita por meio do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad). Instituição privada, mas sem fins lucrativos instituída pela lei 5.988/73 e mantida pelas Leis Federais 9.610/98 e 12.853/13.

De acordo com a LDA de 1998:

Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B (BRASIL, 1998).

O Ecad foi fundado em 1973 e é atualmente constituído por sete associações de gestão coletiva musical, e representa compositores, intérpretes, músicos, editores nacionais e estrangeiros e produtores fonográficos que são filiados a elas. A sede fica

localizada na cidade do Rio de Janeiro, mas possui 25 unidades espalhadas pelo país que fazem a arrecadação dos direitos autorais (ECAD, 2018).

Até o ano de 1989, existia o Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA) que era responsável por fiscalizar a atuação do Ecad. Com a extinção desse conselho e com a LDA de 1998, o Ecad passou a ter mais autonomia e poderes (TORRI, 2011, p.49).

A primeira agremiação de autores surgiu no Brasil em 1917, com a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (Sbat), e durante 20 anos, ela foi a única entidade de gestão coletiva de direitos autorais no país. Dos seus 21 integrantes, figuravam nomes importantes como Chiquinha Gonzaga. (VALENTE; FRANCISCO, p.28)

Com o passar do tempo e por uma série de questões (econômicas e divergências na forma de administração, outras associações que visavam resguardar os direitos dos autores e dos editores foram sendo criadas, dentre as quais se destacam: 1) União Brasileira de Compositores (UBC) em 1942; 2) Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores (Sbacem) em 1946; 3) Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execuções Musicais no Brasil (SADEMBRA) em 1956; 4) Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (Sicam) em 1960; 5) Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (Socinpro) em 1962.

Como administrar os direitos autorais de forma coletiva por meio de várias associações com a mesma finalidade era uma tarefa praticamente impossível, a Lei de Direitos Autorais de 1973 instituiu o ECAD como ente central para arrecadação e distribuição dos pagamentos dos direitos. Entretanto, o escritório apenas foi efetivamente instituído e começou a funcionar três anos depois, em 1976. Com a lei de 1973, outras associações foram fundadas, algumas das quais integram até hoje o Ecad. (BITTAR, 2015, p.140).

O Ecad deve ser fonte única de arrecadação de direitos patrimoniais e conexos, devendo ser “fonte de justiça distributiva”, com transparência na gestão e administração, fatores enfatizados com as alterações na LDA de 1998 e da Lei 12.853/2013 (BITTAR, 2015, p.140).

Atualmente, o Ecad é formado por sete associações: 1) Abramus - Associação Brasileira de Música e Artes; 2) Amar - Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, 3) Assim - Associação de Intérpretes e Músicos; 4) Sbacem - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música; 5) Sicam -

Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais; 6) Socinpro - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais; 7) UBC - União Brasileira de Compositores (ECAD, 2018).

O escritório é responsável por fixar preços, regras de cobrança e de distribuição, bem como mantém um banco de dados com cadastros e informações de seus filiados sobre suas obras musicais e fonogramas (ECAD, 2018).

Mas a sua principal competência e função é a arrecadação e distribuição dos pagamentos de direitos autorais provenientes de execuções públicas de obras musicais ou literomusicais. Isto porque, de acordo com LDA de 1998, para uma obra ser utilizada em representações ou execuções públicas é preciso a autorização do autor ou titular:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica (BRASIL, 1998).

Algumas das críticas que Valente e Francisco (2016) fazem a respeito do sistema de gestão coletiva referente ao Ecad, é que ele é um monopólio legal, pois desde sua criação em 1973 ele é o escritório único para essa finalidade. Não obstante, funciona sobre “dupla camada”: há apenas um escritório responsável pela arrecadação e distribuição, mas existem outras nove associações que o integram, que ficam responsáveis pelo cadastro das obras musicais e literomusicais e pelo repasse dos valores aos associados.

Isto é, as associações coletam as informações e associam os titulares e o Ecad arrecada. Depois ele repassa os valores para as associações, que fazem o desconto de impostos para então, repassar o que sobra para os titulares. O resultado deste modelo de “duas camadas” são várias transações, cada uma com sua parcela de custos, onde a onerosidade acaba recaindo para os titulares que recebem menos (VALENTE; FRANCISCO; 2016, p.177).

Observa-se que esse modelo adotado, além de ser exclusivo do país, também é assentado em bases históricas e políticas: na época deste modelo, o objetivo era diminuir as associações existentes. Não obstante, desde a criação da primeira

associação que visava proteger os direitos autorais o cenário foi marcado pela dissolução de algumas e jogos de poder econômico (VALENTE; FRANCISCO; 2016, p.177).

Além do formato, há o fato de que o sujeito precisa estar associado para ter efetivação de seus direitos, fato que ensejou a ADIN, nº 2.054/DF. Em 2003, o PST (Partido Social do Trabalhador) protocolou esta ação de inconstitucionalidade questionando a liberdade de associação, uma vez que a associação se torna na prática, compulsória (VALENTE; FRANCISCO; 2016, p.174).

Até porque, a própria Constituição assegura a liberdade para o sujeito se associar, ou não. Reconhecer o *streaming* como execução pública, além de outras implicações, criará a necessidade do titular se filiar a uma das associações se quiser receber seus direitos sobre suas obras do *streaming*. O recebimento desses direitos se torna condicionado à filiação.

No ano de 2017, o ECAD distribuiu o total de R\$ 1.153.473.516,80 (411.616.658,85 no primeiro semestre do ano e 741.856.857,98 no segundo) e arrecadou 1.140.017.647,00. (ECAD, 2018)

A própria LDA após a mudança de 2013, estabeleceu as porcentagens mínimas dos repasses no art. 99, § 4º, que dispõe:

A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados (BRASIL, 1998).

A administração e funcionamento do órgão é feito por meio de sua Assembleia Geral, que nomeia a diretoria e edita três documentos: o estatuto do ECAD, o regulamento de arrecadação e o de distribuição (BASTOS, 2016, p.128).

Torri (2011, p.62) destaca três problemas da gestão coletiva de direitos autorais sobre as obras musicais e lítero-musicais: conflito existente entre os interesses dos titulares de direitos, dos órgãos de gestão coletiva e dos usuários em geral; dificuldade de controle da utilização autorizada de cada obra executada publicamente; e ausência de normatização adequada e fiscalização pelo poder público.

Além disto, a prática de condutas com distorções negociais somadas a ausência de controle público e transparência podem implicar em violações de normas antitrustes previstas nas Lei número 8.884/94, notadamente as práticas de abuso de poder dominante, imposição unilateral de preços e recusa em contratar em condições razoáveis (TORRI, 2011, p.62).

Ainda assim, de qualquer forma, a gestão coletiva foi a resposta encontrada como uma solução prática para a necessidade de exercício dos direitos de forma coletiva, diante das dificuldades existentes na administração individual desses direitos. Sobretudo nos casos de obras musicais, em que as mesmas se dispersam e suas utilizações são múltiplas, sua exploração econômica e seu controle são mais eficientes exercidos por meio da gestão coletiva (TORRI, 2011, p.29).

Ela se justifica diante das dificuldades materiais do titular de obras musicais ou lítero-musicais saber onde, quando e como terceiros estão utilizando as suas obras. Ao defender os direitos autorais contra sua exploração indevida cabe às entidades de gestão coletiva zelar pelos direitos morais e patrimoniais de seus associados (TORRI, 2011, p.29).

Há que se concluir que a gestão coletiva de direitos autorais, em que pese não seja “perfeita”, e seu funcionamento no Brasil ainda tenha vários problemas, é uma boa saída no atual contexto, sobretudo nos casos de execução pública.

Uma vez conceituada e contextualizada a gestão coletiva de direitos autorais, bem como analisadas as controvérsias que a cercam, no próximo item, este trabalho adentra na temática do *streaming* de vídeos e do surgimento dos canais no formato *videoblog* no YouTube.

2.6 Os Vlogs no YouTube: conceito e contextualização

As novas tecnologias em conjunto com as mídias digitais deram a possibilidade aos consumidores de produtos midiáticos saírem da posição de receptores passivos rumo à conexão ininterrupta e à interatividade. Muitos teóricos buscam compreender o fenômeno cultural e social que envolve a inserção dessas ferramentas na sociedade. Fala-se no surgimento de uma cultura mais participativa e colaborativa, de convergência midiática, e de consumidores que querem participar

ativamente da produção de mensagens e conteúdo, agindo como co-criadores. Logo, a literatura tem se referido a essa “nova classe de consumidores” como *prosumers*⁶.

Um fenômeno que tem crescido nos últimos anos é o *videoblog*, ou simplesmente, *vlog* nos sites de *streaming* de vídeo. No Brasil, o mais popular e utilizado é o *YouTube*, no qual muitos *vloggers* começaram criando seus canais e postando seus primeiros vídeos.

Na última década essas pessoas que produzem e editam seus próprios vídeos na plataforma têm ganhado popularidade e, muitos, viraram “celebridades” da internet, ou ainda, em um adjetivo mais contemporâneo, ganharam o *status* de “*digital influencers*”⁷.

De acordo com Raposo e Saad (2017, p.128) *prosumers* e influenciadores possuem em comum o fato de que atuam como “canais de comunicação humanos”, que conseguem obter certo grau de influência dentro de um círculo social com opiniões, sugestões e dicas:

A dinâmica colaborativa da rede consolida mudanças significativas no comportamento e nos hábitos de consumo e consumidores, fortalecendo uma geração disposta a criar e alterar informação e cultura por meio da diversão e do esforço participativo. Eles não são somente consumidores, mas *prosumers*, que coinovam e coproduzem o que consomem, compartilhando ideias, dicas e modificações de produtos que julgam relevantes (RAPOSO; SAAD; 2017, p.127).

A prática de criar conteúdo e postar na rede é comum desde as primeiras plataformas online, como ocorria nos *blogs*, populares no final da década de 1990 e início dos anos 2000. Com a popularização das câmeras de vídeo e de aspectos técnicos (conexão, sites de *streaming*), a produção de conteúdo e postagem foi tomando o formato audiovisual, sendo muito utilizada atualmente.

Os chamados *videoblogs*, ou mais comumente chamados de “*vlogs*”⁸ podem ser compreendidos como uma extensão dos diários pessoais e dos próprios *blogs*. O

⁶ Este termo será melhor aprofundado e explicado no último capítulo, quando esta dissertação irá abordar o tema da “cultura da convergência”, mas já é possível adiantar que se trata da junção dos termos “consumidores” e “produtores”.

⁷ Um *digital influencer* nada mais é do que uma pessoa que produz conteúdo para alguma rede social para gerar algum tipo de influência de comportamento, reflexão ou pensamento entre seus seguidores (CORUJA, 2017).

⁸ A literatura científica já voltou seus olhos para a pesquisa do fenômeno dos vlogs na atualidade, de forma que algumas considerações são dignas de nota, ainda que este não seja o foco principal deste

criador de conteúdo, chamado de *vlogger* ou *youtuber*,⁹ pode construir seu canal abordando infinitas temáticas e assuntos, fazendo seu próprio recorte: “Cada *vlogger*, da mesma forma que os *bloggers*, retrata um recorte do contexto cotidiano conforme sua própria visão do real.”. (DORNELLES, 2015, p.22)

No conceito de Coruja (2017, p.47) um *Vlogger* é o termo usado para se referir as pessoas que produzem conteúdo para um videoblog na internet, que seja hospedado no *YouTube* ou não.

No que diz respeito ao vlog e também sobre o *YouTube* em geral, a cultura participativa tem vital importância nesse aspecto: “Para o *YouTube*, a cultura participativa não é somente um artifício ou um adereço secundário; é sem dúvida, seu principal negócio”. Assim como o videoblog, o *YouTube* é regido pelo clipe e pelo comentário, e a apropriação curta ou seleção editada constituem os traços de uma audiência ativa (BURGESS; GREEN, 2009, p.23).

Corroborando, Coruja (2017, p.47) explica que o fenômeno do *vlog*, é um dos reflexos da “cultura participativa”, (fruto da convergência tecnológica) que emana da internet: Desde os primórdios do *YouTube*, o conteúdo gerado por usuários é central no desenvolvimento da plataforma, que também apresenta características de sites de redes sociais. Assim, o *YouTube* se converte em um site de cultura participativa e da conectividade, em que a sociabilidade passa pelo on-line.”.

Logo, a “cultura participativa¹⁰” é um conceito chave para compreendermos os *vlogs* e outras manifestações que são substratos dessa cultura (que serão abordadas no terceiro capítulo) e que nascem em meio a convergência tecnológica, e com a popularização da internet e das mídias digitais¹¹.

estudo. Combe e Codreanu (2016), por exemplo, demonstraram que os *vlogs* podem ser usados como ferramentas de interação, conversação, aprendizagem e alfabetização digital.

⁹ O termo *youtuber*, por sua vez, também designa o criador de conteúdo de um *videoblog*, porém, obviamente, ele se refere aqueles que fazem hospedagem dos vídeos na plataforma *YouTube*, e conseqüentemente, por meio da qual alcançaram mais fama e reconhecimento.

¹⁰ A questão da cultura participativa será melhor aprofundada nos próximos tópicos, junto com a cultura da convergência de Henry Jenkins (2009), uma vez que a primeira é um dos “desdobramentos” da segunda. Mas desde já, cabe adiantar que ela busca explicar como as mídias interativas e digitais, em razão das potencialidades de participação, transformaram a forma como as pessoas experimentam e consomem mídia: elas abandonam uma postura mais passiva na condição de receptor, e passam a ocupar uma posição ativa, de agirem como colaboradores e co-criadores da cultura e dos próprios produtos de mídia que consomem.

¹¹ Muitas vezes termos semelhantes como “novas mídias” ou “novas tecnologias” são utilizados para se referir a estes novos dispositivos de comunicação. De qualquer forma, estes termos buscam fazer

Sob a análise de Coruja (2017b, p.93) a convergência muda a forma de produzir e consumir informação, transformando-a em um processo muito mais ligado ao cotidiano, sobretudo para aqueles que usam as redes sociais digitais não somente como forma de expressão, mas como uma forma de luta pelo direito de participar – e ser protagonista – da cultura.

O cenário marcado pela cultura participativa e dos *prosumers* está produzindo novas oportunidades mercadológicas, por meio da cultura conectada, de novas oportunidades de expressão e criação de elos com empresas. Este cenário também favorece o surgimento dos influenciadores digitais, uma vez que a capacidade de criar conteúdo e motivar audiências por intermédio da relação com as marcas torna-se um capital social na atual esfera informacional, legitimando o influenciador digital quando ele é capaz de construir uma conexão sincera, íntima e original com a audiência (RAPOSO; SAAD, 2017, p.129).

No *YouTube*, um conteúdo adquire valor pela sua propagabilidade¹². O site não produz vídeos, ele apenas faz a hospedagem, a “curadoria” desses conteúdos produzidos por terceiros. Mas ele ajuda na promoção desses conteúdos criados por usuários, os apresentando na sua página inicial, sugerindo e criando listas de reprodução para quem acessa o site, além dos anúncios de publicidade (CORUJA, 2017, p.62).

De acordo com Dorneles (2015, p.12) o *vlog* é uma “evolução dos *blogs* e *flogs*”: enquanto nos *blogs* as pessoas compartilhavam textos e fotos, nos *vlog* as

uma diferenciação entre as mídias analógicas, como televisão, rádio, cinema e impressos dos meios eletrônicos. As mídias analógicas, via de regra, tinham um suporte físico, material: em um disco ou CD o som era gravado para ser reproduzido, as palavras eram impressas com tinta em papel físico, o rádio e a televisão funcionavam a partir de ondas que eram recebidas por uma antena. Nas mídias digitais esse suporte físico praticamente desaparece, e os dados são convertidos em sequências de números interpretados por um processador. Assim todas as informações nas mídias digitais são na verdade, sequências de números (MARTINO, 2015, p.11)

¹² Esta questão pode ser melhor visualizada na proposta “Cultura da Conexão” onde os autores propuseram um modelo emergente e híbrido de circulação de bens simbólicos, em que os valores e significados são criados e medidos através da mídia propagável (*spreadable media*). A máxima que sintetiza o argumento da cultura da conexão é: “Aquilo que não se propaga, morre”. A “propagabilidade” diz respeito ao grau de capacidade e de recursos técnicos que um tipo de conteúdo tem para circular em comparação com outros, isto é, o quanto um conteúdo consegue circular de forma virótica. É “o potencial técnico e cultural” dos públicos compartilharem conteúdo, por motivos próprios, às vezes com a permissão dos detentores dos direitos, às vezes sem e contra o desejo deles. A propagabilidade está transformando a forma de criação de valores (inclusive econômicos) e de significado (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p.26)

peças passaram a compartilhar conteúdo audiovisual. Muitos deles têm características de um “diário de cabeceira”. Alguns são carregados de críticas sociais, temas do cotidiano, entretenimento e bom humor. Há também aqueles que produzem um conteúdo mais especializado, voltado para um certo nicho de seguidores.

Seria possível discutir ainda, se a “cultura do *vlog*” estaria inserida no contexto do “direito à intimidade”. Temática explorada e aprofundada por Bolesina (2017), tem-se que o direito à intimidade nasce com a superação da divisão binária e rígida das esferas “pública” e “privada” características da modernidade. Existiria uma terceira esfera entre essas primeiras, a “esfera social”, onde público e o privado aparecem e interrelacionam-se com as interações humanas de sociabilidade.

Em último efeito, trata-se do direito que cada pessoa possui de expor, de forma voluntária, partes de sua vida pessoal. O objetivo é que a partir das respostas geradas pelo outro, quem fez a exposição consiga transformar a própria identidade:

Assim, juridicamente, o “direito à intimidade” é: o direito que se tem de usufruir propositivamente da intimidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, em face de terceiros ou em ambientes de sociabilidade (que reúnem e mesclam o público e o privado) – tradicionalmente entendidos como públicos –, e que contextualmente demonstre o intento de autoconhecer-se, autoaceitar-se, empoderar-se e autorrealizar-se, enfim, emancipar-se com autoestima, autonomia e responsabilidade, valendo-se do outro (BOLESINA, 2017, p.19).

Tem-se que este direito é um elemento fundamental para “o irrepetível, livre e condigno desenvolvimento da identidade (personalidade) humana”. A liberdade de expressão democrática é um pressuposto para que este direito possa ser concretizado, uma vez que o sujeito precisa exercer essa liberdade comunicativa (BOLESINA, 2017, p.10).

Como se percebe, o direito à intimidade não se confunde com o direito à intimidade, embora esteja relacionada com o segundo, sobretudo no ciberespaço: “Por fim, vale sublinhar que a intimidade, na sua dupla dimensão, não é gozada apenas nos momentos de solidão ou privados. Especialmente no ciberespaço, ela é concretizada, por meio da intimidade, em espaços de sociabilidade (que podem ou não ser públicos)” (BOLESINA, 2017, p.12).

Os *vlogs* são capazes de gerar um engajamento com os usuários, de maneira que os produtores de conteúdo, mais do que celebridades, se transformam em produtores e verdadeiros ídolos (CORUJA, 2017, p.11).

Ser *youtuber*, nos dias de hoje também pode ser uma tarefa rentável financeiramente. Embora nem todos que possuam um canal e compartilhem vídeos tenham o objetivo de lucrar com isso, alguns são pagos por empresas e marcas para fazer recomendações de produtos, análises e comparecer a eventos. De acordo com a pesquisa feita pela *Época Negócios* em 2017, no Brasil um grande influenciador no pode ganhar entre R\$ 50 mil e R\$ 150 mil por campanha no *YouTube*. Esta pode incluir, além de menção em vídeo, posts nas redes sociais. O fator “celebridade”, (a fama, o alcance do influenciador, o número de seguidores) é um fator importante, uma vez que canais menores podem conseguir de R\$ 1 mil a R\$ 5 mil (CALDAS, 2017).

A Revista americana *Forbes* revelou em 2017 uma lista¹³ dos produtores de conteúdo do *YouTube* mais bem pagos do mundo. Em primeiro lugar, está o sueco Felix Kjellberg, que tem o canal sobre videogames PewDiePie, com mais de 53,3 milhões de inscritos no canal, faturando mais de 15 milhões de dólares em 2016. Isso incluindo apenas a monetização¹⁴ do canal no *YouTube*.

Outra forma de rentabilidade que os *youtubers* podem ter é por meio de *merchandising* de empresas e marcas nos vídeos. Essas fornecem insumos e produtos dos mais diversos gêneros (muitas vezes, são relacionados com a temática principal do canal) e firmam contratos publicitários. Alguns formatos de *merchandising* já estão consolidados na plataforma, como explica Coruja (2017, p.13):

¹³Esta lista pode ser encontrada em:< <https://www.forbes.com/sites/maddieberg/2016/12/05/the-highest-paid-youtube-stars-2016-pewdiepie-remains-no-1-with-15-million/#1a1eac187713> > Acesso em 19 de agosto de 2018

¹⁴ Monetização são os possíveis ganhos a partir de conteúdos gerados por usuários em plataformas de expressão pessoal como vlogs e blogs, sendo contabilizada pelo *YouTube*, a partir das visualizações dos vídeos (CORUJA, 2017). Até janeiro de 2018 vários produtores de conteúdo poderiam conseguir remuneração com base nos anúncios que eram veiculados no início de seus vídeos, desde que fizessem parte do Programa de Parcerias do site, cujos requisitos eram: produzir conteúdo original e com regularidade; o conteúdo deve obedecer às regras da Comunidade do *YouTube* e estar localizado em um país que fizesse parte do Programa de Parcerias. Mas em 16 de janeiro de 2018 as regras mudaram. Os requisitos incluíram ter mais de mil inscritos no canal e atingir quatro mil horas de exibição nos últimos 12 meses, para que ele possa então, ser analisado para participar do programa (YOUTUBE, 2018h). Um dos motivos que impulsionaram essa mudança foi que anúncios publicitários estavam sendo veiculados em vídeos com conteúdo duvidoso, e muitas empresas anunciantes não queriam ver sua marca associadas a certos tipos de conteúdo. Um caso que ganhou notoriedade foi o escândalo envolvendo o *vlogger* americano Logan Paul. Em 31 de dezembro de 2017, Paul enviou um vídeo para seu canal no *YouTube*, descrevendo o cadáver recentemente falecido de um homem que havia cometido suicídio pendurado em Aokigahara na base do Monte Fuji no Japão.

1) o *unboxing*, que é quando uma marca envia um produto a um *youtuber* e ele faz um vídeo abrindo a embalagem; 2) o *review*, que é quando um determinado produto é testado e o *youtuber* grava um vídeo com a resenha de avaliação; 3) o *ranking*, quando faz a lista dos produtos favoritos de determinada marca; e 4) além das presenças em eventos, com gravação de vídeos ou transmissão ao vivo (CORUJA, 2017, p.13).

Além dessa forma de *merchandising*, a visibilidade dos *youtubers* também é aumentada quando conseguem firmar fãs. Os fãs comentam, compartilham, compram os produtos indicados e cercam-se das informações desses sujeitos. O comentário pode servir como forma de visibilidade social. E por certo, quanto mais ativo for o fã de um *youtuber* dentro da internet – comentando, curtindo, compartilhando, produzindo *fanworks*, replicando e escrevendo sobre isso em seu perfil próprio em outros sites de rede sociais, ou simplesmente assistindo aos vídeos – mais conteúdo é gerado, desta vez por usuários, o que significa mais visibilidade para os *vloggers* (CORUJA, 2017, p. 61).

Diante da possibilidade econômica, a profissionalização desta classe de produtores de conteúdo é iminente. Muitos *youtubers* têm investido em aspectos técnicos de seus vídeos, como figurinos, cenários e equipamentos de filmagem. Empresas como a *Canon* já oferecem combos de seus produtos para quem quer dar seus primeiros passos na internet como produtor de conteúdo (CORUJA, 2017).

Antigamente, sequer se pensava que isso poderia ser uma forma de ganhar dinheiro, mas gradativamente, o *vlogger* foi se profissionalizando, de maneira semelhante ao que ocorreu com a figura do *blogger* das décadas anteriores. Esse fenômeno tem chamado a atenção do mercado e da imprensa especializada, pois hoje, muitos dos jovens que ingressam no *YouTube* criando conteúdo querem encontrar uma nova forma de empreender¹⁵.

¹⁵ Uma reportagem da revista “Pequenas Empresas e Grandes Negócios”¹⁵ mostrou essa realidade, trazendo cases e dicas para quem gostaria de empreender desta forma. Também, o próprio site *YouTube* criou um espaço destinado para a comunicação com os produtores de conteúdo bem como oferecendo ferramentas para auxiliá-los, por meio do *YouTube Criadores*. A mesma revista, na edição de setembro de 2018, traz como capa a reportagem “Quanto vale sua influência?” falando sobre a rentabilidade, trabalho e perspectivas de mercado para os influenciadores digitais. A reportagem é estampada pelos influenciadores e *youtubers* Danielle Noce e Paulo Cuenca que possuem um canal no *YouTube* sobre receitas, viagens e moda. Esta reportagem é mais direcionada para o influenciador que atua na rede social *Instagram*, mas é possível observar que, os influenciadores produzem conteúdo para outras plataformas (*YouTube, Facebook, Snapchat, Twitter e Blogs*) de forma integrada. O casal citado, que declarou ter auferido no primeiro semestre de 2018 a quantia de 2,8 milhões de reais com a divulgação de marcas como Bradesco, Jaguar e Latam, explica a forma de trabalho

De forma semelhante com o que aconteceu com os *blogs* na década passada, a profissionalização desses atores está inclusive, modificando a noção de “amador” que se tinha com as mídias de massa:

Com essa possibilidade de monetização, os limites entre o que é profissional e o que é amador na plataforma ficam cada vez mais turvos, já que o “não famoso” das mídias tradicionais não é sinônimo de não especializado e não remunerado no *YouTube*. O *vlog*, fruto da cultura do quarto, faz parte de um modo de produção próprio que os usuários possuem competência cultural para reconhecer e pode ser considerado como um gênero de produção emblemático no *YouTube*. [...] A prática do *vlog*, principalmente no *YouTube*, já está tão popularizada que hoje há uma associação do nome “*youtuber*” como prática profissionalizada, a exemplo do processo que aconteceu no início da década com os *blogs* (CORUJA, 2017, p.60).

A posição de destaque e notoriedade alcançada pelos *youtubers* atualmente pode ser verificada em duas pesquisas recentes que demonstraram que esses influenciadores digitais ultrapassaram até mesmo figuras tidas como celebridades.

Uma pesquisa realizada pelo *Google* em parceria com o Instituto *Provokersem* no ano de 2017 tinha como objetivo descobrir quais eram os influenciadores do público brasileiro. A pesquisa revelou um ranking em que cinco das dez personalidades mais influentes eram *youtubers*: Whinderson Nunes, Felipe Castanhari, Júlio Cocielo, Felipe Neto e Flávia Calina. E pela primeira vez, o número um desse ranking foi ocupado por um *youtuber*, Whinderson Nunes¹⁶.

De acordo com a pesquisa, os *youtubers* se diferenciam das demais celebridades porque estão mais próximos do público, são engraçados e carismáticos. Pesa também, o fato “identificação”, já que postam constantemente vídeos que mostram suas vidas, casa, rotina; e não apenas o “lado maquiado” da vida, algo mais próximo da realidade e vivência do público do que “celebridades convencionais”.

Um dos estudos mais citados sobre o fenômeno do *YouTube* enquanto plataforma está em Burgess e Green (2009), em que os autores demonstram como essa plataforma se tornou uma das maiores difusoras de mídia de massa do século. Neste estudo, evidencia-se a plataforma como um sistema de mídias estruturado, mas

integrada das plataformas: “Não trabalhamos com posts avulsos. Só vendemos pacotes completos com posts, vídeos e *stories*.” (CARVALHO, 2018, p.49).

¹⁶ Esta pesquisa pode ser conferida neste endereço: <
<https://docs.google.com/presentation/d/1xdC5FQ7FZ727bA2cqPbk5AYYELFZcswTQoSgHabEKWI/e dit?usp=sharing>>

em constante evolução no contexto social e mercadológico, que faz parte de uma mudança ainda mais ampla observada nos meios de comunicação.

Os *vlogs* também já ocupavam lugar de destaque na plataforma quando os autores Burgess e Green (2009, p.79) realizaram seus estudos. O *vlog* se apresenta com um formato bem específico, diferente dos demais audiovisuais (como a televisão e outros vídeos on-line), tendo como uma de suas características principais a forma de abordagem direta e intimista com o expectador. Ele chama a interação e a discussão, em razão de ferramentas como compartilhamento e de reação imediata, com os comentários. Muitos vídeos são respostas a outros questionamentos feitos anteriormente em outros *vlogs*.

O próprio formato do *vlog* enquanto produto possui características diferenciadas de outros formatos de vídeo on-line ou de televisão: uso de *close nos takes*, edição de plano e contraplano, muitos cortes, telas divididas e hibridismo nos gêneros: apresentações musicais, críticas, paródias e humor se entrecruzam (BURGESS; GREEN, p.95).

Ainda, de acordo com os mesmos autores é possível observar que nas pesquisas que possuem o *YouTube* como um de seus objetos de análise, busca-se compreender a sua natureza. É preciso deixar claro que, mais do que a televisão, a plataforma é um objeto particularmente instável, marcado por mudanças dinâmicas e diversidade de conteúdo. Outra complicação se deve ao fato de que ele possui uma dupla função: é uma plataforma de distribuição de conteúdo gerado pelo usuário, e ao mesmo tempo, de cultura popular das mídias de massa (BURGESS; GREEN, 2009, p.24).

De acordo com Burgess e Green (2009, p.24) em razão dessa instabilidade, da heterogeneidade de seus conteúdos e por não haver um compartilhamento da compreensão do *YouTube*, a maioria dos estudos sobre *YouTube* opta por uma dessas interpretações.

Atentando para esse fato, a abordagem neste trabalho busca analisar o problema de pesquisa interpretando o *YouTube* como uma plataforma de serviços, e não apenas uma plataforma de distribuição de conteúdo amador. De uma forma mais específica, busca-se olhar para o problema de pesquisa analisando o *vlogger* que monetiza seus vídeos, que integra networks, que recebe patrocínio e uma contrapartida para fazer publicidade junto ao conteúdo que produz. Considerando que não raras as vezes esses vídeos utilizam materiais protegidos pelo Direito de Autor

(como fonogramas, trechos de programas de televisão e filmes), indaga-se como será o tratamento recebido em relação a esses direitos: deve haver remuneração dos titulares por este uso? Todos os usuários da plataforma devem pagar? A restrição do uso desses materiais com base na política de direitos autorais do *YouTube* prejudica a liberdade de expressão? São perguntas as quais este estudo pretende responder.

Diante das análises feitas, é possível auferir que os *youtubers* emergem desta cultura participativa, que nascem em meio às novas tecnologias digitais e da convergência tecnológica. A posição que eles ocupam na sociedade atual é de destaque e visibilidade, chegando até a ultrapassar outros influenciadores que surgiram no contexto das mídias analógicas.

Os *vlogs* que esses influenciadores criam e alimentam com conteúdo também criado por eles é um dos desdobramentos desta nova forma de consumir e produzir conteúdo. Nestes espaços eles conseguem legitimidade e constituição de capital social¹⁷.

Embora sejam os *vlogs* fruto desta cultura participativa, fica claro que o status de amador não leva, necessariamente a “não profissional”, “não remunerado” e “não famoso”. Há, por parte de muitos *youtubers* preocupação com o cenário, as roupas, e a produção do vídeo em si. Ou seja, cada vez mais a prática do *vlog* adquire contornos profissionais.

Ainda assim, nem todas as pessoas que produzem conteúdo recebem pela monetização e mantêm contratos de publicidade. São produtores de conteúdo que não fazem do *vlog* sua profissão, mas, sim, utilizam a plataforma para se expressar, criar e distribuir seu conteúdo. Há, uma diferenciação que precisa ser feita entre aquele que não recebe contrapartida econômica e daquele que recebe. Para este trabalho, interessa particularmente o *youtuber* que utiliza o *vlog* como profissão, que auferir uma contrapartida econômica, firma contratos e parcerias com empresas e que

¹⁷ Segundo Recuero (2009, p.44) diversos estudiosos têm se voltado a pesquisar o capital social como um indicativo da conexão entre pares na rede. Contudo, o conceito sobre o que seria esse capital social não é unânime entre eles. Mas o todas as visões compartilham, é a afirmativa de que se trata de um valor constituído a partir das interações entre os atores sociais. Existe mais de um tipo de capital social, que varia conforme for o grau de profundidade dos laços estabelecidos entre os atores. Os tipos de capital social, assim, atuam não apenas como motivadores para as conexões, mas também ajudam a moldar os padrões que vão emergir da apropriação dos diversos sites de redes sociais. Esse capital é construído e negociado entre os atores e permite o aprofundamento dos laços e a sedimentação dos grupos.

monetiza seus vídeos. Ainda na contextualização do *vlog*, é importante explicar que este surge em meio a convergência tecnológica, que será abordada no próximo item.

2.7 A convergência tecnológica e seus desdobramentos

“Nós moldamos nossas ferramentas, e então nossas ferramentas nos moldam.”

Marshall McLuhan

No tópico anterior, viu-se que os *vlogs* estão inseridos no contexto da cultura participativa, em que as fronteiras entre o consumidor e o produtor são mais esmaecidas e seus papéis não são mais estratificados. Este tópico tem por objetivo conceituar e aprofundar a cultura participativa, eis que se trata de um aspecto fundamental para a compreensão e contextualização dos *vlogs* na atualidade, bem como de outras manifestações e práticas inseridas no contexto da cultura participativa e que serão trazidas no terceiro capítulo.

Antes de tratar de cultura participativa, é preciso falar de convergência tecnológica, ou melhor, de “cultura da convergência”. A convergência de mídias, refere-se à difusão de conteúdos pelos diferentes suportes de mídias, que depende da participação ativa dos “consumidores” de mídia. Logo, a convergência é tida como a tendência observada nos meios de comunicação em que os fluxos de produção de conteúdo não acontecem mais em uma perspectiva unidirecional e nem sobre um tipo de plataforma somente:

Por convergência, refiro-me ao fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e ao comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação que vão em busca das experiências de entretenimento que desejam. (JENKINS, 2009, p. 29)

Em outras palavras, a convergência permite que uma pessoa possa acessar o mesmo conteúdo de informação, por meio de diferentes suportes midiáticos, (com as devidas adaptações necessárias) a fim de melhor explorar as potencialidades e recursos disponibilizados por determinado suporte de mídia.

Além disto, tem-se que na convergência, a circulação de conteúdos depende de forma substancial da participação dos consumidores. Com efeito, a compreensão

sobre o processo de convergência tecnológica, vai muito além da ideia de que ela deve ser compreendida somente como um processo tecnológico, em que um aparelho reúne múltiplas e diversificadas funções. (JENKINS, 2009)

Opera-se uma transformação de ordem cultural e sociológica, na medida em que a convergência deve ser visualizada como “um fenômeno com transformações e implicações sociológicas, culturais e mercadológicas”. Pois a convergência não acontece nos dispositivos eletrônicos, por mais sofisticados que sejam. Ela acontece no “cérebro dos consumidores individuais” e nas suas interações sociais, na medida em que ocorre uma transformação cultural, visto que os “consumidores” são incentivados a pesquisar informações pelas conexões realizadas entre conteúdos de mídia dispersos. Razão pela qual fala-se em uma “cultura da convergência, sendo que a convergência de mídias é um desses aspectos (JENKINS, 2009, p.29-30).

O aspecto tecnológico da convergência (um aparelho que reúne múltiplas funções) é apenas uma das dimensões, e talvez nem a mais importante da convergência cultural. Sob a leitura de Martino (2015), a convergência tecnológica, assim como para Jenkins (2009), está muito mais ligada a uma transformação das práticas culturais e sociais do que de recursos técnicos: “É a interação entre sujeitos que compartilham as mesmas mensagens, ideias e valores e mensagens, acrescentando-as de seus próprios significados e contribuições e disponibilizando-as novamente nas redes.”. (MARTINO, 2015, p.35).

Por outro lado, considerando que cada vez mais os receptores (ou “consumidores”) deixam a passividade para tornarem-se participantes que interagem nos processos de produção de conteúdo, Jenkins (2009, p. 29-30) visualiza-se uma nova possibilidade de participação das pessoas nas mídias como um dos reflexos deste fenômeno da convergência tecnológica. Com efeito, no processo da “cultura da convergência”, as transformações ocorrem em meio a três aspectos distintos: convergência dos meios de comunicação, a cultura participativa e a inteligência coletiva.

A convergência de mídias, como já se mencionou, refere-se à multifuncionalidade reunida em um dispositivo de mídia, que o permite executar múltiplas funções. Exemplo máximo atualmente são os *smartphones*. Com essas possibilidades, os meios de comunicação começaram um processo de adaptação e convergência. Um exemplo disso são as narrativas transmídia, nelas um enredo se

desdobra por meio de várias plataformas, cada um visando explorar as características específicas de cada meio (JENKINS, 2009, p.139).

Com cultura participativa, está-se diante de uma outra perspectiva em relação aos meios de comunicação e sobre a noção de passividade da audiência. A ideia consolidada sobre “consumidores e produtores” de mídia como ocupantes de papéis estratificados, deve ser revista considerando os consumidores como participantes que interagem por meio de um novo, os quais ainda não se conhece perfeitamente. Contudo, a participação das pessoas não existe de maneira igualitária, pois alguns participantes ainda exercem maior poder que outros. Da mesma forma, alguns “consumidores”, possuem mais habilidades para participarem que outros. (JENKINS, 2009, p.30)

A cultura participativa refere-se à “potencialidade de qualquer indivíduo se tornar um produtor de cultura, seja recriando conteúdos já existentes ou produzindo conteúdos inéditos.”. Reiterando essa nova posição assumida pelo receptor (ou consumidor) dos produtos de mídia, observa Martino (2015, p. 11) : “O receptor se torna, na cultura da convergência, alguém produtivo, que não vai apenas reinterpretar as mensagens da mídia conforme seus códigos culturais, mas também vai reconstruir essas mensagens lançá-las de volta ao espaço público pela via dos meios digitais”.

Na cultura da convergência, cada um dos sujeitos passa a construir a sua mitologia individual a partir de fragmentos de informações extraídos do fluxo midiático e transformados em recursos por meio dos quais compreendem a vida cotidiana. Como há uma abundância muito grande nas informações, o consumo destas também se tornou um processo coletivo (JENKINS, 2009, p.20).

Neste sentido, a inteligência coletiva que se fala na cultura da convergência é aquela nos moldes de Lèvy (2007, p.30), em que “ninguém sabe tudo, todos sabem alguma coisa, todo saber está na humanidade”. A inteligência é distribuída por toda a parte, incessantemente valorizada, coordenada e mobilizada em tempo real. Trata-se de um vínculo que existe e é possibilitado em razão da conexão, das ideias e conhecimentos no ciberespaço. Nas comunidades do ciberespaço é que os

conhecimentos são trocados e articulados e todas as pessoas podem potencialmente contribuir com algum conhecimento¹⁸.

Desse modo, a convergência destes meios impacta na forma como consumimos os meios. Os fãs de um seriado, filme ou romance podem fazer capturas de diálogos no vídeo, resenhas e resumos, discutir em fóruns e chats sobre aquela série, criar e divulgar seus próprios filmes na internet, e escrever *fanfictions*¹⁹ (JENKINS, 2009).

A paixão, o encanto e fascinação dos fãs pelos universos em que eles submergem fez com que estes fossem os primeiros a se adaptarem às novas tecnologias de mídia. Esta fascinação dos fãs, em vezes “inspira novas formas de produção cultural”, que vão de figurinos à *fanzines* e, mais recentemente, ao cinema digital e a literatura criada pelos fãs. Os apreciadores de uma série passam a reivindicar para si, um papel criativo, querendo tornar-se “participante pleno” do processo (JENKINS, 2009, p. 188-189).

A web potencializou este processo, na medida em que confere maior amplitude de visibilidade da cultura, atuando como principal canal de distribuição desta produção de “cultura amadora”. A transformação midiática está reafirmando o “direito que as pessoas comuns têm de contribuir ativamente com a sua cultura”. Quando os consumidores assumem um papel de controle nas mídias, dá-se espaço para o desenvolvimento de uma “nova cultura vernácula”, representa para o autor, algo que incentiva a ampla participação, a criatividade e uma economia baseada em trocas e presentes. (JENKINS, 2009, p. 188-189)

Neste contexto, é importante diferenciar interatividade de participação, pois as mesmas não se confundem. A interatividade diz respeito à forma como as novas tecnologias são desenvolvidas para permitirem o feedback do consumidor. Logo, pode-se imaginar diferentes tipos e graus de interatividade conforme o tipo de tecnologia de informação empregado. Por exemplo, a televisão que permite que o

¹⁸ É certo que não faltam críticas a esta visão de Pierre Lèvy pela academia. Visto como otimista ou até mesmo, ingênuo, a crítica que se faz é que o autor desconsidera todas as barreiras sociais, econômicas e técnicas que inviabilizam o acesso e o uso desses recursos.

¹⁹ Sobre as *fanfics* e suas controvérsias relacionadas com o Direito Autoral, ver: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “fan-fictionals” na cultura da convergência. In: Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964>> Acesso em 03 junho de 2018.

televidente troque de canal, e um videogame onde o usuário pode interferir no próprio universo e desenrolar do enredo. As restrições da interatividade são de ordem tecnológica, pois são definidas pelo designer e os recursos que este disponibiliza à plataforma. (JENKINS, 2009, p. 190)

Já a participação é “moldada pelos protocolos sociais e culturais”. Por exemplo, o quanto se pode conversar dentro de uma sala de cinema é algo que é definido muito mais pelos limites de tolerância estabelecidos pelas plateias em seus respectivos contextos sociais e culturais, do que por alguma propriedade inerente ao cinema em si. A participação é “mais ilimitada, menos controlada pelos produtores de mídia e mais controlada pelos consumidores de mídia.” (JENKINS, 2009, p. 190)

Mas se existem teóricos que observam as mudanças advindas das redes sociais, dos blogs, do *YouTube*, e do surgimento da cultura participativa como mudanças positivas²⁰, no sentido de aumentar a interatividade e participação das pessoas os processos de criação, há também aqueles que fazem uma crítica alertando para as consequências dessas mudanças. Um desses teóricos é Keen (2009), que faz uma crítica bastante contundente a esta nova forma de produção de conteúdo, arte e informação de forma amadora por uma série de razões. Em síntese, segundo o autor, as redes sociais e plataformas de distribuição de conteúdo amador, como YouTube e blogs pessoais estão arruinando as instituições culturais, os direitos de propriedade intelectual e a economia.

O conteúdo gratuito e produzido por usuários na web está acabando com o trabalho e reduzindo o espaço de profissionais especializados, como jornalistas, críticos, cineastas, chamados de “guardiões da cultura” pelo autor; para colocar no lugar o trabalho de blogueiros amadores, cineastas e críticos caseiros: “Porque a democratização, apesar de sua elevada idealização, está solapando a verdade, azedando o discurso cívico e depreciando a expertise, a experiência e o talento”. Os

²⁰ Pierre Lèvy, como já se disse, é um grande entusiasta do ciberespaço e de suas possibilidades, por vezes tão otimista que beira a ingenuidade. Já autores como Jean Burgess, Henry Jenkins e Joshua Green, pelo que foi possível apreender (ao menos pelas obras aqui utilizadas), veem essas mudanças na forma de produzir e consumir mídia de forma positiva, sem, contudo, ignorar que as possibilidades de participação não se apresentam iguais para todos, e que grandes indústrias do entretenimento podem sentir seu poder hegemônico ameaçado.

amadores estão substituindo os experts e profissionais, pessoas que dedicaram anos de estudo para se aperfeiçoarem naquilo que fazem (KEEN, 2009, p.19).

