UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE RICARDO PESSERL

O DIREITO DE ACESSO AOS DADOS SOBRE OBRAS MUSICAIS E FONOGRAMAS: BLOCKCHAIN, DISTRIBUIÇÃO DIRETA E DOMÍNIO PÚBLICO NO AMBIENTE DIGITAL

CURITIBA

2020

ALEXANDRE RICARDO PESSERL

O DIREITO DE ACESSO AOS DADOS SOBRE OBRAS MUSICAIS E FONOGRAMAS: BLOCKCHAIN, DISTRIBUIÇÃO DIRETA E DOMÍNIO PÚBLICO NO AMBIENTE DIGITAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

CURITIBA/PR
2020

P475d
Pesserl, Alexandre Ricardo
O direito de acesso aos dados sobre obras musicais e fonogramas: blockchain, distribuição direta e domínio público no ambiente digital [meio eletrônico] / Alexandre Ricardo Pesserl. - Curitiba, 2020.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.
Orientador: Marcos Wachowicz.

1. Direitos autorais. 2. Domínio público. 3. Música. 4. Fonogramas. I. Wachowicz, Marcos. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.78

Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº117

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte de novembro de dois mil e vinte às 14:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **ALEXANDRE RICARDO PESSERL**, intitulada: **GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL: o Registro Descentralizado de Obras e Fonogramas como Meio de Efetivação de Direitos e Garantias**, sob orientação do Prof. Dr. MARCOS WACHOWICZ. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MARCOS WACHOWICZ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARCELO MIGUEL CONRADO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ), VICTOR GAMEIRO DRUMMOND (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFG), SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), LETICIA CANUT (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MARCOS WACHOWICZ, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 20 de Novembro de 2020.

Assinatura Eletrônica
20/11/2020 18:06:10.0
MARCOS WACHOWICZ
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
24/11/2020 11:40:29.0
MARCELO MIGUEL CONRADO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
23/11/2020 09:35:00.0
CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 23:52:48.0
VICTOR GAMEIRO DRUMMOND
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFG)

Assinatura Eletrônica
22/11/2020 10:27:51.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 12:17:27.0
JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
20/11/2020 18:21:54.0
LETICIA CANUT
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 63013
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 63013

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **ALEXANDRE RICARDO PESSERL** intitulada: **GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL: o Registro Descentralizado de Obras e Fonogramas como Meio de Efetivação de Direitos e Garantias**, sob orientação do Prof. Dr. MARCOS WACHOWICZ, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.
A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 20 de Novembro de 2020.

Assinatura Eletrônica
20/11/2020 18:06:10.0
MARCOS WACHOWICZ
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
24/11/2020 11:40:29.0
MARCELO MIGUEL CONRADO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
23/11/2020 09:35:00.0
CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 23:52:48.0
VICTOR GAMEIRO DRUMMOND
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFG)

Assinatura Eletrônica
22/11/2020 10:27:51.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 12:17:27.0
JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
20/11/2020 18:21:54.0
LETICIA CANUT
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 63013
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 63013

Curitiba, 10 de fevereiro de 2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Sistema de Bibliotecas
Biblioteca Central

Diligência – Trabalho de Conclusão – Tese

Prezados senhores,

Na qualidade de orientador do aluno ALEXANDRE RICARDO PESSERL, e em atenção à diligência informada para depósito da tese, a qual restou assim formulada:

> *TERMO DE APROVAÇÃO: O Titulo informado no termo de aprovação difere da informação apresentada na capa e folha de rosto. Se a alteração foi sugestão da banca, deve-se incluir documento que comprove a mudança.*

Declaro que, por sugestão da banca, o título da tese foi alterado de "*Gestão coletiva de direitos autorais no ambiente digital: o registro descentralizado de obras e fonogramas como meio de efetivação de direitos e garantias*" para "*O direito de acesso aos dados sobre obras musicais e fonogramas: blockchain, distribuição direta e domínio público no ambiente digital*".

Solicito o deferimento do depósito, atendidas as demais exigências legais e administrativas.

Manifesto meus votos de estima e consideração.

Atenciosamente,

PROF. DR. MARCOS WACHOWICZ
PPGD/UFPR

Esta pesquisa é dedicada aos professores Denis Borges Barbosa, *in memoriam*, e José de Oliveira Ascensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR a oportunidade que tive de cursar o doutoramento em uma Universidade pública, centro de excelência na pesquisa jurídica e de resistência aos ataques do obscurantismo.