E isso se reflete na economia, uma vez que o material gerado pelo usuário está “sugando” o valor econômico da mídia e do conteúdo cultural tradicional. Cada vez que uma pessoa prefere o conteúdo gratuito do usuário, é um crítico ou jornalista que perde seu espaço, cada vez que fazem um download ilegal, é um artista que deixa de receber direitos autorais, e assim por diante (KEEN, 2009).

Segundo o autor, uma das implicações da mídia “democratizada” é que o conteúdo disseminado na web está sujeito à muitas fraudes e cada um pode divulgar qualquer informação e suas “verdades pessoais”. Sem editores ou alguém pago para verificar as credenciais ou veracidade daquela informação, a mídia se torna vulnerável para disseminação de conteúdos que não se pode confiar. Qualquer um pode escrever e dizer o que quiser, sem qualquer processo de checagem (KEEN, 2009).

Na época da *Wikipédia*, um amador se torna especialista em qualquer coisa. E autorizando o amador se está minando a autoridade de especialistas, se está limitando a expertise. E o que “define as melhores mentes”, sejam eles cientistas ou críticos é a sua capacidade de ir além do conhecimento das massas por meio de seu conhecimento adquirido. Por exemplo, os jornalistas “não profissionais”, para Keen (2009, p.48) oferecem “opinião como fato, boato como reportagem e palpite como informação.”.

Grandes empresas como, por exemplo, a *Viacom*, adotaram políticas bastante restritivas em relação ao *YouTube* e ao *Google*, movendo processos e reivindicando violações de direito autoral. Acusavam também, as plataformas de incentivarem o *upload* de materiais que violam direitos autorais da *Viacom* e de terceiros, além de lucrarem com isso.

Verifica-se que a guerra dos direitos autorais evidencia a dupla identidade que a plataforma mantém, enquanto uma plataforma de serviços e, de outro lado, uma plataforma de distribuição de conteúdo amador e de cultura participativa. A consequência disto é que, dependendo de como se for olhar para a plataforma, diverso será o entendimento em relação a tolerância às restrições fundadas no direito autoral: “O *YouTube* precisa ser compreendido como um modelo de negócios, situação em que os argumentos da *Viacom* podem ser legitimados – e como uma fonte cultural cocriada por seus usuários – dentro da qual esses argumentos perdem credibilidade” (BURGESS; GREEN, 2009, p.58).

É importante ressaltar que nem todos os *vlogs* são postagens pessoais criadas por jovens dentro de seus quartos. Há aqueles que estão utilizando o *vlog* como um “empreendimento comercial” (BURGESS; GREEN, 2009, p.82). Não obstante, como já se falou, observa-se uma profissionalização dessa classe de produtores de conteúdo nos últimos anos. Ter em mente esta diferenciação é muito importante para este trabalho, uma vez que ela vai influenciar no resultado de refutação ou confirmação da hipótese, bem como no enquadramento que será dado a determinado *vlog*.

Embora existam muitas críticas aos *vlogs*, com o argumento de que são triviais e egoístas, há outros que defendem que o *YouTube* é um site potencial para a cultura cosmopolita, é um espaço em que os sujeitos podem se envolver e desenvolver com as representações pessoais de outros e encontrar diferenças culturais (BURGESS; GREEN, 2009, p.112).

As manifestações dessa cultura e os produtos de mídia que acabam sendo “transformados” pelos fãs por meio de uma participação coletiva despertam questionamentos na esfera do Direito Autoral, uma vez que o desenvolvimento desses processos criativos na maioria dos casos, envolvem materiais que estão protegidos pelo Direito de Autor. É o caso, por exemplo da *fanfictional*²¹, do *fan art*, do *remix*, da *appropriation art*, e do próprio uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*. Essas temáticas serão oportunamente analisadas e aprofundadas no terceiro capítulo deste trabalho.

Importa-nos agora, reiterar que o *vlog* está inserido no contexto da cultura participativa, do *prosumer*, e ele é uma forma de expressão do sujeito nas mídias digitais. Muitos *youtubers* que produzem esses conteúdos, com o objetivo de enriquecer esse produto audiovisual, utilizam obras musicais no formato de fonogramas. Às vezes elas podem até passar despercebidas, como um fundo musical, uma vinheta, ou podem ser o *leitmotiv* daquele produto audiovisual. Os questionamentos no que toca aos direitos autorais também se estendem a essa situação. A gestão desses direitos autorais referentes a este uso se daria de forma

²¹ A *fanfictional* (*fanfic* ou *fic*, simplesmente) é uma narrativa alternativa criada pelos fãs, baseadas em universos preexistentes de outras obras, que podem ser filmes, séries, romances, novelas, games e envolver até personalidades famosas. Ao lado de outras manifestações da cultura participativa, ela será analisada oportunamente e com mais profundidade no terceiro capítulo.

semelhante ao *streaming* de aplicativos de música, por meio da gestão coletiva? Ainda, considerando que o *vlog* faz parte desta cultura participativa, e que existem *youtubers* que são “profissionais” e auferem remuneração com seus vídeos, e outros que nada recebem (além de comentários, *likes* e compartilhamentos) todos que fazem esse uso estão sujeitos a este recolhimento?

São questionamentos como estes que no decorrer desta pesquisa se busca responder. No próximo item o trabalho irá apontar algumas controvérsias encontradas na gestão coletiva de direitos autorais no caso do *streaming* de música, com o objetivo de esboçar quais seriam os desafios caso esse sistema de gestão fosse aplicado ao *streaming* de *vlogs*.

2.8 Controvérsias na gestão coletiva de Direitos Autorais no caso do brasileiro do *streaming* de músicas

O *streaming* está dividindo opiniões. Se a indústria fonográfica não poupou esforços tentando combater a pirataria, agora ela viu no *streaming* uma forma de reaquecer o mercado e adaptar-se a esse novo mercado online. (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.15)

Em se tratando de compartilhamento de bens, os serviços de *streaming* utilizam o acervo musical protegido por direitos do autor sem a violação desses direitos por conta de acordos de licenciamento de catálogo firmado com as empresas titulares de direitos, razão pela qual não há que se falar em violação de direito autoral por pirataria, por exemplo. Para operar no mercado, os serviços de *streaming* como *Spotify* e *Google Play* pagam um adiantamento às titulares de direitos, donas do catálogo, para poder explorar economicamente o acervo de músicas gravadas. Muitos desses serviços ainda repassam uma considerável parte de suas receitas aos titulares dos direitos autorais. Ademais, algumas dessas empresas titulares associaram-se a esses serviços pela participação acionária em troca da liberação da exploração de seus catálogos (MOREL, 2017, p.172).

O *streaming* difere da pirataria pura e simples das décadas passadas, pois as empresas precisam recolher direitos autorais para pagar os *royalties* dos artistas e compositores. Ao lado disso, está a questão da democratização e popularização da música. Os custos de assinatura baixos contribuem para que as pessoas deixem de lado os *downloads* ilegais, em que os usuários além de estarem pirateando, poderão

se deparar com conteúdos com vírus e de baixa qualidade. Atualmente, por menos de R\$ 60,00 (sessenta reais) uma pessoa pode assinar três plataformas distintas e ter *streaming* de música ilimitado²². Antigamente, um CD simples de um artista custava cerca de R\$ 30,00. Para o consumidor de música, em termos de custo-benefício, o cenário não poderia ser melhor. Os valores cobrados pelas assinaturas são estabelecidos pelas diretrizes de cada empresa. Os custos de manutenção da empresa, o pagamento dos *royalties* e licenciamentos são custeados pelas assinaturas dos usuários e pelos anúncios publicitários, nos casos em que o serviço oferecido é gratuito. Depois de tudo, ainda é preciso deixar uma margem de lucro para as empresas. (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.280).

Algumas operam com modalidades gratuitas, que oferecem uma “interatividade mais limitada”, pois os há um número menor de *skips* (possibilidade do usuário pular a faixa em reprodução). Outras oferecem um período de teste gratuito para experimentação. Em ambos os casos, o objetivo é que o usuário se torne assinante. (VALENTE; FRANCISCO 2016, p.282)

Esse modelo de funcionamento, em que a publicidade cobre os gastos do usuário gratuito é controverso, pois os ganhos com publicidade são poucos. Esse é um dos fatores que contribuem para uma baixa nos repasses das remunerações. Se o consumidor de música comemora os baixos preços, por outro lado, os artistas e demais titulares dos direitos autorais amargam com a baixa remuneração por suas obras ²³.

As opiniões pendem para os dois lados. Vários artistas já se manifestaram de forma negativa em relação ao *streaming*: Adele, Coldplay, The Black Keys, Thom Yorke, vocalista do Radiohead, David Byrne de Talking Heads e Nigel Godrich de Atoms and Peace (CARRERA, 2014). Artistas pedem melhores remunerações e mais transparência nas transações.

²² Por exemplo, considerando assinatura do *Spotify* (R\$ 16,90) *Deezer* (R\$ 16,90) e *Apple Music* (R\$ 16,90). Valores vigentes na data de 04/02/2018.

²³ Informação disponível em: VICE. Na Era de Streaming por Assinatura, os Royalties Não Estão Dando Conta de Pagar os Compositores. 2016. Disponível em: <https://thump.vice.com/pt_br/article/5383qb/na-era-de-streaming-por-assinatura-os-royalties-no-estando-conta-de-pagar-os-compositores > Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

Mas o mais notório deles, foi o caso da cantora americana Taylor Swift. Em 2014 a cantora americana decidiu retirar²⁴ suas obras do catálogo da plataforma, quando lançou o álbum “1989”, justamente pela remuneração baixíssima dos artistas.

Em carta aberta para *Apple*, criticou os serviços de *streaming* da empresa, pois durante os três meses de avaliação gratuita do serviço os artistas também não receberiam. Segundo a artista, o *streaming*, tal como funciona atualmente, paga valores irrisórios por obras que as vezes envolvem uma vida toda do artista. Na carta direcionada à *Apple*, escreveu: “Nunca pedimos iPhones de graça. Não peçam que ofereçamos nossas músicas sem dar nenhuma compensação por isso.”. Migrou para outra plataforma, totalmente paga, o *TIDAL*, do rapper Jay Z junto com artistas como Coldplay, Rihanna, Daft Punk, Alicia Keys, Calvin Harris, Jack White, Madonna, Usher, Arcade Fire, Deadmau5, e Beyoncé²⁵. Com a repercussão do caso, a *Apple* mudou sua política de remuneração e garantiu que os artistas seriam pagos mesmo nos meses em que o usuário teria o serviço gratuito

O preço da remuneração está diretamente ligado aos acordos de licenciamentos que as empresas fazem com as gravadoras. Apesar de receberem por cada número de execuções de uma faixa, elas precisam oferecer uma “garantia mínima”. (VALENTE; FRANCISCO; 2016, p. 282). Embora os pagamentos sejam pelo número de execuções, os valores não são fixos e variam conforme as receitas. Os valores finais são influenciados por outros fatores, como o faturamento da empresa, o país onde a pessoa ouviu a faixa, taxa e licenciamentos, de modo que cada execução pode gerar um valor diferente para o artista. As editoras e gravadoras também precisam receber uma parcela, de modo que apenas o restante vai para os artistas.

A *Digital Music News* apontou que em 2017 a plataforma que mais pagou por *stream* era o *Napster*, com US\$ 0,01682 por *stream*, contrastando com as duas plataformas mais populares, que eram as que pagavam menos. O *Spotify*, plataforma de música com maior número de usuários pagou US\$ 0,00397 por *stream*. O *Deezer* pagou cerca de US \$0.00624. Em último lugar, está o *YouTube*, pagando US\$ 0,00074

²⁴ Em 2017, porém, a cantora voltou a disponibilizar seus álbuns na plataforma *Spotify* e outras de *streaming*, por motivos ainda não esclarecidos. (G1, 2017)

²⁵ Informação disponível em: ÉPOCA. O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple. 22/06/2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

por *stream* e com 1,1 bilhões de usuários (SANCHEZ, 2018). No Brasil, em 2015, a estimativa era de que, apesar de render milhões para as empresas, cada *stream* gerasse R\$ 0.003 para os artistas no Brasil. (ORTEGA; GOMES, 2015).

No caso pátrio, a maior parte das controvérsias gira em torno da gestão coletiva de direitos autorais e do recolhimento/repasso dos valores aos titulares dos direitos autorais e conexos aos artistas referentes à execução pública das obras musicais e literomusicais. (ORTEGA; GOMES, 2015).

Em 2018 o Conselho de direitos autorais dos EUA decidiu pelo reajuste dos valores repassados aos compositores por cada música reproduzida nas plataformas de *streaming*. O reajuste foi fixado em 43,8% sobre o valor arrecadado, valor muito superior a variação anual, que girava em torno de 10,5% e 15,1%. Essa conquista foi fruto de uma luta que já durava vários anos. A decisão fornece aos compositores cerca de US\$ 1 para cada US\$ 3,82 arrecadado por faixa, até agora o maior valor já reservado aos compositores. Antes, o cálculo de arrecadação dependia apenas de uma porcentagem fixa sobre o fluxo de reprodução das faixas. Agora ele leva em consideração outros critérios, como as receitas e custo total em cima do valor da produção (PORTO, 2018).

Paralela à baixa remuneração, ainda falta uma postura transparente por parte das empresas de *streaming* em fazer os repasses dos pagamentos aos titulares. O *Spotify* é constantemente acusado de não fazer os repasses devidos aos artistas que disponibilizam suas obras na plataforma. Outra novidade, é que a partir de janeiro de 2018 a plataforma passou a informar os créditos dos compositores e autores das faixas ²⁶.

Mas uma coisa é inegável: o *streaming* está mudando a forma como as pessoas consomem música, e não é possível dizer, ao menos ainda, se esta mudança é totalmente positiva ou negativa. Certamente ele é muito melhor do que a pirataria e os downloads ilegais, pois o artista está recebendo por suas obras. Para o consumidor, também há vantagens, como os preços baixos para ter acesso a um acervo praticamente infindável e instantaneidade para adquirir o produto. As editoras

²⁶ Informação disponível em: O GLOBO. Spotify passa a listar créditos de autores das músicas em seu aplicativo. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/musica/spotify-passa-listar-creditos-de-autores-das-musicas-em-seu-aplicativo-22359085>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018

e gravadoras do mesmo modo, conseguem ser remuneradas e possuem facilidade na distribuição de produtos audiovisuais, em que pese as remunerações dos artistas serem muito variáveis e baixas, e sobretudo, existe a falta de transparência nos repasses.

Se o *streaming* pode ser a “luz no fim do túnel” para uma indústria que parecia fadada ao fracasso, é preciso ter cuidado para que essa luz não acabe ofuscando a saída. O Ecad constantemente é alvo de críticas. Em 2012 foi instalada uma CPI para investigar a atuação do escritório, as irregularidades cometidas na administração, arrecadação e distribuição desses direitos. Além disso, em 2012 foi condenado pelo CADE por formação de cartel. Há investigações também que o Ecad teria se apropriado indevidamente de “créditos retidos” ou “créditos protegidos”, que são valores devidos a obras não identificadas ou titulares não identificados. Esses créditos ficam disponíveis para serem reivindicados pelos titulares por cinco anos. Findo esse prazo, se não forem resgatados, devem ser distribuídos na rubrica de origem²⁷ (VALENTE; FRANCISO, 2016, p.189).

Outras críticas severas, inclusive de artistas, voltam-se para a falta de transparência dos repasses e no próprio funcionamento do Ecad. Essa reivindicação por mais transparência foi tanta que a própria Lei número 12.853/2013 inseriu a transparência como requisito para as associações de gestão coletiva em vários dispositivos, como art. 98, §2º; art. 98-A, II; art. 98-B I e II (BRASIL, 1998).

O Ecad só trabalha com um sistema de licenças, as *Blanket Licenses*. Neste sistema de funcionamento, o usuário paga um valor para utilizar as obras durante um prazo, onde “não se especifica quais obras estão abrangidas, nem quantas vezes elas serão executadas, somente os prazos de utilização (por exemplo, para um evento único, para um período determinado ou com base mensal).” (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.119)

Essas “vendas em bloco” acabam por causar prejuízos para o usuário, que pode adquirir licenças as quais não vai utilizar. Considerando que este não é o único modelo existente no mundo (nos EUA, por exemplo, existem quatro tipos de licenças),

²⁷ De acordo com regulamento de distribuição do ECAD: “Art. 52 Os créditos relativos às execuções musicais participantes dos róis cujos cadastros estejam “pendentes de identificação” ou em conflito ficarão retidos até que a regularização dos cadastros seja realizada. O mesmo se aplica aos titulares com situação cadastral “pendente de identificação” ou em conflito.”

de acordo com Virtuoso (2016, p.19), a melhor modalidade de licença a ser aplicada ao Brasil seria o modelo de licença por uso, onde é cobrado o uso apenas pelas obras e pelo número de vezes que estas são utilizadas.

No sistema de *blanket license*, (ou licença cobertor) o Ecad firma com os usuários (normalmente os permanentes) contratos de direitos autorais, para que por meio deles os contratantes tenham acesso amplo e irrestrito ao catálogo de músicas administradas pelo Ecad. Ou seja, uma vez negociado, pode-se executar as músicas de um catálogo quantas vezes quiser. Os licenciados pagam taxas anuais, e eximem-se de negociar com cada titular os valores devidos (TORRI, 2011, p,56).

Valente e Francisco apontam mais um problema decorrente do uso deste tipo de licença:

Um dos casos em que a liberação por parte de um titular de direitos não produz efeitos é a situação em que as músicas e/ou fonogramas executados são vários, de vários outros titulares também. A razão para isso está no sistema de *blanket license* (licença-cobertor), que explicamos anteriormente, e que diz respeito a uma cobrança única para o uso de todo o repertório de uma organização de gestão coletiva. A cobrança, assim, não é baseada no que é efetivamente executado, mas em critérios externos às músicas e fonogramas em si. Assim, para tocar uma única música, é necessário pagar pela autorização para utilizar o repertório todo (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.211).

Simone Nunes (2011) realizou um estudo sobre a aplicabilidade das regras antitrustes ao Direito Autoral, e dentre outros pontos, destacou que o oferecimento de apenas esta forma de licenciamento configura de uma “venda casada”, fazendo com que o Ecad incorra em uma conduta ilícita, vetada pelo art. 21, inciso XXVIII da Lei 8.884/1994. A crítica da autora vai no sentido de que o Ecad, por exercer atividade econômica deve estar sujeito à fiscalização de órgãos de defesa da concorrência, pois exerce esta atividade sob monopólio legal. Não podem as associações, por meio do órgão estabelecerem preços exorbitantes para as licenças, uma vez que essas obras constituem matéria-prima para criação e funcionamento de empresas.

Além da forma como são feitas as licenças, outro aspecto controverso é a forma de distribuição dos valores. Os critérios de arrecadação não levam em consideração a utilização de cada obra individualmente, nem aspectos específicos como titularidade de direitos conexos, autoria e outros. O cálculo por amostragem utiliza critérios desiguais, com base em um percentual pelo faturamento variável (TORRI, 2011, p,56).

Comparativamente, no contexto americano, não há em seu sistema de arrecadação e distribuição de *royalties* sobre *copyrights* de execução um monopólio sobre a arrecadação, existindo três entidades responsáveis por essas funções (TORRI, 2011, p.82). Além dessas entidades, há outros tipos de licença, como as *per program license*. A licença por uso é semelhante à licença em bloco, mas com a diferença de que o usuário obtém autorização para uso da obra de forma específica, cabendo a ele informar a entidade de gestão como a obra será usada (TORRI, 2011, p.82).

Ascensão (1999, p.622) também realizou crítica semelhante ao sistema de gestão e negociação das licenças:

Em geral, estes entes fazem a gestão coletiva de todo repertório do autor. Cada obra fica dissolvida num conjunto. Mas muito mais do que isso, não há negociação de obras singulares. Há negociação de toda carteira de obras e que o ente de gestão é titular. E pela outorga da faculdade de utilização é estabelecida uma avença: uma remuneração global, calculada por exemplo sob a forma de percentagem das receitas de publicidade. A negociação é feita a granel (ASCENSÃO, 1999, p.622).

Um aspecto incontestável da gestão coletiva é que o autor fica sujeito às condições de atuação das entidades de gestão. Ele é obrigado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando as condições deste caso a queira receber a contrapartida da utilização de suas obras. Nesse sentido, e no caso que se está discutindo, (o uso de fonogramas) a liberdade de associação acaba sendo mitigada. Embora a Constituição estabeleça a liberdade de associação, esta acaba se tornando, na prática, compulsória. Para Ascensão (1999), a gestão coletiva pode se tornar um monopólio quando existe apenas uma entidade de gestão em que o autor pode recorrer: “Esse monopólio atinge o seu ponto mais alto quando há uma única entidade de gestão a quem recorrer”.

A partir de Torri (2011, p.118), tem-se que os direitos de execução de obras musicais e lítero-musicais e fonogramas, cujo regime de licenciamento é submetido ao Ecad, são bens econômicos. A atividade exercida pelas entidades de gestão coletiva se enquadraria como “atividade econômica em sentido estrito”, um vez que não se trata de serviço público e, sim, de atividade que é exercida por associação civil. Portanto, a gestão coletiva deve ser submetida à lei antitruste, a fim de assegurar a defesa da concorrência, como na definição de preços, negociação de licenças, obrigação de contratar em situações razoáveis e gestão dos direitos autorais.

Para Marchi (2017, p.19), a atual Lei de Direitos Autorais é inadequada para esse ambiente digital das plataformas de *streaming*. Relata que, diante da crise de legitimidade do Ecad as sociedades que o compõem tentaram assumir a cobrança de rendimentos no mercado digital, como o caso da União Brasileira de Compositores (UBC):

Ela chegou a ser uma das acionistas de um fracassado projeto de desenvolvimento de uma base de dados internacional de repertório musical, *Global Repertoire Database*, que deveria facilitar o rastreamento de dados (*matching*) para as sociedades associadas. Os diretores da UBC esperavam, então, que esse sistema conferisse um enorme capital tecnológico à associação, possibilitando que ela assumisse uma função que o ECAD se mostrava técnica e legalmente incapaz (MARCHI, 2017, p.19).

Ainda, de acordo com o autor, a indústria fonográfica falhou ao estabelecer um modelo próprio e adaptado de comércio digital, em que os agentes tentam adaptar-se às demandas do mercado global. Há um nível de disputas constante e volátil no campo, o que permite a formação de vários “núcleos de poder”, que podem agravar os níveis de desigualdade no mercado fonográfico do país (MARCHI, 2017, p.19)

Até pouco tempo atrás, existiam divergências e controvérsias sobre o fato do *streaming* de músicas na internet e aplicativos estarem sujeitos ou não à gestão coletiva de direitos autorais, e, portanto, sujeito à arrecadação pelo Ecad. Com relação a esta questão, a resposta veio em janeiro de 2017, com uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando o tribunal decidiu que o *streaming* está sujeito à gestão coletiva de direitos autorais, e portanto, deve ser recolhido pelo Ecad, tema que será abordado no próximo capítulo.

3 EXECUÇÃO PÚBLICA DE FONOGRAMAS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR

Em razão da indefinição do *streaming* na questão jurídica, a proteção do Direito Autoral muitas vezes se mostra frágil e se encontram dificuldades em se descobrir quem deve pagar e quem deve recolher os valores dos direitos autorais. Uma das maiores dúvidas em relação ao tema até recentemente, era se o *streaming* nas plataformas de música caracteriza a execução pública, ou disponibilização de obra. Esta questão, contudo, encontra-se resolvida em que pese ainda existam críticas.

Tendo em vista que, até agora inexistentes as considerações sobre o uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*, este estudo parte das decisões jurisprudenciais já existentes, bem como o que já foi relatado pela Academia e pela doutrina em relação ao *streaming* de fonogramas. Em função disso, cria-se uma contextualização e um paradigma para a análise do objeto de pesquisa deste estudo. Neste sentido, este capítulo busca apresentar os conceitos de execução pública, de fonograma, bem como diferenciar os conceitos de reprodução, comunicação ao público e execução da obra para o Direito Autoral.

Em meio às tecnologias digitais, surgiram outros direitos relativos às obras musicais, e um deles tem sido apontado como o caso do streaming de fonogramas nas plataformas digitais: o *making available*, isto é, o direito de “tornar disponível” essa obra público a obra. Neste capítulo, esta modalidade de direito será conceituada analisando também, se ela corresponderia aos fonogramas nos *vlogs*.

Sobre a temática, existem três casos na jurisprudência que são paradigmáticos. Todos envolvem o Ecad e visam discutir a legitimidade da cobrança por meio do escritório. Uma destas demandas, envolve o site *YouTube* especificamente. Logo, estes casos serão trazidos com o objetivo de se compreender o entendimento firmado nestes casos, bem como o próprio conceito de execução pública, que como se verá, vem se alargando para além daquilo que a LDA estabelece.

Por fim, em função da observação da plataforma *YouTube* e do caráter heterogêneo, tanto por parte dos criadores de conteúdo quanto aos seus usuários, em relação à finalidade de uso da plataforma, o estudo desenvolveu uma proposta de

categorias para o uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*, que se encontra ao final do capítulo.

3.1 Conceito de execução pública na Lei de Direitos Autorais de 1998

As associações promovem a gestão coletiva dos direitos autorais de seus associados, desde que possuam poderes para tanto. Entidades como o Ecad, preveem, de forma estatutária, que lhe compete a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais provenientes de execução pública. É dele a legitimidade para arrecadar e distribuir os direitos autorais de execuções públicas (FRAGOSO, 2009, p.373).

Mas, para que a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais das plataformas de *streaming* seja feita por meio do ECAD, sua utilização precisa ser considerada execução pública para fins de Direito Autoral. O Ecad traz uma série de direitos autorais relativos as obras musicais e fonogramas, esclarecendo a quem compete exercê-los: direitos fonomecânicos, direitos de sincronização e o direito de execução pública.

Os direitos fonomecânicos referem-se aos direitos referentes à exploração comercial de músicas gravadas em suporte material exercidos pelas editoras musicais e pelas gravadoras (ECAD, 2018d). São os direitos que derivam da venda dos fonogramas. Cada vez mais, a remuneração advinda desses direitos vem perdendo força no mercado, em razão da redução da venda de CDs e DVDs e arquivos digitais. O exercício dos direitos fonomecânicos dá-se em uma relação direta entre dois polos: os compositores, músicos e intérpretes de um lado, e, de outro, pelas gravadoras, selos e estúdios, responsáveis pelo registro das vendas e repasse dos valores devidos aos detentores dos direitos. Esses valores não são estabelecidos por lei, e variam de acordo com a negociação feita entre os polos (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.135).

Os direitos fonomecânicos não estão previstos em lei expressamente, mas de acordo com Valente e Francisco (2016, p.135) eles fazem parte de uma categoria de direitos da indústria da música. Juridicamente, sua existência está baseada nos direitos de reprodução e inclusão, previstos no art. 29, incisos I e V, e mais especificamente no art. 30, ambos da LDA:

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.

§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

Os direitos de sincronização ou inclusão referem-se aos direitos de inserção de uma obra musical na trilha sonora de uma produção audiovisual (filmes, novelas, peças publicitárias) ou exibições teatrais. Em casos como estes, é necessária uma autorização para a utilização. Quando se trata do uso da obra musical em uma execução ao vivo, a autorização compete somente à editora musical. Mas quando se trata da inserção de um fonograma, a administração é da editora e da gravadora (ECAD, 2018d).

Nestes casos, não compete ao ECAD fazer a autorização para o uso da obra:

O Ecad é responsável apenas pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, não sendo de sua competência a autorização para gravação, regravação ou utilização de obras musicais de titulares em suportes materiais; tampouco o combate à pirataria de CDs e DVDs (cuja responsabilidade é da ABPD - Associação Brasileira dos Produtores de Disco - e da Polícia Federal); bem como as questões relativas à profissionalização do músico e divulgação de obras musicais em veículos de comunicação, tais como rádio, TV, internet e outros também não fazem parte das atribuições do Ecad (ECAD, 2018).

Na prática, os direitos de sincronização são exercidos por meio de licenciamentos celebrados entre o usuário e o titular do direito. Paga-se por uma licença de uso da obra, e não necessariamente pela compra de um produto físico ou pela titularidade sobre a obra. Não existem limites legais estabelecidos para a divisão dos valores, pois entende-se que é um acordo entre as partes envolvidas (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.136).

Quando uma obra musical é utilizada em uma campanha publicitária ou em outra produção, pode haver um acréscimo na estima e no valor daquela obra: “Com o licenciamento dos direitos de sincronização, a obra musical e seus autores passam a funcionar como marcas, que podem agregar mais valor à obra na qual serão incluídas

[...]. Logo, a marca do artista torna-se um novo viés de aproveitamento econômico da obra.” (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.136)

O direito de sincronização é uma categoria do mercado e não existe na dogmática jurídica. Não há qualquer referência a sincronização na Lei de Direitos Autorais, sendo que a figura que lhe corresponde é o direito patrimonial de inclusão audiovisual, previsto no art. 29, inciso V (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.136).

De acordo com a União Brasileira de Compositores (UBC), a autorização é realizada mediante o pagamento:

e o valor é tipicamente negociado caso a caso entre o titular, a editora da obra ou a gravadora. Muitos fatores podem ajudar a formar o preço que você quer cobrar, como o tempo que a música será usada no audiovisual, como ela está sendo usada (se é música de abertura, fundo ou se tem destaque no filme) e até mesmo a visibilidade da produção. Justamente por causa desta multiplicidade de fatores, na prática o valor desta autorização pode variar muito, de gratuita a alguns milhares de Reais (UBC,2018, p.3).

O direito de representação pública compreende a “exploração comercial de obras teatrais em locais de frequência coletiva”. Se as obras teatrais contarem com uma trilha sonora, a autorização para a execução dessa trilha deve ser feita através do Ecad (ECAD, 2018d).

Por fim, o direito de execução pública é referente ao uso e a execução de obras musicais em locais de frequência coletiva, por qualquer meio ou processo, inclusive, pela transmissão, radiodifusão e exibição cinematográfica. Esse direito é exercido através da gestão coletiva pelas sociedades de titulares de música representadas pelo Ecad (ECAD, 2018d).

A LDA estabeleceu que as obras não podem ser utilizadas para execução pública sem a autorização expressa e prévia do autor ou do titular de direitos. Mas o que é, de fato, considerado Execução Pública? A resposta legal encontra-se ao longo do artigo 68 da LDA de 1998:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

[...] (BRASIL, 1998) (grifei)

Se uma obra é executada por artistas ou por meio de algum suporte audiovisual, em locais públicos (públicos no sentido de onde há circulação de pessoas, há a necessidade de recolher direitos autorais para pagamento ao titular desses direitos.

Existe também uma diferenciação entre a execução de fonogramas (execução mecânica) e a execução ao vivo das obras. No primeiro caso, são devidos os direitos relativos à parte autoral e também à parte conexa, de acordo com as porcentagens estabelecidas pelo Ecad em seu regulamento de arrecadação. No segundo caso, que se refere as execuções ao vivo, com músicos executando a obra, apenas é devida a parte autoral, uma vez que inexistente os direitos da parte conexa neste caso.

A questão do *streaming* se mostra controversa, uma vez que essa tecnologia de transmissão não se encontra especificada na LDA e também não parece enquadrar-se de maneira adequada na hipótese de distribuição, nem de reprodução ou execução.

No regulamento de arrecadação, o Ecad conceitua diferentes formas de execução pública que ensejam o recolhimento por meio do escritório, em seu art. 4º:

II - Execução pública musical – A utilização de obras musicais e literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica (artigo 68 §2º da Lei 9.610/98);

III - Execução musical “ao vivo” – A execução pública musical em que não há utilização de fonograma ou videofonograma;

IV - Execução musical “mecânica” – A execução pública musical em que há utilização de fonograma ou videofonograma;

V - Emissão ou Transmissão Musical – A difusão de sons, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, ou ainda qualquer outro processo análogo (art. 5º, II da Lei Federal nº9.610/98);

VI - Retransmissão Musical – A emissão simultânea da transmissão musical de um usuário por outro (ECAD, 2016);

Não obstante, essas diferentes formas de execução pública são independentes entre si, e para cada uma delas que ocorrer, deverá ser feito um licenciamento independente, de acordo com o Ecad, no Art. 8º, “as diferentes formas de execução pública musical são independentes entre si, ainda que realizadas por um mesmo usuário, no mesmo local, e para cada uma delas será necessária a obtenção da correspondente licença.” (ECAD, 2016).

Quanto aos locais de frequência coletiva, eles são elencados em um rol no parágrafo 3º, do art. 68 da LDA:

§3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas (BRASIL, 1998).

Para Abrão (2017, p.214) os locais listados pelo legislador não se esgotam nesse rol, pois onde houver concentração de pessoas há frequência coletiva. Há países, por exemplo, que cobram de igrejas e templos as execuções de músicas religiosas que forem executadas. Os locais de frequência coletiva, em verdade comportam uma gama muito grande de situações, principalmente ao se considerar que o ciberespaço está sendo considerado como local de frequência coletiva, conforme as mais recentes decisões do STJ.

De acordo com o parágrafo 4º do art. 68 da LDA, o empresário deverá apresentar ao Ecad o recolhimento dos valores correspondentes antes da realização da execução pública, obedecendo ao princípio da autorização prévia.

Com a unificação do processo de arrecadação e distribuição pelo Ecad, as associações passaram a desempenhar um papel de “meras repassadoras de verbas recolhidas pelo Ecad”, que também recebe taxas de administração por seus serviços. Sujeito ao regime jurídico das associações, o Ecad embora tenha natureza privada, possui responsabilidades legalmente indeclináveis, devendo cumprir o estabelecido nos arts. 99, 99-A e 99-B incorporados pela Lei número 12.853/2013 (BITTAR, 2015, p.143).

Autores, como Barbosa (2017) fazem uma crítica ao dispositivo legal que elenca um rol de ambientes considerados locais de frequência coletiva. Esse rol demonstra o caráter restritivo da LDA, uma vez que até mesmo lugares íntimos e privados, tal como um quarto de motel, considerados “locais de frequência coletiva”.

A execução pública, além da execução ao vivo pelos músicos em concertos, nasce com a radiodifusão, e a sonorização ambiental: “Suas origens, apesar de já remotas, todavia se mantêm em sua essência, não importando o modo de emissão e

percepção das obras, e a despeito de todos os extraordinários impactos e mutações tecnológicas sofridos da invenção do rádio até nossos dias.” (FRAGOSO, 2009, p.373)

A execução pública inclui, por óbvio, outras modalidades além da radiodifusão (espetáculos e shows), e se caracteriza, não pelo caráter público ou privado do local onde ela está ocorrendo (pois pode haver uma execução pública em um ambiente privado, como uma sala de concertos), mas essencialmente pelo caráter indeterminado do círculo de ouvintes (FRAGOSO, 2009, p.375)

A execução pública constitui um dos direitos patrimoniais do autor, sendo que o mesmo pode autorizar ou não a sua execução e ser remunerado por isso. A transmissão pode operar por qualquer meio: radiodifusão, televisão ou internet. Não se faz distinção também, sobre a finalidade da execução, isto é, se esta execução possui fins lucrativos ou não: o valor é sempre devido: “Ele é cobrado em razão da realização de todo tipo de eventos que envolvam música em qualquer nível, que tenham o mínimo envolvimento de dinheiro em qualquer nível, como a existência de um orçamento.” (BASTOS, 2016, p.111).

As únicas ressalvas da exigência de pagamento desses valores dizem respeito às festas em ambientes restritamente familiares ou em escolas. Tal disposição encontra-se no Art. 46, que estipula que não ocorre ofensa aos direitos autorais a representação teatral e a execução musical quando estas ocorrerem no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro.

Também se excetua dos pagamentos ocasiões privadas e familiares, como uma festa ou reunião nas residências. Em todos os outros casos, inclusive formaturas e festas de casamento, é necessário que sejam recolhidos os direitos autorais, em que pese ainda existam algumas divergências nos tribunais. Até mesmo nos casos de festas escolares e beneficentes surge a margem para a cobrança, uma vez que a LDA de 1998 não menciona que é necessário haver lucro de forma direta ou indireta com a execução (BASTOS, 2016, p.112).

Para Fragoso (2009, p. 376) os limites da execução pública, assim como da gestão coletiva de direitos autorais são aqueles “expressamente estabelecidos na lei, não incluindo outras modalidades ali não previstas, que não possam ser enquadradas como execução pública.”.

Analisando o parágrafo 2º do art. 68 da LDA, que menciona expressamente “utilização” ou “transmissão por qualquer modalidade” podem surgir divergências em

função das tecnologias que fazem uso de transmissão por cabos ou fibras óticas: “a execução pública é indiferenciada, alcançando o público em geral e não indivíduos em particular, ou se abrangeria também outras modalidades de utilização – havida pela transmissão de sons/imagens por meios tais como fio, cabo, meios óticos, etc...” (FRAGOSO, 2009, p.376). Isso mostra que, no que diz respeito à abrangência das modalidades de execução pública, a questão das obras que são transmitidas por meios eletrônicos digitais, em especial na internet, já era um questionamento que se fazia em 2009.

3.2 Conceito de Fonograma: para a Lei de Direitos Autorais e atualmente

As obras musicais e lítero-musicais são bens economicamente apreciáveis, com relevante função social para construção cultural das sociedades. São criações do intelecto humano e, ao lado de outras obras (plásticas, literárias, audiovisuais), fazem parte de um conjunto de bens imateriais de interesse coletivo que compõe o acervo cultural (TORRI, 2011, p. 41).

Obra fonográfica, ou fonograma, é o resultado fixado/gravado de obra musical, ou de outros sons, excluindo-se imagens, interpretados e produzidos pelo organizador dessa obra coletiva, do tipo conexo, o produtor fonográfico. (ABRÃO, 2017, p. 244)

A LDA traz em seu artigo 5º, inciso IX, o que se concebe como “fonograma” para os efeitos legais: “fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual”. Cada faixa de um álbum de obras musicais colocadas no mercado para consumo trata-se de um fonograma, obra coletiva criada a partir de uma melodia. Reúne compositores, maestros, arranjadores, artistas intérpretes e executantes. (ABRÃO, 2017, p.33)

Cabe mencionar que os direitos relativos aos fonogramas e seus produtores pertencem aos “direitos conexos”, que foram reconhecidos a partir da Convenção de Roma em 1961. A reivindicação dos direitos conexos começou por parte dos atores que interpretavam e executavam obras, principalmente teatrais. No que toca aos fonogramas, teve seu ponto mais importante com a Convenção de Genebra em 1971, que proibiu a reprodução não autorizada de fonogramas (ASCENSÃO, 1999, p. 465).

Embora o conceito de fonograma se refira tanto a suportes físicos, quando digitais (MP3, WMA, WAV, AIFF e etc.) é preciso levar em consideração que quando se fala em fonograma atualmente, dificilmente se estará fazendo referência à obra musical ou litero-musical fixada em um suporte físico, como um LP, um CD, ou até mesmo uma fita K7. Esses suportes praticamente sumiram de comercialização também de uso (VICENTE, 2012, p. 4).

Nesse sentido, uma das principais mudanças que o *streaming* desencadeou é na compreensão da música não mais como uma posse e, sim, como um acesso. Quando se fala em *streaming* de músicas ou de vídeos, há que se ter em mente que não há uma transferência de propriedade e posse do fonograma como ocorria com a aquisição de um suporte físico ou com o *download* de um arquivo digital. Não há mais a transmissão da cópia do fonograma. Há apenas o acesso ao conteúdo, que pode ser realizado com a necessidade de *logins* e senhas pessoais, ou não, como é o caso da maioria dos vídeos hospedados no *YouTube*.

A LDA estabeleceu que a utilização dos fonogramas em produções audiovisuais precisa de autorização prévia do autor²⁸ ou do editor ou editora musical ao qual o compositor transferiu os direitos de comercialização. Trata-se do direito de inclusão da obra musical, uma das formas de exploração de dos direitos patrimoniais (ABRÃO, 2017)

Esta autorização deveria ser individualizada para cada obra, pelo que o dispositivo legal dá a entender. Contudo, a gestão coletiva faz com que na maioria das vezes a autorização não seja individual para cada obra, mas em grupo por delegação dessa faculdade pelo autor à sociedade administradora de seus direitos (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.106).

Buscando-se compreender e esclarecer a qual tipo de uso o fonograma inserido nos vlogs se enquadra, o próximo item irá conceituar os direitos de reprodução, distribuição, comunicação ao público e execução da obra.

²⁸ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

[...]

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

3.3 Os conceitos de reprodução, distribuição, comunicação ao público e execução da obra para o Direito Autoral

A LDA estabeleceu os conceitos legais para reprodução, distribuição, e comunicação ao público ao longo dos incisos do artigo 5^{29º}: Explica Torri (2011, p. 43) que a comunicação ao público na LDA, se divide em “representação pública” e “execução pública” (tanto é que a mesma se localiza no art. 68 da LDA, no capítulo sobre “Comunicação ao Público da Obra”). A primeira refere-se à utilização de obras musicais apresentadas em locais de frequência coletiva ou transmitida pela radiodifusão, transmissão ou exibição cinematográfica. A execução pública é a utilização de fonogramas e obras audiovisuais em locais de frequência coletiva (os elencados na LDA).

De qualquer sorte, a comunicação ao público referente à representação pública depende da autorização do autor ou titular:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º **Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.** (BRASIL, 1998) (grifei)

Portanto, o direito de representação pública não se limita aos palcos e apresentações ao vivo, pois aí está incluída toda veiculação da representação pública na web. O direito de representação é do autor da obra, e não se confunde com o

²⁹ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido; (grifei)

direito de representar as obras reservados aos artistas intérpretes e executantes (direitos conexos). (ABRÃO, 2017, p. 213)

O direito de execução pública é reservado aos partícipes e beneficiários das obras musicais, como os compositores, artistas e produtores de fonogramas, que têm suas obras executadas ao vivo, seja em locais de frequência coletiva, rádio ou teledifusão e obras cinematográficas (ABRÃO, 2017, p.214).

As diferenças entre execução pública e a distribuição estão relacionadas com a posse do conteúdo de uma obra intelectual:

Atentando para as diferenciações entre distribuição e execução pública, tem-se que, enquanto a primeira está sempre atrelada a uma ideia de posse do conteúdo de uma obra intelectual, a última, por outro lado, pressupõe apenas a comunicação de uma obra ao público, a qual deve ocorrer em algum local que seja compreendido como de frequência coletiva – por mais ambíguo que esse conceito aparente ser (CAMARGO; GRIGORI, 2017, p.269)

Percebe-se o mesmo posicionamento assumido por autores como Ascensão (1999;1999b) que explica que a distribuição está relacionada com a distribuição e o acesso às reproduções, isto é, às cópias autorizadas. Não obstante, quando há a aquisição de um exemplar, recai sobre essa compra os direitos referentes à sua propriedade, assim como qualquer outro bem. Entretanto, o adquirente não possui qualquer vinculação ao Direito de Autor sobre aquela obra, tal como refere o art. 38 da LDA.

Logo, a distribuição está relacionada com a disponibilização das obras e fonogramas fixados em suporte mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse. Algo que não ocorre com o *streaming*, uma vez que, como visto, “a música deixa de ser uma posse para se tornar um acesso”.

Assim, os direitos de distribuição são uma das modalidades de direitos patrimoniais de autor, e podem, dependendo do contrato, serem conferidos à mesma pessoa física ou jurídica que detém os direitos de edição, reprodução e comunicação pública da obra (ABRÃO, 2017, p. 21).

A reprodução por sua vez, possui uma pluralidade de manifestações, isso porque o próprio termo “reprodução” traz consigo uma indefinição terminológica e uma série de significados na língua portuguesa. Entretanto, no Direito de Autor a palavra “reprodução” possui um significado bem específico, que está relacionado com a reprodução “corpórea” da obra, isto é, a reprodução de exemplares (ASCENSÃO, 1999, p.175).

A reprodução pressupõe uma fixação e a produção de cópias, como é possível depreender da LDA e também de doutrinadores: “Por cópia, entenda-se a reprodução idêntica, a cópia espelho, xerox impressa, digitalizada ou gravada por qualquer mídia, baixada para armazenamento em computadores, a partir de uma matriz criada, editada produzida e comercializada por autores e titulares.” (ABRÃO, 2017, p.22).

Ainda assim, lida-se com as limitações dos termos “comunicação ao público”, como pontua Ascensão (1999, p.197). Por exemplo, não há no idioma português uma palavra que designe “comunicação ao público”, como no alemão existe o termo *Wiedergabe*³⁰. Não se trata de representação, nem reprodução incorpórea e comunicação ao público. Logo, para Ascensão (1999) o termo que melhor serviria seria “apresentação da obra”, abrangendo todas as modalidades em que ela é trazida ao conhecimento do público, mediante ou sem exemplar.

Ascensão (1999b, p. 24) fala sobre os aspectos controversos em relação à colocação da obra na rede. Explica que o direito patrimonial do autor abrange três aspectos: reprodução, distribuição e comunicação ao público. A comunicação ao público, em especial, traz uma particularidade porque a noção de público até então concebida, não leva em consideração o aspecto “assíncrono e individualizado” que a colocação em rede proporciona. Percebe-se, então, que o autor, antes das controvérsias que surgiriam em relação ao *streaming*, de certa forma, adiantou esse questionamento sobre o caráter individualizado e personalizado da rede.

Neste contexto, é importante mencionar o direito de colocação da obra em rede à disposição do público, que surge a partir do Tratado de Direito de Autor da OMPI de 1996, e no que tange aos direitos conexos, sobre artistas intérpretes ou executantes e sobre fonogramas, pode-se observar esse direito no art. 8º, que tem por epígrafe: “Direito de comunicação ao público”, e assim prescreve:

Sem prejuízo das disposições dos artigos 11 1) (ii), 11 bis 1)(i) e (ii), 11 ter 1) (ii), 14 1) (ii) e 14 bis 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras, por fio ou seu fio, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem.

³⁰ A tradução literal do vocábulo seria “reprodução”. Contudo, para Ascensão (1999) mais do que uma tradução literal, trata-se de um conceito, que refere-se a “apresentação da obra” ao público.

A partir desse artigo é possível reconhecer que na utilização informática de obras, vêm referida a título de ilustração de um regime geral e está integrada no direito de comunicação ao público, assim como a definição do núcleo essencial como um “direito de colocação à disposição do público”.

A comunicação ou apresentação ao público sempre se refere a formas de apresentação de uma obra que é independente da posse de exemplar da mesma. O uso privado está fora do alcance dos direitos patrimoniais do autor (ASCENSÃO, 1999, p.197). Alguns autoralistas defendem que o *streaming* de fonogramas estaria incluído neste tipo de direito. No próximo item, busca-se aprofundar este conceito e compreensão do direito de colocação da obra à disposição do público.

3.4 *Making Available*: o direito de ‘colocação à disposição do público’ nos tratados internacionais WCT e WPPT

Até fevereiro de 2017, uma das grandes questões sobre o *streaming* e os direitos autorais giravam em torno da questão da execução pública: o *streaming* é execução pública e, com isso, deve ser recolhido pelo ECAD e pagar as taxas da transação? O tema foi abordado por Virtuoso e Wachowicz, que entendem que o *streaming* não deve ser considerado execução pública, pois não se enquadra nos elementos do artigo 68 da LDA de 1998:

Outra questão é a de considerar este tipo de serviço como execução pública. O *streaming* não se enquadra nos elementos do artigo 68 da Lei de Direito Autoral. Aqui, deve-se considerá-lo como uma utilização particular, sem fins lucrativos. Uma cobrança como se fosse execução pública seria indevida e onerosa de forma excessiva o usuário (VIRTUOSO; WACHOWICZ, 2016, p.31).

Antes da análise e decisão sobre a matéria no STJ, alguns dos principais argumentos contrários ao reconhecimento do *streaming* como execução pública era que isso implicaria em um aumento nos preços dos serviços, que iriam ser arcados pelos consumidores finais. Consequentemente, também diminuiriam os repasses aos artistas e demais titulares dos direitos, uma vez que os custos com a transação aumentariam. Ademais, o Ecad se torna o único responsável pela arrecadação, o que incluiria mais um intermediário nas transações, que retém uma porcentagem dos valores arrecadados.

Em 1996, com a aprovação dos tratados WCT – WIPO *Copyright Treaty* (Direitos Autorais) e o WPPT – WIPO *Performances and Phonograms Treaty* (Direitos Conexos) a OMPI introduziu o conceito e o direito “*making available*”. Esse direito surgiu como forma de buscar orientar as legislações de direito autorais à realidade digital e da internet, já iminente.

Este tratado criou uma nova modalidade de exploração econômica das obras intelectuais, de forma a abarcar as possibilidades tecnológicas da internet, por meio da criação de um direito exclusivo do autor autorizar a colocação de suas obras a disposição do público, para que estas pudessem ser acessadas em um lugar e num momento individualmente escolhidos pelo usuário (PIRES; ADOLFO, 2017, p.108).

O *making available* refere-se ao direito de autorizar a disponibilização para o público, por qualquer meio, de um fonograma de modo que o ouvinte possa acessá-lo no local e no momento que escolher. O Brasil não é signatário deste tratado, embora alguns pesquisadores entendam que ele foi incorporado, ainda que de forma implícita no art.29, inciso VII da LDA de 1998:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

[...]

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário. (BRASIL, 1998)

Mas porque esse conceito é importante para análise do *streaming*? Porque ele é o que melhor define o caso do *streaming* interativo enquanto serviço, que é uma disponibilização, uma distribuição de conteúdo (VIRTUOSO, 2016, p.27). Trata-se de conceito que surgiu para orientar a legislação sobre direitos autorais no ambiente digital, em que há a autorização por parte do titular para disponibilização para o público, por qualquer meio, a fim de que o ouvinte possa acessar o fonograma quando e onde desejar (WACHOWICZ; VIRTUOSO, 2018, p. 9). Em convergência com o posicionamento de que o *streaming* de música nas plataformas trata-se do *making available* estão também, autores como Pires e Adolfo (2017).

Atualmente, como a obra encontra-se em vezes desvinculada do suporte físico e, considerando que a reprodução no sentido específico, se refere à reprodução

de cópias, mais se fala em um direito de distribuição, de pôr em circulação, de pôr à disposição do público, que caberia ao autor (ASCENSÃO, 1999, p.198).

Logo, Ascensão (1999, p. 692) também fala na “colocação da obra à disposição ao público”, sendo esta uma forma de utilização da obra, que possui caráter público, cujo conceito foi sendo gradativamente alargado. Nas palavras do autor:

O elemento novo é realmente a colocação da obra à disposição do público, de maneira que pessoas indeterminadas possam ter acesso a ela. É esta colocação particular, possibilitada pelos meios digitais que marca realmente o núcleo desta forma específica de utilização da obra (ASCENSÃO, 1999, p. 694).

Ocorre que, no caso específico do *streaming*, e sobretudo na modalidade *webcasting*, nem sempre as pessoas que têm acesso à obra são indetermináveis. Ao contrário, muitas vezes eles possuem contas e *logins* pessoais que são intransferíveis, sendo esta uma das críticas que envolvem o enquadramento do *streaming* de músicas em plataformas nos moldes do *Spotify*, *Deezer*, *Tidal*, *Napster* (em seu formato atual) e o *iTunes* como execução pública.

Viu-se que a comunicação ao público se divide em representação pública e execução pública anteriormente. De acordo com Pires e Adolfo (2017), mesmo que seja feita uma interpretação de que o “direito de colocação à disposição do público” possa estar abarcado dentro do conceito de comunicação ao público, frisam os autores que ambas são subespécies distintas, e que não se deve confundir com a com a “execução pública”. Logo, não caberia ao ECAD a fiscalização e cobrança de valores referentes a esta forma de exploração das obras musicais, pelo simples fato de não existir previsão legal para esses poderes.

Na doutrina estrangeira, é possível encontrar casos em que se reconhece o direito de colocação à disposição do público como uma modalidade autônoma, ou seja, desvinculado da modalidade comunicação ao público. É o caso da legislação portuguesa, que no seu Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, que separa expressamente as formas de comunicação ao público (aquelas reconhecidas pela LDA) da colocação à disposição do público, conforme art. 68, nº 2, “b” e “j” da Lei portuguesa (PIRES; ADOLFO, 2017, p.109).

Entretanto, de acordo com a mais recente decisão sobre o tema, o STJ acabou caracterizando o *making available* (direito de colocação à disposição do

público) como uma execução pública, dando legitimidade à cobrança do Ecad (WACHOWICZ; VIRTUOSO, 2018, p.10)

Em síntese, o *making available*, ao que tudo indica, parece estar afinado com a distribuição de obras musicais nas plataformas de *streaming* de músicas, isto é, nos aplicativos de música (pagos ou na modalidade gratuita), onde o usuário utiliza *logins* e senhas que são pessoais e intransferíveis.

Diferente é o caso do uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*, para os quais não é preciso nenhum tipo de login ou identificação (salvo se o vídeo se encontrar hospedado no site com alguma restrição de idade). Este caso parece estar adequado com as finalidades de uso dos direitos de inclusão das obras musicais em obras audiovisuais, sobretudo ao considerar-se que, na maioria das vezes, o fonograma visa enriquecer o *vlog* não sendo seu principal objeto e nem mesmo é inserido por completo. Contudo, quando se trata da disponibilização de um fonograma completo, em canais próprios do artista ou, da editora que o representa, a situação muda de figura, e assume contornos mais semelhantes.

No próximo item, serão analisados os três principais casos em relação ao *streaming* de músicas na jurisprudência brasileira, com o objetivo de verificar como esta modalidade de uso das obras está sendo apreciada pelo Poder Judiciário.

3.5 Os três casos paradigmáticos referentes ao *streaming* de músicas na jurisprudência brasileira

As primeiras demandas no Judiciário referentes aos direitos autorais no *streaming* datam de 2009, no Rio de Janeiro, onde foi deferida uma liminar em favor do Ecad, para que a *Kboing Networks* do Brasil deixasse de veicular música em seu site, enquanto não providenciasse o pagamento ao Ecad (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.305). Trata-se do caso *Ecad vs MySpace*, que discutiu a necessidade dos recolhimentos reclamados pela instituição referentes à música de fundo que poderia ser adicionada aos perfis na rede social.

Outro caso foi ajuizado, também pelo Ecad, contra o *YouTube* demandando o recolhimento dos valores das execuções de fonogramas na plataforma. Esta demanda teve uma decisão que, como se verá contrasta bastante com a última decisão, proferida em Recurso Especial no caso *Ecad vs Oi Telefonía*.

3.5.1 Caso Ecad vs *YouTube*

O *YouTube* vinha negociando com o Ecad, desde 2008, uma forma de fazer a arrecadação dos direitos na plataforma, quando foi firmada uma carta de compromisso com o Ecad. Nesta carta foram estabelecidas as porcentagens e valores que deveriam ser repassados pelo site ao Ecad decorrentes da execução pública dos fonogramas. O repasse acordado foi de 2,5% de sua receita bruta referente à execução pública, além da garantia de um valor mínimo de 150 mil dólares por ano (VALENTE; FRANCISCO, 2016, 200).

Ocorre que, em 2013, o *YouTube* passou a demonstrar interesse em não renovar essa carta de compromisso, em razão das mudanças de entendimento sobre a caracterização de execução pública sobre seus serviços. Provavelmente, esse posicionamento sofreu influências dos entendimentos judiciais que estavam sendo proferidos em meados de 2012. Logo, o *YouTube* teria passado a questionar o enquadramento do seu serviço como execução pública de fonogramas, tal como até o momento havia sido qualificado pelo sistema de gestão coletiva. (VALENTE; FRANCISCO, 2016, 200).

Após o término do contrato, em ação ajuizada pela Google Inc. contra o Ecad e a UBEM questionou-se a necessidade do enquadramento e respectivo recolhimento ao Ecad em relação aos casos de execução pública sobre os vídeos no YouTube

:

Trata-se de ação ajuizada por Google Inc, buscando viabilizar o pagamento de valores relativos a direitos Autorais pela reprodução de conteúdo exibido no sítio eletrônico YouTube à União Brasileira de Editoras de Música - UBEM e Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, ambas associações privadas com sede em território nacional, que tem por escopo o exercício e defesa de direitos autorais de seus associados.

[...]

Por todo o acima exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL, na forma do art. 487, I CPC/15, para:

a) FIXAR os percentuais relativos aos direitos autorais devidos pelo Autor aos Réus na seguinte proporção: (i) em favor da UBEM: 3,775% (três inteiros e setecentos e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no serviço de streaming no site YouTube; (ii) **em favor do ECAD: 1,075% (um inteiro e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios em relação às obras executadas em execução pública, qual seja, em livestreaming no sítio eletrônico do YouTube;** b) CONDENAR os Réus a FORNECER ao Autor as obras que compõem os seus acervos, enviando-lhe a informação em formato eletrônico usual de mercado, a cada três meses e até o 5º dia útil de cada trimestre. Com estes dados, deverá o Autor efetuar o cruzamento de informações até o 10º dia útil de cada trimestre, pagando, então, os percentuais acima fixados (alínea a, supra) **sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no quer serviço de streaming**

quer no serviço livestreaming. (BRASIL, Ação Cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 22/11/2016) (grifei)

Neste caso, a empresa Google saiu vitoriosa, pois o entendimento da juíza foi no sentido de que não se trata de execução pública, mas de execução individual. Não obstante, seriam devidos apenas os valores referentes à execução pública nos casos de transmissão ao vivo na plataforma *YouTube*, isto é, a *livestreaming*.

As críticas ao Ecad e ao seu sistema arrecadatário, por vezes falho, também foi feita na fundamentação da sentença:

22) É cediço que o ECAD possui os próprios métodos para elaboração de cálculos diante da diversidade de obras de acordo com seus critérios internos. Conforme entendimento do STJ, **a referida entidade tem atribuição para normatizar e organizar o sistema de arrecadação e distribuição dos direitos autorais advindos de execução pública**, segundo o art. 99, da Lei nº 9.610/98. **Tem a prerrogativa de fixar critérios para a cobrança, definidos em Regulamento de Arrecadação, aprovado em assembleia geral pelos representantes das associações que a integram.**

23) **Mas o presente caso ostenta justamente a ineficiência do sistema em vigor, pois não é capaz de resolver sozinho uma questão que deveria ser tão corriqueira no seu cotidiano.**

[...]

25) **Não se pode deixar de evidenciar o característico "quê" de arbitrariedade das cobranças realizadas pelos Réus, denotando quiçá verdadeiro abuso do direito, nos termos hoje estampados pelo artigo 187, do Código Civil (grifei).**

A partir deste trecho é possível observar que as críticas possuem razão de ser, pois ao que parece, o Ecad busca a todo custo, fazer valer a sua prerrogativa de centralizados das arrecadações, sem se preocupar com a oneração do usuário e a falta de transparência para com os artistas e titulares.

3.5.2 Caso Ecad vs *MySpace*

O *MySpace* foi uma rede social que oferecia o recurso de transmissão por *streaming* na modalidade de *webcasting*. Em 2014 o Ecad ingressou contra a representante da rede social no Brasil cobrando arrecadação de direitos autorais referentes às transmissões.

Na primeira instância, a empresa teve que suspender as transmissões enquanto não pagasse, de forma retroativa, os valores devidos com a arrecadação (BRASIL, 2015). Mas em sede de apelação, a Décima Câmara Cível do TJ-RJ – a mesma que julgou os embargos infringentes do caso *Oi vs Ecad* - entendeu que o

webcasting não configura execução pública, razão pela qual, o Ecad não pode cobrar arrecadação:

Direitos autorais. ECAD. Obras da indústria fonográfica. Transmissão de conteúdo pela internet (*streaming*) na modalidade *webcasting*. **Hipótese de reprodução individual. Execução pública não caracterizada. Conceito de local de frequência coletiva que deve ser interpretado sistematicamente (artigo 68, §2º e §3º da Lei Federal 9610)**. Ausência de atribuições daquela entidade para cobrança, in casu, dos direitos autorais. Incidência do art. 99, caput, da LDA. Sentença reformada. Sucumbência invertida. Apelação do provedor de internet procedente. Prejudicado o recurso do ECAD (BRASIL, 2015, Apelação Cível. N.º 0386089-33.2009.8.19.0001 TJ-RJ)

A fundamentação da decisão foi no sentido de que a execução pública não estaria configurada neste caso porque ausente o caráter de coletividade inerente à execução pública. De fato, o *MySpace* apresentava obras musicais na modalidade *webcasting*. Citando a decisão dos embargos infringentes, a Câmara enfatizou que se trata de uma “distribuição de fonograma que ocorre de forma individualizada, e não uma execução pública” (BRASIL, 2014, p.9).

Buscando fundamentação no entendimento da Quarta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia o Ecad visava enquadrar o *streaming* como “comunicação ao público”, uma vez que ele alcança vários destinatários potenciais, e portanto, sendo abarcado pelo conceito de execução pública do art. 68 da LDA/1998. (BRASIL, 2014, p.9).

Entretanto, o Tribunal brasileiro na oportunidade, posicionou-se no sentido de que “execução pública” e “comunicação ao público” são institutos distintos, sendo que a execução pública é uma das modalidades de comunicação ao público (BRASIL, 2014, p.9).

Outrossim, aplicando a interpretação sistemática ao art. 68 da LDA/1998, observa-se que o conceito de execução pública firmado no julgado se refere a lugares “de frequência coletiva”, que efetivamente receba circulação de grupos de pessoas, pois o legislador visava alcançar situações de coletividade e não a indeterminação. E, de qualquer forma, a transmissão de *streaming webcasting* é cedida individualmente ao usuário (BRASIL, 2014, p.9).

Também, nesta decisão, o relator do acórdão Bernardo Moreira Garcez Neto firmou seu entendimento do sentido de que o *streaming* na rede social caracteriza distribuição de fonograma e não de execução pública musical.

3.5.3 Caso Ecad vs Oi

Dos três casos apresentados, este foi, sem dúvida, o que mais repercutiu e firmou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como mobilizou empresas de *streaming* e pessoas da sociedade civil para participarem de uma consulta pública acerca dos direitos autorais nas plataformas de *streaming*, bem como a sua forma de arrecadação.

Em fevereiro de 2017 o STJ decidiu no Recurso Especial nº 1559264 / RJ que os serviços de *streaming* deverão arrecadar os direitos autorais pelo Ecad nas transmissões via *streaming*. O entendimento firmado no tribunal foi no sentido de que a transmissão via *streaming*, seja ela de qualquer natureza (interativa ou não interativa, *webcast* ou *simulcast*, respectivamente) é uma execução pública, sendo portando, fato gerador para arrecadação do ECAD.

O ministro relator Villas Bôas Cueva enfatizou que a problemática girava em torno sobre o *streaming* ser ou não execução pública, bem como se ambas as formas de *streaming* seriam. Na ementa, foram pontuadas as principais questões:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA *STREAMING*. *SIMULCASTING* E *WEBCASTING*. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. ***SIMULCASTING*. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR.** TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio Oi FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. [...]

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a

internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. [...] Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido (BRASIL, 2017, Recurso Especial nº 1559264, STJ) (grifei).

O Recurso Especial chegou ao STJ com a ação movida pelo ECAD, contra a *Telefonia Oi*, ajuizada em 2009 no TJ-RJ. Neste caso, o ECAD cobrava a arrecadação dos direitos autorais pela retransmissão da programação, e consequente de músicas via *streaming* da já extinta, *Rádio Oi*. A decisão proferida no Recurso Especial em fevereiro de 2017 também vai na contramão das decisões anteriores, modificando o entendimento jurisprudencial que havia sobre a matéria, proferidas na primeira instância e no segundo grau, na fase recursal³¹.

Na ação da *Rádio Oi* e ECAD discutiu-se a diferença do modelo *webcasting* e do *simulcasting*, e a decisão proferida pelo tribunal foi a de que o *streaming* na modalidade *simulcasting* não era considerado execução pública para fins de arrecadação do ECAD, pois implicaria em um *bis in idem* em favor do compositor, já

³¹ O *MySpace* é uma rede social que oferecia o recurso de transmissão por *streaming* na forma de *webcasting*. Em 2014 o ECAD ingressou contra a representante da rede social no Brasil cobrando arrecadação de direitos autorais. A Décima Câmara Cível do TJ-RJ entendeu que o *webcasting* não configura execução pública, razão pela qual os valores não são devidos pelo ECAD (BRASIL, 2014, APELAÇÃO CÍVEL N.º 0386089-33.2009.8.19.0001.)

que o conteúdo transmitido por ele era idêntico ao transmitido em comunicação ao público:

DIREITO AUTORAL DIGITAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NA MODALIDADE DE TRANSMISSÃO DE FONOGRAMA POR MEIO DE REDE MUNDIAL DE COMPUTADOR – SIMULCASTING E WEBCASTING (TECNOLOGIA STREAMING). COMUNICAÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

[...]

3 – SIMULCASTING. TRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DIFUNDA POR MEIO DE SINAIS CONVENCIONAIS. NOVO RECOLHIMENTO. DUPLA COBRANÇA SOBRE O MESMO FATO GERADOR. BIS IN IDEM. VEDAÇÃO. 4- WEBCASTING. TECNOLOGIA QUE POSSIBILITA O ENVIO DE INFORMAÇÕES ATRAVÉS DE PACOTES POR REDE DE COMPUTADORES. EXECUÇÃO DE ARQUIVO DE MÍDIA EM COMPUTADOR. DISTRIBUIÇÃO DIGITAL DE FONOGRAMAS. NOVO FATO GERADOR DA COBRANÇA DE DIREITO AUTORAL PELA UTILIZAÇÃO DE OBRA LÍTERO-MUSICAL.[...]7- A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL NÃO TEM A AMPLITUDE PRETENDIDA PELO ECAD, QUE TENTA OCUPAR O ESPAÇO DO "VAZIO LEGISLATIVO" EM PREJUÍZO DO CRIADOR E DO INTERESSE DOS USUÁRIOS DE BENS INTELECTUAIS [...](BRASIL, 2011, Apelação Cível. Processo Nº 0174958-45.2009.8.19.0001/ TJ-RJ) (grifei)

Por outro lado, o *streaming* na modalidade *webcasting* teria, para o Tribunal um tratamento diferenciado, e em razão de seu caráter interativo ele seria um novo produto. Com efeito, ele enseja um novo fato gerador de cobrança dos direitos autorais em razão do uso da obra litero-musical (BRASIL, 2011).

O conceito de execução pública firmado no acórdão foi o de que “execução pública significa transmitir, comunicar ou colocar à disposição do público uma obra, através de qualquer meio ou processo e que os integrantes desse público recebem essa obra no mesmo lugar ou em locais separados, ao mesmo tempo ou tempos diferentes.” (BRASIL, 2011, p.8)

Entretanto, em fase recursal a 19ª Câmara Cível decidiu nos Embargos Infringentes de 2012 (nº 0174958-45.2009.8.19.0001-TJ-RJ) que o *streaming* na modalidade *webcasting* não seria abrangido pelo conceito de execução pública:

Direito Autoral. Transmissão de obras musicais através de site Internet de rádio online. Embargos Infringentes interpostos pela ré, objetivando reforma do acórdão para julgar improcedente o pedido referente à modalidade de transmissão *webcasting*. **Voto majoritário que deu provimento parcial ao recurso da autora, afastando a cobrança na modalidade *simulcasting* e condenando a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade *webcasting*, ao reconhecer que nesta espécie há novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Voto vencido que entendeu que a sentença devia ser mantida, uma vez que o *simulcasting***

é mero exercício da radiodifusão e que o streaming (webcasting) não se trata de modalidade o streaming (webcasting) não se trata de modalidade de execução pública. [...] No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade webcasting, tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva. Embargos infringentes providos, de modo a prevalecer o voto vencido. (BRASIL, 2012, Embargos Infringentes: 0174958-45.2009.8.19.0001, TJ-RJ) (grifei)

Ficou afastada a cobrança de direitos autorais também, porque no caso em tela, a *Rádio Oi* já fazia a arrecadação dos direitos ao Ecad pelo serviço de radiodifusão, e como o serviço de *streaming* disponibilizava o mesmo conteúdo, haveria duplicidade na cobrança, configurando *bis in idem* (BRASIL, 2012).

Uma vez que usuário escolhe um conteúdo, “será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário”, esclarece a ementa. E é pelo fato da transmissão ocorrer em um ambiente restrito, particular que o *streaming webcasting* não contemplaria o conceito de execução pública. A interpretação sistemática de “local de frequência coletiva” leva à conclusão de que o *streaming* está excluído do âmbito da execução pública (BRASIL, 2012).

Embora o Ministro Marco Aurélio Bellizze tivesse se manifestado no sentido de que apenas o *streaming* na modalidade *simulcasting* configura execução pública, no ano de 2016 (MUNIZ, 2016), observa-se que um ano depois, o STJ revisou e modificou esse posicionamento. A partir desta decisão proferida no Recurso Especial nº 1559264, o *streaming* em qualquer das modalidades (*simulcasting* e *webcasting*), passa a ser considerado execução pública, e fato gerador de arrecadação do Ecad.

A votação desse Recurso Especial incluiu uma audiência pública, realizada em 14 dezembro de 2015, que contou com a participação do Ministério Público e de diversas entidades e organizações de variados âmbitos: jurídico, musical e empresas do segmento. Foram convocados pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva entidades como o próprio ECAD, a ABRAMUS, o *Napster* e a UBC para se posicionarem sobre execução pública e a gestão de direitos nos serviços de *streaming*.

O Ministério da Cultura promoveu também, duas consultas públicas à época. A primeira delas tinha como objetivo regulamentar as principais alterações ocorridas

com a Lei nº 12.853 de 2013 bem como a Instrução Normativa do Ministério da Cultura nº 03 de julho de 2015 (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2016).

Já a segunda, versava sobre as obrigações dos usuários no que se refere à execução pública de obras e fonogramas inseridos em obras e outras produções audiovisuais de que trata a Lei nº 9.610/1998 (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2016).

Na internet, a consulta pública ficou aberta por 45 dias (até 30 de março de 2016), possibilitando a participação de membros da sociedade, com sugestões de modificações, inclusão de dispositivos e comentários do cidadão. Ao incorporar a sociedade ao debate, há que se observar que foi uma importante iniciativa e um salto democrático na gestão e construção dos mecanismos de proteção à propriedade intelectual.

O posicionamento enviado à consulta pública das empresas *Oi* e *Napster* merece ser mencionado³². Para a empresa *Oi*, não deveria haver tratamento diferenciado no que diz respeito ao uso das obras em “ambientes digitais” ou não. Isto porque o armazenamento, reprodução e distribuição de obras já estão devidamente licenciadas pelos autores. Logo, seu uso em “ambiente digital” não configura um novo e autônomo direito.

A empresa *Napster* foi mais profunda na dimensão analítica na consulta pública da instrução normativa, pontuando cada artigo da proposta. Em um dos artigos, em que o Ministério da Cultura tentou fazer uma diferenciação entre os *download* e *streaming* no que toca à habilitação das obras, visando enquadrar a primeira como distribuição eletrônica e a segunda como execução pública. A crítica foi no sentido de que a distinção efetuada pelo Ministério da Cultura entre atos de *download* e *streaming* não estaria adequada do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista fático e tecnológico.

Em suma, para a *Napster* a Instrução Normativa não configura medida adequada para inovar a interpretação do *streaming* como sujeito ao regime legal aplicável à execução pública: “Em razão da relevância e natureza da matéria, uma medida do gênero só poderia ser adotada por meio de expressa modificação da LDA

³² As contribuições enviadas por empresas podem ser encontradas na página da consulta popular: <http://culturadigital.br/gcdigital/outras-contribuicoes-recebidas-fora-da-plataforma/> Acesso em 31 de agosto de 2018.

por meio de um processo legislativo democrático que permita um amplo e profundo debate entre as partes interessadas e o maior amadurecimento do tema”.

Um dos pontos mais discutidos da última decisão do STJ proferida no caso *Oi Telefonía vs Ecad* é o reconhecimento do ciberespaço como “local de frequência coletiva”. Logo, o próximo item irá analisar alguns pontos desta decisão, buscando compreender quais seriam suas implicações.

3.6 O ciberespaço como ‘local de frequência coletiva’ e o *streaming* de músicas após a decisão do Supremo Tribunal Federal

Para o Ministro do STJ Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do processo *Ecad vs Oi Telefonía*, a transmissão via *streaming* está inclusa no rol de direitos patrimoniais de utilização da obra, disposto no art. 29 da LDA de 1998, e difere de outras modalidades como rádio e televisão apenas pela tecnologia empregada, entrando na incidência normativa do dispositivo. O referido diploma legal menciona que são abrangidas “quaisquer modalidades de utilização, inclusive as que venham a ser inventadas no futuro”:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

(...)

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra

X - Quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas ” (grifei).

Para Cueva, o *streaming* em qualquer das modalidades (*webcasting* ou *simulcasting*) trata-se de execução pública, pois a internet deve ser concebida como um “local de frequência coletiva”, porque existe uma coletividade de sujeitos que podem acessar esse conteúdo. Deste modo, ficaria caracterizada a execução pública. (CUEVA, 2017, p.9). Da mesma forma, o conceito de comunicação ao público (art.5º, inciso V, LDA/1998) (que ocorre quando a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento) abrangeria o espaço físico e também digital como local de frequência coletiva.

Para o Ministro, o “direito de colocar à disposição do público (art. 29, inciso VII, da Lei nº 9.610/1998) é um ato de execução pública, englobado pela modalidade

de direito de comunicação ao público (art. 5º, inciso V, da Lei nº 9.610/1998)” (CUEVA, 2017, p.48).

Mais do que isso, o que caracteriza a execução pública no ambiente digital é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si, tendo em vista que é possível atingir um alcance indeterminado de pessoas:

A sociedade informacional abre uma nova noção do que é público. Hoje, o simples fato de a obra intelectual estar à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet, por si só, é capaz de tornar a execução musical pública. A autorização de cobrança de direitos autorais pelo ECAD nas transmissões via *streaming* não se dá em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o site, mas, sim, pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, ou seja, ao público em geral, o acesso ao conteúdo. Assim, tanto o *simulcasting* quanto o *webcasting* caracterizariam execução pública (WACHOWICZ; VIRTUOSO, 2018, p.9).

Com efeito, o *streaming* em ambas as modalidades é uma execução pública, razão pela qual está sujeita à gestão coletiva e arrecadação pelo Ecad. Não somente porque o sujeito consegue acessar as obras, mas pelo fato do provedor manter e disponibilizar ao público o acesso ao conteúdo.

Por outro lado, a decisão do STJ e, em especial o posicionamento manifestado pelo relator Cueva, vai na contramão daquilo que preconizava o autoralista Ascensão (1999b), para quem a disponibilização de obra ao público na internet não estaria integrada no direito de comunicação ao público:

Neste sentido, a lei brasileira dos direitos autorais (Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998), procedeu correctamente, adoptando suas próprias qualificações. **Sem entrar na interpretação das disposições desta lei, o que é seguro é que a colocação da obra em rede à disposição do público não é integrada no direito de comunicação ao público.** Podemos concordar ou não com as qualificações adotadas, o que não podemos é haver discrepância entre as leis brasileiras e os tratados, por aquela ter escolhido uma própria qualificação. [...] **Tudo se cifra na consagração do direito de colocar à disposição, sem a qualificação forçada como direito de comunicar ao público, e portanto sem arrastar consigo qualquer dos efeitos que dessa qualificação pudessem resultar** (ASCENSÃO, 1999b, p.27 (grifei).

Voltando para a decisão, do STJ, de acordo com o voto do relator, para resolver a controvérsia do *bis in idem*, no caso do *simulcasting*, se ele configurar um meio autônomo de uso de obra intelectual, isto é, quando a mesma programação de

rádio ou televisão é retransmitida por *streaming*, a solução encontra-se no art. 31³³ da LDA de 1998. Ou seja, qualquer forma de que configure uso autônomo de obra intelectual, no caso em tela, do *simulcasting*, a transmissão simultânea via internet, enseja novo licenciamento e, conseqüentemente, novo pagamento de direitos autorais ao Ecad.

Por fim, a decisão foi pelo provimento do Recurso Especial, com maioria dos votos. Os Ministros Marco Buzzi, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira acompanharam o voto do relator. O Ministro Marco Aurélio Belizze foi o voto vencido no julgamento do Recurso Especial, e reconheceu a temática como complexa e ainda controversa na área jurídica. Discordou do relator em alguns aspectos, e dentre eles, a incorporação do *streaming* como execução pública.

A questão, para o ministro é dirimir se a disponibilização desse conteúdo, via *streaming* é reprodução ou distribuição (ensejando pagamentos individuais), ou comunicação ao público na modalidade execução pública (e neste caso, devidos ao ECAD) dessas obras? (BELLIZE, 2017, p.12)

O direito de reprodução da obra, positivado no art. 5º, VI, da LDA, determina que a reprodução corresponde a uma cópia da obra em suporte físico ou outro que venha a ser inventado. A regulamentação desse direito, no art. 30 da LDA estabelece que o autor pode colocar a obra à disposição do público de forma onerosa ou gratuita, pelo tempo que quiser, mantendo controle e registros dos exemplares:

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

[...]

§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração (BRASIL, 1998).

A comunicação pública na modalidade de execução pública é aquela encontrada no art. 68 da LDA, e no parágrafo 2º, que é a disponibilização que

³³ Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais (BRASIL, 1998).

menciona que os estabelecimentos precisam ser de “frequência coletiva”. Com efeito, é essencial que seja delimitado um contorno para local de frequência coletiva na rede de computadores (BELLIZE, 2017, p.12).

Para o Ministro, a rede não é homogênea e nem tudo nela possui caráter coletivo, pois há inclusive elementos com caráter privado e sigiloso (por ex. e-mail) e de acesso restrito (página pessoal em rede social), que são, tal como a correspondência, invioláveis. Aliás, a inviolabilidade da correspondência é Direito Fundamental. Logo, para o Ministro que foi o voto vencido, é importante fazer uma distinção entre aquilo que possui um vínculo individualizado com o receptor (BELLIZE, 2017, p.12).

Outrossim, no rol exemplificativo de lugares de frequência coletiva elencado no artigo 68 da LDA/1998 contempla espaços de transitoriedade dos sujeitos. Um quarto de hotel por exemplo, está sujeito à rotatividade dos clientes. Já quando alguém acessa uma plataforma, a pessoa franqueada acessa esse “lugar” de uma mesma conta. Existem “locais” virtuais que embora sejam de livre acesso, não há uma execução pública e aberta, tão somente individual (BELLIZE, 2017, p.12).

E isto não seria uma novidade que surgiu apenas no ambiente digital, pois algo semelhante já acontecia nas lojas de Cd’s e vinis, onde muitos estabelecimentos ofereciam a opção de o cliente ouvir uma prévia da obra antes de adquiri-la com uso de fones de ouvido, e isso nunca ensejou cobrança por parte do ECAD. De forma semelhante, nunca se considerou execução pública o aluguel dos mesmos (BELLIZE, 2017, p.12).

Em ambientes aos quais qualquer pessoa pode acessar e o conteúdo é disponibilizado automaticamente, com ou sem a necessidade de o usuário apertar o “*play*”, mas que a programação siga idêntica para outro sujeito que simultaneamente esteja acessando, entende o ministro se tratar de execução pública. Tal como ocorre com o *simulcasting*, ou ainda na sonorização ambiental de sítios na web (BELLIZE, 2017, p.12).

Já no caso do *webcasting*, o argumento levantado pelo Ministro é que não se trata de afastar a incidência dos direitos autorais, mas sim a sua gestão por meio do Ecad. O *webcasting* não deve ser compreendido como comunicação ao público na modalidade de execução pública da obra (BELLIZE, 2017, p.12).

Ressalta-se ainda, que as distinções entre comunicação ao público de um lado, reprodução e distribuição de outro, já eram distinções feitas na Convenção de Berna, em seu artigo 11:

1) Os autores de obras dramáticas, dramático-musicais e musicais gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a representação e a execução públicas das suas obras, inclusive a representação e a execução públicas por todos os meios e processos; 2º a transmissão pública por todos os meios da representação e da execução das suas obras.

2) Os mesmos direitos são concedidos aos autores de obras dramáticas ou dramático-musicais, por toda a duração dos seus direitos sobre a obra original, no que respeita à tradução das suas obras (BRASIL, 1975).

Com efeito, ratificou o Ministro que a disponibilização de músicas por *streaming*, salvo os casos de *simulcasting*, sonorização ambiental e de execução genérica, são consumidas individualmente e livres de contribuição ao Ecad (BELLIZZE, 2017, p.14).

No caso em discussão (*Oi vs Ecad*), o relator Bellizze entende que pelo fato da empresa já pagar mensalmente a retribuição devida ao Ecad pela comunicação ao público na modalidade execução pública, a mera transmissão por outro meio tecnológico não é uma nova utilização de obra intelectual, de forma que a cobrança implicaria em *bis in idem* (BELLIZZE, 2017, p.12).

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal ainda em outubro de 2017, em Recurso Extraordinário, impugnando a decisão do acórdão proferido no STJ. O Ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática ao não verificar questão constitucional, negou segmento ao recurso:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. SIMULCASTING E WEBCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE. [...] 15. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. [...] 7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao

conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD. [...] 910. Recurso especial provido. (Decisão monocrática no RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 1.056.363/RJ)

Com efeito, o entendimento no STF foi de que o streaming *simulcasting* configura meio autônomo de utilização da obra intelectual, razão pela qual não há *bis in idem*.

Embora as decisões de primeira e segunda instância tenham entendido pela impossibilidade de nova cobrança em caso do *simulcasting*, o STJ divergiu desses entendimentos. Decidiu que restava a necessidade de novo pagamento dos direitos autorais, uma vez que a licença para execução pública via radiodifusão não abrange a licença para execução pública por *streaming*. O entendimento foi o de que existiria a necessidade de uma nova licença, por se tratar uma outra transmissão por meio de outro meio técnico. Ainda que originário da mesma programação, isso demanda uma nova licença e, conseqüentemente, um novo pagamento (PIRES; ADOLFO, 2017, p.101).

Neste ponto, a sentença do STJ não poderá mais ser revertida em sua totalidade, e agora a *Oi Telefonía* pode tentar revisar os valores devidos, alegando que os valores cobrados são discricionários e seria necessária uma regulação. Em novembro de 2017, a Abert (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão) peticionou para ser incluída no processo como *amicus curiae*, alegando que a cobrança acarreta uma duplicidade de pagamento para as radiodifusoras.

Por mais controversa que esta decisão possa aparentar ser, em razão da ausência de regulamentação ou atualização legislativa sobre a gestão das obras musicais transmitidas no meio digital, elas serão submetidas à gestão coletiva e a arrecadação pelo órgão centralizador. Somente o tempo será capaz de mostrar se o posicionamento do Superior Tribunal foi realmente acertada (CAMARGO; GREGORI, 2017, p. 259).

Os votos da decisão proferida em 08 de fevereiro de 2017 no Recurso Especial nº 1559264/RJ³⁴ também foram objeto de análise por parte da academia. Lembrando que as questões conceituais sobre *streaming* e suas modalidades já foram realizadas no primeiro capítulo deste trabalho, resta-nos neste item, realizar uma análise crítica da decisão e seus fundamentos. De acordo com Pires e Adolfo (2017, p. 89) sobretudo nas decisões procedentes em primeira e segunda instância, há uma confusão, por parte dos julgadores e das partes que envolvem o litígio, sobre os conceitos de *streaming*, *webcasting* e *simulcasting*.

Um dos primeiros pontos controversos da decisão, é que o *simulcasting* não é considerado como uma tecnologia ou um serviço específico, mas designa apenas a simultaneidade de transmissão por meio de duas tecnologias diferentes (como a radiodifusão e transmissão online). Isso pode ocorrer também com uma rádio que tenha sua programação transmitida, de forma simultânea, por canais de televisão a cabo (PIRES; ADOLFO, 2017, p.100).

Nestes termos, a transmissão de programação de uma rádio pela internet é considerada para Pires e Adolfo (2017, p.100) como *live streaming webcast*, podendo a transmissão ser originária de uma rádio exclusivamente digital, que funciona apenas via internet. Ou ainda, caracterizar o *simulcasting*, quando for originária de uma retransmissão da programação de uma rádio analógica cuja transmissão ocorra por radiodifusão.

Na decisão, questionou-se também, se o fato de que a *Rádio Oi* já ter pago os valores devidos ao Ecad de sua programação na rádio analógica ensejaria *bis in idem*. Como anteriormente relatado, entendeu o Tribunal que não há *bis in idem* na duplicidade desta cobrança. Para Pires e Adolfo (2017, p.102) a decisão foi acertada, e encontra-se claramente abarcada pelo art. 31³⁵ da LDA, que preceitua que cada modalidade de utilização das obras intelectuais necessita de uma autorização específica, e por consequência, uma remuneração independente. Embora o conteúdo

³⁴ Caso *Ecad vs Oi Telefonía*, onde o processo movido pelo Ecad contra a Oi Telefonía, sobre o qual ficou decidido, de forma majoritária que ambas as modalidades de *streaming* (*simulcasting* e *webcasting*) são consideradas formas de execução pública.

³⁵ Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

seja o mesmo, é compreensível o entendimento de que se trata de modalidade diversa de uso.

Logo, a tese da cobrança de um novo valor pode ser justificada por dois motivos: com a criação de um novo canal para disponibilização das obras é possível também que haja, novas possibilidades de exploração econômica das obras musicais; e há ampliação de alcance do público, e por consequência, ampliação da utilização dos limites da utilização da obra musical (PIRES; ADOLFO, 2017, p.102).

O serviço ofertado pela plataforma *Rádio Oi* consistia na a disponibilização on line de músicas e álbuns para serem ouvidos sob demanda dos usuários, isto é, quando e em qual ordem de execução eles desejarem. Logo, esta forma de serviço caracteriza o *streaming on-demand*, razão pela qual os efeitos da decisão se estendem para os serviços de plataformas e aplicativos como *Spotify* e *Deezer*, e etc... (PIRES; ADOLFO, 2017, p.102).

Se, por um lado, a decisão de que não há *bis in idem* na duplicidade da cobrança e licenciamento das obras no caso de *streaming simulcasting* e na transmissão simultânea por meio dessas tecnologias, (como no caso da *Rádio Oi*) Pires e Adolfo (2017) acreditam que a decisão foi acertada, mas referente ao reconhecimento do *streaming webcast on-demand* como execução pública, os autores acreditam que o posicionamento não foi correto.

Não configuraria execução pública, na visão dos autores, porque na modalidade *on-demand* não há sequer transmissão enquanto o usuário não a iniciar. Esta transmissão ocorrerá de forma direta e individualizada para cada usuário, em seu dispositivo. Não raras vezes, é preciso uso de senhas e logins pessoais e intransferíveis, como ocorre com os aplicativos. Nestes casos haveria uma “execução privada” e não uma execução pública (PIRES; ADOLFO, 2017, p.106).