Agradeço aos colegas do Grupos de Estudos de Direito Autoral e Industrial, GEDAI, do qual tenho a felicidade de ter sido um dos primeiros integrantes e que hoje é uma instituição reconhecida e consolidada no ambiente acadêmico.

Agradeço em especial ao meu orientador, Professor Doutor Marcos Wachowicz, o qual, muitos anos atrás, me incentivou a perseguir a titulação acadêmica. Pela orientação, persistência e amizade, meu muito obrigado.

Também registro profundo agradecimento aos Professores Doutores Sérgio Said Staut Junior, Marcelo Miguel Conrado e Guilherme Coutinho pelas críticas e sugestões, quando da qualificação da pesquisa. As leituras sugeridas foram instrumentais na organização de ideias e estruturação do texto. Registro ainda minha gratidão à banca de avaliação da tese – Professores Doutores Cinthia Obladen de Almendra Freitas, Leticia Canut, Victor Gameiro Drummond e José Augusto Fontoura Costa, além dos já citados Sérgio Staut e Marcelo Conrado – pelo alto nível dos comentários e apontamentos realizados, fundamentais para a correção ou inclusão de termos e conceitos que trouxeram maior rigor científico ao trabalho e fortaleceram as conclusões alcançadas.

No curso desta tese, foram manejadas duas ações judiciais como formas de exploração sobre o grau de abertura de dados sobre obras e fonogramas no Brasil, necessário para teste das hipóteses aqui discutidas. Pela contribuição, agradeço aos meus advogados nestas demandas, Ricardo Wypych e Bibiana Virtuoso.

Part of the inhumanity of the computer is that, once it is competently programmed and working smoothly, it is completely honest.

ISAAC ASIMOV

RESUMO

Obras musicais e fonogramas protegidos por direitos autorais usualmente apresentam multiplicidade de titulares – autores, editores, produtores fonográficos, intérpretes e músicos executantes. Cada um destes atores pode, por sua vez, transacionar seus direitos patrimoniais com terceiros, sem necessidade legal de registro da transação. Os sistemas de registro existentes são mantidos predominantemente pelas entidades de gestão coletiva, e o acesso aos dados é franqueado a seus próprios titulares e autoridades, mas não ao público.

Tais fatores criam uma dificuldade na determinação dos titulares corretos de obras ou fonogramas, o que pode impedir ou diminuir o interesse em seu uso, dificultar sua remuneração adequada, criar entraves na determinação de seu estatuto perante o domínio público, e inviabilizar hipóteses de distribuição direta de direitos, em especial em relação aos usos digitais.

A hipótese analisada nesta tese é que os dados sobre titularidade de obras e fonogramas constituem bens comuns – *commons*, recursos pertencentes a ou afetando o todo de uma comunidade, e como tais devem estar sujeitos a regras transparentes em relação ao seu acesso e gerenciamento.

A metodologia aplicada utlizou o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e exploratória. Os resultados parciais obtidos demonstraram que a utilização de tecnologias de *ledgers* distribuídos, como a *blockchain*, tornam possíveis a criação de sistemas descentralizados de registros de obras e fonogramas, dotados de sistemas de governança com tomadas de decisão democráticas ou participativas.

A conclusão principal da tese é que a materialização do direito de acesso aos dados sobre obras e fonogramas, previsto em lei e declarado pelo Supremo Tribunal Federal, permite o mapeamento das obras e fonogramas e seu status jurídico, e se demonstra como fundamental tanto para a criação de mecanismos de remuneração direta quanto na construção do domínio público positivo.

PALAVRAS CHAVE: DIREITOS AUTORAIS; REGISTRO DE OBRAS E FONOGRAMAS; *COMMONS*; *BLOCKCHAIN*; DOMÍNIO PÚBLICO.

ABSTRACT

Musical works and records are copyrighted objects that usually have a multiplicity of owners – authors, editors, producers, performers and musicians, in real condominiums. Each of these actors can, in turn, transact their property rights with third parties, without the legal need to register the transaction.

Existing registration systems are predominantly maintaned by collective management entities, and access to data is open to their own owners and authorities, but not to the public. The legal structure of the music market is also composed of many layers of intermediaries between creators and the public, at the expense of the remuneration of authors, performers and musicians.