Outrossim, existe um lapso temporal que ocorre da disponibilização até o comando de execução do usuário. Não existe simultaneidade no *webcast on-demand* entre a disponibilização da obra e sua execução e transmissão na rede. Sendo esses fatores determinantes para a caracterização da execução pública, o ponto da decisão do STJ segue controverso (PIRES; ADOLFO, 2017, p.106).

O reconhecimento do ciberespaço como “local de frequência coletiva” pelo STJ na decisão, diante dos argumentos arguidos (sobre a inexistência de simultaneidade no *webcast on-demand* e da interatividade necessária para o início da transmissão) acaba sendo irrelevante:

Pensar ao contrário e caracterizar a modalidade *on-demand webcasting* como execução pública em decorrência da internet ser considerada como um local de frequência coletiva, seria o mesmo que caracterizar a venda de CDs em uma praça pública como execução pública, ou ainda, cobrar execução pública de um restaurante que possui um aparelho de rádio, mas que fica sempre desligado[...]. Assim, se algum consumidor comprar um CD do comerciante, inseri-lo em um CD player com fones de ouvido e escutar as obras musicais, mesmo que seja naquela praça pública (local de frequência coletiva), certamente não haverá execução pública, pois trata-se de execução privada (PIRES; ADOLFO, 2017, p.107).

Logo, mesmo que seja possível criticar o reconhecimento do ciberespaço como local de frequência coletiva, o que representa também uma ampliação do escopo do constante no §3º, do art. 68 da LDA, isso não seria suficiente para fundamentar a decisão de enquadrar os serviços *on-demand webcasting* como execução pública, eis que a transmissão nesses casos, terá caráter privado, individual e pessoal (PIRES; ADOLFO, 2017, p.106).

Por outro lado, há outros como Barbosa (2017) que acreditam que esse posicionamento não faz sentido, uma vez que no caso do *streaming* seria dado o mesmo tratamento a quem escuta músicas em seu quarto sozinho, e alguém fazendo a sonorização de uma festa. Ainda, o mesmo autor criticou também, o fato de que em momento algum a decisão valeu-se da doutrina nacional referente ao tema para fazer a sua fundamentação.

Advogam alguns autores, como Pires e Adolfo (2017) que o serviço de *webcasting* não poderia ensejar cobrança por parte do Ecad sem que houvesse antes uma regulação ou alteração legislativa. É claro que, ainda que o *webcasting* não ensejasse o recolhimento dos valores do Ecad isso não afastaria a proteção conferida pelo Direito de Autor das obras, com o devido pagamento referente à sua utilização, como seria o caso de *making available*, ou “colocação à disposição do público”.

Isto é claro, considerando o caso das plataformas de *streaming* de músicas. Nestes termos, a proteção do Direito de Autor refere-se à autorização do autor para que a obra seja disponibilizada mediante arquivo digital na internet, à disposição do público, sem a qual, ocorreria uma violação. Logo, “a tutela do Direito de Autor deve se dar por meio da modalidade de colocação à disposição do público e não como execução pública, reprodução ou mesmo distribuição.”(PIRES; ADOLFO, 2017, p.108).

Além de confundir as diferentes formas de *streaming*, a decisão do STJ, em que pese tenha feito referência ao Tratado da OMPI (WCT) de 1996, que estabeleceu

o direito de colocação à disposição do público, não reconhece a autonomia inerente à desse direito e ainda o confunde com a execução pública (PIRES; ADOLFO, 2017).

Ainda, para Barbosa (2017), o voto minoritário foi o que, em sua visão, se apresentava de forma mais pudente, uma vez que, evita a hermenêutica extensiva de regra que estabelece uma presunção racionalmente questionável, e evita a padronização de que tudo na internet seria “local de frequência coletiva”.

De acordo com Ascensão (1999b, p.23) é fundamental fazer uma diferenciação entre o uso público e o uso privado da obra na rede. Tem-se que mesmo na internet, pode haver o uso privado das obras. Logo, não é correto afirmar que todo e qualquer uso na rede, configura necessariamente, o uso público:

Se uma obra é transmitida digitalmente, entre terminais privados, temos um mero uso privado: nunca chega a suscitar-se a problemática da utilização pública. Ora, o direito de autor consiste essencialmente num exclusivo de utilização pública da obra. O uso privado escapa-lhe, salvas as exceções que a lei preveja e que não nos interessam aqui. A questão surge realmente em caso de utilização pública: ou seja, quando uma obra é colocada em rede, de tal maneira que a ela pode aceder um número indeterminado de pessoas. A experiência, hoje generalizada, isso pode acontecer (ASCENSÃO, 1999b, p.23).

Com efeito, caso se trate de uso privado, não se falaria em Direito de Autor decorrente de execução pública, uma vez que o escopo deste ramo do Direito seria o uso público das obras.

Por outro lado, quando um terceiro decide colocar uma obra na rede, ficando esta disponível para um número indeterminado de pessoas, sabe-se que é necessário a autorização do autor, uma vez que se trata do direito patrimonial de exclusividade de exploração econômica da obra que cabe ao autor:

Ora, colocar a obra assim em rede é algo que todos entendem que só se pode fazer com o consentimento do autor. O direito de autor outorga uma universalidade de faculdades, conducentes a atribuir ao autor o exclusivo de utilização pública da obra. O terceiro que colocasse a obra em rede sem autorização estaria seguramente invadindo o exclusivo reservado ao autor (ASCENSÃO, 1999b, p.23).

De qualquer forma, como já foi dito, apenas o tempo poderá dizer se a decisão do Tribunal foi realmente acertada, bem como será possível visualizar as suas consequências.

No próximo item, que fará o encerramento deste capítulo, ver-se-á como funciona a arrecadação e distribuição dos direitos autorais no *streaming* de vídeos na plataforma *YouTube*, bem como serão construídas as categorias de usos e usuários

propostas por este estudo no que diz respeito ao uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*.

3.7 A arrecadação dos Direitos Autorais nos serviços de *streaming* e no caso dos canais *vlogs* do *YouTube*

Este tópico tem como objetivo demonstrar como é feita a arrecadação e a distribuição dos valores referentes aos direitos autorais por meio do Ecad nos serviços de *streaming* e na plataforma *YouTube*. Além disto, discute-se como ficaria a arrecadação nos casos dos *vlogs* do *YouTube* em relação ao de fonogramas nos mesmos.

O Ecad faz as arrecadações e distribuições por meio de um sistema de rubricas. Embora já existissem rubricas para arrecadação pelas tecnologias digitais na internet, a rubrica atual, “Mídias digitais” foi criada pelo ECAD em junho de 2010. Em verdade, trata-se de quatro rubricas: “*Internet-Show*”, “*Internet-simulcasting*”, “*streaming*” e uma quarta, de âmbito mais geral, a “*Internet-demais*”. O segmento de “mídias digitais” se caracteriza pela distribuição dos valores arrecadados dos usuários de música na Internet, por meio de *simulcasting*, *webcasting* e demais execuções (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.250).

De acordo com o regulamento de distribuição do Ecad: Art.17 “A distribuição dos direitos de autor e dos que lhe são conexos, arrecadados pelo Ecad, será feita de forma direta ou indireta, obedecendo à proporção de 66,67% para a parte autoral e 33,33% para a parte conexa;” (ECAD, 2016).

A distribuição direta é aquela em que todas as músicas captadas são contempladas na distribuição. O cálculo, que parte da verba líquida arrecadada é dividida pelo número de execuções para se chegar no valor de cada execução musical (ECAD, 2018e).

Esta forma de distribuição contempla as execuções públicas em shows, cinemas, TV aberta e por assinatura (grupos esporte, variedades e jornalismo) e os serviços digitais como o *streaming* e o *internet show* (a partir de 2016):

Art.18 A distribuição direta consiste na divisão da verba líquida arrecadada pelas músicas executadas, de acordo com a frequência e/ou tempo de duração da execução musical.

§1º A distribuição direta será realizada de forma a contemplar todas as execuções musicais informadas e/ou identificadas nos roteiros musicais de

shows, nas planilhas de programação das emissoras de televisão aberta descritas nos Artigos 20 e 21 deste regulamento, nas informações dos arquivos eletrônicos recebidos dos Serviços Digitais (Streaming e Internet Show), e nas fichas técnicas das obras audiovisuais exibidas nas salas de cinema.

§2º A distribuição direta considerará as seguintes periodicidades e rubricas:
I. Mensal: rubricas de Show e Serviços Digitais (Internet Show);
II. Trimestral: rubricas das emissoras de TV aberta e Serviços Digitais (Streaming);
III. Semestral: rubrica de Cinema.

A distribuição indireta comporta serviços como radiodifusão, TV por assinatura (grupos esporte, variedades e Jornalismo), música ao vivo, festas juninas e de fim de ano, casas de festa como as promovidas pelos centros MTG's e serviços digitais na modalidade *simulcasting*.

O valor é apurado com a divisão da verba líquida arrecadada pelo número de obras musicais e dos fonogramas nacionais e estrangeiros que são captados através de amostragem fornecida pelo Ecad:

Art. 23 A distribuição indireta consiste na divisão da verba líquida arrecadada pelas obras musicais e dos fonogramas nacionais e estrangeiros protegidos captados pelo critério de amostragem estatística (ECAD, 2016).
§1º O Ecad estabelecerá critérios de amostragem estatística com a finalidade de constatar o uso mais aproximado da realidade de obras musicais e fonogramas de em todo o território nacional (ECAD, 2016).
§2º Entende-se como amostragem estatística uma quantidade de execuções musicais que seja representativa de todas as execuções de obras musicais/fonogramas captados, e suficiente para estabelecer o rateio proporcional da distribuição indireta (ECAD, 2016).

O regulamento de distribuição reservou uma parte específica para tratar da distribuição de serviços digitais. O Ecad divide esses serviços nas rubricas *Internet Show*, *Internet Simulcasting*, *Internet Demais* e *Streaming*, onde também estabelece qual será a forma de distribuição. Na forma direta estão *Internet Show* e *Streaming*:

Internet Show

Art. 38 A distribuição da rubrica Internet Show, relativa à transmissão exclusiva ou simultânea de shows na internet, terá como base o roteiro musical de cada evento encaminhado pela área de Arrecadação ou a gravação realizada e contemplará os titulares de direitos de autor.

§1º A verba a ser distribuída de cada show transmitido será dividida pelo total de execuções musicais apresentadas no respectivo show.

§2º A distribuição da rubrica Internet Show será mensal (ECAD, 2016).

[...]

Streaming

Art. 40 A distribuição das rubricas Streaming será realizada de forma direta, com base na programação musical encaminhada por cada usuário

responsável, através de arquivo eletrônico e contemplará os titulares de direitos de autor.

§1º A verba a ser distribuída será composta pelo montante arrecadado de cada usuário, que será agrupado de acordo com tipo de plano contratado, e rateado pelas execuções musicais relativas às competências liquidadas até o mês imediatamente anterior ao mês do processamento desta rubrica.

§2º A identificação das execuções musicais será realizada através de um processo de identificação automática.

§3º A distribuição das rubricas *Streaming* ocorrerá trimestralmente, nos meses de março, junho, setembro e dezembro (ECAD, 2016).

Para a classificação de rubricas do Ecad, o *streaming* na modalidade *webcasting* está incluído na rubrica *internet demais*, e contempla os direitos de autores e conexos, sendo distribuído de forma indireta, isto é, pela amostragem:

Internet Simulcasting

Art. 39 A distribuição da rubrica de Internet Simulcasting será realizada com base nos róis da distribuição regionalizada de rádio AM/FM, provenientes de usuários que também possuam enquadramento simulcasting e contemplará os titulares de direito de autor e conexo.

§1º A verba a ser distribuída será composta pelo montante arrecadado mensalmente através dos enquadramentos de simulcasting rateada pelas execuções musicais participantes dos róis descritos no caput deste artigo [...]

Internet Demais

Art. 41 A distribuição da rubrica Internet Demais será realizada com base nas relações de fonogramas encaminhadas pelos usuários adimplentes, que utilizam música em ambientações de sites, webcasting e podcasting e contemplará os titulares de direitos de autor e conexo.

§1º A verba a ser distribuída será composta pelo montante arrecadado dos usuários responsáveis, rateado pelos fonogramas participantes da amostragem.

§2º Para a composição da amostragem, os fonogramas encaminhados pelos usuários serão selecionados através de um sistema randômico, conforme procedimento interno (ECAD, 2016).

Apesar de estabelecer todas essas regras e parâmetros para arrecadação e distribuição, o Ecad é constantemente alvo de críticas por parte dos artistas, além de ter sido investigado por formação de cartel, sonegação fiscal, falsidade ideológica, enriquecimento ilícito, abuso do poder econômico e apropriação indevida de créditos protegidos, conforme apurado na CPI instaurada em 2011, e com resultados divulgados em 2012 (CPI, 2012).

Desde os primórdios do *YouTube*, predomina na plataforma o conteúdo gerado por usuário – o *user generated content*, ou UGC –. A modalidade de monetização de conteúdo alheio é uma das formas que a indústria buscou para conciliar seus interesses com os do usuário, bem como de resolver alguns dos que

foram seus maiores problemas, do ponto de vista de relações públicas nas décadas de 1990 e 2000, que era o uso de materiais protegidos, como por exemplo, para realização de *mashups* e sua divulgação na rede (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.200).

O *YouTube* caminhou para se transformar em uma plataforma de disponibilização de conteúdo profissional também. Neste cenário começaram a surgir as primeiras produtoras para o desenvolvimento de vídeos voltados para o *YouTube*. Essas produtoras foram administrando os canais, e conforme cresciam, iam adquirindo outras funções e foram se transformando nas *networks*, isto é, empresas que administram também conteúdo de terceiros no *YouTube* (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.200).

O usuário que coloca um vídeo no *YouTube* pode estar, então, numa posição tanto de detentor de conteúdo – o vídeo em si, ou áudio próprio – quanto de utilizador de conteúdo, quando e caso faça uso de vídeos ou músicas de terceiros. Essa foi uma das principais razões para o surgimento de um novo intermediário no mercado digital, as *multi-channel networks*. A *multi-channel network* (rede multicanais), ou apenas MCN, é uma agregadora de conteúdos que administra a carreira de alguém que coloca vídeos no *YouTube*, como fazem os *youtubers* (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p. 200).

Os modelos de negócio das *networks* são diferentes entre si. Elas podem - ou não – prestar serviços a produtores de vídeo, oferecendo recursos como estúdio, equipamento, auxílio em roteiro, consultoria sobre como melhorar seus números de acessos e inscritos no *YouTube*, indicar os melhores horários do dia para colocar um vídeo e obter atenção imediata do público entre outras atividades para melhorar o desempenho do *youtuber* (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.200).

Em suma, a principal, atividade dessas *networks* é a administração dos canais, usando conhecimentos específicos e uma posição privilegiada que ocupam perante a plataforma. A primeira *network* do Brasil foi a Paramaker (união do canal Parafernália com a *network* americana *Maker*). O funcionamento dessas *networks* é feito por meio de contratos e acordos entre as empresas e a plataforma *YouTube*:

Para operar, uma MCN precisa estar plugada ao *YouTube*, o que significa estabelecer um contrato específico com a plataforma. O Parafernália estabeleceu um acordo com a *Maker* – plugou-se a ela – e passou a desfrutar dos benefícios e obrigações daquele contrato, recebendo os recursos de monetização de seus canais via *Maker*. Outras MCNs estrangeiras

importantes que contam com membros brasileiros são a Machinima, focada essencialmente em vídeos de videogames, mas não apenas; a Fullscreen, uma gigante com milhares de canais no mundo; a Big Frame, menor e com pouca atividade de brasileiros; e a Tastemade, focada em canais de culinária. Existem, porém, dezenas de MCNs operando no mundo (uma lista das 100 MCNs com mais assinantes é oferecida pelo site *Socialblade.com*, e MCNs brasileiras como a Amazing Pixel (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p. 325).

A administração por uma network é benéfica para o canal porque as suas chances de crescer se tornam maiores, bem como melhorar o aspecto financeiro por meio da monetização. Todos os *youtubers*, ligados ou não a *networks*, têm acesso a ganhos por meio de publicidade. No entanto, uma vez que o canal esteja ligado a uma *network* ele pode receber também por outras publicidades, que são negociadas diretamente pela empresa. Elas também oferecem ferramentas que permitem a análise de dados de acesso e engajamento (*analytics*) ao produtor de conteúdo, além das que já são oferecidas pelo *YouTube* (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.326).

Falou-se também, no direito de sincronização, isto é, a inserção de um fonograma ou obra musical em uma obra audiovisual. Na concepção de uma trilha sonora para uma determinada obra audiovisual, por exemplo, quando se opta por inserir determinada música de titularidade de terceiros naquela trilha, será necessário obter a liberação do titular do fonograma e da obra lítero-musical para sua utilização na obra final. A música se torna verdadeiro insumo à indústria audiovisual para além do seu uso habitual. Neste sentido, os direitos patrimoniais correspondem a uma condição *sine qua non* inerente à existência de diversos mercados, cujas produções se elaboram a partir de trabalho intelectual de outrem (VILLELA, 2017, p.148).

Nesta seara, outro benefício para os integrantes das *networks* está ligado diretamente aos direitos autorais. Muitos canais usam com frequência músicas ou vídeos protegidos por direitos autorais. De forma semelhante ao que aconteceu com o *TwitchTv*³⁶, o *YouTube* oferece uma biblioteca de músicas já licenciadas para uso em sua plataforma, que pode ser utilizada pelo produtor de conteúdo.

Caso a música que o produtor queira usar não se encontre nessa biblioteca ele precisaria de uma licença específica para seu uso, que dificilmente obteria

³⁶ O caso da *TwitchTv* será detalhado de forma mais oportuna no terceiro capítulo, afim de trazer paradigmas para a discussão do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor em plataformas de *streaming* de vídeo.

individualmente. As *networks*, por sua vez, firmam contratos com gravadoras e editoras, ou com bancos de músicas pagos, como o *AudioMicro*³⁷, além de muitas vezes terem os seus próprios à disposição do *youtuber*. Nesse caso, ele pode monetizar os vídeos, ainda que eles contenham material de terceiros e que não foram licenciados por si individualmente (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.327).

Com essas funções é possível cogitar porque o *YouTube* favoreceu a criação das *networks*. De acordo com Valente e Francisco (2016, p.327) elas funcionam como um “colchão legal”. Além de fomentar a criação de vídeos de maior qualidade, elas dão à plataforma uma certa garantia de que tudo que faz parte de sua rede está devidamente licenciado, evitando assim o estabelecimento de contatos diretos entre o *YouTube* e os muito mais descentralizados canais. É uma espécie de “terceirização” de algumas das funções do *YouTube*, onde as plataformas deixam de cuidar de contatos individuais, permitindo que as *networks* sem ocupe disso.

Nenhum *YouTuber* paga para pertencer a uma MCN. O modelo de negócio é o de compartilhamento de receitas (*revenue share*.) A porcentagem de receitas varia de acordo com o número de inscritos no canal (em torno de 40%, no caso de canais comuns, ou 30% com mais de 500 mil assinantes), sendo que outras características como qualidade de conteúdo e engajamento de usuários também são consideradas. Os contratos podem durar um ou dois anos, mas isso pode variar, dependendo da *network* em questão (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.204). Mas as *networks* não possuem relações com o Ecad, o que evidencia o distanciamento do escritório em relação à dinâmica atual de funcionamento do *YouTube*.

Em 2012 houve um caso envolvendo o Ecad e os produtores de conteúdo na internet. Os blogs *Caligrafitti* e *A leitora* realizaram postagens inserindo vídeos do *YouTube* por meio da tecnologia *embedding*, e o Ecad quis cobrar desses blogs a quantia de R\$ 352,59 mensais pelo uso desses vídeos (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.204).

Este caso gerou uma repercussão bastante negativa para o Ecad, com diversas críticas de especialistas em relação a esta cobrança. Um dos argumentos levantados é que diante da existência de um acordo entre *YouTube* e Ecad (na época)

³⁷ A *AudioMicro* oferece uma coleção de músicas e efeitos sonoros isentos de *royalties* a preços acessíveis para diversas finalidades de uso, inclusive na web e no *YouTube*.

que garantia a arrecadação pelo conteúdo hospedado no site, não haveria fundamento na cobrança dos blogs, considerado que os vídeos continuavam hospedados na plataforma do site (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.204).

O Ecad tentou se defender, justificando a cobrança com base no artigo 31 da LDA, cuja redação estabelece que as diversas modalidades de utilização de música são diferentes entre si e a autorização para o uso por uma delas não se estende para as demais. Em razão disso o uso não se estenderia para a reprodução do mesmo vídeo em um blog. No entanto, poucos dias após o ocorrido, o ECAD voltou atrás e suspendeu a cobrança dos blogs, admitindo, ter sido a cobrança um “erro operacional” (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.204).

Como visto anteriormente, também houve a discussão sobre a execução pública no caso dos vídeos hospedados no *YouTube*, o que ensejou uma ação judicial movida pela Google contra o Ecad e a UBEM (União Brasileira de Editoras de Música). A ação foi julgada em novembro de 2016, antes da decisão proferida pelo STJ e STF no caso *Ecad vs Oi Telefonía*. Nesta decisão, ficou definido que apenas há a necessidade de recolhimento pela execução pública via Ecad nas transmissões ao vivo (*live streaming*) na plataforma.

Ocorre que, analisando e comparando os dois casos, parece que os julgados foram incongruentes em suas conclusões. O caso *Ecad vs Oi* discutiu a legitimidade do Ecad para arrecadação dos valores referentes aos direitos autorais nos serviços de *streaming*, e para isto, precisou realizar a diferenciação entre *webcasting* e *simulcasting*, bem como estabelecer critérios para a caracterização de execução pública ou não.

Destacam-se três pontos desta decisão: 1) estabeleceu a legitimidade do Ecad para cobrança nos serviços de *streaming*, seja ele *simulcasting* (não-interativo) ou *webcasting* (interativo); 2) reconheceu a configuração de execução pública neste caso, uma vez que a internet é local de frequência coletiva, e a execução pública é um ato que está inserido no âmbito do direito de colocação da obra à disposição do público; 3) inexistência, neste caso, de *bis in idem* na duplicidade da cobrança, uma vez que o licenciamento das obras é autônomo para cada meio de transmissão.

Fazendo o cotejo com a decisão do caso *Google vs Ecad/UBEM*, que foi julgada antes, observa-se que há uma diferença no tratamento das plataformas. O *YouTube*, como se viu, é uma plataforma de *streaming* de vídeos, que funciona predominantemente de forma interativa, (salvo os casos de *live streaming*) e é gratuita

(salvo a versão paga). O conteúdo disponibilizado é produzido pelo usuário, que pode ser qualquer pessoa física, amadora ou profissional, ou também empresas, instituições, veículos de comunicação e gravadoras, sejam *majors* ou independentes. Para ter acesso aos vídeos não é necessário utilizar *logins* e senhas pessoais, (salvo vídeos com restrição de idade). É um endereço eletrônico acessível a qualquer um dentro do ciberespaço, sendo acessado por milhões de pessoas.

Do outro lado, estão os serviços especializados em *streaming* de músicas (sejam interativos ou não): eles podem ser gratuitos ou pagos para ter acesso aos recursos adicionais e melhor qualidade de áudio; o conteúdo (fonogramas dos artistas) é disponibilizado pelas editoras musicais, com autorização dos autores, uma vez que as plataformas são empresas de tecnologia (elas não negociam diretamente com os autores e sim com quem os representa). Não obstante, mesmo nas versões gratuitas é preciso que exista a identificação do usuário, com login e senhas pessoais e intransferíveis.

Em tese, ambas as plataformas também visam o mesmo ambiente de uso: o particular e privado, isto é, a pessoa que assiste os vídeos ou escuta a música em seus dispositivos pessoais, sem o objetivo de sonorizar um ambiente com circulação de pessoas indeterminadas, nos moldes da execução pública. Entretanto, sabe-se que é difícil garantir que, na prática o uso seja respeitado em todos os casos, pois é comum encontrar ambientes como academias, bares e consultórios que utilizam o *YouTube* para sonorização do ambiente.

De qualquer forma, partindo desta finalidade de ambiente de uso, é de se questionar, porque, aplicativos como o *Spotify*, *Deezer* e outros devem ser considerados execução pública, e em relação aos fonogramas em vídeos no *YouTube*, apenas as transmissões ao vivo (*live streaming*) são consideradas execução pública para fins de arrecadação? O ambiente do *YouTube* é notavelmente muito mais aberto ao acesso do usuário e impessoal, prescindindo de *logins*. E no caso da inserção de fonogramas nos *vlogs*, há aqueles *youtubers* que conseguem auferir lucro com a monetização, patrocínio e publicidade na plataforma, diferentemente do que ocorre com os usuários de serviços de *streaming*, que em sua maioria, buscam o entretenimento.

A partir deste cotejo, bem como o caso de cobrança por uso de vídeos por meio de *embedding* pode-se verificar que a administração do Ecad é bastante falha e arbitrária, pois busca colocar todos os usuários bem como as formas de uso em uma

hipótese só: a de execução pública. Visa a taxação de todos e ignora a heterogeneidade dos produtores de conteúdo, dos usuários, bem como a finalidade e os usos que são feitos destas plataformas.

O entendimento firmado sobre o tema no STJ e, considerando que o conteúdo que é postado no *YouTube* é heterogêneo, isto é, existem produtores de conteúdo que podem ser amadores ou “profissionais” (remunerados, que monetizam e que fazem publicidade), bem como da indústria midiática (compreendendo-se aqui canais oficiais de artistas, gravadoras e canais *Vevo*) que funcionam como meios de disponibilização das obras pode-se cogitar duas respostas para o enquadramento legal em relação ao uso de fonogramas no *YouTube*: configuraria disponibilização de fonogramas no caso dos fonogramas disponibilizados ao público por meio dos canais de divulgação oficiais dos artistas e gravadoras, produtoras de shows e eventos; e haveria a inclusão em produção audiovisual no caso do uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*. Logo, neste último caso, não compete ao Ecad a sua arrecadação bem como licenciamento das obras.

3.7.1 Proposta de Categorias na plataforma *YouTube* em relação ao uso de fonogramas

Considerando todas as complexidades e a heterogeneidade entre as formas de uso e também de produtores de conteúdo que utilizam a plataforma do *YouTube*, apontadas tanto ao longo do primeiro como do segundo capítulo, pensa-se que uma forma de nortear melhor este estudo afim de chegar-se à conclusões mais precisas, é construir uma proposta de categorias para classificar os usuários finais e os produtores de conteúdo da plataforma. Por óbvio, em função do recorte e do problema de pesquisa deste trabalho, estas categorias referem-se ao uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube* e da sua disponibilização na plataforma.

As categorias dividem-se entre duas grandes: os usuários produtores de conteúdo e os usuários finais, e por sua vez, estas duas se subdividem em outras três e duas subcategorias, respectivamente. A primeira delas, dos usuários produtores de conteúdo é composta por aqueles que produzem vídeos para a plataforma (*vlogs*) bem como os que disponibilizam os fonogramas, tais como canais de artistas, gravadoras e editoras. Dentro desta categoria, classificamos três hipóteses de usuários produtores de conteúdo, subdividindo, portanto esta categoria em outras três:

1. Em relação aos usuários produtores de conteúdo, pode-se enquadrar os fonogramas no *YouTube* de três diferentes formas, levando em consideração quem produz e/ou disponibiliza este conteúdo:

a) Canais oficiais de fonogramas: Enquadram-se nesta categoria os canais oficiais de artistas, produtoras de shows e eventos, gravadoras e editoras musicais que disponibilizam o acesso aos fonogramas, videoclipes dos fonogramas, gravação de shows onde esses fonogramas são executados. Aplicando-se os mesmos moldes da decisão do STJ, tratar-se-ia de disponibilização de obra musical ao público, e, portanto, de acordo com o entendimento do tribunal, a execução pública está inserida nos direitos de disponibilização de obra ao público, configurando, portanto, a execução pública de fonogramas passível de cobrança por meio do Ecad;

b) Canais *vlogs* de influenciadores e *youtubers* profissionais: Enquadram-se nesta categoria aqueles usuários que mantêm um canal no *YouTube* e produzem conteúdo “amador”, mas no sentido de produção independente, isto é, não são produzidos pelas grandes emissoras de televisão ou estúdios de cinema. É o caso dos influenciadores e *youtubers* que tornaram a produção de conteúdo para as plataformas digitais e redes sociais seu principal negócio. É o caso dos sujeitos que recebem patrocínio e auferem receitas com publicidade e monetização dos vídeos na plataforma. A utilização de fonogramas nas produções destes canais, ao que tudo indica, caracteriza o direito de inclusão de fonogramas em obras audiovisuais. Mas essa forma de uso não se sujeita ao licenciamento por meio do Ecad, uma vez que a competência para administração desses direitos é da editora e da gravadora, ou, do próprio artista caso ele não possua contrato com nenhuma dessas intermediadoras, como é o caso dos artistas independentes. Há ainda a possibilidade das MCN’s atuarem como “intermediadoras” nas negociações como vem ocorrendo. Os artistas e titulares de direitos autorais de um determinado fonograma não estão desamparados no que diz respeito a remuneração. Toda vez que um *vlog* utiliza um fonograma, caso o vídeo esteja sendo monetizado na plataforma, os titulares compartilham das receitas geradas pelo vídeo

por meio do *Google AdSense*³⁸, responsável também pela remuneração dos *youtubers*;

c) Canais *vlogs* amadores: Enquadram-se nesta categoria os usuários que possuem um canal no *YouTube* e também produzem conteúdo amador no formato de *vlog*. Contudo, diferentemente da categoria anterior, esta refere-se ao caso do usuário que não tem a produção de conteúdo para a plataforma como negócio, isto é, não recebe remuneração, não tem patrocínio e não monetiza seus vídeos na plataforma. Trata-se do usuário que possui um canal apenas para se expressar, compartilhar opiniões e conhecimentos, manter um diário pessoal, e (re)construir sua imagem nas redes sociais. Em outras palavras, trata-se do usuário “verdadeiramente amador”. Considerando essas características e especificidades deste tipo de usuário, verifica-se a necessidade de adoção de políticas de direitos autorais mais flexíveis e tolerantes em relação ao uso de fonogramas nos *vlogs* destes usuários. Tal hipótese será melhor aprofundada no terceiro capítulo.

Também é preciso criar categorias diferentes para enquadramento do usuário final, isto é, o sujeito que assiste e acessa o conteúdo na plataforma *YouTube* em seus dispositivos, razão pela qual, subdividiu-se a esta segunda categoria em dois tipos de usuário final.

2. Em relação ao usuário final:

a) Usuário Privado: Enquadram-se nesta categoria os usuários que navegam no site e assistem os vídeos em ambiente particular e privado, em seus computadores pessoais, smartphones, ou outros dispositivos. Entram aqui também, os usos

³⁸ O *Google AdSense* é o serviço de publicidade oferecido pelo *Google inc.* Por meio dele os donos de websites podem inscrever-se no programa para exibir anúncios em texto, imagem e vídeos. Caso a conta do *YouTube* do usuário esteja apta a monetizar os vídeos, pode-se associar a conta do *AdSense* à do *YouTube* para conseguir a qualificação de pagamento pelos anúncios veiculados nos vídeos. Disponível em: < <https://support.google.com/adsense/answer/2530958?hl=pt-BR> > Acesso em 06 de dezembro de 2018.

domésticos do *streaming*, ainda que exista um número maior de sujeitos, como pequenas reuniões familiares nas residências;

b) Usuário Corporativo: Enquadram-se aqui, os usuários que usam a plataforma como sonorização de ambientes, em locais com circulação e fluxo de pessoas, tais como academias, bares, restaurantes, salas de espera e outros estabelecimentos.

Com esta proposta de categorias pretende-se contribuir para tornar as formas de arrecadação mais eficazes. Não é correto deixar o artista que dedicou seu tempo e seu esforço para conceber uma obra sem nem ao menos lhe retribuir economicamente. De outro lado, cobrar de forma excessiva também irá gerar certos encargos aos produtores de conteúdo, comprometendo a criação destes tipos de conteúdo. Neste sentido, busca-se investigar, se este comprometimento pode gerar uma mitigação da liberdade de expressão. O próximo capítulo irá analisar se as políticas de direitos autorais do YouTube, em função de seus contornos, abre margem para a limitação da liberdade de expressão.

4 A POLÍTICA DE DIREITOS AUTORAIS DO *YOUTUBE* E O USO DE FONOGRAMAS NOS *VLOGS*: POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

“A lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital foi reescrita para que ninguém mais pudesse fazer o que a *Disney* fez com os irmãos Grimm.”.

Lawrence Lessig

A relação entre direito autoral e liberdade de expressão é permeada por tensões que transcendem o aspecto filosófico, apresentando-se como uma questão prática que deve ser analisada e considerada na discussão e elaboração de políticas públicas de acesso à cultura e à informação (MONCAU, 2015).

Normalmente a exclusividade do direito autoral é vista como um estímulo e não um impedimento à liberdade de expressão. Contudo, Moncau (2015, p.74) observa que, a depender da teoria e concepção de liberdade de expressão adotadas como marco teórico para defini-la, as conclusões podem variar, pois elas irão determinar quais são os discursos abrangidos pelo direito constitucional de livre expressão. Logo, a exclusividade poderia sim, limitar a liberdade de expressão de terceiros em alguns casos.

Alguns afirmam que este possível conflito poderia ser resolvido por meio da própria legislação de direito autoral, pelos princípios, como por exemplo, a dicotomia ideia-expressão e algumas limitações ao direito de autor (MONCAU, 2015). Segundo o princípio da dicotomia ideia-expressão, tem-se que a estética, ou a informação estética de determinada obra ou conjunto de estilo, não possui proteção sob o direito autoral, sendo de livre circulação. Desta forma, sendo livre, ela contribui para a promoção e difusão dos bens intelectuais, integrando o patrimônio social de um povo (WACHOWICZ, 2015, p100). Além da dicotomia ideia-expressão, os institutos do “*fair-use*” e do “*fair-dealing*”, que são exceções presentes nos sistemas *copyright*, trazem a preocupação sobre a liberdade de expressão.

Na era da informação digital, o direito autoral muitas vezes desperta interesses que são antagônicos, mas que existem e precisam ser equalizados em razão de sua importância para a evolução do conhecimento e a concorrência, desde que exista entre as partes, equilíbrio e justiça social (WACHOWICZ; SILVA, 2017).

O site *YouTube*, onde muitos *videoblogs* estão hospedados, possui uma política de direitos autorais própria, e também ferramentas para coibir violações de direito autoral. Ocorre que, estas ferramentas são criticadas de forma constante, em função de suas possíveis falhas na proteção de violações de Direito de Autor. Ademais, essas ferramentas podem abrir espaço para uma proteção extensiva de Direito de Autor, prejudicando a liberdade de expressão e a criação de conteúdo independente e amador.

Neste sentido, o capítulo final desta dissertação busca analisar se a política de direitos autorais adotada pela plataforma do *YouTube*, em relação ao uso de fonogramas (e outros materiais de autoria e titularidade de terceiros), pode limitar a liberdade de expressão. Por ora, já se adianta que a liberdade de expressão será entendida, neste contexto como o direito de cada sujeito de participar ativamente e de contribuir na construção da cultura que é compartilhada por tantos outros.

Para tanto, em um primeiro momento procurou-se verificar como a política de direitos autorais do *YouTube* funciona, isto é, de que forma a plataforma procura coibir as violações de Direito de Autor que possam acontecer. Destaca-se que o site possui quatro ferramentas à disposição do usuário para esta finalidade. Uma delas, o algoritmo *Content ID*, utilizado para identificar correspondência com materiais de terceiros protegidos nos vídeos hospedados no site é alvo de diversas críticas, uma vez que pode restringir o uso desses materiais para fins lícitos, tais como citações e paráfrases.

Atentando para o uso de fonogramas e materiais protegidos, este capítulo do mesmo modo buscará analisar as transformações que as novas tecnologias realizaram na cultura e na arte na era digital, a partir do *remix* e do *sampling*. A modificação da concepção clássica de autoria, muitas vezes é mitigada em função dessas possibilidades de autoria coletiva, em rede e não-linear, sendo esta uma discussão importante no contexto do Direito de Autor.

Neste capítulo também discute-se, a partir do contexto do *remix* e da cultura participativa nas mídias digitais (abordada no primeiro capítulo), se é possível falar em um direito à liberdade de expressão aplicado neste contexto. Tal discussão demonstra-se muito pertinente, ao se considerar que existe uma tendência ao recrudescimento das leis de Direito de Autor paralelo a um esvaziamento do escopo das limitações.

Na sequência, apresentam-se casos de bloqueios de vídeos e canais de alguns usuários do *YouTube* (*youtubers* famosos) em função do uso de materiais de terceiros e fonogramas, discutindo-se a possibilidade de se estar diante de limitações ao Direito de Autor. Buscando apresentar uma possível solução para dirimir esses conflitos quando ocorrerem, este trabalho resgata a regra dos três passos (*three step test*) prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, discutindo a sua aplicabilidade a casos como este.

Por fim, apesar da existência da regra dos três passos, observa-se que no ambiente das novas tecnologias, e em particular, da internet, surgem diversas questões sobre a regulação e/ou a insuficiência das normas atuais para o uso dessas tecnologias. Neste sentido, busca-se analisar como a regulação sofre interferências de outros fatores na atualidade, partindo do modelo regulatório de Lessig (2006) em “*The code and the other laws of cyberspace*”.

4.1 O Funcionamento da Política de Direito Autoral do *YouTube*

Este tópico tem como objetivo explicar as políticas de Direito Autoral adotadas pelo site *YouTube*, dando especial ênfase às ferramentas disponibilizadas pela plataforma para evitar as violações e usos indevidos de materiais protegidos.

Assim como qualquer site, o *YouTube* precisa ter políticas e diretrizes de direito autoral que se submetam e respeitem as legislações de direitos autorais, que está descrita e disponível para todos os usuários que acessam o site, mas de forma mais direcionada, por óbvio, para aqueles que fazem *upload* de conteúdo no site.

Existem quatro formas de reivindicar direitos autorais no site: a notificação formal, o algoritmo *Content ID*, o programa de verificação de conteúdo e a ferramenta de correspondências. O usuário pode fazer uma reivindicação de direitos autorais caso entenda que algum material utilizado por terceiros nos vídeos postados está violando direito autoral, ou foi postado sem autorização do detentor desses direitos. Essa reivindicação pode ser feita por meio de uma solicitação de remoção ou ser identificada por meio do *Content ID* (YOUTUBE, 2018g).

A solicitação de remoção consiste em uma notificação formal de direitos autorais, que deve ser enviada pelo usuário detentor dos direitos violados para a

equipe do site contendo todos os requisitos³⁹ legais preenchidos. Para dar início a reivindicação, o usuário preenche um formulário respondendo perguntas como: qual o motivo da reivindicação, quem é o afetado (o *YouTube* só aceita reivindicações dos próprios titulares, como o autor, a empresa ou cliente) e a URL do vídeo onde se encontra a violação e outras informações como nome, endereço, e-mail, nome do proprietário dos direitos autorais e a titularidade de quem está fazendo a reivindicação. O site ainda ressalva que o usuário esteja ciente dos critérios de boa-fé, de uso justo dos materiais e que o uso impróprio da ferramenta acarretará em bloqueio do canal sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis. (YOUTUBE, 2018a).

Após a verificação o vídeo em questão é removido, de acordo com as diretrizes do site: “Quando um proprietário de direitos autorais notifica formalmente o *YouTube* que você não tem permissão para publicar o conteúdo dele no site, removemos seu envio para cumprir a lei de direitos autorais.”. (YOUTUBE, 2018b). O vídeo que for retirado devido a uma notificação de remoção por direitos autorais terá um aviso, constando “Vídeo removido: aviso de direitos autorais”. Será aplicado à conta um aviso de direitos autorais, e o usuário precisará completar a “Escola de *Copyright*”⁴⁰ para recuperar o acesso ao seu canal (YOUTUBE, 2017d).

O site, já ciente de que podem ocorrer enganos ou abusos nas reivindicações de direito autoral, adverte que possui ferramentas para identificá-los e coibir essas práticas. Caso o proprietário do vídeo que foi afetado por uma notificação indevida, ele tem duas opções: solicitar uma retratação do reclamante ou enviar uma contranotificação. Se isso não acontecer, o aviso expirará automaticamente dentro de três meses. Uma contranotificação é uma solicitação oficial para que o *YouTube* restabeleça um vídeo que foi removido por suposta violação de direitos autorais.

³⁹ Os requisitos para enviar uma solicitação de remoção por direitos autorais válida são: informações de contato, descrição de sua obra, cujos direitos você acredita terem sido violados, URL específico de cada vídeo supostamente infrator, declaração de boa fé e de que as informações reputadas são verídicas, sob pena de responsabilização jurídica e informações de identificação (YOUTUBE, 2018d).

⁴⁰ A Escola de Copyright é uma iniciativa do site para esclarecer e instruir os usuários acerca do uso justo e das violações de direito autoral. O usuário assiste um vídeo explicativo que aborda questões como a titularidade dos direitos e como funcionam as reivindicações. Depois de assistir, o usuário responde um quiz com questões sobre esses temas. Ver: https://www.youtube.com/copyright_school

A contranotificação é enviada ao reclamante, assim como as informações que constam nela. Logo, o reclamante ficará em posse dessas informações, podendo ingressar na esfera judicial. As contranotificações precisam ser enviadas pelo usuário original que fez o envio do vídeo ou por um agente autorizado a agir em seu nome, como um advogado, por meio de um formulário disponível no site.

Depois de processar a contranotificação e encaminhá-la ao reclamante, ele tem 10 dias úteis para enviar ao *YouTube* as provas de que tomou as ações legais para manter a remoção do conteúdo. Se a conta foi suspensa por diversas violações de direitos autorais, o formulário de contranotificação na Web ficará inacessível.

Caso o usuário que fez a reivindicação mude de ideia, ou perceba que cometeu um engano, é possível também retirar a reivindicação, cancelando-a caso algum material tenha sido retirado. Depois de realizada essa ação, um vídeo que teve a reivindicação retirada não poderá ser reivindicado novamente. Além do sistema de reivindicação formal por meio do formulário on-line de notificação de direitos autorais, o site oferece a ferramenta de correspondência⁴¹ e o Programa de verificação de conteúdo⁴² (CVP, na sigla em inglês).

Uma das principais ferramentas, é o algoritmo *CONTENT ID*. Em função falibilidade, os próximos dois itens farão uma análise de seu funcionamento, indicando suas falhas.

4.2 O sistema *Content ID* (e possíveis falhas) utilizado pelo *YouTube*

Viu-se no tópico anterior que o *YouTube* possui quatro ferramentas diferentes para reivindicações de direito autoral. Este trabalho agora irá centrar sua análise no algoritmo *Content ID*. Além das notificações, é possível que proprietários de direitos

⁴¹ A ferramenta de correspondência, por sua vez, funciona de forma semelhante ao *Content ID*: ela encontra envios idênticos aos vídeos originais em outros canais do YouTube. Quando uma correspondência é identificada, é possível analisá-la no *YouTube Studio* e o usuário pode decidir o que fazer. Entretanto, ele ainda é um “projeto piloto” da plataforma YouTube, e sua aplicação está sendo gradual aos canais que fazem parte do Programa de parcerias do YouTube e que têm mais de 100 mil inscritos.

⁴² O Programa de Verificação de Conteúdo ajuda os proprietários de direitos autorais a pesquisar materiais que eles acreditam estar infringindo esses direitos e informações suficientes para que o *YouTube* possa localizar e remover esse material. Ele é destinado também, à empresas detentoras de direitos autorais, para que elas possam emitir várias solicitações de remoção de uma só vez.

autorais utilizem um sistema chamado *Content ID* para identificar e gerenciar o conteúdo no *YouTube* com facilidade (YOUTUBE, 2018d)

O assunto requer discussão, uma vez que o uso de algoritmos para esta finalidade poderá se expandir para outras plataformas. O uso de algoritmos para identificar possíveis violações de Direito de Autor, que funcionaria de maneira semelhante ao *Content ID* do *YouTube*, também está sendo cogitado pela rede social *Facebook*, mas ainda está em fase de testes (UBC, 2017).

Para dar sequência é importante conceituar o algoritmo. Na área da Ciência da Computação, os algoritmos fazem parte da subárea da programação:

Um algoritmo pode ser definido como uma sequência finita de passos (instruções) para resolver um determinado problema. Sempre que desenvolvemos um algoritmo estamos estabelecendo um padrão de comportamento que deverá ser seguido (uma norma de execução de ações) para alcançar o resultado de um problema (FERRARI; CECHINEL, 2018, p.15).

Em seu desenvolvimento é necessário que o programador obedeça algumas premissas básicas, tais como: definir ações simples e sem ambiguidade; organizar as ações de forma ordenada; estabelecer as ações dentro de uma sequência finita de passos. Por meio de algoritmos é possível desempenhar uma série de ações, como por exemplo, ler e escrever dados; avaliar expressões algébricas, relacionais e lógicas; tomar decisões com base nos resultados das expressões avaliadas e repetir um conjunto de ações de acordo com uma condição (FERRARI; CECHINEL, 2018, p.15).

Na parte do processamento são avaliadas todas as expressões algébricas, relacionais e lógicas, assim como as estruturas de controle existentes no algoritmo (condição e/ou repetição). Na parte de saída, todos os resultados do processamento (ou parte deles) são enviados para um ou mais dispositivos de saída (FERRARI; CECHINEL, 2018, p.15).

Atualmente, os algoritmos são muito utilizados nas redes sociais como forma de criar um direcionamento das publicações e temas apresentados aos usuários. Eli

Parisier (2011) mostrou que a internet está criando um “filtro invisível⁴³” por meio de ferramentas, e os algoritmos são uma dessas. Nesse sentido, os algoritmos⁴⁴ funcionam na prática, por meio de indução e podem acabar com a falseabilidade das informações, questão levantada por Karl Popper sobre o método indutivo na ciência. Logo, os algoritmos que buscam por padrões encontram dois desafios:

A construção de algoritmos destinados a encontrar padrões apresenta dois desafios. O primeiro é encontrar os padrões que existem em meio ao caos. O segundo problema é o oposto: não encontrar padrões que não estejam realmente ali. O padrão que descreve a sequência “1,2,3” poderia ser “some um ao número anterior” ou “liste os números primos positivos do menor ao maior”. Não podemos ter certeza até obtermos mais dados. E se tirarmos conclusões apressadas, estaremos sobreajustando (PARISIER, 2011, p. 90).

No caso das sugestões de filmes, as possíveis consequências são brandas. Mas há que se considerar que “sobreajustar” e estereotipar são sinônimos (PARISIER, 2011, p.90).

O *Content ID* é um algoritmo que busca e identifica correspondências nos vídeos que são upados para o *YouTube* e os materiais protegidos por direito autoral. Na prática, ele verifica todo vídeo que é enviado, comparando-o com um “banco de dados”, de “referências”, que é formado por arquivos enviados pelos próprios proprietários do conteúdo. Quando uma correspondência for encontrada o vídeo recebe uma reivindicação do *Content ID* (YOUTUBE, 2018d).

Ao contrário das remoções, que são definidas por lei, o *Content ID* é um sistema do *YouTube* executado mediante acordos entre o *YouTube* e os parceiros de conteúdo que enviaram os materiais para a base de dados do site. A partir disso, os proprietários podem tomar diferentes atitudes em relação a um material que

⁴³ A discussão sobre o uso de filtros na internet demonstra-se de extrema importância nas sociedades contemporâneas, isto porque, embora a internet seja em sua essência, um ambiente participativo e onde pode-se exercer a liberdade de expressão, alguns países têm utilizado filtros com o objetivo de limitar o acesso a conteúdo disponibilizados. Esses filtros interferem na infraestrutura da rede, ou censuram notícias em meios midiáticos. As consequências do controle da informação refletem-se em limitações dos direitos e garantias individuais, sobretudo da liberdade de expressão (SANTIN; FORTES, 2018, p.353).

⁴⁴ Outras questões que estão sendo levantadas sobre o uso dos algoritmos pelas redes sociais demonstram que eles podem ser utilizados para “mapear” os sentimentos coletivos em relação a um fato, tema ou publicação. Desde que o *Facebook* disponibilizou uma ferramenta em que é possível reagir as publicações, além de apenas curtir, é possível ter um “termômetro” que mede as reações da população sobre determinado tema. Ainda, torna possível a empresa fazer uma pesquisa de “contágio emocional”, de criar um “mapeamento psicológico”. (CECILIO, 2016, p.89)

corresponda ao conteúdo deles: bloquear a visualização de um vídeo inteiro; gerar renda com o vídeo ao veicular anúncios e, em alguns casos, compartilhar a receita com o usuário que fez o envio; ou rastrear as estatísticas de visualização. Todas essas ações podem ser específicas para cada país. Um vídeo pode gerar receita em um país e ser bloqueado ou rastreado em outro (YOUTUBE, 2018d).

Diferentemente das reivindicações que podem ser feitas por qualquer usuário (que tenha direitos autorais infringidos), o *YouTube* só concede acesso ao *Content ID* a proprietários de direitos autorais que atendem a critérios específicos. Para serem aprovados, eles precisam deter direitos exclusivos sobre uma parcela considerável do material original enviado com frequência pela comunidade de usuários do *YouTube* (YOUTUBE, 2018d).

Os proprietários de conteúdo que fizerem reivindicações errôneas repetidamente podem ter o acesso ao *Content ID* desativado e a parceria com o *YouTube* encerrada. Para garantir que isso não ocorra, o site monitora com frequência o uso do *Content ID* para que as recomendações sejam seguidas

Uma diferença entre a reivindicação por notificação, é que o bloqueio de *Content ID* não é acompanhado por um aviso de direitos autorais. Desde janeiro de 2014, a quantidade de reivindicações de *Content ID* ultrapassou o número de remoções de direitos autorais, em uma proporção de 50 para 1. No caso do *Content ID*, essas reivindicações são feitas por empresas proprietárias de músicas, filmes, programas de TV, videogames ou outros materiais protegidos por direitos autorais. Os proprietários do conteúdo podem configurar o *Content ID* para bloquear materiais do *YouTube* quando uma reivindicação é feita e/ou permitir que o vídeo continue ativo no *YouTube* com anúncios. Nesses casos, a receita de publicidade é destinada aos proprietários dos direitos autorais do conteúdo reivindicado (YOUTUBE, 2018d).

Existem algumas medidas possíveis aos proprietários de direitos autorais para impedir que o material seja reutilizado, como o bloqueio do vídeo⁴⁵, a desativação do áudio do vídeo⁴⁶ ou o bloqueio de determinadas plataformas⁴⁷.

Se o usuário receber uma reivindicação de *Content ID*, e julgar que ela seja indevida ou incorreta, é possível disputá-la. Quando você disputa uma reivindicação como essa, o proprietário dos direitos autorais é notificado e tem 30 dias para responder. A disputa pela reivindicação de *Content ID* deve levar em consideração os critérios de uso aceitável e de domínio público antes mesmo de ser iniciada. As disputas se aplicam apenas a casos em que o usuário que sofreu reivindicação tem todos os direitos necessários sobre o conteúdo do seu vídeo. O uso mal-intencionado ou abusivo do processo de disputa pode resultar em penalizações contra o vídeo ou o canal (YOUTUBE, 2018d). Aos proprietários dos direitos autorais que fizeram a reivindicação, após findada a disputa, será possível cancelar ou manter a reivindicação, ou ainda, remover o vídeo ⁴⁸.

Como já mencionado, o *Content ID* não se destina para todo e qualquer usuário. É preciso que ele se qualifique e preencha certos requisitos. A aceitação de *Content ID* leva em consideração a necessidade real de cada candidato, que precisa provar que detêm direitos exclusivos⁴⁹ sobre o conteúdo protegido por direitos autorais (YOUTUBE, 2018d).

⁴⁵ Bloqueio de um vídeo: em alguns casos, os proprietários de direitos autorais podem bloquear seu vídeo, o que significa que os usuários não poderão assisti-lo. Eles podem decidir entre bloquear o vídeo no mundo todo ou somente em alguns países (YOUTUBE, 2018d).

⁴⁶ Desativação do áudio de um vídeo: se o seu vídeo tiver músicas protegidas por direitos autorais, o proprietário poderá optar por desativar o áudio. Isso significa que os usuários poderão continuar assistindo seu vídeo, mas não ouvirão a trilha sonora (YOUTUBE, 2018d);

⁴⁷ Bloqueio de determinadas plataformas: às vezes, os proprietários de direitos autorais podem restringir os dispositivos, apps ou sites em que o conteúdo deles pode aparecer. Tais restrições não afetarão a disponibilidade do seu vídeo (YOUTUBE, 2018d).

⁴⁸ Cancelar a reivindicação: se ele concordar com a disputa, pode cancelar a reivindicação. Se o usuário que sofreu reivindicação estava gerando receita com o vídeo, as configurações de geração de receita serão restauradas automaticamente quando todas as reivindicações sobre esse vídeo forem canceladas; Manter a reivindicação: se o usuário acredita que a reivindicação ainda é válida, ela pode ser mantida. No entanto, se o usuário que sofreu a reivindicação entender que a mesma foi mantida incorretamente, poderá contestar a decisão dele; remover o vídeo: ele pode enviar uma solicitação de remoção por direitos autorais para retirar seu vídeo do YouTube. Isso significa que a pessoa receberá um aviso de direitos autorais na conta (YOUTUBE, 2018d).

⁴⁹ A ideia de exclusividade do Direito de Autor se relaciona com a possibilidade de exploração econômica da obra, partindo do pressuposto de que a obra possui um valor econômico. Logo, há o direito reconhecido que possui o autor, de forma exclusiva de utilizar essa obra para fins econômicos (WACHOWICZ; SILVA, 2017). Estão elencados na LDA do art. 28 ao 38. Referem-se aos direitos de fruição e disponibilização do autor ou titular da obra. São direitos exclusivos porque dependem da

Alguns itens não podem ser exclusivos a indivíduos, tais como: *mashups*, coletâneas, compilações e remixagens de outros trabalhos; *gameplay* em vídeo, recursos visuais de *softwares* e trailers; músicas e vídeos sem licença; músicas ou vídeos para os quais havia licença, mas sem exclusividade; gravações de apresentações (incluindo concertos, eventos, palestras e shows) (YOUTUBE, 2018d).

Caso o usuário receba uma notificação de direitos autorais em razão de alguma referência, é possível que o usuário remova o conteúdo do vídeo que está sendo reivindicado, como no caso de uma música ou trilha sonora. Mas, se o vídeo contém um áudio protegido por direitos autorais que foi reivindicado por *Content ID*, a ferramenta de troca de áudio silencia todo o áudio original do vídeo (YOUTUBE, 2018f)

Há a possibilidade no *YouTube* de se fazer *live streaming*, isto é, fazer uma transmissão ao vivo. Mesmo nesta modalidade a transmissão precisa passar pelo crivo da análise dos direitos autorais para identificar o uso de conteúdo de terceiros. Quando um conteúdo de terceiros é identificado, uma imagem de marcador substitui a transmissão ao vivo até que o sistema não detecte mais o conteúdo de terceiros. Em alguns casos, a transmissão ao vivo pode até mesmo ser encerrada. Transmissões ao vivo e *Hangouts On Air* também podem ser encerrados caso recebam um aviso de direitos autorais ou um aviso das Diretrizes da Comunidade⁵⁰. Já as reivindicações por meio de *Content ID* só podem ser feitas depois que a transmissão encerrou e se o vídeo foi arquivado pelo usuário

O conceito de uso aceitável disponibilizado pelo *YouTube* é o que segue abaixo, além de fornecer um exemplo de um vídeo que faz um *remix* com várias obras de desenho animado:

Uso aceitável é uma doutrina jurídica que autoriza a reutilização de materiais protegidos por direitos autorais sob determinadas circunstâncias, sem a necessidade da permissão do proprietário dos direitos autorais. [...]. Neste

prévia e expressa aprovação da autor , ou de quem o represente para serem reproduzidos, exibidos, expostos e/ou comunicados ao público, transmitidos ou baixados e etc. Se houverem rendimentos da exploração, deverão ser pagos *royalties* (ABRÃO, 2017, p.120). Caso aceitos para usar as ferramentas de *Content ID*, os candidatos precisam firmar um contrato declarando de forma expressa que somente conteúdos com direitos exclusivos serão usados como referências. Além disso, os candidatos aceitos precisam fornecer as localizações geográficas referentes à propriedade exclusiva, se ela não for mundial (YOUTUBE, 2018d).

⁵⁰ Os avisos de Diretrizes da comunidade são diferentes dos avisos de direitos autorais. Eles se referem ao tipo de conteúdo que está sendo divulgado, envolvendo questões como violência e conteúdo improprio para uma certa faixa etária.

remix, pequenos excertos de materiais de diferentes origens são combinados para criar uma nova mensagem sobre o efeito da retórica provocativa em tempos de crise econômica. Obras que dão um novo significado ao material de origem podem ser consideradas de uso aceitável (YOUYUBE, 2018).

É importante mencionar, que o “uso aceitável” é uma tradução do termo “*fair use*”, que designa uma doutrina adotada pelos sistemas de direito autoral *copyright*, tais como o americano. Na Inglaterra e Canadá (também sistemas *copyright*) existe o *fair dealing*, que também possui algumas diferenças com o *fair use*. Entretanto, seus objetivos são semelhantes, isto é, disciplinar casos em que os direitos autorais precisam ceder em face do interesse público, da liberdade de expressão e ao acesso à informação (D’AGOSTINO, 2008, p. 344). Na sequência será apresentada uma análise mais minuciosa da falibilidade do algoritmo face as limitações ao Direito de Autor.

4.2.1 O problema da falibilidade do algoritmo *Content ID* na identificação de violações de Direito de Autor

Nos termos de serviço do *YouTube* não há nenhuma previsão que proíba o uso de conteúdo de terceiros, desde que este conteúdo não esteja protegido por direitos autorais⁵¹. Logo, o problema é colocar conteúdo de terceiros em seus vídeos, desrespeitando direitos autorais ao colocar materiais que estejam protegidos. Acontece que, via de regra, esses materiais de terceiros estão protegidos pelo Direito de Autor.

Entretanto, existem exceções que são situações em que os direitos autorais cedem em favor de outros interesses e direitos, como a liberdade de expressão, por exemplo. São as limitações do Direito de Autor, contidas no artigo 46 e seguintes da LDA, em que estão contidas as hipóteses em que o uso de material de terceiros não constitui ofensa ao direito autoral (SILVA, 2016).

⁵¹ Nos termos de uso consta: “Você afirma que não enviará material protegido por direitos autorais, por segredo de negócio ou de qualquer outra forma protegido por direitos de terceiros, a menos que você tenha permissão do legítimo proprietário do material ou caso você esteja legalmente autorizado a publicar o material e ceder ao YouTube todos os direitos de licença aqui concedidos.” (YOUTUBE, 2018h).

Os artigos 46, 47 e 48 da LDA elencam uma série de situações em que não se configura uma violação de direito autoral. São os casos, por exemplo, das paródias, paráfrases e reprodução na imprensa diária. É perfeitamente possível e legal a utilização de trechos de obras com a finalidade de realizar uma análise, crítica ou polêmica, caso em que se está diante de uma citação, amparada pelo art. 46, III da LDA:

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 (BRASIL, 1998);

A citação, por exemplo, é recurso amplamente utilizado nos trabalhos acadêmicos e científicos, e para fins de polêmicas e estudos, não encontrando razão para ser proibida. Contudo, ela precisa se mostrar justificada para a finalidade que se deseja atingir, além de sempre se indicar o autor e obra de onde foi retirada (ADOLFO, 2006, p. 114).

Silva (2016) é professor de Direito e possui um canal no *YouTube* onde posta vídeos sobre assuntos que possam complementar suas aulas. Em um de seus vídeos, seu objetivo era comentar alguns trechos de uma entrevista transmitida pelo programa “Roda Viva”, cujos direitos são detidos pela Fundação Padre Anchieta. Ao *upar* o vídeo para o site, no qual reproduzia um pequeno trecho do vídeo a fim de comentá-lo, Silva recebeu uma reivindicação do *Content ID*, pois o algoritmo verificou uma correspondência.

O *youtuber* entende que estaria amparado pelo art. 46, inciso III da LDA, uma vez que se trata de uma citação para efeitos de polêmica e de discussão do tema. O autor do vídeo fez uma contranotificação, justificando seu uso. A fundação detentora dos direitos teve um entendimento diverso, de maneira que o vídeo, upado em 7 de julho de 2016, continua bloqueado com base nos direitos autorais.⁵²

A citação independe de autorização prévia do autor, quando necessária à transmissão do conhecimento e do ensino. De acordo com Abrão (2017, p.173) pode-se falar inclusive em um “direito de citação”. Este direito está condicionado a alguns

⁵² O link do vídeo ainda encontra-se disponível, embora ainda esteja bloqueado com aviso de remoção por Direitos Autorais. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6BjOh78wDw>> Acesso em: 18 de julho de 2018.

requisitos: a) a obra citada deve ser anterior a que está sendo elaborada; b) a obra tenha sido acessada por meios lícitos; c) finalidade de crítica, polêmica ou estudo; citação tenha finalidade para “usos honrados”, de acordo com a Convenção de Berna (itens 10,1).

Silva (2016) explica que reproduziu uma parte muito pequena da obra, cerca de 2% de uma entrevista que tinha cerca de uma hora e vinte dois minutos, totalizando 00:01:49. Muitas vezes, com 2% de reprodução do material não é possível identificar a obra. Logo, isto não descaracteriza a obra, não a substituiu nem tira sua atratividade.

A falibilidade do algoritmo *Content ID* também já foi levantada em outras oportunidades, tanto pela academia por meio de artigos, como também fora dela, em palestras, reportagens na mídia e relatos de *youtubers*. Silveira (2015, p.5), concluiu que existem quatro pontos que tornam o *Content ID* um algoritmo frágil e extremamente rígido: 1) as indefinições das leis e termos de uso; 2) inflexibilidade das empresas de mídia ao protegerem o seu conteúdo; 3) erros e abusos que o *Content ID* está sujeito; 4) a importância das *Networks* para a legitimação do trabalho dos *youtubers*.

No final de 2013, as políticas de Direito Autoral do site de *streaming YouTube* mudaram. Alterações para termos mais rigorosos estavam sendo feitas e testadas pela *Google*, com a implantação do sistema *Content ID*, que permite uma análise mais precisa e rigorosa no exame de vídeos na busca por violações de direito autoral. Nesse tempo, o que se sucedeu foi que não apenas os canais que reproduziam na íntegra o conteúdo de terceiros, como os que veiculam filmes, capítulos de novelas e seriados (onde efetivamente ocorrem violações de direito autoral), foram notificados ou até suspensos do ar, mas também canais que integravam *Networks* e se utilizavam de trechos destes produtos midiáticos em outras apropriações, para comentários críticos, análises e paródias (SILVEIRA, 2015, p.2).

Há casos em que os canais de cinco *youtubers* foram bloqueados e os conteúdos removidos em decorrência de supostas violações de direitos autorais. As notificações partiam de empresas de mídia grandes, tanto nacionais como a *Rede Globo*, como internacionais como *Nintendo*, *Sony*, *Fox* e *Warner*. Muitas vezes, as notificações vieram por causa de *trailers* que tiveram segundos exibidos com a intenção de comentá-los. Isso expõe uma relação conflituosa com as apropriações criativas dos usuários de redes sociais na internet (SILVEIRA, 2015, p.8).

O *Content ID* apresenta falhas técnicas, pois *youtubers* e jornalistas relataram erros de identificação nesse período. E quanto aos abusos, pode-se questionar a abertura que empresas de mídia encontraram para se “aproveitarem do algoritmo”, para retirada de material e monetizar sobre os vídeos que não lhes pertenciam (SILVEIRA, 2015, p.10).

Um caso emblemático foi o do *Canal Nostalgia*⁵³, que em 2014 quase foi fechado porque atingiu o número máximo de notificações por direitos autorais. Felipe Castanhari, o criador do *vlog Nostalgia* produz vídeos em que fala de músicas, desenhos, séries de TV, filmes e desenhos animados que despertam nostalgia nele e em seu público. O canal é um exemplo das produções bem sucedidas do YouTube, e seu sucesso pode ser explicado, entre outros fatores, pelos temas que escolhe para cada um dos vídeos e pelo excelente trabalho de edição. Em função do tipo de conteúdo que produz, o canal *Nostalgia* faz uso de material autoral de terceiros. Os vídeos do canal incluem trechos das obras que são comentadas. O dinamismo de cada vídeo é derivado do formato adotado: cenas de Castanhari falando de uma obra são intercaladas com cenas do filme, série ou qualquer outra coisa que seja o objeto da análise em questão (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.376).

Desde 2008 o canal funcionava sem muitos problemas. O fato de estar inserido dentro da rede de uma *network* dava ao canal uma proteção adicional para eventuais alegações de violação de direitos autorais. Mas essa situação começou a mudar no final de 2013, quando o *YouTube* instaurou o monitoramento, por meio do *Content ID*, dos vídeos de canais pertencentes às *networks*. Antes da adoção do *Content ID*, em certa medida, os canais filiados às MCNs tinham alguns privilégios quanto às políticas de monitoramento. Subitamente, vários canais perderam a capacidade de monetização ou tiveram vídeos removidos, pois continham material autoral de terceiros. (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.376).

As notificações partiram de grandes empresas internacionais (*Warner Bros. Entertainment* e *Fox Broadcasting Company*), mostrando-se importante para a resolução do problema as negociações estabelecidas pela *Network* do canal, a *Amazing Pixel* (SILVEIRA, 2015, p.10). Além disso, o *vlogger* recebeu apoio de muitos

⁵³ O *vlogger* esclarece o ocorrido em um vídeo, de janeiro de 2014: <https://www.youtube.com/watch?v=xONWXUDZWrY> Acesso em 29 de julho de 2018.

fãs e de outros *youtubers*, como o canal *Coisa de Nerd*. O canal recebeu dois *strikes*⁵⁴ e para as notificações recebidas, o canal *Nostalgia* elaborou uma contranotificação em todas as reivindicações, mas mesmo assim, as empresas mantiveram suas posturas. Antes do terceiro *strike*, o canal decidiu reeditar o vídeo (que causou o segundo *strike*) para que o material protegido exibido não ultrapassasse 15 segundos. No mesmo dia em que foi ao ar, 14 de janeiro de 2014, o novo vídeo foi removido e o canal levou seu terceiro *strike*.

Em 2017, outro exemplo, o canal *Marcio Guerra Canto* sofreu um *strike* do site *Youtube*. Ele teve seu canal e conta bloqueados e um vídeo, que supostamente estaria infringindo leis de direito autoral, retirado do site. Márcio Guerra é professor de canto, e possui dois canais no *YouTUBE*, sendo que em um deles (o canal que foi bloqueado), ele faz análises e comentários técnicos sobre as performances de cantores famosos. Para tanto, ele reproduz trechos de vídeos destes cantores, em um monitor ou televisão no local onde está gravando o vídeo. No caso em comento, tratava-se de uma exibição de trechos do programa *The Voice Brasil*, cujos direitos pertencem à *Rede Globo*.⁵⁵

Por fim, o *Content ID* permite também a identificação de vídeo. O usuário que coloca um vídeo no *YouTUBE* pode estar, então, numa posição tanto de detentor de conteúdo – o vídeo em si, ou áudio próprio – quanto de utilizador de conteúdo, caso em que faça uso de vídeos ou músicas de terceiros. Essa foi uma das principais razões para o surgimento de um novo intermediário no mercado digital, as *multi-channel networks*. A *multi-channel network* (rede multicanais), ou apenas MCN, é uma agregadora de conteúdos que administra a carreira de alguém que coloca vídeos no *YouTUBE*, como fazem os *youtubers*. Cabe lembrar que seu funcionamento, papel e a relação com Ecad (em verdade, ausência desta relação) já foi tratada no primeiro capítulo da dissertação (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.200).

⁵⁴ O *copyright strike* é como se chama o aviso de direitos autorais do *YouTUBE*. Ele integra as políticas de gerenciamento de violações de direitos autorais usada pelo site para em conformidade com a Lei de Direitos Autorais do Milênio Digital (DCMA/1988)

⁵⁵ A controvérsia pode ser compreendida assistindo ao vídeo que o próprio *youtuber* postou. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PACwUzeyaj0>> Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

As *Networks*⁵⁶ estabelecidas pelos *youtubers* são uma parte importante na relação de atores, empresas e direitos autorais. Elas consistem em empresas terceirizadas que possuem uma concessão do site para administrar a monetização⁵⁷ de um conjunto de canais de um mesmo segmento. Elas são importantes para os *youtubers* porque geram credibilidade e legitimidade aos canais parceiros em relação ao uso justo de materiais de terceiros (SILVEIRA, 2015, p.10).

Quanto as indefinições legais, Silveira (2015, p.7) analisa que O Capítulo IV da LDA, sobre as Limitações aos direitos autorais, apresenta possibilidades de apropriações que poderiam legitimar os *youtubers*. Entretanto, o texto deixa clara a proibição do usufruto comercial delas, como ocorre quando os vídeos são monetizados no site. Torna-se mais difícil então verificar quando e o que deve ser aplicado em cada caso, visto que a monetização e a remuneração de quem divulga seus vídeos na internet não é unânime entre todos os usuários.

As empresas de mídia agem pressionando o *YouTube* para tomar medidas na defesa de seus produtos. Há uma relação conflituosa estabelecida com as apropriações criativas dos usuários de redes sociais na internet. Em sua maioria, essas empresas não permitem qualquer uso criativo de suas obras, mesmo que seja feito sem fins lucrativos. Essa inflexibilidade é evidente quando até mesmo quando os *YouTubers* utilizam materiais feitos para divulgação, como por exemplo, *trailers* de filmes, eles recebem reivindicações, mesmo este uso tenha sido feito com a intenção de comentar (SILVEIRA, 2015, p.7).

⁵⁶ As *Networks* constituem-se de empresas terceirizadas que possuem uma concessão do site para administrar a monetização de um conjunto de canais de um mesmo segmento. Também se tornaram importantes para credibilidade e legitimidade que essas empresas conferiam aos canais parceiros em relação ao uso justo de materiais de terceiros (SILVEIRA, 2015).

⁵⁷ Até janeiro de 2018 vários produtores de conteúdo poderiam conseguir remuneração com base nos anúncios que eram veiculados no início de seus vídeos, desde que fizessem parte do Programa de Parcerias do site, cujos requisitos eram: produzir conteúdo original e com regularidade; o conteúdo deve obedecer às regras da Comunidade do YouTube e estar localizado em um país que fizesse parte do Programa de Parcerias. Mas em 16 de janeiro de 2018 as regras mudaram. Os requisitos incluíram ter mais de mil inscritos no canal e atingir quatro mil horas de exibição nos últimos 12 meses, para que ele possa então, ser analisado para participar do programa (YOUTUBE, 2018h). Um dos motivos que impulsionaram essa mudança foi que anúncios publicitários estavam sendo veiculados em vídeos com conteúdo duvidoso, e muitas empresas anunciantes não queriam ver sua marca associadas a certos tipos de conteúdo. Um caso que ganhou notoriedade foi o escândalo envolvendo o *vlogger* americano Logan Paul.

Existem relatos de usos abusivos por parte de usuários do *Content ID*, principalmente empresas de mídia que reivindicavam materiais que não tinham os direitos, de forma proposital, para monetizar os vídeos no lugar dos *vloggers*. De outro lado, alguns *vloggers* fizeram vídeos demonstrando como poderiam burlar o algoritmo, como Pablo Peixoto, do canal *Qu4troCoisa*, que ensina formas de editar os vídeos e inserir elementos nas imagens para confundir o *Content ID* (SILVEIRA, 2015).

Ainda no caso do canal *Nostalgia*, é possível questionar se o resultado do conflito teria sido o mesmo, caso o canal não dispusesse de uma MCN para intermediar as negociações. Será que os criadores teriam capacidade de chegar aos responsáveis pelas ordens de remoção do conteúdo e dialogar para obter uma saída amigável para a situação (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.378). Esses questionamentos reforçam o que se vem falando ao longo deste trabalho. Chegou-se a um ponto no YouTube, que é preciso diferenciar o tratamento que será dado a determinado *youtuber* em relação às políticas de tolerância e cobrança de direitos autorais em relação ao uso de materiais de terceiros (incluindo-se aí, os fonogramas). Não parece justo dar o mesmo tratamento aquele que faz do *vlog* sua profissão, aquele que, tem um canal na plataforma e o mantém como um *hobbie*, sem monetizar vídeos e sem administração de uma MCN.

Os canais sobre jogos eletrônicos são alvos frequentes do *Content ID*, como canais que fazem vídeos sobre jogos e mostram conteúdos destes e realizam *gameplay*. De acordo com Menezes e Bortoli (2016) A questão da propriedade intelectual nos jogos eletrônicos abre várias possibilidades de discussão, visto que a propriedade intelectual está em todas as partes que compõem esses jogos: no *software*, nos elementos sonoros, no enredo e nos personagens como direito autoral; na propriedade industrial, na marca e outros produtos derivados desse jogo. Logo, podem ser protegidos por diferentes categorias dentro da propriedade intelectual.

Vale salientar, que o *Content ID* foi criado em 2007 em um contexto em que ainda havia pouco conteúdo no site, uma vez que o próprio *YouTube* foi criado em 2005. Na época, muitos usuários começaram a disponibilizar conteúdo pirata no site, como cópias integrais de filmes e programas de TV e músicas. Mas o foco de identificação do algoritmo nem mesmo é este tipo de material, pois como visto até agora, ele também considera violação as apropriações criativas que utilizam materiais de terceiros.

Outro caso recente que aponta a falibilidade do algoritmo é do músico e professor australiano Sebastian Tomczak. Ele publicou, em 2015, um vídeo de mais de dez horas de duração sem imagem, apenas sonorizado com ruído branco, uma junção de acordes que resulta num som similar ao de um antigo canal de televisão fora do ar. Ele recebeu cinco notificações de violação de direitos autorais, todas através do *Content ID* do *YouTube*. O objetivo do experimento seria verificar a capacidade da ferramenta do *YouTube* de determinar, com precisão, quando há um caso efetivo de uso de acordes e trechos de músicas alheios (UBC, 2018).

Diante deste contexto, é possível verificar que existe uma falibilidade na aplicação prática do *Content ID* do *YouTube*, o que pode abrir espaço para que ocorram impasses entre liberdade de expressão e direitos autorais. O *Content ID* não analisa a possibilidade de uso aceitável, ou limitações de direito autoral, apesar de isto estar descrito nas diretrizes de direitos autorais do site, uma vez que os algoritmos trabalham com soluções lógicas para problemas idênticos, o que se tem é a aplicação de uma solução única para todos os casos, isto é, o bloqueio do vídeo (ou até mesmo, a conta do usuário caso reivindicações de direitos autorais ocorram repetidamente) ou do áudio.

Contudo, as criações que surgem das apropriações têm se tornado muito populares e a internet tornou possível divulgá-las. Em função disto, no próximo tópico este trabalho irá analisar as formas de criação que emergem na contemporaneidade e na cibercultura.

4.3 (Re) criando a cultura e a arte na era do *Sampling*: os processos de criação no contexto da cibercultura

A possibilidade de manipulação do conhecimento da cultura pelos computadores pessoais e a sua disponibilização em plataformas on-line enseja uma importante mudança que os estudiosos de mídia atualmente buscam analisar e compreender: a possibilidade de que o consumidor (receptor) de cultura se aproprie dos bens simbólicos, transformando-os a partir de um processo de ressignificação. Nesse sentido, pode-se criar significado e sentido a partir da cultura pré-existente.

Com o surgimento das tecnologias digitais, fazer recombinações e *mash-ups* se tornou muito mais fácil. A internet, por sua vez tornou possível disponibilizar esses *remixes* para milhões de pessoas, bem como criar uma interação entre esses usuários

na rede. Viu-se ainda na introdução o exemplo de Clyde Stubblefield, baterista de James Brown que se tornou o criador dos ritmos mais *sampleados* da história, sem receber créditos por isso. Controvérsias a parte, o princípio do *sampling*, isto é, isolar um trecho de uma música para recombina-la ou reeditá-lo, é algo característico da cultura do *Remix*, que não é restrito apenas à música. Ele se aplica a outras manifestações da cultura, especialmente na cultura digital.

A “Cultura do Remix” é um conceito desenvolvido por Lessig (2008, p.57) para se referir à prática de criar uma obra, a partir da combinação de elementos já existentes em outras obras, com novos elementos. O *remix* é uma “colagem”, para combinar elementos da cultura, que consegue criar um novo significado e algo novo. É uma mistura que cria um novo trabalho criativo, que pode ser feita na música (como os *mash-ups* e o *sampling*), ou com textos, vídeos, imagens, GIF’s. O *remix* se baseia no trabalho dos outros para fazer outros trabalhos. Mas mais do que isso, segundo Lessig (2008) os remixes na atualidade, acontecem dentro de uma comunidade digital, em que eles criam para eles e para os outros membros da comunidade.

O Remix também faz parte dos elementos da cibercultura⁵⁸. Considerando que para o autor a Cibercultura possui três “leis”⁵⁹, além destas ela também incorpora o *remix*. De acordo com o autor, os blogs, *podcasts*, sistemas de compartilhamento *peer-to-peer*, códigos de fonte aberta e a arte eletrônica são fenômenos que ocorrem no limiar da cibercultura e abarcam a possibilidade do *remix* (LEMOS, 2005).

A cibercultura, de uma forma geral, refere-se a reunião de relações sociais, produções artísticas, intelectuais e éticas do ser humano que se articulam no ciberespaço. Nele corre este fluxo de ideias, práticas e representações. Em verdade, o ciberespaço só existe em razão da rede e da possibilidade de conexão. A cibercultura não é “marco zero” na cultura da humanidade, até porque ela também mantém relações com o que acontece off-line. Mas, na definição de Martino (2015, p.27) a cibercultura é “a cultura – entendida em um sentido bastante amplo como a

⁵⁸ Para Lemos (2003), a cibercultura, em linhas gerais, refere-se cultura contemporânea que estabelece nova uma relação entre as tecnologias e a formas de sociabilidade. Ela nasce na década de 1970, a partir da fusão entre a as tecnologias de informática, de comunicação e a cultura.

⁵⁹ São elas, respectivamente: 1) Lei da Reconfiguração 2) Liberação do polo emissor; 3) Conectividade generalizada (LEMOS, 2003).

produção humana, seja material, simbólica, intelectual – que acontece no ciberespaço.

No processo criativo pós-moderno a identificação do autor, da originalidade e da obra são processos coletivos, abertos e livres, em muitos casos dificultando a sua identificação, esmaecendo-se os limites e entre autor, obra e público. Não há mais autor⁶⁰, original e obra, apenas processos abertos, coletivos e livres.

A arte eletrônica é uma nova forma de “fazer artísticos” que é marcada por processos recombinantes, que se valem dos processos abertos, coletivos, inacabados. Embora isso não seja novidade no mundo da arte, a arte eletrônica traz os processos interativos e coletivos, problematizando e questionando os lugares de autor e espectador. A arte eletrônica é uma herança dos movimentos artísticos de vanguarda da década de 1960/1970 – *happings*, performances e através da cultura pop:

A arte na cibercultura vai abusar da interatividade, das possibilidades hipertextuais, das colagens (sampling) de informações (bits), dos processos fractais e complexos, da não linearidade do discurso... A arte passa a reivindicar, mais do que antes, a ideia de rede, de conexão, transformando-se em uma arte da comunicação eletrônica. O objetivo é a navegação, a interatividade e a simulação para além da mera exposição/audição. (LEMOS, 2003, p.6)

Logo, a arte eletrônica vale-se dos elementos da bricolagem e da remixagem. Combina elementos e referências já dispostos nas “bacias semânticas” dos imaginários e da cultura para criar novas obras, para por fim, inseri-la novamente na cibercultura, alimentando-a e a (re)construindo.

Mas isso não ocorre apenas nas formas artísticas, pois existem várias manifestações de construções colaborativas de conteúdo. Deste modo, é inegável que nas redes de comunicação digital observa-se um deslocamento nos processos

⁶⁰ Existe uma discussão crítica em torno da autoria, em que questiona-se se poderia mesmo existir a figura do autor como a concebemos. Duas obras se sobressaem nesse sentido: Michel Foucault (1969) em “Arqueologia do Saber”, e Roland Barthes em “A morte do Autor”. Para Barthes (2004, p.4): “Sabemos agora que um texto não é feito de uma linha de palavras, libertando um sentido único, de certo modo teológico (que seria a “mensagem” do Autor-Deus), mas um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam escritas variadas, nenhuma das quais é original: o texto é um tecido de citações, saldos dos mil focos da cultura. Parecido com Bouvard e Pécuchet, esses eternos copistas, ao mesmo tempo sublimes e cômicos, e cujo profundo ridículo designa precisamente a verdade da escrita, o escritor não pode deixar de imitar um gesto sempre anterior, nunca original; [...]”

autorais de escrita, que adquirem novos contornos e dinâmicas nestas redes digitais. Pode ser observada uma nova forma de autoria, em que há a “soma de diversas atribuições”, que podem ser nomeadas ou anônimas, constituídas pelas diferentes interações entre esses múltiplos atores que atuam em um processo de criação descentralizado no ciberespaço. Ainda, esta forma de produção colaborativa ocorre em vários formatos (MARTINS, 2014, p.15)

Esta descentralização do processo de criação problematiza, mais do que nunca, a noção de autoria. Ou pelo menos, a noção de autoria na concepção “clássica” do autor como uma (ou algumas) pessoas determinadas em quantidade e em identidade. A atuação é distribuída em rede e combina vários níveis de contribuição, onde a produção de obras é muitas vezes compartilhada, e a autoria se apresenta de “forma difusa” (MARTINS, 2014, p.15).

Outro aspecto fundamental neste processo é que a obra deixa de ter contornos definidos. Seus limites de começo, meio e fim podem ser transponíveis, de modo que ela se torna algo inacabado. A partir de cada fragmento, de cada “nó” de conexão abrem-se brechas para novos impulsos e interações levando-as a caminhos nunca imaginados em um primeiro momento (MARTINS, 2014, p.15). O desenrolar da obra pode ocorrer *ad infinitum*, no tempo e no espaço. Esta possibilidade existe porque cada nó é ao mesmo tempo, ponto de partida e ponto de chegada nos termos do hipertexto, porque ele é infinito, dinâmico e não-fractal.

A disseminação dos processos autorais interativos e o deslocamento da noção de autoria fazem parte de uma inflexão das práticas sociais de escrita. São modos de produção discursivos que se relacionam com as constituições culturais e subjetivas de cada sociedade e seu contexto. Logo, os antigos e tradicionais centros de produção intelectual, da cultura e do conhecimento desestabilizam-se por novas práticas sociais que demandam uma maior distribuição nos pontos de circulação de bens intelectuais (MARTINS, 2014, p.15).

No ambiente do hipertexto surge um novo tipo de espaço que interliga o “público” e o “privado”, como um local estendido e coletivo que abre novos potenciais à criação. Neste espaço, um híbrido entre realidade virtual e física é possível ter acesso à uma “memória comum”. Em síntese, o hipertexto promove uma “cognição compartilhada”. (MARTINS, 2014, p.75)

Esta visão não é isenta de críticas: “Num mundo em que público e autor se confundem, tornando-se cada vez mais indistinguíveis, e onde é quase impossível

identificar a autenticidade, a ideia de autoria original e propriedade intelectual fica seriamente comprometida”. Uma geração de “cleptomaníacos virtuais”, é como define Keen (2009) a geração que se apropria de argumentos e conteúdos, e que ao fazer uma grande bricolagem destes, os chamam de “seus”. A pirataria, o compartilhamento *peer-to-peer*, os *remixes* e *mash-ups*, e a apropriação fazem com que os Direitos Autorais e a noção de autoria percam o sentido para os que divulgam suas combinações e *remixes* na web:

Crime e castigo ainda seria *Crime e Castigo* se você removesse a cena em que Raskólnikov assassina a agiota? Deveria eu estar autorizado a remixar *Moby Dick* de modo que Ahab localize a baleia no início da viagem? *A República* de Platão ainda seria o mesmo livro se contivesse um capítulo de Locke e um parágrafo de Kant? Um livro acabado não é uma caixa de Legos a serem recombinaados a reconstruídos a nosso bel-prazer (KEEN, 2009, p. 58).

Feitas as críticas ao modelo que o consumo e produção de bens simbólicos assume na contemporaneidade, uma outra problemática surge quando começamos a pensar nas leis autorais nesse contexto. Lessig (2008) aponta que, atualmente as leis de direito autoral estão inibindo os remixes. A Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital (DCMA) reescreveu a Lei dos direitos autorais dos EUA de modo a abarcar as exigências e pressões dos produtores dos meios de comunicação de massa, em que ele aponta uma série de reflexos desta postura adotada pela lei.

Ela mostra-se muito restritiva, e foi na contramão do fornecimento de incentivos econômicos aos artistas individuais resguardando-os para agregá-los os conglomerados já consolidados. Também, acolheu a ideia de que os direitos autorais devem perdurar por tempo ilimitado, em detrimento da construção de uma “cultura pública”. (JENKINS, 2009, p. 194)

Reconhecendo que, talvez um dos maiores “burladores” de direitos autorais foi *Walt Disney*, e também um lobista da propriedade intelectual, como esclareceu Jorge Machado (2009, p.5), interessante observar as palavras de Lessig (2002) segundo o qual diante do *lobby* da indústria do entretenimento, a lei foi escrita para que “ninguém mais pudesse fazer o que a *Disney* fez com os irmãos Grimm”. Os lobbies das indústrias e corporações foram gradativamente “endurecendo” as leis de direitos autorais. Nesse caso americano, em 1998, o *lobby* feito pela *Walt Disney* para evitar que o personagem Mickey Mouse caísse em domínio público, conseguiu que o

prazo de duração dos direitos autorais fosse aumentado de 70 para 90 anos, pelo *Sonny Bono Act*. (MONCAU, 2015, p. 64)

Um exemplo, é o caso da famosa franquia Star Wars. Em um primeiro momento, Hollywood buscou proibir as *fan-fiction*s que se valessem do universo da franquia como palco para serem escritas, almejando reafirmar os direitos de propriedade intelectual. Já em um segundo momento, vendou os olhos para as narrativas, fingindo não existirem, ao mesmo tempo em que promoveram trabalhos em vídeos dos fãs, mas limitaram o tipo de filme que os mesmos poderiam fazer. (JENKINS, 2009, p. 191)

Os estúdios, em uma tentativa de salvaguardar estes direitos autorais, começaram a emitir notificações aos fãs e criadores amadores para que estes os retirassem da internet. Pertinentes as considerações de Jenkins neste sentido (2009, p. 196), em que o autor afirma que as indústrias desejam que as pessoas “olhem sem tocar”, que comprem, mas não usem ou transformem os conteúdos.