Such factors create a difficulty in determining the correct owners of works or records, which can prevent or diminish interest in their use, hinder their adequate remuneration, create obstacles in determining their status in the public domain, and make unfeasible the direct distribution of rights, especially in relation to digital uses.

The hypothesis analyzed in this thesis is that data on ownership of musical works and phonograms are common goods – resources belonging to or affecting the whole of a community, and as such should be subject to transparent rules regarding their access and management.

The applied methodology used the deductive approach method, the monographic procedure and the bibliographic research and exploratory techniques. The partial results obtained demonstrated that the use of distributed ledger technologies, such as a blockchain, make it possible to create decentralized systems for recording works and records, endowed with democratic or participatory governance systems.

The main conclusion of the thesis is that the materialization of the right of access to data on musical works and records, provided for by law and declared by the Supreme Federal Court, allows for the mapping of music and its legal status, and is instrumental for both the creation of direct remuneration mechanisms as for the building of a positive public domain.

KEYWORDS: COPYRIGHT; REGISTRATION OF WORKS AND PHONOGRAMS; COMMONS; BLOCKCHAIN; PUBLIC DOMAIN.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01. Distribuição cronológica de dados: valores emitidos no conjunto de dados Europeana.……..…….....…….78

Figura 02. Topologia de redes……...…….108

Figura 03. Conceito de Hash/01…….140

Figura 04. Conceito de Hash/02…….141

Figura 05. Estrutura do código ISRC…….231

Figura 06. Consulta ECADNet – fonograma “Assim como Sou” (Ricardo Moura)……..241

Figura 07. ISRC “Assim Como Sou” (Ricardo Moura)…….242

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A&R	Artist and Repertoire
Abramus	Associação Brasileira de Música e Artes
AEDEM	Asociación Española de Editores de Música
AI	Artificial Intelligence
BCIA	Berne Convention Implementation Act
BMI	Broadcast Music, Inc.
BN	Biblioteca Nacional
CAE	Composer, Author and Publisher
CC	Creative Commons
CISAC	International Confederation of Societies of Authors and Composers
CNDA	Conselho Nacional de Direitos Autorais
CUB	Convenção da União de Berna
DNI	Documento Nacional de Identificação
DOU	Diário Oficial da União
DSP	Digital Services Provider
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
EGC	Entidade de Gestão Coletiva
IA	Inteligência Artificial
IFRRO	Federação Internacional de Organizações de Direitos de Reprodução
IP	Internet Protocol
IPI	Interested Parties Information

ISO	International Organization for Standardization
ISRC	International Standard Recording Code
ISWC	International Standard Works Code
LDA	Lei de Direitos Autorais
LGDP	Lei Geral de Proteção de Dados
MINC	Ministério da Cultura
ML	Machine Learning
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OSA	Organización Sayco-Acinpro
RMI	Rights Management Information
SBAT	Sociedade Brasileira de Atores Teatrais
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
STF	Supremo Tribunal Federal
TCP	Transmission Control Protocol
UBC	União Brasileira dos Compositores
UE	União Europeia
UGC	User Generated Content
UMG	Universal Music Group
VID	Ventanilla Única de Recaudos de Derechos de Autor y Derechos Conexos
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO ……...…….19