Trazendo a problemática para o caso pátrio, as manifestações artísticas que bebam diretamente da fonte de outras manifestações não são vetadas pelo ordenamento jurídico. Como é o caso da paródia e das paráfrases, por exemplo. Ela é aceita sem que isso configure uma violação ao direito autoral, através de uma das exceções ao Direito de Autor, positivada na LDA, no Art. 47. “São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.” (BRASIL, 1998)

Entretanto, questões como essas são mais simples de serem resolvidas. Já questões que giram em torno de “obras apropriativas” são mais complexas e podem gerar mais discussões sobre possíveis violações de direito autoral e limitações à liberdade de expressão. (MONCAU, 2015, p.82) A *appropriation-art* contempla um tipo de arte que necessita de citações e se apropria de imagens ou trechos de outras obras preexistentes, e, realizando uma recontextualização, uma ressignificação de valores estéticos e/ou sociais expressos naquela obra, produz outra. (MONCAU, 2015, p.82)

Ocorre que, mesmo para criar uma paródia, é preciso que o autor tenha acesso ao “caldo cultural” existente como inspiração. Pondera Moncau (2015, p.82) que legislações muito rígidas de direitos autorais poderiam restringir a autorrealização individual por meio da liberdade de expressão, uma vez que o artista ou o criador ficaria impedido de se expressar.

No Brasil, como o sistema adotado é o sistema continental-europeu de direitos autorais, eles encontram-se protegidos também pelo aspecto moral. Um desses direitos morais é o direito de integridade da obra, respaldado nele, o autor pode se opor a qualquer modificação ou prática de atos que possam prejudicar a obra ou a pessoa do autor (art.24, LDA). Através do direito de integridade, o conflito entre direito autoral e liberdade de expressão poderia entrar então, em um outro nível, debatido entre constitucionalistas e civilistas: o conflito liberdade de expressão *versus* o direito à honra e à imagem. (MONCAU, 2015, p.82)

É importante neste contexto, demonstrar que a liberdade de expressão se caracteriza neste recorte como o direito de cada sujeito de participar ativamente na construção de sua cultura. Para tanto, pretende-se aprofundar esta temática no próximo item.

4.4 O direito à liberdade de expressão e a cultura participativa nas mídias digitais

Ainda no primeiro capítulo, falou-se sobre a cultura da convergência e de seus desdobramentos: a inteligência coletiva, a convergência de meios e o surgimento da cultura participativa. Observou-se que os *vlogs*, tais como outras manifestações (*remix*, *fanart*, *appropriation art*, analisadas no tópico anterior) fazem parte desta cultura. Neste tópico, o objetivo consiste em demonstrar que, o direito humano à liberdade de expressão contempla a cultura participativa nas mídias digitais, e desta forma, contribui para o desenvolvimento humano.

A liberdade de expressão é um dos direitos mais caros à humanidade, e a sua conquista ao longo do tempo exigiu grandes lutas para ser reconhecida. Ainda assim, a sociedade enfrenta diariamente obstáculos em sua proteção e para efetivá-la. Na Constituição Federal de 1988 ela é reconhecida como um direito fundamental, no art. 5º, incisos IV e IX.

Em meio a internet e as novas tecnologias, verifica-se que essas ferramentas abrem espaço para a interatividade dos usuários na rede, junto com o surgimento de novos processos de criação e co-autoria. Deste modo, afirmam alguns teóricos que se abrem caminhos para a construção de uma cultura mais participativa e colaborativa nas mídias digitais, e deste modo, contribuem para o desenvolvimento humano.

No plano internacional, a liberdade de expressão subjaz aos direitos de liberdade de pensamento e opinião, na Declaração Universal dos Direitos Humanos

(DUDH) (Artigo 19). Ela está protegida também em outros instrumentos internacionais e regionais significativos de direitos humanos, incluindo o Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Artigo 9º da Carta Africana (desenvolvido em uma declaração específica acordada em outubro de 2002) e o Artigo 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (PUDDEPHATT, 2016, p.10).

Esse direito também foi aprimorado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, em julho de 2011, para englobar os direitos em relação aos sistemas de disseminação de informação baseados na Internet e em dispositivos móveis. A liberdade de expressão é um elemento crítico para se alcançar a visão da UNESCO⁶¹ sobre as “Sociedades do Conhecimento.”⁶² (UNESCO, 2015, p.41)

Na DUDH de 1948 foi reconhecido o direito que toda pessoa possui de participar livremente da vida cultural de sua comunidade, de usufruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. O mesmo direito à cultura também assegura que toda pessoa tem o direito à proteção dos interesses morais e materiais sobre suas criações intelectuais (GRUBBA, 2017, p.74). Os direitos humanos são concebidos como os “direitos universais e inerentes ao ser humano, que tem por fim concretizar a dignidade de todos e para todos.”. Caracterizam-se por serem universais, inalienáveis, indivisíveis, e imprescritíveis, uma vez que todo ser humano nasce livre e igual, com dignidade e os mesmos direitos. (GRUBBA, 2017, p.66)

Garantir a liberdade de expressão é essencial para a integridade do ser humano para o reconhecimento de sua identidade e capacidade (PUDDEPHATT, 2016, p.10).

Desenvolvimento humano significa o “alargamento das escolhas pessoais de todo e qualquer ser humano”, que implica em oportunidades equitativas de acesso e participação nos planos econômico, social, político e cultural. Além disto, estão o

⁶¹ A UNESCO é a entidade das Organizações das Nações Unidas responsável por promover ações relativas a Cultura, Educação e Ciência.

⁶² Por Sociedades do Conhecimento, a UNESCO (2015, p.8) se refere “a sociedades nas quais as pessoas tenham capacidade não apenas para adquirir informações, mas também para transformá-las em conhecimento e compreensão, o que as empodera para melhorarem seus meios de subsistência e contribuírem para o desenvolvimento social e econômico de suas sociedades.”.

respeito aos direitos humanos, o acesso à bens materiais necessários para uma vida digna, e imateriais, tais como a liberdade de expressão (GRUBBA, 2017, p.150).

A internet enquanto tecnologia possui grandes implicações para a liberdade de expressão. O objetivo neste trabalho, não é conceber o surgimento e popularização da internet como uma solução para todos os impasses que a efetivação da liberdade de expressão pode encontrar, pois sabe-se que ainda existem desafios de ordem técnica e econômica para fazer com que todos os sujeitos possam e consigam se expressar por meio da rede.

Outro aspecto muito importante da liberdade de expressão no contexto da internet, (e na qual este trabalho centra-se), é a constatação de que sua interatividade e facilidade de publicação permite a criação e o compartilhamento colaborativos de conteúdo. Nesse sentido, qualquer pessoa pode ser autora e pode publicar. De acordo com Puddephatt, (2016 p.10) “A internet está auxiliando a desenvolver espaços que podem empoderar as pessoas, permitindo que elas se comuniquem, colaborem e intercambiem visões e informações.”.

A importância do acesso à informação científica para o desenvolvimento da ciência e a produção da pesquisa é reconhecida pela UNESCO, fato que pode ser observado por meio de seu incentivo à adoção de políticas de acesso aberto. Visam garantir o amplo acesso e a divulgação dessas informações, ganhando destaque no contexto digital as revistas científicas (SWAN, 2016, p.37).

O Acesso Aberto (AA) é a permissão de acesso gratuito para todas as informações acadêmicas e pesquisas revisadas por pares. Ele requer que o detentor dos direitos autorais conceda o direito irrevogável e global de copiar, utilizar, distribuir, transmitir e produzir obras derivadas, em qualquer formato e para qualquer atividade lícita, com os devidos créditos ao autor original (SWAN, 2016, p.37).

Em outro documento, a UNESCO (2015) coloca a liberdade de expressão, o livre acesso à informação, a privacidade e a ética como as “pedras angulares” para a construção de uma sociedade do conhecimento que seja inclusiva. Para este artigo, as duas primeiras – liberdade de expressão e acesso à informação - são as mais importantes. Neste documento foi apontado que as medidas excessivas de direitos autorais, tais como prolongar por demais a proteção dos direitos autorais, ameaçam a disponibilidade pública de recursos culturais importantes (UNESCO, 2015).

E esta percepção dos respondentes vai ao encontro daquilo que vários pesquisadores do Direito Autoral vem corroborando, por meio de uma perspectiva

crítica do ramo jurídico em questão, tanto no Brasil como em outros países. O jurista americano Lessig (2004), faz uma análise de que houve um recrudescimento das normas de *copyright* nas últimas décadas, em muito devido a pressão e lobby das grandes indústrias de mídia e entretenimento.

De acordo com Lessig⁶³ (2004, p.24) o escopo do direito autoral foi gradativamente se alargando, em tempo de proteção e tipos de obras protegidas. A forma de lidar com as expressões criativas está mudando e indo em direção à postura cada vez mais protecionista. Em 1928 o período de proteção era de 30 anos. Por esse período, os artistas tinham um direito exclusivo de explorar economicamente uma obra e, depois deste período, a obra caía em domínio público e não era preciso pedir autorização de ninguém para utilizá-la. Para se ter uma ideia de como a proteção aumentou nos EUA, de 1790 até 1978 a proteção nunca extrapolou 32 anos de duração. Nos dias de hoje, se este fosse o período, todos os conteúdos dos anos 1960 e 1970 estariam disponíveis para ser usados sem precisar da autorização (LESSIG, 2004, p.24).

Na sua origem, a abrangência da proteção do *copyright* era mais limitada. Ela dizia respeito à possibilidade de editar e imprimir uma obra e apenas isso. Não abrangia questões sobre como a obra iria ser utilizada. Hoje em dia, a legislação de *copyright* inclui muitas outras restrições, como o direito exclusivo para cópia, distribuição e apresentação da obra. (LESSIG, 2004, p.79)

A Convenção de Genebra ampliou a proteção aos produtores de fonogramas, impedindo a reprodução não-autorizada dos mesmos. Já no final do século XX, o lobby da indústria no cenário internacional e legislativo se consolidou com um discurso que criminalizava as reproduções sem fins lucrativos. Atualmente, as campanhas contra a pirataria buscam colocar no mesmo âmbito e nível de resposta do Estado infrações de Direito Autoral e crime organizado, terrorismo e tráfico de drogas (MONCAU 2015, p.64).

Com efeito, o discurso de equilíbrio entre os direitos autorais foi sendo gradativamente substituído e foi cedendo aos *lobbys* da indústria do entretenimento.

⁶³ Como uma resposta à realidade do recrudescimento das normas, e da gradativa transformação de uma “cultura livre” em direção a uma “cultura privada”, Lawrence Lessig desenvolveu o famoso sistema de licenças autorais *creative commons*.

Um exemplo disso ocorreu com o *Sony Bono Act* em 1998 que estendeu o prazo de proteção do direito autoral de 70 para 90 anos após a morte do autor nos EUA. Isso aconteceu graças à pressão o *lobby* da empresa *Walt Disney* para evitar que os direitos sobre o personagem *Mickey Mouse* expirassem (MONCAU, 2015, p.64).

Essa mudança fez com que na lei americana deixasse de existir um mecanismo que garantisse que as obras que não são mais exploradas economicamente avancem para o domínio público:

O efeito nessas mudanças na duração média do *copyright* é dramático. Em 1973, mais de 85% dos donos do *copyright* falharam em renovar seus *copyright*. Isso significava que o período médio de *copyright* em 1973 era de apenas 32,2 anos. Por causa da eliminação da exigência de renovação, o período médio de *copyright* é agora o período máximo. Em 30 anos, então, o período médio foi triplicado, de 32,2 anos para 95 anos (LESSIG, 2004, p.121)

O próprio escopo da lei vem sendo modificado ao longo do tempo, se tornando cada vez mais amplo e gerando um direito autoral mais restritivo. Por exemplo, no caso americano, a lei trata de forma muito semelhante os casos de obras derivativas e a pirataria pura. Por obras derivativas, Lessig (2004, p.124) se refere as obras que foram geradas a partir de outras, como por exemplo um livro que foi adaptado para uma peça de teatro. Os usos derivativos das obras passam a ser controlados pelo detentor do *copyright*. Ou seja, além das obras originais o *copyright* controla também as obras que são inspiradas nelas.

Cabe lembrar que estas transformações ocorrem principalmente na segunda metade do século XX. Antes o *copyright* detinha-se a proteger “o direito de realizar cópias”, de reproduzir uma obra. Isso, segundo Lessig (2004) é um dos motivos que apontam para o endurecimento das leis de direito autoral, sobretudo após a chegada da internet.

De acordo com Mizukami (2007, p.102), a reação da indústria de produção de conteúdo contrários aos sistemas de compartilhamento pode ser observada no emprego de quatro recursos diferentes:

1. Recurso ao direito, por meio do *lobby*, processos e ações policiais (ofensiva jurídica);
2. Recurso aos meios técnicos para inviabilizar a prática do compartilhamento de arquivos (defensiva tecnológica);

3. Recurso à propaganda anti-compartilhamento (ofensiva propagandística);
4. Recurso a modelos de negócios que pretendem substituir o compartilhamento de arquivos (ofensiva comercial).

O sistema de licença *Creative Commons (CC)*, desenvolvido por Lawrence Lessig também é um exemplo de engajamento por um acesso à informação mais amplo e democrático. De acordo com Mizukami (2007, p.102) o sistema *CC* centra-se em quatro aspectos fundamentais:

1. Domínio Público é o reservatório da cultura humana e está sendo tomado de forma excessiva pela propriedade intelectual;
2. A informação deve ser administrada como um recurso coletivo sem precisar ter autorização para ter acesso à mesma, e não como um bem loteável e vendido;
3. Existência de “Conteúdo Livre”, com amplo acesso as transformações criativas, através de *softwares* abertos (*open source*);
4. “Reservas florestais criativas”, com a compra de obras para sua disponibilização em domínio público, estimulado à ética de repartição de recursos informacionais.

A *Creative Commons* é uma empresa, sem fins lucrativos com sede estabelecida em Massachusetts, mas com sua base desenvolvida na Universidade de Stamford. O objetivo da *CC (Creative Commons)* é construir um sistema de “*copyright* racional” em cima de extremos que estão regendo e polarizando os debates sobre a tutela dos direitos autorais. Esta forma de licença permite que as pessoas possam criar sobre as obras já publicadas de forma mais fácil, e existe “para tornar simples aos criadores expressarem a liberdade para outros pegarem e construírem sobre suas obras.” (LESSIG, 2004, p.255).

Ela funciona através de um sistema de marcações simples, com descrições oferecidas pelos autores sobre o que é permitido fazer ou criar em cima daquela obra. Essas marcações são ligadas as versões que as máquinas (computadores) podem ler da licença, permitindo que os computadores automaticamente identifiquem quais são as licenças que podem ser executadas e quais estão bloqueadas, bem como qual conteúdo pode ser compartilhado (LESSIG, 2004, p.255).

As licenças CC são licenças públicas de Direito de Autor e de direitos conexos, compostas de ‘três camadas’: legível pelas máquinas⁶⁴, legível pelas pessoas⁶⁵, e texto legal⁶⁶. Existem seis “modelos” de licença disponíveis para que o criador escolha, variando as suas atribuições, limites e possibilidades quanto ao seu uso, distribuição, compartilhamento, comercialização, alterações, fazer obras derivativas e criar em cima do trabalho. (CREATIVE COMMONS, 2018)

De acordo com Lessig (2004, p.255), a licença *Creative Commons* incorpora liberdades maiores do que as permitidas pelo “uso justo”, e representa uma garantia de liberdade para qualquer um que acesse o conteúdo. Mas mais do que isto, ela representa a expressão de um ideal, rumo a uma cultura mais livre, indo além das polarizações dicotômicas extremistas. O conteúdo é sinalizado com os caracteres (cc) ou CC, que não indica que se abriu mão dos direitos de *copyright*, mas que certas liberdades foram dadas as pessoas.

Quem escolhe o que o particular poderá ou não fazer é o próprio autor:

Ele pode optar por uma licença que permita qualquer uso enquanto as mesmas liberdades são repassadas para os outros (“compartilhe igualmente”). Ou qualquer uso enquanto não sejam feitos usos derivativos. Ou qualquer uso em nações em desenvolvimento. Ou qualquer uso para “sampleamento”, enquanto cópias totais não sejam feitas. Ou, finalmente, qualquer uso educacional (LESSIG, 2004, p.256).

Este modelo de licença, segundo seu desenvolvedor, objetiva que as pessoas possam criar a partir da cultura e de criações já existentes e inspirar-se nelas sem sofrer as consequências de um processo por violação de *copyright* depois. Trata-se de criar uma camada de conteúdo que seja regida por leis de *copyright* “mais racionais”, em que a escolha dos próprios autores sobre o que será permitido fazer com suas

⁶⁴ A camada das máquinas está ligada com a operação do software, e que pode ser “lida” pelos dispositivos identificando facilmente quando um trabalho está disponível sob uma licença *Creative Commons*. É entregue uma versão digital (“legível por máquinas”) da licença — um resumo dos direitos e obrigações, expresso num formato que as aplicações informáticas, motores de pesquisa e outros tipos de tecnologia, possam compreender (CREATIVE COMMONS, 2018).

⁶⁵ A segunda camada, legível pelas pessoas consiste em um “resumo explicativo” das licenças em uma linguagem não técnica que pode ser lida e compreendida por todas as pessoas. Esse Resumo Explicativo sumariza e expressa alguns dos termos e condições mais importantes. Ele funciona como uma “interface amigável” do Texto Legal embora ele mesmo uma licença e o seu conteúdo não forme parte do texto legal propriamente dito (CREATIVE COMMONS, 2018).

⁶⁶ Finalmente, a terceira camada é composta pelo texto legal, onde cada licença começa por ser um instrumento legal tradicional em sua linguagem e formato de texto (CREATIVE COMMONS, 2018).

obras ajudará a construir uma área de “domínio público”. Para além de criar um movimento de domínio público e buscar o apoio legislativo, o CC visa criar um “movimento” que transforme cada vez mais consumidores de conteúdo em “co-produtores de conteúdo” (LESSIG, 2004, p.256).

Enfatiza o autor que o objetivo não é “lutar contra o pessoal do *“all rights reserved”* (todos os direitos reservados), mas sim complementá-los. Também não se trata de eliminar os direitos dos autores, mas sim tornar mais fácil, barato e flexível para os autores exercerem seus direitos. Diferenças como estas permitirão que a criatividade será difundida de forma mais fácil.

Em sua forma atual as leis de direito autoral não fazem mais sentido neste contexto tecnológico. Regras mais contextualizadas e que garantam mais liberdades para que as pessoas possam usufruir delas parece ser o caminho mais adequado, e para Lessig (2004, p.256) as licenças CC podem ser um bom ponto de partida em direção à construção de uma cultura mais livre.

Com base naquilo que fora discutido até agora, observa-se que a liberdade de expressão, acesso à informação, bem como o direito de participar na construção da cultura, reconhecidos como direitos humanos são fundamentais para o desenvolvimento humano na concepção de desenvolvimento proposta pelas Nações Unidas.

Para Moncau (2015, p.121) a liberdade de expressão deve ser compreendida como um “direito que nos dá a prerrogativa de atuar sobre os símbolos e conceitos que nos rodeiam, transformando e ressignificando o caldo cultural que nos une.” Com efeito, os direitos autorais podem constituir um estímulo à liberdade de expressão, ou ao contrário, serem um “óbice ao acesso aos insumos de que um diálogo aberto depende”.

Ao fim deste tópico, a premissa confirmada foi a de que direito humano à liberdade de expressão compreende as manifestações da cultura participativa, a partir de uma perspectiva que contempla a atividade do sujeito de participar ativamente na construção e ressignificação que une as sociedades. Ainda, observou-se que a liberdade de expressão é essencial ao desenvolvimento humano, partindo de uma concepção em que o desenvolvimento é alcançado pelo alargamento das capacidades e das liberdades humanas.

Para Moncau (2015, p. 84) os institutos de direitos autorais podem contribuir para concentração da produção de bens culturais em conglomerados. O que poderia

interferir no livre debate de ideias, prejudicando o “valor-fim da autodeterminação democrática que serve como fundamento da garantia à livre expressão”. Em alguns casos, normas rígidas de direito autoral poderiam impedir a autorrealização individual por meio da liberdade de expressão, porque o artista ou o criador ficaria tolhido de sua expressão e impossibilitado de transmitir sua ideia ao mundo. (MONCAU, 2015, p.83)

Essa concepção de Moncau contribui bastante se analisarmos a obra e o processo criativo a partir da perspectiva do imaginário. De acordo com Silva (2015, p.12) O imaginário é como um grande reservatório, um espaço infinito, uma “bacia semântica”, um “banco de dados” que guarda imagens, sentimentos, sensações, experiências e leituras da vida.

Esse imaginário é ao mesmo tempo, uma força motriz que, por meio de um mecanismo individual ou coletivo, ajuda o sujeito ou uma coletividade – o imaginário pode ser partilhado por mais de um sujeito, sendo coletivo – a construir uma forma de ser, agir, pensar e se sentir no mundo. Não obstante, é por meio do imaginário que o ser se constrói na cultura (SILVA, 2012, p.12).

Na pós-modernidade, a “aura” da obra de arte não é exaurida na sua reprodução, com a sua cópia, como criticou Benjamin e a escola crítica. A aura é recriada justamente na sua reprodução massiva e viral. Talvez a Mona Lisa tenha reconstruído sua aura através de suas reproduções, que a tornaram e fizeram com que aquela imagem povoasse os imaginários nos quatro cantos do globo (SILVA, 2012, p.18).

A aura aumenta com a reprodução do original, que aumenta seu capital simbólico. A aura se perde no “simulacro”, mas a sua reconstrução acontece no laço social e na sua reprodução viral. A aura, neste sentido, estimula o imaginário e a sua construção, porque o original é cultuado através da cópia (SILVA, 2012, p.18).

O imaginário, enquanto conjunto de sensações e referências é a “bacia semântica” que o sujeito precisa para poder criar algo novo. Absorver, assimilar para depois ressignificar e transformar: o sujeito “tece” o imaginário a partir das infinitas linhas que se cruzam e se misturam. Um imaginário que não é alimentado, não se sustenta e não pode se expandir. Com efeito, construir mecanismos para o direito autoral é em último efeito, estabelecer mecanismos de expansão – ou restrição – dos imaginários dos sujeitos.

Levando em consideração o a função social do Direito de Autor, tem-se que os privilégios concedidos aos titulares desses direitos não são absolutos e irredutíveis. Com o objetivo de estabelecer um equilíbrio entre os interesses privados e públicos, ambos os sistemas de Direito Autoral (*copyright* e *droit d'auteur*) estabeleceram limitações a esses direitos, tema que será aprofundado no próximo tópico.

4.5 As Limitações ao Direito de Autor na LDA

O sistema *Droit d'auteur* não possui previsão de *fair use*⁶⁷, ou *fair dealing*⁶⁸, como há nos sistemas *copyright*. Desse modo, a LDA depende necessariamente, de previsões de limitações ao direito autoral. De acordo com Abrão (2017, p.169), em todas as legislações de países signatários da Convenção de Berna, como é o caso do Brasil, essas limitações existem para assegurar o acesso ao conhecimento, a cultura e ao lazer. Elas constituem o “fair use” das legislações baseadas no modelo francês. Os usos se mostram justos porque entende-se que toda a sociedade colaborou com o autor na criação da obra, pois esta é resultado de tudo que o autor viu, leu, ouviu e participou dentro de um contexto histórico.

As limitações estão dispostas no art. 46 e seguintes da LDA. Mas já houve discussões no sentido de verificar se as mesmas seriam taxativas ou exemplificativas, gerando divergências doutrinárias. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que este rol seria exemplificativo⁶⁹, visando assegurar a tutela dos direitos de autor

⁶⁷ A doutrina do “*fair use*”, que pode ser traduzida como “uso justo” ou “uso aceitável” existe na lei de *copyright* americana que prevê algumas exceções para a exclusividade da utilização pelo detentor dos direitos autorais de um material protegido pela lei. Ou seja, se houverem objetivos “limitados” e “transformadores”, tais como paródias, críticas e comentários, estes podem ser realizados sem a anuência do detentor dos direitos, não configurando violação. O *fair use* americano também alcança as situações de divulgação de conteúdos na imprensa, de cunho jornalístico e informativo, e também a realização de cópias de obras para serem usadas em sala de aula, com fins educacionais. Na lei americana, ao contrário do *fair dealing* canadense e britânico, oferece uma lista de requisitos que precisam ser cumpridos para que a ação possa ser enquadrada como uso justo. Estas exceções devem atender quatro requisitos para se encaixarem no uso aceitável: 1) propósito e o caráter do uso; 2) A natureza do trabalho protegido por direitos autorais; 3) O montante do trabalho que será usado em relação a todo o trabalho protegido por direitos autorais; e 4) O efeito que o uso teria no mercado ou o valor do trabalho protegido por direitos autorais. (D'AGOSTINO, 2008, p. 344)

⁶⁸ O *fair dealing* é também um instituto que estabelece limitações e usos que não configuram violação de direito autoral, de forma semelhante ao *fair use*, como por exemplo, para crítica ou revisão, estudo ou pesquisa ou reportagens (D'AGOSTINO, 2008, p. 318).

⁶⁹ Este posicionamento pode ser observado na seguinte decisão: STJ - REsp 964.404/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011)

(WACHOWICZ; SILVA, 2017). São situações em que mesmo que não tenha decorrido o limite temporal de duração do direito autoral, permite-se o uso livre da obra, independentemente de consulta ao titular e a consequente remuneração. (BITTAR, 2015, p.92)

No interesse individual do autor, encontram-se questões pessoais e econômicas das obras. O interesse da coletividade, por sua vez, refere-se ao “benefício social” que as criações podem proporcionar à sociedade. Já no interesse pessoal do autor, observa-se a possibilidade do exercício de exclusividade. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre esses interesses, de modo a contemplar tanto os direitos do autor sobre a obra, quanto o direito ao acesso à informação. As limitações aos direitos autorais objetivam evitar que o interesse do autor se sobressaia perante o interesse público. As limitações expressas nas legislações de direito autoral servem para equalizar esses interesses de forma justa e culturalmente enriquecida (WACHOWICZ; SILVA, 2017).

Por exemplo, prescreve o artigo 46 da LDA que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa de artigo informativo, a reprodução de obra no sistema Braille; a citação de passagens para crítica ou estudo; a reprodução de fonogramas e outras obras para demonstração da clientela em lojas, entre outras situações discriminadas nos incisos. Mas em todas elas, é preciso mencionar o nome do autor, em razão dos direitos morais que lhes são protegidos. Também, são livres as paródias e as paráfrases (art. 47) desde que não impliquem em descrédito da obra original (BRASIL, 1998).

Um sistema de restrições ao acesso à informação e a cultura seria aceitável até o ponto em que ele atenda ao objetivo de estimular o desenvolvimento criativo, mantenha aberto outros canais de expressão coletiva e exista equilíbrio entre esses dois interesses. Não obstante, esse equilíbrio deve ser capaz de evitar o agravamento das desigualdades e deve resguardar as possibilidades de expressão das pessoas (BARBOSA, 2005, p.214),

O direito autoral também não deve ser percebido como um instrumento que serve somente para proteção dos interesses dos titulares, mas também de um direito que visa ser incentivador do processo criativo e do acesso à informação e à cultura:

A proteção dos Direitos Autorais e a promoção da diversidade das expressões culturais não são conceitos antagônicos, como também, os direitos culturais não se anulam diante dos direitos exclusivos dos autores

sobre o bem intelectual. É preciso ter-se claro que, sem direitos autorais inexistem diversidade cultural, como também sem diversidade cultural não é possível falar em Direito Autoral, mas tão somente em regras de proteção de investimento (WACHOWICZ, 2015b, p.553).

Ainda, de acordo com Wachowicz (2015b) é necessária uma reforma na legislação de direito autoral vigente no país, e que isso perpassa por instaurar um equilíbrio entre a proteção dos direitos autorais dos criadores com os interesses dos investidores das obras intelectuais. Isto porque, frequentemente, há cessão total por parte dos direitos dos primeiros aos segundos, desconsiderando-se o equilíbrio contratual. A reforma deverá considerar as disposições constitucionais referentes aos direitos culturais, previstos no art. 215 da CF/88; bem como os direitos fundamentais, ao acesso à informação, o direito à educação, e o Princípio da Função Social da Propriedade entre outros. Logo, uma reforma das leis de direito autoral deve, além dos pontos já citados, considerar três elementos:

(i) a proteção daqueles que efetivamente criam, e não somente daqueles que comercializam, promovem e divulgam; (ii) a percepção dos novos paradigmas do Direito Autoral frente os Direitos Culturais; e (iii) as novas formas de criação e compartilhamento no ambiente digital de obras intelectuais (WACHOWICZ, 2015b, p.553).

Destarte, é preciso repensar na forma como os direitos autorais estão estruturados hoje, levando em consideração seus fundamentos e propósitos, bem como outros direitos já reconhecidos. Analisar a legislação vigente e fazer sua crítica, além de observar as tendências e fenômenos sociais tecnológicos é o primeiro passo para avançar em uma política de democratização do acesso à informação, à liberdade de expressão e o acesso aos bens culturais e intelectuais.

Na LDA predominam os dispositivos de proteção do autor, os quais contam com poucas e restritas exceções, quase todas elencadas nos incisos do art. 46. Mas ela não prevê especificidades relativas ao mundo digital, o que pode gerar conflitos na hora do intérprete aplicar esses dispositivos nesses casos, em razão do caráter genérico da lei. Logo, a aplicação seria de que qualquer reprodução, edição ou distribuição da obra dependem da autorização expressa do autor, desconsiderando-se que tal dispositivo não está adaptado a realidade virtual. Mas isso conduziu a uma aplicação absoluta e bastante restritiva da lei para manter os interesses do autor. Na prática, este procedimento não é aplicável, pois isto teria como consequência o

retrocesso do desenvolvimento tecnológico, o que não é desejável nem mesmo possível (REIS; TOLOTTI, 2009. p.214).

A crítica que se faz é a de que as limitações trazidas pela LDA já eram insuficientes e restritivas antes da evolução tecnológica, da popularização da internet e do surgimento das mídias digitais interativas: “Em virtude de tais conflitos cria-se a ideia de que seria necessário modificar a lei de tal forma que passasse a regular da forma mais satisfatória possível as situações em questão, esquecendo-se de que a cada momento, poderão surgir novos conflitos, que ensejarão novos questionamentos quanto à validade da lei existente.” (REIS; TOLOTTI, 2009. p.214).

As paráfrases e paródias (art. 47, LDA), por exemplo, que visam fazer uma crítica, muitas vezes usando recursos humorísticos, pressupõem a existência de uma obra anterior e protegida. Se houver infração à terceiros, não se deverá buscar amparo pela Lei de Direito Autoral, e sim institutos que amparem a reparação por dano moral. O legislador não considera violações as paródias e paráfrases, pois trata-se do exercício da liberdade de expressão e do pensamento crítico, desde que as mesmas não lhe causem descrédito. Como esta é uma linha muito tênue, ainda prevalece o interesse público manifestado no exercício do humor sobre o direito individual do artista (ABRÃO, 2017, p.182).

As restrições e limitações ao direito exclusivo de autor são instrumentos para viabilizar a função social ou interesse social. Lembra-se a limitação temporal para exploração econômica da obra (art. 44, LDA) e o próprio domínio público (art.45, LDA) constituem também restrições que visam assegurar o acesso à informação e ao conhecimento (NUNES, 2011, p.86).

Uma das limitações ao Direito Autoral mais importantes é a “Regra do Três Passos”, introduzida pela Convenção de Berna e ratificada pelo acordo TRIPS. Esta regra tem por finalidade estabelecer critérios em que o uso de obras protegidas independente de prévia autorização aos titulares não confira uma violação ao Direito de Autor. Esta regra e a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro será melhor aprofundada no penúltimo tópico.

4.6 Canais no *YouTube* e o uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor: uso justo ou violação?

Até agora, viu-se que o *YouTube* possui uma série de ferramentas que atuam como instrumentos para coibir a ocorrência de violações de Direito Autoral.

É importante ressaltar que um grande problema do *Content ID* é que o sistema não é capaz de entender se determinado uso de conteúdo foi feito com base em limitações e exceções ao Direito de Autor. Um vídeo que contenha um pequeno trecho de música, permitido, portanto, como uso justo, ainda pode vir a ser bloqueado ou ser monetizado por outra pessoa. Por mais que o sistema permita a disputa de um *Content ID* o detentor de direitos pode não concordar com a argumentação daquele que disponibilizou o vídeo, e pedir a sua remoção – o que significa que o usuário receberá um *strike* de direito autoral. A regra geral então é: três *strikes* implicam o cancelamento do canal inteiro.

Não obstante, viu-se também que diversos teóricos alertam para o recrudescimento das legislações de Direito Autoral ao redor do globo, que vêm se tornando cada vez mais restritivas. Em setembro de 2018, sob pesadas críticas de ativistas e especialistas, a União Europeia aprovou a nova Diretiva para os Direitos autorais.

O projeto de reformulação da lei de *Copyright* da UE foi duramente criticado por ciberativistas e pela sociedade civil, de maneira que sua primeira votação no Parlamento europeu ocorreu em 06 de julho de 2018, mas foi rejeitada. Com pequenas alterações, a proposta somente retornou à pauta e foi aprovada em setembro de 2018, sendo que os pontos mais criticados foram mantidos. As novas diretrizes estabelecem que sejam implantadas ferramentas de controle que podem coibir a circulação de materiais que estejam protegidos por *copyright*. Por consequência, os memes, *remixes* e paródias na internet na União Europeia serão também restringidos.

Os pontos mais controversos da proposta se encontram nos artigos 11 e 13. A diretiva de *copyright* prevê no artigo 13 que as empresas *Google*, *Microsoft*, e *Facebook* usem algoritmos para evitar que internautas façam *upload* de conteúdos que possam ter direitos autorais. A situação será semelhante ao que acontece com o *Content ID* do *YouTube*, com a diferença que o algoritmo vai analisar o conteúdo e o bloqueio acontecerá antes mesmo que o *upload* seja feito.

Já pelo artigo 11, *Google* e *Facebook* deverão pagar por usarem links de outros veículos, bem como para autores, artistas e jornalistas que tiverem obras utilizadas em suas postagens na internet. Isso pode prejudicar principalmente veículos de informação pequenos que não possuem grandes faturamentos. A onerosidade pode comprometer o funcionamento desses veículos, o que contribuiu para o fortalecimento das grandes empresas, mas sufocaria as pequenas. Para os memes, os internautas seriam obrigados a tirar suas próprias fotos ou ter permissão para utilizá-las.

Outra questão controversa é a responsabilização pelas violações aos direitos autorais cometidas por terceiros. Atualmente, o site que hospeda o conteúdo (como é o *YouTube* e outras redes sociais) não é responsabilizado pelas violações que seus usuários cometam, salvo se mediante pedido judicial de remoção do conteúdo não o façam. Elas podem remover o conteúdo do site, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis aquele que produziu o conteúdo, que responderá judicialmente. Mas com o art.13 da diretiva, as plataformas passam a ser responsáveis pelas violações de seus usuários. Como as empresas não poderiam arcar com tantos processos que surgissem, o formato da internet como se conhece hoje será comprometido.

A Diretiva dividiu opiniões: de um lado, entidades que representam criadores e artistas defendem que a nova lei traria mais segurança ao uso indevido⁷⁰; e de outro, setores defendem que a lei será muito restritiva e cerceará a liberdade de expressão e a criatividade na rede⁷¹. Em novembro de 2018 a CEO do YouTube Susan Wojcicki afirmou que sob os moldes que a diretiva assumiu seria impossível cumprir tais exigências, e que a mesma ameaça toda a economia própria da plataforma e os criadores de conteúdo do site⁷². Muitos *youtubers* se pronunciaram, inclusive brasileiros⁷³ esclarecendo como a proposta pode afetar a criação de conteúdo no YouTube e da própria manutenção dos produtores de conteúdo

⁷⁰ A União Brasileira de Compositores (UBC) por exemplo, se manifestou a favor da diretiva: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/10062> Acesso em 15 de agosto de 2018.

⁷¹ Jimmy Wales, criador da *Wikipedia*, por exemplo. O site da enciclopédia livre chegou a ficar bloqueado por alguns dias antes da apresentação da proposta em países como Espanha e Polônia como ato de protesto Disponível em: <https://tecnoblog.net/248010/projetos-copyright-uniao-europeia/> Acesso em: 15 de agosto de 2018.

⁷² Informação disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/internet/136179-ceo-youtube-diz-impossivel-cumprir-lei-europeia-direitos-autorais.htm>> Acesso em: 15 de agosto de 2018

⁷³ Alguns deles como *Felipe Neto*, Canal *Você Sbia?* e o Canal *Coisa de Nerd*.

Viu-se que o site possui uma política própria de direitos autorais, e que, em regra não proíbe o uso de materiais protegidos, como acontece nos casos de “uso justo” ou o caso que esteja dentro do que se considera uma limitação da LDA. O usuário que pretenda incluir material protegido por direitos autorais em um vídeo pode pedir permissão para fazê-lo. Mas o *YouTube* não pode conceder esses direitos e não pode ajudar criadores de conteúdo a encontrar e a entrar em contato com as partes que podem concedê-los. Há também, como já citado a possibilidade de usar músicas disponíveis na Biblioteca de áudio gratuita

O caso de outro site de *streaming* de vídeos que é bastante interessante em relação a sua política de direito autoral, adotou medida semelhante. O site *Twitch.tv* foi criado em 2011 como um *spin-off* da plataforma *Justin.tv*, com foco no *streaming* de *gameplay* e também competições de *e-sports*. O site ganhou notoriedade em 2013 e em 2014, quando foi comprado pela Google.

No momento das transmissões era comum os usuários utilizarem fundo musical. Entretanto, a partir de 2014, houve uma modificação no funcionamento da política de direitos autorais do site, quando as faixas de áudio que fossem protegidas por Direito de Autor começaram a ser retiradas. Todos os arquivos são verificados e caso alguma faixa protegida for encontrada, o trecho em que ela estiver sendo reproduzida será silenciado. O vídeo receberá uma notificação como “conteúdo sinalizado”, e o usuário será avisado porque o áudio foi cortado. O bloqueio não acontecia nas transmissões ao vivo, apenas naquelas que fossem gravadas.

Este sistema foi desenvolvido em parceria com a empresa *Audible Magic*, que trabalha com programas de reconhecimento automático de conteúdo. O reconhecimento é aplicado somente ao áudio. Diferente do que acontece no *YouTube*, o vídeo não será removido na totalidade, apenas o áudio será bloqueado.

Um “silêncio” de 30 minutos será aplicado a partir do momento da detecção. O sistema, aliás, faz um escaneamento e aplica o mudo em blocos de 30 minutos, o que significa que, por exemplo, 3 minutos de música “proibida” poderão resultar em um trecho mudo de 30 minutos no vídeo, mesmo que a maior parte deste bloco não tenha nada proibido, nenhum áudio não autorizado.

Se o vídeo tiver sido silenciado de forma que o usuário entender indevida ou abusiva, há a possibilidade de enviar uma contra-notificação em conformidade com as disposições do Digital Millennium Copyright Act (DMCA). A tecnologia é empregada por proprietários de direitos autorais que não sejam clientes da *Audible Magic*, que

precisarão apresentar uma notificação de infração ao *Twitch*, conforme os termos de serviço (BARROS, 2014).

Diante deste impasse, em 2015 a solução encontrada pela *Twitch tv* foi formar parcerias e licenciar músicas para disponibilizar aos seus usuários, para que eles utilizem em suas transmissões. Dentro de uma “biblioteca” disponível, a *Twitch Music Library*, o usuário escolhe a faixa que quer usar em seus vídeos gravados ou transmissões, e não precisa pagar nada por isso. Em 2015, existiam 500 músicas disponíveis na biblioteca musical do *Twitch*.

A solução encontrada pelo *Twitch Tv* não deixa de ser uma opção viável, sobretudo considerando que a plataforma é voltada para a transmissão de *streaming* de *gameplay*. Entretanto, como o usuário somente poderá escolher entre as músicas que estão disponíveis, inevitavelmente ocorrerá um certo “engessamento”, dependendo do tipo de conteúdo e formato que o usuário quer adotar, o que, para casos como o *YouTube*, que recebe uma infinidade de vídeos com conteúdo muito distintos, pode ser algo limitante para o criador de conteúdo, seja ele amador ou não.

Viu-se alguns casos em que aconteceram *strikes* em canais de usuários e a retirada de vídeos da plataforma em outros, muitas vezes em casos que estariam inseridos em hipóteses de uso justo ou em alguma limitação. Isso ocorre porque na retirada do material esses casos não são analisados em sua singularidade.

Para Valente e Francisco (2016, p. 373), o caso do canal *Nostalgia* é paradigmático, mesmo que se trate de produtos audiovisuais não apenas de *streaming* de músicas. Isso porque, ele demonstra como existe um “contexto de transição” na gestão coletiva de direitos autorais, que envolve a coexistência de dois modelos. Há o modelo “tradicional”, representado pelo Ecad e suas associações. Um modelo que já é bastante questionado por artistas e usuários, em função de seus critérios de arrecadação e distribuição, a falta de transparência a ausência de fiscalização destas instituições e de formação de cartel.

Do outro lado, observa-se o crescimento de um novo modelo de arrecadação, construído por novos agentes intermediadores da indústria da música. É o subsistema representado pelas plataformas digitais de distribuição e consumo de música. Esses atores, que possuem modelos de negócios diversos – rádios online, serviços de *streaming* interativo, agregadores e download pago – oferecem mecanismos de gestão coletiva diferentes daqueles do Ecad. Afirmam que a sua atividade é oferecer uma tecnologia que, ao mesmo tempo permita ao usuário escutar música de forma

distinta daquela em que estava acostumado, como também seria mais eficaz para administrar os direitos dos titulares (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.377).

Não necessariamente um modelo substituirá outro, eles podem coexistir e nos próximos anos que essa relação irá adquirir contornos mais robustos. O modelo digital oferece facilidades e ferramentas sofisticadas de proteção aos direitos autorais, como *Content ID* (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.376). Entretanto, existem alguns obstáculos na utilização do algoritmo, que já apresentados neste capítulo.

De qualquer forma, ainda existem alguns pontos que precisam ser esclarecidos em relação a esses “modelos digitais” de gestão de direitos autorais, para que estes não cometam os mesmos erros que os modelos tradicionais cometem:

Os sistemas de remuneração dos artistas não são tão transparentes quanto parecem. Poucas são as plataformas que revelam as fórmulas de distribuição dos valores arrecadados. Aquelas que o fazem – como o *Spotify*, por exemplo – deixam de informar dados essenciais para que cada artista consiga apurar, de forma independente, o quanto realmente deve receber. Na prática, ocorre que os sistemas das plataformas podem ser tão confusos quanto as regras de arrecadação e distribuição do ECAD (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.375).

A nova forma de intermediação levanta hipóteses de um processo de “desintermediação” tal qual se conhece, isto é, nos moldes tradicionais. Neste contexto, é possível reconhecer o *YouTube* e as *networks* (assim como as demais plataformas digitais de *streaming*) como os “novos intermediários” da indústria da música e do audiovisual.

De qualquer forma, se o Ecad for definitivamente afastado das operações no âmbito digital (o que, de acordo com as recentes decisões do STJ não aconteceu) o músico executante poderia acabar em uma situação onde suas fontes de renda ficam reduzidas, uma vez que este tipo de artista, é titular de direitos conexos e recebe exclusivamente dos recursos advindos da execução pública, além do cachê. Logo, corre-se o risco de essa categoria receber ainda menos.

Retomando o caso do *strike* do canal Nostalgia em decorrência de uso de materiais protegidos por Direito de Autor, mencionado nos itens anteriores, Valente e Francisco (2016, p.379) explicam que nesta situação observa-se um exemplo da degradação dos dispositivos de exceções e limitações aos Direitos de Autor. Não obstante, os sistemas de *Content ID* e *strikes* oferecidos pelo YouTube – bem como sistemas semelhantes apresentados por outras plataformas – são pensados e criados

nos moldes de uma legislação estrangeira, baseada no sistema *copyright*. Isto é, são “implantações de um regime de gestão de direitos baseado no Digital Millennium Copyright Act, dos EUA”. Em tese, não deveriam ser aplicados no Brasil, em função das diferenças entre os sistemas, mas acabam sendo aplicados nas plataformas digitais, o que relativiza a ideia de que esses serviços são realmente “globais”, quando, em verdade têm como base de funcionamento o regime jurídico de países bem específicos:

Tais estruturas privadas raramente observam exceções e limitações previstas na lei de direitos autorais brasileira e muitas vezes ignoram as alegações de que determinados usos bloqueados na plataforma estariam contemplados dentro do conceito de “uso justo”. Ainda que alguns serviços forneçam a possibilidade do contraditório – permitindo a defesa do usuário que teve seu conteúdo bloqueado – a resolução do conflito e a manutenção do conteúdo ficam à mercê da vontade do titular que se sentiu violado. Quando nos damos conta de que gestão coletiva no ambiente digital ainda é um cenário que apresenta baixo grau de judicialização, a resolução de conflitos encerrada ao âmbito privado faz com que a capacidade de desenhar um cenário que favoreça o interesse público fique reduzida, uma vez que posições de poder ficam ainda mais marcadas. (VALENTE; FRANCISCO, 2016, p.377)

Mas como identificar os casos em que seria possível falar em uso justo? Como garantir que, sob a proteção do Direito Autoral não se acabe tendo como efeito a limitação e cerceamento da liberdade de expressão na rede? Como assegurar que, a partir de uma reivindicação de Direito de Autor o proprietário não queria apenas retirar o conteúdo, pois está descontente com o uso do material, o que pode ocorrer em casos de críticas e paródias? Neste sentido, o próximo tópico busca discutir a possibilidade da aplicação da “Regra dos Três Passos” para analisar e resolver estes conflitos entre dois Direitos reconhecidos constitucionalmente: a liberdade de expressão e o Direito Autoral

Em função da proposta de categorias para os usuários feita no final do capítulo anterior, pensa-se que há uso justo no caso do uso de fonogramas nos *vlogs*, isto é, quando eles são inseridos em produções de vídeo de usuários e disponibilizados em seus canais do *YouTube* quando este usuário não monetiza seus vídeos, nem auferir lucro ou rentabilidade com sua atividade de *youtuber*. Entretanto, isso também precisa ser verificado em cada caso particular, pois há vezes em que o uso da obra é extremamente limitado, como por alguns segundos apenas.

4.7 A “regra dos três passos” (*three step test*) da Convenção de Berna como alternativa para dirimir conflitos entre liberdade de expressão e Direito Autoral

Se, por um lado as tecnologias digitais ampliaram a divulgação das obras artísticas e literárias, por outro lado, elas também criaram dificuldades para controlar seus usos, inclusive aqueles que geram prejuízos aos autores. Como forma de balancear o interesse coletivo, o acesso aos bens culturais e acadêmicos, existem situações em que a sociedade pode utilizar algumas obras sem ter que pedir autorização ou fornecer uma contrapartida. Essas limitações buscam impor maleabilidade aos limites ao Direito de Autor para que este consiga conciliar sua função econômica com a sua função social (SOUSA, 2013). Este tema já foi trazido neste trabalho anteriormente, quando se falou das limitações ao Direito de Autor previsto na LDA.

Uma das primeiras formas de dar aplicabilidade à harmonização dos interesses conflitantes se deu com o surgimento da “regra de três passos” (*three step test*), ainda em 1967 na Conferência de Estocolmo, que dispunha sobre o direito de reprodução. Mais tarde, em 1971 esta regra também foi ratificada pela Convenção de Berna, no artigo 9º, n. 22:

Fica reservado às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução de tais obras (obras literárias e artísticas protegidas pela Convenção de Berna) em determinados casos especiais, de tal modo que a reprodução não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

O Acordo TRIPS também a incorporou no artigo 13⁷⁴, que definiu três passos para a limitação da proteção do Direito de Autor. Ambos os tratados (a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS) foram ratificados pelo Brasil (WACHOWICZ; SILVA, 2017, p.6).

A regra dos três passos guia os legisladores e aplicadores do Direito com relação ao “direito de reprodução”. Em casos em que esses três passos estivessem presentes, poderiam ser detectados casos de limitação de Direito de Autor, que

⁷⁴ Art. 13: “Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”

seriam: 1) Aplicação em certos casos especiais; 2) A reprodução não pode prejudicar a exploração normal da obra; 3) A reprodução não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (WACHOWICZ; SILVA, 2017, p.6).

Na explicação de Abraão (2017, p.170) pode-se encontrar uma reflexão mais minuciosa sobre esses três requisitos:

a) que a reprodução em si não seja o objeto principal da obra nova, isto é, que a reprodução parcial, ou total, sirva apenas como referência ou exemplo, e não constitua a razão de ser da nova obra; b) que a reprodução em si não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, isto é, se alguém que deseje comprar um livro a respeito das obras de reconhecido artista plástico não deixe de comprá-lo para adquirir a de um crítico, que reproduz inúmeras telas daquele, amparado nessa exceção de ausência de prévia autorização, e ensejando uma espécie de desvio de clientela; c) que não cause, a obra nova, prejuízo injustificado aos autores, o que pode, como exemplo significar a hipótese em que o autor sobreviva regularmente de pequenos licenciamentos de suas obras, o que deverá ser comprovado e não simplesmente alegado, pelos meios admitidos em direito.

A primeira e mais importante convenção de Direitos Autorais foi assinada em Berna, no ano de 1886, impulsionada por importantes autores e associações da época, como a Associação Literária e Artística Internacional – Alai (*Association Litteraire et Artistique Internationale*) e da Sociedade dos Homens de Letras – SGDL (*Société des Gens de Lettres*). Quatro anos antes 1882 o poeta, novelista e dramaturgo francês Victor Hugo presidiu a primeira minuta do que seria a Convenção da União de Berna (CUB) em um congresso realizado em Roma naquele ano (SOUSA, 2013).

O Direito de Autor possui proteção em âmbito territorial, independente da nacionalidade do autor. Logo, ele depende de tratados e pactos internacionais para se estender e ter eficácia. A consequência disto, é que uma obra poderia ter proteção em um país, enquanto que em outro seria reproduzida livremente, sem qualquer penalidade ou embaraço. Com a Convenção, os autores conseguiram obter a proteção dos direitos de autor no território de todos os países signatários, o que não ocorria antes. (SOUSA, 2013, p.211)

A Convenção de Berna passou por uma série de revisões e aditamentos, dentre os quais destacam-se: Paris (4 de Maio de 1896), Berlim (13 de novembro de 1908), Berna (20 de março de 1914); foi revisada em Roma (2 de junho de 1928), Bruxelas (26 de junho de 1948), Estocolmo (14 de julho de 1967) e Paris (24 de julho de 1971); e emendada em 28 de setembro de 1979. Desde 1967 a Convenção é

administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que faz parte das Nações Unidas desde 1974 (SOUSA, 2013, p.211).

Atualmente ela está prevista no artigo 9.2 da Convenção de Berna (Revisão de Paris), no artigo 10º da TODA (WCT), no artigo 16, nº2 do TOEIF (WPPT), e por último Artigo 5 nº 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu de 22 de maio de 2001 (SOUSA, 2013, p. 211).

Embora o Brasil não seja signatário de todos os tratados acima citados ratificou a da Convenção de Berna e o acordo TRIPS. Antes da adoção da “Regra Três Passos”, os Estados-partes da Convenção de Berna adotavam várias limitações aos direitos autorais que muitas vezes, esvaziavam os direitos patrimoniais dos titulares de direitos autorais. A regra mostra-se eficiente e atual em termos de limitações de Direito de Autor (SOUSA, 2013, p.112).

Para Basso (2007, p.495) as limitações de Direito de Autor devem ser consideradas, primeiramente, à luz da Convenção de Berna de 1886, cujas regras ainda hoje servem de base para todas as limitações de propriedade intelectual:

Com o objetivo de que a aplicação da LDA não infrinja os direitos dos titulares de direitos autorais decorrentes dos tratados internacionais, preservando-se, pois, o equilíbrio sistêmico que visa ao estabelecimento de um regime que proteja, de um lado, os interesses materiais e morais dos titulares dos direitos autorais (com vistas a fomentar a produção intelectual e científica) e, do outro, os interesses do público de acesso a obras protegidas, o operador/intérprete do Direito deve, em conformidade com a Doutrina da interpretação Consistente, interpretar, observar e aplicar os dispositivos da LDA e da Constituição Federal, em consonância com o estabelecido nos tratados internacionais.

A Convenção é tão importante para o Direito Autoral porque o sistema de proteção de Direito de Autor que foi instituído pela mesma, foi influenciado pelo sistema *Droit d' auteur*, que por sua vez, possui seus fundamentos baseados no Direito Natural (BASSO, 2007, p.496).

A regra dos três passos é uma forma de realizar o “*fair use*” (uso justo) no âmbito das legislações signatárias da Convenção. Em verdade, a sua previsão no artigo 9º postula que os países são livres para legislarem sobre a permissão de reprodução das obras independente de autorização em certos casos. Logo, todo “uso livre de obra protegida” precisa atender aos três requisitos condicionantes da regra (ABRÃO, 2017, p.170).

Mas se a regra dos três passos já havia sido incorporada à Convenção de Berna em sua revisão em Estocolmo, porque ela foi incluída também ao acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio?

Inicialmente, com a Convenção de Berna, a regra seria aplicável apenas às limitações ao direito de reprodução. O Acordo TRIPS expandiu o escopo de aplicação da regra dos três passos para todas as limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais, ou seja, mesmo as limitações explicitamente arroladas na Convenção – as chamadas exceções *jure conventionium* – deverão ser avaliadas pelas lentes da regra antes de serem observadas no caso concreto (BASSO, 2007, p.499).

A LDA de 1998 é possuidora de um caráter restritivo na medida em que ela não incorporou elementos ratificados em convenções internacionais, como a Regra dos Três Passos, na contramão de vários países signatários da Convenção de Berna de 1886 que acolheram essa disposição, tornando ilegal no país ações como “(i) a gravação de um filme ou programa de televisão aberta; (ii) a cópia de uma música de um CD legalmente adquirido para um HD de um computador, iPod, MP3 ou outro suporte digital.” (WACHOWICZ, 2015b, p.552)

A busca por uma interpretação equilibrada da Regra dos Três Passos continuou ao longo do tempo, tanto que em 2008, na cidade de Munique foi publicada uma declaração sobre sua interpretação no Direito Autoral. Na declaração foram diferenciadas as funções da Regra nos âmbitos internacional e doméstico. No âmbito internacional ela delimita a autonomia estatal, quando da redação das exceções e limitações aos direitos de autor. No doméstico, ela auxilia a interpretação das normas nacionais e propõe uma interpretação equilibrada da Regra dos Três Passos, objetivando que as legislações internas não sejam indevidamente restringidas, nem que a introdução de exceções e limitações adequadamente equilibradas seja obstada (SOUSA, 2013, p.218).

A regra foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 75.699 de 1975 (que ratificou a Convenção de Berna) e pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994 (ratificou o Acordo TRIPS). Isto porque, no Direito brasileiro, uma vez ratificado um acordo ou um tratado, estes passam a integrar o ordenamento jurídico como leis ordinárias (SOUSA, 2013).

Considerando que em razão dos bens os quais o Direito Autoral protege, é necessário que existam algumas limitações para que essa proteção não se transforme

em constrição de acesso ao conhecimento, ao ensino, à informação e a os bens culturais. Logo, uma forma de equalizar direitos previstos constitucionalmente, como o acesso à informação, o ensino, os direitos culturais e a liberdade de expressão e criação⁷⁵, com o Direito de Autor, é exatamente a regra dos três passos. Ela seria, sobretudo no contexto digital e da convergência tecnológica, uma solução coerente para resolver conflitos de Direito de Autor e o acesso à informação, devendo ser interpretada, a priori, de forma restritiva e em favor do autor SOUSA, 2013, p.218-225).

Sousa (2013) e Basso (2007) de forma convergente entendem que a regra dos três passos foi incorporada no artigo 46, inciso VIII, da LDA, ainda que de forma implícita, que assim dispõe:

[...]
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 (BRASIL, 1998).

Mesmo sem haver um consenso sobre, se esta limitação se aplicaria somente a obras de arte plástica, a regra seria aplicada apenas em “certos casos especiais”, o que por si só, já limitaria as exceções do direito de reprodução. Seu uso deve ser interpretativamente limitado em seu escopo e alcance, de forma quantitativa e qualitativa, considerando além dos usuários que utilizarão a exceção, aqueles que, potencialmente, aproveitarão da limitação legal: “Contraria o aproveitamento normal, sim, quando a utilização for de tal amplitude que faça perder o interesse do público pela aquisição da obra.” (SOUSA, 2013, p.222)

Os “interesses legítimos” abrangem todos os interesses econômicos e não econômicos dos autores, por exemplo, o direito de publicar, ou não, a obra (Direito de

⁷⁵ Art. 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II. Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

Art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Inédito), de ligar o nome à obra (Direito de Paternidade) e de dar o nome à obra (Direito de nomeação). (SOUSA, 2013, p.222)

No ambiente digital e da internet o direito autoral passa a ter uma importância ainda maior. Isto porque o próprio funcionamento da rede mundial de computadores, e a forma como ocorre a transmissão de informação necessária para que uma pessoa acesse um site ou página precisa que a informação seja recebida, copiada (ainda que temporariamente), decodificada e exibida em seu computador. Se antes o direito autoral controlava somente o direito de copiar, agora ele passou a controlar também o acesso à informação, já que o usuário (ao menos em teoria), só poderia acessar qualquer website e reproduzi-lo em seu computador a partir da autorização expressa do autor (SOUSA, 2013, p. 225).

Para Basso (2007, p. 499) isso significa que todas as limitações patrimoniais de direito autoral contidas no Título III, Capítulo III da LDA terão que passar pelo crivo da regra dos três passos antes de sua aplicação. É como se ela fosse uma “diretriz” que deve ser empregada pelo intérprete/aplicador da LDA para a definição do escopo das limitações e sua aplicação, no caso concreto, a fim de não causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos titulares e autores, bem como não se infringir obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, cujo desrespeito poderia resultar em retaliações comerciais no âmbito do Sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O *fair-use* utilizado nos sistemas de *copyright* também reflete um conjunto de critérios para avaliar o equilíbrio entre os direitos dos titulares, com as necessidades e interesses do usuário, e é uma limitação de Direito de Autor que funciona de forma semelhante a regra dos três passos, como um teste para descobrir se o uso do material protegido por tais direitos configura ou não um ato de violação. O *unfair use* é o uso que fere os direitos de autor. Ele ocorre quando não podem ser verificados os três elementos da regra dos três passos. Deste modo, qualquer uso que venha a reduzir, de forma comprovada e considerável os benefícios financeiros que o titular do direito poderia “razoavelmente” obter sob circunstâncias comerciais normais seria, então, “injusto”, sem autorização (BASSO, 2007, p.502).

A abordagem da Regra dos Três Passos tem a vantagem de ser compatível com os tratados internacionais vigentes sobre a matéria e com os Direito de Autor e o uso da obra para fins transformativos ou ressignificativos (BASSO, 2017, p.502), como

ocorre com as obras da cibercultura e de suas manifestações, como já citado neste estudo.

No site do *YouTube*, por exemplo, a descrição do “uso justo” utilizada é baseada no modelo americano de *fair use*, onde um dos critérios mais importantes na análise é o aspecto “transformativo” da obra, isto é, se está sendo acrescentada uma contribuição, significado ou forma de expressão. Algo que é meramente uma cópia do original não se enquadra no uso justo.

Por fim, tem-se que toda vez que um dos *steps* da regra dos três passos for infringido, não se dirigindo o uso da obra para fins de interesse público, se estará diante de violação aos direitos fundamentais dos autores de auferirem benefícios a partir de seus trabalhos. (BASSO, 2007, p.502)

A regra prevista na Convenção de Berna atua de duas formas: ela serve como uma “diretriz”, uma “guia” a ser seguida nas legislações locais; mas traz também os requisitos que devem ser verificados para que o uso em questão seja enquadrado como um “uso aceitável” e não configure uma violação ao Direito de Autor.

A partir do que foi exposto a regra dos três passos, enquanto limitação de Direito de Autor, poderia ser uma ferramenta utilizada para dirimir conflitos de liberdade de expressão e direitos autorais, no caso de uso de obras pré-existentes para criação de obras novas.

Contudo, não se pode olvidar que podem ser levantados algumas dificuldades na aplicação desta regra, sobretudo no atual contexto. A começar pela dificuldade de identificar o que, em cada caso, se caracterizaria como “uso justo”, qual seria o entendimento aplicado ao quesito “não cause prejuízo injustificado ao autor”. Um exemplo para demonstrar a dificuldade em se analisar os casos a partir dessa ótica, são as paródias que cumulam mais visualizações e compartilhamentos nas plataformas de *streaming* do que as próprias obras originais. O humorista *Guri de Uruguaina*, por exemplo, em uma paródia da artista *Anitta* alcançou 395.406 visualizações e 10 mil likes. Ao invés de desprestigiar prejudicar a exploração comercial, as vezes as paródias podem servir de incentivo e divulgação para as obras originais. Ou seja, mesmo com possibilidades para o enfrentamento desses casos, ainda existem desafios encontrados para identificação desses do uso justo.

A relação existente entre os direitos autorais com o Direito à Cultura, a educação e a informação ocorre porque o direito autoral protege bens que são ferramentas importantes para o desenvolvimento econômico e social, seja impactando

no Produto Interno Bruto (PIB) ou no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Logo, existem mecanismos jurídicos para que ele atenda ao desenvolvimento e aos interesses coletivos e sociais no plano nacional e internacional, como as convenções e tratados. Essas disposições não mais conseguem atender de forma adequada os novos interesses sociais, demandando uma atualização jurídica desses institutos. Há que se questionar, se os institutos de balanceamento entre interesse público e privado que a LDA prevê, (como a dicotomia entre ideia e expressão, as limitações e a regra dos três passos) propostos na atual moldura do Direito Autoral na internet são suficientes para atender ao interesse social contemporâneo (NUNES, 2011, p.245).

Em verdade, quando se fala em tecnologias digitais e sobretudo, na rede de computadores, as normas jurídicas muitas vezes não são capazes de, por si só, regular as condutas dos sujeitos. As ações dos usuários são proibidas ou incentivadas não apenas pelas leis jurídicas, mas também sofrem influência de fatores como o mercado, as normas sociais e a arquitetura. Os algoritmos, o silenciamento do áudio quando verificado o uso de algum material protegido, por exemplo, estão presentes no código e na arquitetura da rede. Em função disto, o próximo tópico apresentará o modelo regulatório de Lessig (2006), visando fazer uma leitura mais contemporânea do direito autoral, bem como trazendo uma alternativa para este contexto.

4.8 O Direito Autoral no contexto da rede: a (in) suficiência das normas

Em meio a evolução das tecnologias, fala-se no surgimento de um “Direito da Tecnologia” que possa abarcar todas as complexidades e fenômenos que se apresentam em um ambiente altamente permeado pelas mesmas. Como pontua Lemos (2006, p. 8) é a partir das constatações de Lawrence Lessig, sobretudo em “*The code and the other laws of cyberspace*”, em que o jurista americano explica a síntese dessa conexão entre o Direito e a Internet por meio da máxima: “O código é a lei”.

O que Lessig (2006, p.6) quis mostrar é que nesta realidade, as “estruturas normativas compostas unicamente de linguagem de programação alcançavam importância muito maior que estruturas normativas tradicionais no âmbito da internet e da regulação tecnológica”. Neste sentido, o “código” refere-se ao conjunto da infraestrutura física (*hardware*) e lógica (*software*) que compõe a internet, cujas

próprias arquitetura e organização determinam as normas e como o ciberespaço vai funcionar.

O espaço real é regulado por meio de constituições, estatutos e outros códigos legais. Mas no ciberespaço é necessário entender como um outro “código” estabelece a regulação, isto é, como o *software* e o *hardware* (que compõem o “código” do ciberespaço) regulam o ciberespaço.

O autor entende que regulabilidade “é a capacidade de um governo para regular o comportamento dentro de seu próprio funcionamento”. Analisado no contexto da internet, a regulabilidade diz respeito à capacidade do governo de regular o comportamento de seus cidadãos enquanto estão na Internet. (LESSIG, 2006, p.6-24).

Portanto, a regulabilidade do ciberespaço depende da codificação deste. Algumas arquiteturas do ciberespaço são mais reguláveis do que outras e permitem um melhor controle. Assim, se uma parte do ciberespaço - ou a Internet em geral - pode ser regulada, depende da natureza de seu código. O ciberespaço pode ser regulado, mas isto depende muito de sua arquitetura. E a arquitetura original da Internet tornou a regulamentação extremamente difícil, entretanto é possível fazer com que essa arquitetura original mude (LESSIG, 2006, p. 24-32). O autor americano construiu um modelo de classificação para as fontes de regulação (LESSIG, 2006).

Porém, antes de compreender como ele funciona, é preciso esclarecer como são constituídos os sistemas de comunicação. Eles são compostos por três camadas: física, lógica e conteúdo. Na internet, assim como em outros sistemas, existem essas três camadas. A primeira camada é formada pela estrutura física da internet, composta pelo conjunto de computadores e pelos meios físicos que os interconectam, como fibras óticas, linhas telefônicas, ondas de rádio e etc. (LEMOS, 2006, p.16).

A estrutura lógica da internet (ou o código) constituem as linguagens que fazem com que as partes físicas possam comunicar-se entre si. Por exemplo, os programas de computador, os protocolos e linguagens compartilhadas entre eles (como o protocolo TCP/IP, base da internet). Também estão nesta camada os sistemas operacionais, como o sistema *Microsoft Windows* ou o *Linux* (LEMOS, 2006, Já a estrutura de conteúdo, por fim, é tudo aquilo que é transmitido sobre as camadas física e lógica, como um texto, um e-mail, uma música, um filme, uma mensagem, uma fotografia e etc. Os sistemas de comunicação da internet estão sujeitos à regimes de propriedade e de controle em todas as três camadas. Na primeira camada há a

propriedade dos instrumentos físicos (computadores, cabos, frequências do espectro eletromagnético). Da mesma forma, a camada lógica é produzida por empresas de *software* que detêm a sua propriedade (LEMOS, 2006, p.16).

Por fim, o conteúdo transmitido pela rede é em grande parte, controlado por regimes de propriedade, como os direitos autorais ou outras formas de proteção à propriedade intelectual. Aí também estão os contratos, os termos de uso e os “contratos por clique”, todos como instrumentos de controle do conteúdo que trafega na rede (LEMOS, 2006, p.17).

Entretanto, existem elementos nas três camadas da rede que não são controlados por uma pessoa ou entidade específica. São elementos chamados de “*commons*”, que não são propriedade de ninguém e que todos podem utilizar. O que define se um bem é comum de todos é a forma como uma sociedade opta por mantê-lo. Semelhante ao que se analisa como “bem público global”, são recursos que o seu uso por parte das pessoas não diminui o bem e nem exclui o uso do mesmo por parte de outras pessoas. Ou seja, são bens não-competitivos em função de sua natureza, as fórmulas matemáticas, as músicas, as obras literárias, os faróis marítimos e a iluminação pública. As obras literárias, as músicas e outras obras intelectuais são competitivas apenas na medida em que se materializam em um suporte físico. De outro modo, não são competitivas. O que define se um determinado bem é um *common*, mais do que a sua possibilidade de compartilhamento por todos, é o regime pelo qual uma determinada sociedade decide lidar com um determinado recurso (LEMOS, 2006, p.17).

Por vezes, a sociedade decide fazer com que uma parte desses bens “não-competitivos” não seja tratada como *commons*, por meio de artifícios que trazem uma “competitividade artificial”, como os Direitos Autorais, que garantem um monopólio sobre criações intelectuais durante um determinado tempo. Após isso, elas se tornam “*res commune*, como é de sua natureza, compondo então o domínio público” (LEMOS, 2005, p.18).

Esta discussão é de grande importância para o Direito e a tecnologia porque, na medida em que a propriedade sobre as camadas avança, a sociedade pode estar deixando de ter acesso ao elemento mais fundamental para seu desenvolvimento e inovação, isto é, os *commons* (LEMOS, 2005, p.98).

A temática de bens que podem ser utilizados pela sociedade e que possuem características de *commons* também foi analisada por Benkler (2006). Para

demonstrar a natureza econômica da informação. Ele utiliza como exemplo a produção de bens de consumo como carros. As fábricas produzem carros com o objetivo de serem vendidos e gerarem lucro, portando com uma finalidade comercial. Entretanto, com a informação isso não é uma regra, porque muitos produzem informação e softwares de forma independente.

O que acontece é que algumas das características da informação e da cultura as levam a serem concebidas como “bens públicos” ao contrário de bens puramente “privados”, isto porque a informação é um “bem não rival” .

Bens não-rivais são aqueles em que o uso por uma determinada pessoa ou grupo de pessoas não reduz a sua possibilidade ou disponibilidade para outras. Com efeito, esses bens possuem um “custo marginal zero”⁷⁶. No caso da informação, existem custos em relação à impressão de um livro ou jornal, mas o custo da produção da informação em si, é zero (BENKLER, 2006, p.35).

Para serem considerado bens públicos é necessário que estejam presentes duas características essenciais: o caráter público e a universalidade. O caráter público é constituído pela não rivalidade (já explicada) e a não exclusão, isto é, o uso de uma pessoa ou várias não exclui que outras possam utilizá-la. A universalidade significa que todos os povos, independente de qual lugar e geração possam utilizá-lo. Essa característica confere ao bem público propriedades em que os benéficos produzidos por eles sejam de toda a humanidade (KAUL; GRUNBERG; STERN, 2012, p.41). Ao que tudo indica informação e cultura reúnem as características de bens públicos globais, uma vez que são bens não-rivais e universais.

A informação, além disto, tem uma característica peculiar, pois ela é ao mesmo tempo, *input* e *output* do seu processo de produção. Isso significa que, para produzir um artigo científico, a pessoa precisa ter acesso a obras e fontes de informação para poder escrevê-lo (BENKLER, 2006, p.37). Da mesma forma, para escrever um livro, um roteiro ou uma música a pessoa que a escreveu precisa ter em seu imaginário, fontes de referência para construir. E este é um aspecto fundamental

⁷⁶ A questão do custo marginal, porém, precisa ser analisada também sob o aspecto do autor/criador/artista. Pois, em alguns casos o criador faz do processo criativo o seu labor, e é com seus frutos que ele se mantém economicamente. Por isso, para o autor, ele possui um custo de produção, além daquele como impressão, por exemplo.

para a compreensão tanto da função do Direito de Autor, bem como a sua interpretação sob as lentes da liberdade de expressão.

Voltando à análise da regulação desses *commnos*, se, no século IXX falava-se que o fator que ameaçava a liberdade era a própria lei, hoje ela deixou de ser o único fator que influencia na liberdade. Os fatores que ameaçam a liberdade na sociedade da informação, ao lado da lei, são as normas sociais e a arquitetura (ou o código, como Lessig) (LEMOS, 2006, p.21).

Na análise de Lessig (2006, p.67) a lei seria todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas. Já as normas sociais são os usos e costumes, ou também qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias. O mercado é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos. Por fim, por arquitetura, entende-se a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem. Esta última torna-se um fator regulador cada vez mais importante na sociedade da informação.

Se existe um comportamento relacionado com o uso de tecnologias, que o governo quer regulamentar, sem a possibilidade de fazer esta normatização diretamente, ele regula esse comportamento de forma indireta, estabelecendo critérios para o uso das tecnologias que afetam esse comportamento. Essas tecnologias reguladas, por sua vez, influenciam o comportamento, direcionando-o a tomar esta ou aquela forma. Deste modo o desenvolvimento de um código vai estabelecer a possibilidade ou não de determinada prática e de que forma ela pode acontecer (LESSIG, 2006).

Um exemplo de como pode haver a regulação por meio da arquitetura que produz efeitos independentes da lei com relação à tecnologia digital, são as possibilidades de proteção de DVDs. Um DVD vem hoje protegido pela mesma tecnologia empregada em sites bancários (a criptografia), para impedir que seja copiado ou até mesmo executado fora das áreas geográficas predeterminadas pela indústria cinematográfica em função da codificação por área dos aparelhos reprodutores. Assim, quem quiser copiar um determinado DVD para seu computador, ou executar um DVD adquirido em outra área geográfica não irá conseguir, independentemente do que a lei diz a respeito dos seus direitos de uso legítimo e de outras permissões ou licenças (LEMOS, 2006, p.25)

O código assume, no contexto do ciberespaço, uma postura com mais poderes de regulação do que a própria lei. Esse regulador pode ser uma ameaça significativa para as liberdades, porém é incapaz de entender como controlá-la. Esse regulamento é o “código”, as instruções embutidas no software ou no hardware que fazem do ciberespaço o que ele é. (LESSIG, 2006, p.21)

O modelo regulatório de Lessig (2006) é representado pela integração de quatro diferentes fatores que agem em conjunto: leis, normas sociais, mercado e arquitetura. Eles estão ligados e se combinam para produzir a regulação que o “ponto” (que pode ser entendido como o “tema específico”) está sujeito.

Ele dá como exemplo, o ato de fumar cigarros. As leis podem determinar a idade mínima que uma pessoa precisa para poder comprar cigarros, ou os locais em que ela está proibida de fumar. As normas sociais determinam quais são os ambientes e normas de conduta que o fumante deve obedecer, tais como não fumar em ambientes fechados ou próximo de crianças. O mercado consegue interferir no preço do produto e nas variedades comercializadas. E a arquitetura, por fim, determina o design do cigarro: seu tamanho, diâmetro, tipo de fumo e papel usado, quantidade de nicotina e outros (LESSIG, 2006, p.122).

Abaixo, está a figura que Lessig (2006) utiliza para representar como as diferentes forças (mercado, lei, arquitetura e normas sociais) agem exercendo pressão na conduta a ser regulada (representada pelo ponto):

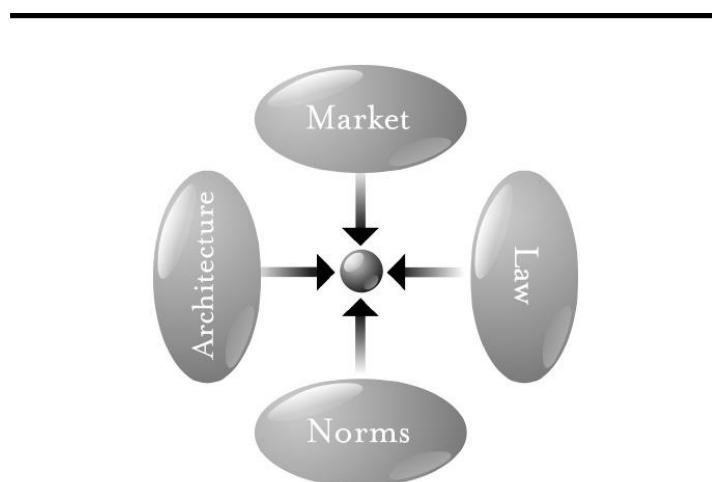


Figura 1: Representação do modelo regulatório de Lessig (2006, p.123)

A regulação de um comportamento (no exemplo do autor, o ato de fumar) é definida pelas restrições que cada oval exerce sobre o ponto (que representa o comportamento). Para coibir ou incentivar certos comportamentos, a alteração nas leis não é a única alternativa atualmente, pois a alteração no código pode atingir os mesmos objetivos.

Na propriedade intelectual, o papel desempenhado pelo código está promovendo adaptações (expansão e/ou redução da proteção) não previstas na lei de propriedade intelectual. O código pode e tende a se deslocar como a principal defesa da propriedade intelectual no ciberespaço. (LESSIG, 2006, p.175) Nos direitos autorais, por exemplo, a lei concede direitos exclusivos aos particulares, e esses direitos estão sujeitos a limitações importantes, como o “*fair use*” e a limitação temporal da proteção. A lei ameaçava punir os infratores das leis de direitos autorais e, com isso, conseguiu que uma proporção considerável de pessoas a cumprissem.

Os sistemas confiáveis (*trusted systems*⁷⁷) proporcionam aos autores o mesmo tipo de proteção, pois os autores podem restringir o uso não autorizado de seu material e ter lucro com a venda de acessos. Os sistemas confiáveis conseguem alcançar o objetivo da lei de direitos autorais, com a diferença de que conseguem a proteção sem considerar possíveis exageros da lei. Eles permitem um controle muito mais específico sobre o acesso e o uso de material protegido do que o permitido pela lei, e podem fazê-lo sem prescrição normativa. O que o Direito Autoral procura fazer usando o poder coercitivo das normas, os sistemas confiáveis fazem por meio do código (LESSIG, 2006, p.175).

Os direitos autorais ordenam que outras pessoas respeitem o detentor dos direitos autorais antes de usar sua propriedade. Já nos sistemas confiáveis estão embutidas as restrições de uso, e nenhum usuário (exceto *hackers*) tem a opção de não obedecê-los (LESSIG, 2006, p.175).

Sistemas confiáveis, neste sentido, são uma alternativa privada à Lei de Direitos Autorais. Eles não precisam ser exclusivos, pode-se usar tanto um quanto o

⁷⁷ São sistemas em que o *hardware* e *software* são levados a seguir certas regras - o direito de utilização, que decorre do code. Essas regras especificam o custo e uma série de termos e condições através das quais um trabalho digital possa ser visualizado e utilizado. Em teoria, um computador confiável, por exemplo, recusaria fazer cópias não-autorizadas, tocar música ou vídeo para um usuário que não pagou por isso (KAMINSKI, 2000).

outro. Mas o código pode fazer o trabalho para qual a lei criada para fazer. Ele pode implementar a proteção da lei, por meio de código, de uma forma muito mais eficaz (então pode conviver com lei). (LESSIG, 2006, p.180)

Um exemplo clássico desses limites e desta dimensão de uso público é o direito de “uso justo”. A pessoa pode usar material protegido por direitos autorais, independentemente da autorização do titular desses direitos do material. O usuário pode criticar um livro, utilizando trechos e os reproduzindo em sua obra para citar ou criticar. (LESSIG, 2006, p.186)

Em síntese, o estudo de Lessig (2006) foi paradigmático porque rompeu totalmente com a ideia de que a internet não poderia ser regulada em função de suas características, tais como a imaterialidade, o caráter global e a ineficácia dos institutos normativos tradicionais. Ele demonstrou, ao contrário, que as estruturas normativas tradicionais em conjunto com a arquitetura do código conseguem realizar uma regulação extremamente eficaz, e, mais do que isso, essas regulações tendem a se tornar cada vez mais rígidas, elevando a proteção a patamares antes inauditos. Com isso, se restringe o acesso aos *commons* e à informação na rede.

Em que pese existam limitações ao Direito de Autor previstas na LDA e em tratados internacionais, no caso da internet e das tecnologias digitais, as legislações não mais possuem o mesmo poder regulador de antes, dado que a regulação sofre a interferência de outros fatores: normas sociais, mercado e arquitetura (código).

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo desta dissertação, o objetivo foi apresentar alguns conceitos essenciais para o desenvolvimento da pesquisa, a começar pelo objeto e fundamento do Direito de Autor, passando pela tecnologia de *streaming* na internet e o surgimento dos *vlogs* no *YouTube*.

Destacou-se que o Direito Autoral é o ramo da Propriedade Intelectual (ou Direitos Intelectuais⁷⁸) que cuida da proteção e da tutela das criações do intelecto humano de natureza científica, artística e literária. Como se sabe, o Brasil filiou-se ao sistema de Direito Autoral europeu continental, isto é, o sistema que se desenvolveu na França no contexto pós-revolução de 1789, razão pela qual reconhece o caráter dúplice dos direitos autorais: direitos morais e patrimoniais.

O fundamento do Direito Autoral nasceu de uma concepção jusnaturalista, na qual era concebido como um direito natural, passando a uma concepção mais utilitarista, na qual reconhece o Direito Moral e concede um monopólio para exploração econômica (Direito Patrimonial) para os criadores por um determinado lapso temporal, que funcionaria como estímulo a novas criações intelectuais beneficiando, com isso, toda a sociedade.

Ainda no primeiro capítulo, contextualizou-se a tecnologia de *streaming* em seu surgimento e conceito. Diferentemente dos *downloads* comuns, em que o usuário precisa salvar o arquivo em algum dispositivo de armazenamento, trata-se de uma tecnologia que consiste na distribuição online de dados, por meio de pacotes. O *streaming* não precisa que o arquivo fique salvo na máquina ou em outro suporte para ser executado, pois este é reproduzido na medida em que o usuário recebe os dados. O *streaming* de música se tornou popular em plataformas como *Spotify*, *AppleMusic*, *Play Music*, *Deezer* e *Napster*. Já o *Streaming* de séries e filmes se tornou popular em

⁷⁸ Alguns autores como Ascensão (1999) e Adolfo (2006) explicam que a nomenclatura “Propriedade Intelectual” talvez não seja mais adequada para se referir a este ramo do Direito, por uma série de motivos. O primeiro deles é porque se ressalta muito mais o aspecto patrimonial destes direitos em detrimento do aspecto público que lhes são inerentes. Não obstante, essa associação pode levar a conclusão de que todos os direitos frutos da criação do intelecto humano são “propriedade”. Com efeito, mais apropriada e condizente com seu objeto seria a expressão “Direitos Intelectuais”.

plataformas, como *Netflix*. Logo, uma das primeiras constatações é a de que a música deixa de ser uma “propriedade” para se tornar um “acesso”.

Viu-se que o *streaming* se divide em duas modalidades principalmente: *streaming* interativo (*webcast on-demand*) e *streaming* não interativo (*simulcasting*). Mas há também as modalidades de *live broadcasting*, que são as transmissões ao vivo, populares em redes sociais e em sites de *streaming* de vídeos como o *YouTube*. Aliás, a plataforma de vídeos do *YouTube* possui papel central neste estudo, porque o *YouTube* é o modelo de *streaming* gratuito mais popular da atualidade sendo uma plataforma interativa de serviços de *streaming* bastante *sui generis*, como foi possível demonstrar. Em primeiro lugar, por ser majoritariamente gratuita e, em segundo lugar, o *YouTube* é baseado em vídeos e não somente áudio, embora em muitos casos o vídeo em questão consista apenas em uma imagem que dá suporte a um áudio. O *YouTube* se tornou muito além de uma plataforma de *streaming* de vídeos (embora para alguns usuários ainda seja). Ele se transformou em um empreendimento e foi adquirindo contornos de redes sociais. Uma plataforma que foi concebida para atuar como distribuição de conteúdo amador, baseado no conteúdo gerado pelo usuário (*user generated content*, ou UGC).

As maiores controvérsias sobre o *streaming* de músicas no Brasil giraram em torno de três questões: se o *streaming* estaria sujeito ao regime da gestão coletiva de direitos autorais; se ele se enquadraria no conceito de execução pública e, se o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) seria o órgão competente para realizar a arrecadação e repasse dos direitos autorais aos artistas e demais titulares.

A gestão coletiva de direitos autorais nasceu como alternativa para o mundo no contexto da globalização, em que as obras são executadas em vários lugares ao redor do mundo, de maneira que é impossível para cada artista e titular fazer a cobrança dos valores referentes aos direitos autorais de forma individual. Para tanto, na metade do século passado começaram a surgir organizações para o exercício de direitos autorais e de direitos conexos, no interesse e em nome dos proprietários de direitos. São organizações que atuam na condição de “mandatários” dos titulares de direitos autorais, exercendo funções como arrecadar, distribuir e administrar esses direitos. Embora este modelo de gestão seja necessário em alguns casos, ele não está isento de críticas. Uma delas é a de que a gestão coletiva “distorceu” o Direito de Autor, transformando um direito que ‘poderia’ ser exercido por mandatários, em um direito que, atualmente ‘só é exercido por mandatários’.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual elenca três tipos de modelos de gestão coletiva de direitos autorais, a depender da categoria dos trabalhos envolvidos (música, obras de dramaturgia, multimídia): o modelo “tradicional”, o modelo “*one-stop-shops*”, e o modelo “*Rights clearance centers*”. No caso brasileiro então, a gestão coletiva esbarra em outros problemas. O Ecad é a única entidade responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais pela execução pública das obras, algo que é questionável do ponto de vista antitruste, uma vez que os titulares têm apenas a opção de aderirem a uma única entidade. Em outros países, como EUA por exemplo, existe mais de uma entidade exercendo essas funções, de maneira que cabe ao titular escolher a qual vai se filiar.

Verificou-se que o Ecad é formado por sete associações e concentra a atividade de gestão, de maneira que os titulares precisam se filiar a uma destas associações se quiserem receber os repasses. A Constituição de 1988 estabeleceu a liberdade de associação, ocorre que, a associação neste caso acaba se tornando compulsória na prática. Cabe mencionar ainda, que o Ecad é constantemente alvo de críticas pela falta de transparência nos repasses e pela sua forma de sua atuação.

No segundo capítulo, os objetivos consistiam em compreender os conceitos de execução pública de fonogramas, o direito à comunicação pública e o *making available*, bem como de analisar os três casos paradigmáticos sobre a temática, sobretudo o caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça e resultou na mais recente decisão sobre o tema.

Até pouco tempo atrás, discutia-se se o *streaming* de músicas na internet caracterizaria execução pública, nos moldes da LDA, e portanto, estaria sujeito a gestão coletiva de direitos autorais e conseqüente arrecadação e distribuição por meio do Ecad. A resposta para estas questões, veio em janeiro de 2017, com uma decisão do STJ, quando o Tribunal decidiu que o *streaming* se trata de execução pública, estando portanto, sujeito à gestão coletiva de direitos autorais e recolhimento pelo Ecad. A resposta veio nos autos do caso *Ecad vs Oi Telefonía*. O caso em questão vinha sendo discutido nos tribunais desde 2009, ajuizado no TJ-RJ pelo próprio Ecad, demandando a cobrança dos valores referentes à execução de obras musicais na extinta *Rádio Oi*, site de *streaming* na modalidade *simulcasting*, isto é, não interativo. Neste caso, o Ecad cobrava a arrecadação dos direitos autorais pela retransmissão da programação. A decisão proferida no Recurso Especial em fevereiro de 2017 também vai na contramão das decisões anteriores, modificando o entendimento

jurisprudencial que havia sobre a matéria, proferidas na primeira instância e no segundo grau, na fase recursal.

Embora muitos pesquisadores entendem que o *streaming* de músicas em aplicativos não se enquadra nos elementos e requisitos da execução pública tal como a LDA prevê, este não foi entendimento proferido pelo STJ. Em síntese, os votos vencedores no julgamento decidiram que a transmissão via *streaming*, seja ela de qualquer natureza (interativa ou não interativa, *webcast* ou *simulcast*, respectivamente) é uma execução pública, sendo portando, fato gerador para arrecadação do Ecad.

A decisão em verdade, nem tanto se baseia no fato de se considerar o ambiente digital como “local de frequência coletiva” (requisito essencial para se caracterizar a execução pública), mesmo utilizando *logins* e senhas que são pessoais e intransferíveis. Mas, sim, que a partir da LDA, é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local de frequência coletiva. O que a decisão levou em consideração foi que na utilização da tecnologia *streaming*, há a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Portanto, nesta lógica, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de um número indeterminado de pessoas.

Não obstante, quanto a duplicidade da cobrança no caso *Ecad vs Oi Telefonía*, uma vez que a *Oi* já realizava os recolhimentos em função da rádio que não era transmitida pela internet, a decisão foi a de que não *há bis in idem* na cobrança. Isto porque os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo Ecad.

Em função das características do *streaming*, ele estaria mais afinado com o “*making available*”, ou, o direito de tornar disponível a obra ao público. Este direito surge em 1996, introduzido pela OMPI, com a aprovação dos tratados WCT – WIPO *Copyright Treaty* (Direitos Autorais) e o WPPT – WIPO *Performances and Phonograms Treaty* (Direitos Conexos). O “*making available*” refere-se ao direito de autorizar a disponibilização para o público, por qualquer meio, de um fonograma de modo que o ouvinte possa acessá-lo no local e no momento que escolher. Embora o

Brasil seja signatário do tratado mencionado, entende-se que este direito foi incorporado, ainda que de forma implícita no art. 29, inciso VII, da LDA de 1999.

Fez-se ainda no segundo capítulo, a crítica desta decisão do STJ, apontada pela academia, principalmente no que diz respeito à caracterização da execução pública. As críticas voltam-se para o reconhecimento do ciberespaço como local de frequência coletiva, uma ampliação do alcance do §3º, do art. 68 da LDA. Não obstante, isso não seria suficiente para fundamentar a decisão de enquadrar os serviços *de streaming* interativo como execução pública, porque a transmissão nesses casos, terá caráter privado, individual e pessoal. Pensando em uma situação concreta, se estaria dando o mesmo enquadramento a quem escuta músicas em sua residência ou em fones de ouvido, sozinho; e alguém que faz a sonorização de uma festa.

Sem perder de vista que este trabalho trata sobre o uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*, viu-se também como funciona o sistema de arrecadação e distribuição do Ecad, que é por meio de rubricas. As rubricas para serviços digitais de *streaming* foram criadas em 2010, momento em que os *vlogs* ainda não tinham a popularidade e alcance de hoje. Logo de início, é possível perceber que passados quase 10 anos, algumas atualizações se fazem necessárias. Não apenas no sistema de rubrica, mas na própria forma como o sistema de remuneração dos autores funciona.

Um fato que evidencia a necessidade de atualização do sistema é a criação das *multi-channel networks* (MCN) que funcionam como agregadoras de conteúdo e administradoras de canais no *YouTube*. Estas empresas surgem para atender a uma nova demanda no mundo das mídias digitais e de um novo mercado de produção de conteúdo que não é totalmente amador, mas também é independente das grandes indústrias do entretenimento e da mídia de massa. As MCN adquirem grande importância neste cenário, pois realizam atividades como intermediar relações, melhorando a capacidade de monetização do vídeo, oferecendo ferramentas *analytics* e de estatísticas. Na seara do Direito Autoral elas firmam contratos com gravadoras e editoras, ou com bancos de música pagos, além possuírem banco de músicas à disposição do *youtuber*.

Em 2016 houve a discussão sobre a execução pública no caso dos vídeos hospedados no *YouTube*, o que ensejou uma ação judicial movida pela *Google* contra o Ecad e a UBEM (União Brasileira de Editoras de Música). A ação julgada antes da decisão proferida pelo STJ e STF no caso Ecad vs *Oi Telefonía* definiu que apenas

há a necessidade de recolhimento pela execução pública via Ecad nas transmissões ao vivo (*live streaming*) na plataforma.

Observa-se que os julgados foram incongruentes em suas conclusões, pois o *YouTube* é uma plataforma de *streaming* de vídeos, que funciona predominantemente de forma interativa, (salvo os casos de *live streaming*) e é gratuita (salvo a versão paga). O conteúdo disponibilizado é produzido pelo usuário, que pode ser qualquer pessoa física, amadora ou profissional, ou também empresas, instituições, veículos de comunicação e gravadoras, sejam *majors* ou independentes. Para ter acesso aos vídeos não é necessário utilizar *logins* e senhas pessoais (salvo vídeos com restrição de idade). É um endereço eletrônico acessível a qualquer um dentro do ciberespaço, acessado por milhões de pessoas.

De outro lado, estão os serviços especializados em *streaming* de músicas (sejam interativos ou não): eles podem ser gratuitos ou pagos para ter acesso à recursos adicionais e melhor qualidade de áudio; o conteúdo (fonogramas dos artistas) é disponibilizado pelas editoras musicais, com autorização dos autores, uma vez que as plataformas são empresas de tecnologia (elas não negociam diretamente com os autores e, sim, com quem os representa). Não obstante, mesmo nas versões gratuitas é preciso que exista a identificação do usuário, com login e senhas pessoais e intransferíveis.

Em tese, ambas as plataformas visam o mesmo ambiente de uso: o particular e privado, isto é, a pessoa que assiste os vídeos ou escuta a música em seus dispositivos pessoais, sem o objetivo de sonorizar um ambiente com circulação de pessoas indeterminadas, nos moldes da execução pública. Entretanto, sabe-se que é difícil garantir que, na prática o uso seja respeitado em todos os casos, pois é comum encontrar ambientes como academias, bares e consultórios que utilizam o *YouTube* para sonorização do ambiente.

Partindo do entendimento que vem sendo construído na matéria mais recente sobre o tema no STJ e considerando que o conteúdo que é postado no *YouTube* é heterogêneo, isto é, existem produtores de conteúdo que são “amadores” ou “profissionais” (remunerados, que monetizam e que fazem publicidade), bem como da indústria midiática (compreendendo-se aqui canais oficiais de artistas, gravadoras e canais *Vevo*) que funcionam como meios de disponibilização das obras.

Logo, pode-se cogitar duas respostas para o enquadramento legal em relação ao uso de fonogramas no *YouTube*: (i) configuraria disponibilização de fonogramas

no caso dos fonogramas disponibilizados ao público por meio dos canais de divulgação oficiais dos artistas e gravadoras, produtoras de shows e eventos; e (ii) haveria a inclusão em produção audiovisual no caso do uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube*. Neste último caso, nem mesmo compete ao Ecad a sua arrecadação bem como fazer o licenciamento das obras.

O problema de pesquisa apresentado, consistia em verificar se enquadrar os *vlogs* do *YouTube* como execução pública, no caso do uso de fonogramas protegidos pelo Direito de Autor, restringiria a liberdade de expressão neste meio em função dos encargos gerados. Em razão da complexidade e contemporaneidade, o estudo levou à possibilidade de mais de uma resposta ao problema, indo além de simplesmente aceitar ou rejeitar a hipótese inicial. Portanto, a conclusão não é simples, tampouco é a mesma para diferentes situações.

Quando se considera o *YouTube* objeto de análise é preciso observar se tratar de um objeto dinâmico e que não é, definitivamente, homogêneo em seus conteúdos e nem na forma de uso pelos usuários. Levando em conta a complexidades e a heterogeneidade entre as formas de uso e de produtores de conteúdo que utilizam a plataforma do *YouTube*, este estudo apresentou uma proposta de categorias para classificar os usuários finais e os produtores de conteúdo da plataforma, no que diz respeito ao uso de fonogramas nos *vlogs* do *YouTube* e da sua disponibilização na plataforma.

Essas duas categorias “usuários produtores de conteúdo” e os “usuários finais” se dividem em três e duas subcategorias, respectivamente. Em relação aos usuários produtores de conteúdo, pode-se estar diante de canais oficiais de artistas, editoras e gravadoras, sendo esta a primeira subcategoria. Aplicando-se os moldes da decisão do STJ, tratar-se-ia de disponibilização de obra musical ao público. De acordo com o entendimento do Tribunal a execução pública está inserida nos direitos de disponibilização de obra ao público, configurando, portanto, a execução pública de fonogramas passível de cobrança por meio do Ecad.

Na segunda subcategoria, se está diante da situação do uso de fonogramas por parte de “canais *vlogs* de influenciadores e *youtubers* profissionais”. Neste caso, a utilização de fonogramas nas produções destes canais caracteriza o direito de inclusão de fonogramas em obras audiovisuais. Mas essa forma de uso não se sujeita ao licenciamento por meio do Ecad, uma vez que a competência para administração desses direitos é da editora e da gravadora, ou do próprio artista caso ele não possua

contrato com nenhuma dessas intermediadoras, como é o caso dos artistas independentes. Os artistas e titulares de direitos autorais de um determinado fonograma não estão desamparados no que diz respeito à remuneração. Toda vez que um *vlog* utiliza um fonograma, caso o vídeo esteja sendo monetizado na plataforma, os titulares dos direitos autorais compartilham das receitas geradas pelo vídeo por meio do *Google AdSense*, plataforma de publicidade responsável também pelos pagamentos das receitas dos vídeos aos *youtubers*.

Ainda assim, é importante ter em mente que algumas inserções de fonogramas em *vlogs* são de uma parcela reduzidíssima da obra, como alguns segundos ou em uma vinheta. Neste caso, também precisa haver uma ponderação sobre a necessidade de pagamento, como nos casos em que o uso do fonograma seja tão ínfimo que não cause prejuízo aos titulares. É um caso diferente se o fonograma assume um papel de destaque, na produção audiovisual, remetendo ao conteúdo. Mas em qualquer que seja o uso, mesmo que com um tempo ínfimo, é necessário indicar o título e a autoria da obra, como por exemplo, na descrição do vídeo, uma vez que o aspecto moral do Direito de Autor não pode ser preterido nem afastado em qualquer hipótese. Há ainda a possibilidade das MCN's atuarem como "intermediadoras" nas negociações como vem ocorrendo.

Por fim, a última subcategoria refere-se aos "canais *vlogs* amadores", que são aqueles que produzem conteúdo sem a pretensão de transformar a plataforma em negócio, isto é, sem remuneração de patrocínio e não monetiza seus vídeos. Trata-se do usuário que possui um canal apenas para se expressar, compartilhar opiniões e conhecimentos, manter um diário pessoal e (re)construir sua imagem nas redes sociais (usuário verdadeiramente amador). Considerando essas características e especificidades deste tipo de usuário, verifica-se a necessidade de adoção de políticas de direitos autorais mais flexíveis e tolerantes em relação ao uso de fonogramas nos *vlogs* pelos mesmos.

A segunda categoria é em relação ao "usuário final". Neste sentido, a proposta deste trabalho é a criação de uma diferenciação entre a finalidade do uso da plataforma feito pelos usuários. Ela se subdivide entre as subcategorias "uso privado" e o "uso corporativo". No primeiro caso, estão as pessoas que utilizam a plataforma para ouvirem músicas ou assistirem vídeos em ambientes residenciais, particulares e privados, em seus computadores pessoais, smartphones ou outros dispositivos. Não é adequado cobrar destes usuários, valores referentes às execuções particulares

domésticas. O *YouTube* é uma plataforma gratuita desde seu surgimento. Por óbvio, os valores pagos por *stream* na plataforma vão ser inferiores às demais especializadas nos serviços de *streaming* de músicas, até porque esta é a finalidade delas. O que não significa que os artistas não devam ser remunerados pela plataforma pelos fonogramas que estão disponíveis e são executados por meio dela.

Já o “uso corporativo” é uma proposta para atender uma finalidade que está sendo observada em muitos casos, que é o uso da plataforma do *YouTube* para fazer a sonorização de ambientes com grande circulação de pessoas. Ou seja, trata-se de locais de “frequência coletiva” estabelecidos na LDA. Neste caso, poderia ser viável a cobrança de um valor, uma vez que a finalidade de uso é a sonorização de ambientes em que há circulação de pessoas, desde que estabelecidos critérios razoáveis para pagamento e de remuneração, tendo o cuidado de não se onerar excessivamente este usuário.

É possível sim, e também muito necessário discutir a adequação da remuneração dos titulares e artistas pois foram apontadas evidências de que o sistema de remuneração acaba sendo muitas vezes injusto com os artistas, privilegiando as empresas.

No terceiro e último capítulo, este trabalho ingressou na seara da discussão e os possíveis embates entre a proteção do Direito de Autor e a Liberdade de Expressão. Neste sentido, tem-se que a informação é, ao mesmo tempo, o *input* e o *output* do processo criativo, de modo que os direitos de propriedade intelectual como um todo, e também os direitos autorais devem ser um estímulo ao desenvolvimento científico e artístico não ocasionando um “efeito rebote” e criando entraves para este desenvolvimento.

Este estudo também buscou evidenciar as transformações advindas das novas tecnologias no ambiente da internet e seus impactos no Direito de Autor. A internet modificou de forma profunda a maneira de relacionamento entre as pessoas e destas com os conteúdos de mídia. As plataformas digitais possibilitaram o desenvolvimento de uma interatividade que não era possível com as antigas mídias de massa, passivas e de interatividade meramente reativa.

A “cultura da convergência” desencadeada pela convergência de mídias e de tecnologias possibilitou o surgimento de uma “cultura participativa”, na qual os limites entre os consumidores e produtores de conteúdo não são posições fixas, dando surgimento a uma classe de *prosumers*, um híbrido dos anteriores. Os sujeitos

passaram a reivindicar a possibilidade de participar de forma ativa na construção da cultura e dos conteúdos que os cercam.

Neste contexto surgem várias manifestações da cultura participativa, tais como as *fanfics*, os memes, a *fan-art*, e os *remixes*. A arte e cultura na era do *sampling* acompanham as características do hipertexto e do rizoma, assim como os processos de construção de cultura. Fala-se inclusive, em uma transformação na concepção da autoria, da visão de “gênio criador” à autoria marcada pelos processos coletivos e de colaboração na rede. Contudo, mesmo que se fale em uma transformação nesta concepção de autoria, sabe-se que o reconhecimento dos direitos autorais devem ser identificados e preservados. Especialmente no âmbito da esfera moral que são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

De qualquer forma, buscou-se demonstrar que o sujeito possui o direito de participar ativamente da construção desta cultura que emerge e adquire grande relevância na contemporaneidade. Trata-se, em último fim, do sujeito participar da atividade de (re) construção e (re) significação do “caldo cultural” que une os sujeitos.

Os *vlogs* do *YouTube* também são fruto desta cultura participativa, sendo que se apresentam como uma forma de expressão do sujeito nas mídias digitais. Muitos *youtubers* que produzem conteúdos com o objetivo de enriquecer esse produto audiovisual utilizam obras musicais no formato de fonogramas. Atentando-se para esta constatação, buscou-se verificar por meio do problema de pesquisa, se este uso se trata de execução pública, bem como quais seriam as implicações deste reconhecimento no Direito de Autor e seus limites frente à liberdade de expressão. Considerando que, a matéria ainda é incipiente, buscou-se realizar um cotejo com as decisões consolidadas em temática correlata, a de *streaming* de fonogramas em aplicativos.

Entretanto, as legislações de Direito de Autor e suas atualizações caminham na contramão do movimento de cultura participativa. Observa-se ao redor do mundo um recrudescimento das normas de propriedade intelectual e de direitos autorais. A começar pelo *Sony Bono Act (Copyright Term Extension Act)* e o *DCMA (Digital Millenium Copyright Act)* nos EUA em 1998 e mais recentemente, com a diretiva da União Europeia de Direitos Autorais de 2018. A extensão dos prazos de proteção e a restrição cada vez maior ao uso de obras protegidas pelo direito de autor podem produzir um efeito redutor do escopo das limitações do Direito de Autor e da aplicação

do *fair use* (nos sistemas que o adotam). Ademais, essas legislações acabam servindo de inspiração para a atualização das demais ao redor do globo.

Por falar em limitações ao direito de autor, esta questão também foi abordada no terceiro capítulo. Nos sistemas de Direito de Autor europeu-continental, diferentemente do que ocorre nos sistemas anglo-saxão, não existe a previsão de *fair use* (uso justo, uso aceitável), de maneira que as limitações ao Direito de Autor funcionam com o objetivo de prever as situações em que o interesse público deve prevalecer em relação ao interesse privado e patrimonial do autor.

Mas como identificar os casos de usos de fonogramas em que seria possível falar em uma limitação ao Direito de Autor ou de uso justo? Na tentativa de responder esta questão discutiu-se a possibilidade de utilização da “Regra dos Três Passos” para analisar maneiras de resolver esses impasses, sem limitar a liberdade de expressão.

Esta regra prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS atua de duas formas: ela serve como uma “diretriz”, uma “guia” a ser seguida nas legislações locais; mas traz também os requisitos que devem ser verificados para que o uso em questão seja enquadrado como “uso aceitável” e não configure uma violação ao Direito de Autor. O aplicador deverá analisar em cada caso se estão presentes os três requisitos: dever ser aplicada em certos casos especiais; a reprodução não pode prejudicar a exploração normal da obra; e por fim, se a reprodução não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Portanto, a partir do que foi exposto, pensa-se que a regra dos três passos, enquanto limitação de Direito de Autor, pode ser uma ferramenta utilizada para dirimir conflitos de liberdade de expressão e direitos autorais, no caso de uso de obras pré-existentes para criação de obras novas.

Entretanto, há que se considerar que quando se fala em tecnologias digitais e sobretudo, na internet, as normas jurídicas muitas vezes não são capazes de, por si só, regular as condutas dos sujeitos. As ações dos usuários são proibidas ou incentivadas não apenas pelas leis jurídicas, mas também sofrem influência de fatores como o mercado, as normas sociais e a arquitetura.

Neste contexto, o trabalho buscou se amparar nas construções de Lessig para fazer então o seu desfecho, fazendo a convergência entre a normatividade do Direito e a sua capacidade de regulação, que acaba sendo neste contexto, mitigada face à arquitetura (código) das tecnologias e da rede.

No modelo regulatório de Lessig, quatro elementos (mercado, normas sociais, arquitetura e lei) confluem para regular uma conduta. O que é permitido ou não fazer,

dentro de um sistema de comunicação, é determinado pela arquitetura da própria rede e tecnologia. Por exemplo, se o áudio de um vídeo será silenciado, se um conteúdo será “bloqueado” em função da identificação de uma correspondência que sugere o uso de material protegido; ou ainda, o bloqueio de materiais a partir de uma reivindicação feita por ferramentas disponíveis no site, ou de outra forma. Assim sendo, pouco adianta que existirem normas que estabeleçam limites ao direito patrimonial e exclusivo de autor em função do direito à liberdade de expressão e ao acesso à informação, se ao código é inerente que a proteção deve ser aplicada em grau máximo, de forma extremamente restritiva.

Verifica-se a partir do que foi exposto, que mesmo que existam limitações ao Direito de Autor previstas na LDA e em tratados internacionais, que a “regra dos três passos” seja uma alternativa e uma ferramenta que pode ser utilizada para suprir a falta do *fair use*, e para auxiliar no equilíbrio entre o interesse público (acesso à informação e liberdade de expressão) e a proteção pelo Direito de Autor, no caso da internet e das tecnologias digitais, as legislações não mais possuem o mesmo poder regulador de antes.

Verificou-se também, se a política de Direitos Autorais da plataforma em razão de seu funcionamento poderia prejudicar a liberdade de expressão. Para tanto, viu-se como funciona a política de Direitos Autorais do site *YouTube* e quais são as ferramentas disponibilizadas pelo site para coibir violações de Direito de Autor. Uma delas em especial, foi analisada neste estudo: o *Content ID*. O algoritmo que identifica de forma automática as correspondências nos vídeos upados com materiais protegidos por direito de autor é uma alternativa que está sendo estudada para implantação em outras plataformas.

Porém, verifica-se que existem problemas na sua aplicação prática, pois existem relatos de usos abusivos do *Content ID*, bem como de falhas em que a ferramenta identifica violações, que de fato, não ocorrem. Enquanto isso, esse algoritmo pode ser burlado por meio de recursos como espelhamento da imagem ou reduzindo a mesma a uma pequena janela sobre um plano de fundo qualquer. Assim episódios e filmes inteiros são disponibilizados, estes sim, de forma indevida. Esta falibilidade aponta que se pode abrir espaço para a ocorrência de conflitos entre liberdade de expressão e de direitos autorais. O *Content ID* não analisa a possibilidade de uso aceitável, ou limitações de direito autoral, apesar de isto estar descrito nas diretrizes de direitos autorais do site, uma vez que os algoritmos trabalham com

soluções lógicas para problemas idênticos, o que se tem é a aplicação de uma solução única para todos os casos, isto é, o bloqueio do vídeo (ou até mesmo, a conta do usuário caso reivindicações de direitos autorais ocorram repetidamente) ou do áudio.

Casos como citações, paráfrases e reproduções que não prejudiquem a obra ou o autor não podem ser objeto de veto, sob pena de obstar a liberdade de expressão. A própria LDA fez estas ressalvas criando institutos como as limitações ao Direito de Autor. É preciso aperfeiçoar estas ferramentas visando a segurança de que não haverá abusos cometidos (por parte de grandes empresas de entretenimento, bem como de outros produtores de conteúdo) sob respaldos de proteção ao Direito Autoral, visando impedir um movimento de crítica ou análise por parte de outros sujeitos. Casos como estes poderiam abrir margem para a limitação da liberdade de expressão dos sujeitos, criando uma espécie de censura.

Por fim, a resposta para o problema dependerá da forma que se observará a plataforma YouTube e também seu usuário. Enquanto plataforma de serviço, como no caso dos *youtubers* que possuem altos índices de rentabilidade, pode-se falar no licenciamento das obras e da cobrança de um valor a título de inserção de fonograma em obra audiovisual. Por outro lado, ao cobrar do usuário que não possui essas características (rentabilidade, patrocínio, integrar *networks*) se estaria incorrendo nos mesmos erros e assumindo os mesmos riscos que a diretiva europeia de *copyright* está sujeita a enfrentar: onerar demais o usuário amador a tal ponto que isso prejudique a manutenção e a existência do canal.

Há um longo caminho a trilhar, com perguntas ainda a serem respondidas. O surgimento de outros atores que acabam assumindo funções de administração (tais como as MCN's), muitas vezes exercendo funções de licenciamento e negociação das obras para os canais do *YouTube* evidencia que o próprio sistema de gestão coletiva precisa se reinventar e se adequar às novas tecnologias, a fim de ser mais efetivo e garantir uma remuneração justa e segura aos titulares.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos:** Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos:** a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Tese de doutorado. BARRETTO, Vicente de Paulo (orientador). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS : São Leopoldo, 2006.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. **Uma obra e vários autores:** o direito autoral e as “fan-fictionals” na cultura da convergência. In: Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964>> Acesso em 03 junho de 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** 2.ed São Paulo: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. Revista da EMERJ, v.2, n.7, 1999, p. 21- 43 (1999b). Acesso em 14 out. 18

BARBOSA, Denis Borges. **Direito Autoral e Liberdade de Expressão:** estudos de direito. 2015. Disponível em:< <http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>> Acesso em 26 janeiro de 2018.

BARBOSA, Denis Borges. **Do bem incorpóreo à propriedade intelectual.** Disponível em:< <http://denisbarbosa.addr.com/teoria.pdf> > Acesso em 13 de março de 2019.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **O stj e o streaming.** Disponível em: <<https://jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>> 2017. Acesso em 30 de agosto de 2018.

BARTHES, Roland. **A morte do autor.** In: O Rumor da Língua. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test).** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 493 - 503 jan./dez. 2007.

BASTOS, Antônio Augusto I. F.. **A estrutura legal da gestão Coletiva de direitos autorais.** In: VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Augusto Pereira (orgs.) Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil / organização Pedro 1. ed. - Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

BELLIZZE, Marco Aurélio. **Voto Vista no Recurso Especial nº 1559264**. Superior Tribunal de Justiça, 2017.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. Library of Congress: 2006. Disponível em: <http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf> Acesso em 26 de janeiro de 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOFF, Salete Oro. **Acordos e tratados internacionais sobre propriedade intelectual**. In: Salete Oro Boff; FORTES, Vinícius Borges; MENEGAZZO, André Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta. (orgs.). Propriedade intelectual : marcos regulatórios. Erechim, RS: Deviant, 2017, v. 1, p. 11-30.

BOLESINA, Iuri. **Direito à intimidade**. In: Revista Raízes Jurídicas, vol. 9, nº 2, julho/dezembro: Curitiba, 2017.

BRASIL (2011). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível. Processo Nº 0174958-45.2009.8.19.0001**. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 12 de abril de 2011.

BRASIL (2012). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes. Processo 0174958-45.2009.8.19.0001**. Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 31 de Janeiro de 2012.

BRASIL (2014). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível. MySpace vs Ecad**. Processo nº 0386089-33.2009.8.19.0001. Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL (2016). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001, Rio de Janeiro, RJ, 22 de novembro de 2016.

BRASIL (2017). Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1559264 / RJ (2013/0265464-7)** autuado em 19/08/2013. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática. Recurso Extraordinário nº 1056363/RJ**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1056363%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y76cgorj>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática. Recurso Extraordinário nº 1056363/RJ**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1056363%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y76cgorj>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais**: Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em 07 de maio de 2017.

BRASIL. **Marco Civil da Internet** (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 14 out. 2018

BUCCO, Rafael. **Rádio oi tenta mudar no STF cobrança do Ecad sobre streaming**. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/radio-oi-tenta-mudar-no-stf-cobranca-do-ecad-sobre-streaming/>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

BURGESS, Jean; GREEN, Joshua. **YouTube e a revolução digital**: como o maior fenômeno da cultura participativa transformou a mídia e sociedade. São Paulo: Aleph, 2009.

CALDAS, Edson. **Revista revela quanto ganham os maiores influenciadores digitais do mundo**. Revista Época Negócios, Notícia, 24 de abril de 2017 Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/colunas/Tecneira/noticia/2017/04/revista-revela-quanto-ganham-os-maiores-influenciadores-digitais-do-mundo.html>> Acesso em 16 de fevereiro de 2018.

CAMARGO Michele; GREGORI, Isabel. **Os serviços de streaming e a proteção dos direitos autorais**: uma análise sobre a diferenciação entre execução pública e distribuição a partir do recente posicionamento do superior tribunal de justiça. In: Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba: 2017.

CAMARGO, Isadora; ESTEVANIM, Mayanna; SILVEIRA, Stefanie C. da. **Cultura participativa e convergente**: o cenário que favorece o nascimento dos influenciadores digitais. In: Comunicare, Revista semestral do Centro Interdisciplinar de Pesquisa da Faculdade Cásper Líbero, Volume 17, 2017. Disponível em < <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-5-Communicare-17-Edi%C3%A7%C3%A3o-Especial.pdf>>

CARVALHO, Paulo. **Quanto vale sua influência?** In: Revista Pequenas Empresas e Grandes Negócios. Editora Globo, nº356, setembro de 2018.

CECILIO, Leandro Rezende. **Programando multidões**: algoritmos, revoluções e democracia. In: BELLO, Enzo; RIBEIRO, Samantha S. Moura, (orgs.). Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, volume 4: direito das coisas e direito autoral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMBE, C., & CODREANU, T.. **Vlogging**: a new channel for language learning and intercultural exchanges. In S. Papadima-Sophocleous, L. Bradley & S. Thouëсны (Eds), CALL communities and culture – short papers from EUROCALL 2016 (pp. 119-124), 2016. Research-publishing.net. Disponível em: <<https://doi.org/10.14705/rpnet.2016.eurocall2016.548>>

CORUJA, Paula. **Expressões do(s) feminismo(s)**: discussões do público com a youtuber Jout Jout. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de pós-graduação em Comunicação e Informação, Porto Alegre: 2017.

CORUJA, Paula. **Vlog como gênero no youtube**: a profissionalização do conteúdo gerado por usuário. comunicologia (Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília) Brasília, UCB, v. 10, n. 1, p. 46 – 66, jan./jun. 2017.

CPI. **COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO**. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Brasília: Congresso Nacional, 2012.

CREATIVE COMMONS Brasil. **Licenças**. Disponível em <<https://br.creativecommons.org/licencas/>> Acesso em 26 de janeiro de 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Relatório e voto no Recurso Especial nº 1559264. Superior Tribunal de Justiça, 2017.

D'AGOSTINO, Giuseppina. **Healing Fair Dealing?** A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use. 2008. Disponível em: < <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7046615-dAgostino.pdf>> Acesso em 14 de junho de 2018.

DCMA. THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. Copyright Office Summary. Disponível em: < <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> Acesso em 14 out. 2018

DE MARCHI, Leonardo. **Em direção à consolidação dos mercados de conteúdos digitais?** Um estudo de caso da indústria fonográfica no Brasil. Contracampo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal Fluminense (UFF), v.36, nº1 abril/julho de 2017. Disponível em: < <http://www.contracampo.uff.br/index.php/revista/article/view/961>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

DE MARCHI, Leandro; KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo. **A consolidação dos serviços de streaming**: Reconfiguração dos mercados de mídia sonora e desafios à diversidade musical no Brasil. In: Anais do XXV Encontro Anual da Compós: Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade Federal de Goiás, 07 a 10 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.compos.org.br/biblioteca/streaming-completo_3377.pdf> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

DORNELES, Juliano Paz. **O fenômeno vlog no youtube**: Análise de conteúdo de vloggers brasileiros de sucesso. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, (PUC-RS), Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4599/1/464433.pdf>> Acesso em 16 de fevereiro de 2018.

ECAD (2016), Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **Regulamento de Distribuição**. Disponível em: http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/Regulamento-de-Distribuicao/Documents/Regulamento%20Distribui%C3%A7%C3%A3o_2016.pdf> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ECAD (2018a), Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **Regulamento de Arrecadação**. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/Documents/Regulamento%20Arrecada%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ECAD (2018b), Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **Como é feita a arrecadação?** Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a-arrecadacao/Paginas/default.aspx>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ECAD (2018c), Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **Como é feita a distribuição**. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/como-e-feita-a-distribuicao/Paginas/default.aspx>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ECAD (2018d), Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **O que é Direito Autoral**. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/direito-autoral/o-que-e-direito-autoral/Paginas/default.aspx>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. 22/06/2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

EPPLE, Cristiane et al. **A evolução histórica do Direito de Autor**. In: REIS, Jorge Renato et al (org). Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo *Contemporâneo*. São Paulo: Multideia, 2011.

FGV, Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. **Contribuição para aperfeiçoamento do anteprojeto da lei de direitos Autorais**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/18021/130362/FGV-art.105a.pdf/1936eb67-c929-41af-b94d-32e711142cc4>> Acesso em 14 out. 18

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

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **O que é um autor?** Bulletin de la Société Française de Philosophie, ano 63, nº 3, julho-setembro de 1969, ps. 73-104.

G1. **Taylor Swift retorna ao catálogo de serviço de streaming**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/musica/noticia/taylor-swift-retorna-ao-catalogo-de-servico-de-streaming.ghtml>> Aceso em 07 de fevereiro de 2018.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

HAANDEEL, Johan Cavalcanti van. **Formatos emergentes de criação e transmissão de áudio online: a construção do webcasting sonoro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo: 2009. Disponível em <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/5224/1/Johan%20Cavalcanti%20van%20Haandel.pdf>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

JENKINS, Henry; FORD, Sam; GREEN Joshua. **Cultura da Conexão: criando valor e significado através da mídia propagável**. São Paulo, Aleph, 2014

KAMINSKI, Omar. **Segurança na Web - 'Código do Ciberespaço Regula Espaço Físico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3716-3710-1-PB.htm>> Acesso em 20 de março de 2019.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (org). **Bens público globais**. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2012.

KEEN, Andrew. **O culto do amador: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LEMOS, André. **Arte Eletrônica e Cibercultura**. Revista FAMECOS, nº6, Porto Alegre: junho 1997. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/2960/2243>> Acesso em 27 de janeiro de 2018.

LEMOS, André. **Cibercultura: alguns pontos para compreender a nossa época**. In: Lemos, André; Cunha, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Sulina, Porto Alegre, 2003.

LEMOS, André. **Ciber-Cultura-Remix**. São Paulo: 2005. Disponível em: <<https://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>> Acesso em 27 de janeiro de 2018.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2005.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. Printed in the United States of America. For information, address Basic Books, 387, Park Avenue South, New York: 2006.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. Trad. Fábio Emílio Costa. 2004.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture**: Lawrence Keynote from OSCON 2002. Policy Devcenter, 2002. Disponível em:

<<http://archive.oreilly.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html>> Acesso em 01 de junho de 2017.

LESSIG, Lawrence. **Remix**. 2008.

LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Editora Loyola, 5ª Edição, São Paulo: 2007.

MACHADO, Jorge. **Desconstruindo “Propriedade Intelectual”**. Observatório, São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), Brasil. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiSvrquyujUAhVQlpAKHRqcBfAQFggjMAA&url=http%3A%2F%2Fobs.obercom.pt%2Findex.php%2Fobs%2Farticle%2Fdownload%2F92%2F139&usq=AFQjCNF-4Mq9Ar2wHHPdu4upJdOVuunWkg>> Acesso em 01 de junho de 2017.

MARTINS, Beatriz Cintra. **Autoria em rede**: os novos processos autorais através das redes eletrônicas. Rio de Janeiro: Mauad, 2014.

MENEZES, Claudia; Bortoli, Robélius. **Propriedade intelectual em jogos digitais**: perspectiva do Brasil. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 16(30): 187-206, jan.-jun. 2016. Disponível em:< <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/2901>>

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo, Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Aberta consulta pública para Instruções Normativas**. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/aberta-consulta-publica-para-instrucoes-normativas/10883? Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo: 2007.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de Expressão e Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MOREL, Leonardo. **Impactos dos serviços de streaming na propriedade privada e no consumo de música no Brasil**. In: Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba: 2017.

MUNIZ, Mariana. **Reprodução de música por streaming não é execução pública, diz ministro do STJ**. 09/11/2016. Disponível em:

<<https://www.jota.info/justica/reproducao-por-streaming-nao-e-execucao-publica-diz-ministro-stj-09112016>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito autoral, direito antitruste e princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

O GLOBO. **Spotify passa a listar créditos de autores das músicas em seu aplicativo**. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/musica/spotify-passa-listar-creditos-de-autores-das-musicas-em-seu-aplicativo-22359085>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018

ORTEGA, Rodrigo; GOMES, Helton Simões. **'Guerra do streaming'**: mercado rende bilhões, mas paga R\$ 0,003 por play. Portal G1: 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/08/guerra-do-streaming-mercado-rende-bilhoes-mas-paga-r-0003-por-play.html>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

PANDORA. **About us**. 2018. Disponível em: <<http://www.pandora.com/about>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

PARISIER, Eli. **O Filtro invisível que a internet esconde de você**. Jorge Zahar, Niterói, 2011.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Streaming de obras musicais e sua natureza jurídica**: uma análise a partir da decisão do stj no caso ecad versus oifm. In: Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba: 2017.

PIRES, Eduardo; ARAÚJO, Neiva Cristina de. **As limitações ao direito de autor frente às novas tecnologias**. In: Propriedade Intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs). Passo Fundo: IMED, 2009.

PIRES, Eduardo; BOFF, Salete Oro. **A função social do Direito de Autor**. In: REIS, Jorge Renato et al (org). *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. São Paulo: Multideia, 2011.

PORTO, Jaderson Johnattan. **Compositores norte-americanos passam a ganhar mais com serviço de streaming**. Tecmundo, Notícia de 04 de fevereiro de 2018. Disponível em: < <https://www.tecmundo.com.br/internet/126679-compositores-americanos-passam-ganhar-servico-streaming.htm>>

PRO-MUSICA, Produtores Fonográficos Associados. **Mercado fonográfico mundial e brasileiro em 2016**. Rio de Janeiro, 22 de maio de 2017. Disponível em:< <http://pro-musicabr.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Mercado-de-M%C3%BAsica-Global-e-Brasileiro-em-2016-FINAL.pdf>>

PUDDEPHATT, Andrew. **Liberdade de expressão e internet**. In: Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, e o Escritório Regional de Ciências da UNESCO

para América Latina e Caribe, Escritório da UNESCO em Montevidéu, Uruguai, 2016.

RAPOSO, João Francisco; SAAD, Elizabeth. **Prosumers**: colaboradores, cocriadores e influenciadores. In: Comunicare, Revista semestral do Centro Interdisciplinar de Pesquisa da Faculdade Cásper Líbero volume 17, 2017. Disponível em <: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-6-Comunicare-17-Edi%C3%A7%C3%A3o-Especial.pdf>>

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

REIS, Jorge Renato dos; TOLOTTI, Stella Monson. **Os direitos autorais em face das mudanças tecnológicas**: novas perspectivas. In: Propriedade Intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs). Passo Fundo: IMED, 2009.

SANCHEZ, Daniel. **What Streaming Music Services Pay** (Updated for 2018). Digital Music News, 2018. Disponível em: < <https://www.digitalmusicnews.com/2018/01/16/streaming-music-services-pay-2018/>> Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

SANTIN Thais Dagostini; FORTES, Vinícius Borges. **Uso de filtros de conteúdo na internet e sua interferência na democracia**. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12630/7159>> Acesso em 26 de novembro de 2018.

SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da., **Limitações aos direitos autorais no Youtube e o Content ID**: Reflexões Extraclasse. Postado em 30 de Novembro de 2016. Vídeo aula disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8_-uvBYbY0I> Acesso em 04 de julho de 2018.

SILVA, Juremir Machado da. **Tecnologias do Imaginário**. Porto Alegre, 3ª Ed., Sulina, 2012.

SILVEIRA, Letícia Lopes da. **Uso justo ou violação?** Controvérsias sobre direitos autorais no YouTube. Anais do XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação: Rio de Janeiro, RJ, 2015 Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2015/resumos/R10-0707-1.pdf>> Acesso em 16 de fevereiro de 2018.

SOUSA, Marcos Rogério de. **Nem tanto ao mar nem tanto à terra**: “Regra Dos Três Passos” e as limitações aos Direitos Autorais. In: Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2013. Disponível em<http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/82> Acesso em 19 de abril de 2018.

SPOTIFY. Sobre nós. 2018. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/about-us/contact/>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

STOCKMENT, Andrew. **Internet radio: the case for a technology neutral Royalty standard.** In: Virginia Law Review, Vol. 95, December 2009. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/internet-radio-case-technology-neutral-royalty-standard>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Serviços de streaming de músicas deverão pagar direitos autorais ao Ecad.** Notícia 09/02/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Servi%C3%A7os-de-streaming-de-m%C3%BAscas-dever%C3%A3o-pagar-direitos-autorais-ao-Ecad> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

SWAN, Alma. **Diretrizes para políticas de desenvolvimento e promoção do acesso aberto.** Brasília : UNESCO Brasil, IBICT, 2016.

SWEENEY, Mark. Film and TV streaming and downloads overtake DVD sales for first time. The Guardian, 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2017/jan/05/film-and-tv-streaming-and-downloads-overtake-dvd-sales-for-first-time-netflix-amazon-uk>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

TORRI, Veronica. **Gestão coletiva de Direitos Autorais e defesa da concorrência.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

U.S. Copyright Office Summary. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> Acesso em 14 out. 2018

UBC, União Brasileira de Compositores (2018). Guia de Música em Audiovisual. Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/Anexos/Publicacoes/ubc-guia-musica-audiovisual.pdf>> Acesso em 08 de novembro de 2018.

UBC. União Brasileira de Compositores. **Facebook anuncia ferramenta para coibir vídeos que violem direitos autorais musicais.** São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/6540>. Acesso em 29 de julho de 2018

UBC. União Brasileira de Compositores. **Ferramenta que combate violações de direitos autorais é posta em xeque.** São Paulo, 2018 Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/9022>>

UNESCO. **Keystones to foster inclusive Knowledge Societies:** Access to information and knowledge, Freedom of Expression, Privacy, and Ethics on a Global Internet. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura: Paris, 2015.

VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Augusto Pereira (orgs.) **Da rádio ao streaming:** ECAD, direito autoral e música no Brasil / organização Pedro 1. ed. - Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

VICE. **Na Era de Streaming por Assinatura, os Royalties Não Estão Dando Conta de Pagar os Compositores.** 2016. Disponível em:

<https://thump.vice.com/pt_br/article/5383qb/na-era-de-streaming-por-assinatura-os-royalties-no-esto-dando-conta-de-pagar-os-compositores> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

VICENTE, Eduardo. **Indústria da música ou indústria do disco?** A questão dos suportes e de sua desmaterialização no meio musical. In: Revista Rumores, edição 12, ano 6, número 2 , julho-dezembro 2012. Disponível em:<http://www3.usp.br/rumores/pdf/rumores12_11.pdf> Acesso em 13 de setembro de 2018

VILLELA, João Marcelo Baptista. **Uma breve análise dos problemas do Procedimento de habilitação das sociedades de gestão coletiva, no âmbito do ministério da cultura, sob o prisma da relevância mercadológica desta gestão na sociedade da informação.** In: Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba: 2017.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.** Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná (UFPR): Curitiba, 2016.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia; WACHOWICZ, Marcos. **Precisamos falar sobre o streaming:** um panorama geral acerca da gestão coletiva no Brasil. In: WACHOWICZ , Marcos; Ribeiro, Marcia Carla Pereira; Staut Jr ,Sergio; Costa, Jose Augusto Fontoura (orgs.). Universidade Federal do Paraná (UFPR, Curitiba: 2016.

WACHOWICZ, Marcos (2015b). **A revisão da lei autoral principais alterações: Debates e motivações.** Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC). Aracaju: Ano IV, Edição nº 08/2015, p.542 a 562 Fev/2015. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>> Acesso em 26 de janeiro de 2018.

WACHOWICZ, Marcos; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. **Os limites da publicação de conteúdo produzido em estabelecimento de ensino:** Estudo de caso entre a Lei dos Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet. In: Temas Contemporâneos de Propriedade Intelectual. BACELAR, Ricardo (org.). Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/os-limites-da-publica%C3%A7%C3%A3o-na-internet-do-conte%C3%BAdo-produzido-pelo-professor-em-sala-de-aula>> Acesso em 26 de janeiro de 2018.

WACHOWICZ, Marcos; VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **A gestão coletiva dos direitos autorais e o streaming.** In: Revista P2P & Inovação, Rio de Janeiro, v. 4 n. 1 p.4-17, Set./ Fev. 2018. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/p2p/issue/view/248/showToc>> Acesso em 23 de setembro de 2018.

WIPO. World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights.** Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

YOUTUBE, (2018). **O que é uso aceitável?** Disponível em: <<https://www.youtube.com/yt/about/copyright/fair-use/#yt-copyright-four-factors>> **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018a). **Enviar uma notificação de remoção por direitos autorais.** Disponível em: < <https://support.google.com/youtube/answer/2807622?hl=pt-BR> > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018b) **Conceitos básicos sobre strike de direitos autorais.** Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2814000?p=c_strike_basics&hl=pt-BR > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018c). **Como gerar receita com seus vídeos.** Disponível em: < https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=pt-BR&ref_topic=6029709 > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018d). **Requisitos para notificação de violação de direitos autorais.** Disponível em: < <https://support.google.com/youtube/answer/6005900> > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018f). **Como trocar a faixa de áudio em seu vídeo.** Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/94316?hl=pt-BR&ref_topic=2778545 > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018g) **O que é uma reivindicação do Content ID?.** Disponível em: < https://support.google.com/youtube/answer/6013276?hl=pt-BR&ref_topic=2778545 > **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018h). **Termos de Serviço.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>> **Acesso em 29 de julho de 2018**

YOUTUBE, (2018h). **Termos de Serviço.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>> **Acesso em 29 de julho de 2018.**

YOUTUBE. **Direitos Autorais no Youtube.** Disponível em:< <https://www.youtube.com/intl/pt-BR/yt/about/copyright/#support-and-troubleshooting> > **Acesso em 16 de fevereiro de 2018.**

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