2. INDÚSTRIA CULTURAL E DIREITO AUTORAL ……...…….23

2.1. INDÚSTRIA CULTURAL ……...…….24

2.1.1. Cultura como Mercadoria ....……..26

2.1.2. Cultura e Reprodutibilidade Técnica ..……...27

2.2. AUTORIA E CRIAÇÃO ……...……29

2.2.1. A "Morte do Autor" …...…….30

2.2.2. A "Função Autor" …….....32

2.2.3. A Centralidade do Autor no Ordenamento Jurídico ……35

2.2.4. Princípios de Autoria na Legislação Comparada ……..37

2.2.5. Autoria e Aquisição de Elementos Culturais …….38

2.3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS ...……...……..41

2.3.1. Teorias Deontológicas ...……...……43

2.3.2. Teorias Utilitárias ……...……...……...48

2.4. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS ……..50

2.4.1. Aquisição Originária ……...51

2.4.2. Teorias Monistas e Dualistas ……..52

2.5. INSTITUTOS DE DIREITO AUTORAL ……..54

2.5.1. Esquadro Normativo …….…..…….54

2.5.2. Proteção da Forma ……...…..…...58

2.5.3. Originalidade e Contributo Mínimo …….…….61

2.5.4. **Direitos Morais** ……..…….…..63

2.5.5. **Direitos Patrimoniais** ……..……....67

2.5.6. **Direitos Conexos** ……..……..…….....73

2.5.7. **Monopólio Temporal** ……..……..74

2.5.8. **Domínio Público** …….…….…….…79

2.5.9. **Direito de Remuneração** ……..…….……...….84

3. **GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E A BLOCKCHAIN** ……...…....88

3.1. ACESSO À INFORMAÇÃO ……...90

3.1.1. **Informações Públicas** ……..……92

3.1.2. **Direito de Acesso à Informação Pública** ……93

3.1.3. **Titularidade de Dados** ……96

3.1.4. **Privacidade e Dados** ……97

3.2. GOVERNANÇA ALGORÍTMICA ……...99

3.2.1. **Riscos da Governança Algoritmica** ……..101

3.2.2. **Intermediários Digitais e o Interesse Público** ……..……102

3.3. SISTEMAS SOCIAIS ……..……103

3.3.1. **Cibernética** ……..104

3.3.2. **Teoria dos Sistemas Sociais** ……...106

3.4. REDES ……...…..107

3.4.1. **Transição dos Mercados para as Redes** ……...109

3.4.2. **Padrões de Coordenação e de Regulamentação** ……...…….…..113

3.4.2. **Interoperabilidade** ……...……..116

3.5. *COMMONS* ……..118

3.5.1. ***Commons-Based Peer Production*** ……...……...120

3.5.2. ***Stewardship*** **dos** ***Commons*** …….122

3.5.3. **Usufrutismo** ……125

3.6. GENERATIVIDADE ……...126

3.6.1. **Generatividade e Internet** ……127

3.6.2. **Usos Não Esperados e Inovação** …..……..128

3.7. GARANTISMO ALGORÍTMICO ……..129

3.7.1. **Arquitetura de Confiabilidade** ……..131

3.7.2. **Regulação** ***Two-Tiered*** ……..……...132

3.7.3. **Metadados** ……...133

3.7.4. **Metadados e Controle** ……....134

3.7.5. **Metadados de Obras e Fonogramas** …….136

3.8. BLOCKCHAIN ……...136

3.8.1. **Chaves Criptográficas** ……...……....137

3.8.2. **Registro das Transações** …….138

3.8.3. ***Ledgers*** **Distribuídos** ……...……...139

3.8.4. ***Smart Contracts*** ……..……..……..……..142

3.8.5. ***Blockchains*** **Abertas e Fechadas** ..……..…144

3.8.6. **Tokenização de Obras e Fonogramas** ..……..……...145

4. **GESTÃO COLETIVA E AMBIENTE DIGITAL** ……...148

4.1. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS DA MÚSICA…..……...150

4.1.1. **Histórico da Gestão Coletiva no Brasil** ……....151

4.1.2. **Características da Gestão Coletiva** ……..153

4.2. ESPÉCIES DE GESTÃO COLETIVA ……161

4.2.1. **Gestão Coletiva Voluntária** ……...……162

4.2.2. **Gestão Coletiva Mandatória** ……..……...163

4.2.3. **Gestão Coletiva Estendida** ……....165

4.3. SISTEMAS DE GESTÃO COLETIVA ……...166

4.3.1. **Sistema Europeu** ……...…….167

4.3.2. **Sistema Norte-Americano** ……..……...171

4.3.3. **Sistema da Comunidade Andina** ……...175

4.3.4. **Sistema Brasileiro** ……...……...177

4.4. GESTÃO COLETIVA E AUTONOMIA DO TITULAR ……181

4.4.1. **O Paradigma da Gestão Individual** ……..183

4.4.2. **Representação** …….184

4.5. LICENCIAMENTOS MULTITERRITÓRIOS ……...187

4.5.1. **Multiterritorialidade** …….189

4.5.2. **Diretiva 2014/26/EU** ……..191

4.5.3. **Gestão Coletiva no Ambiente Digital** ……..…….194

5. **ESTRUTURA JURÍDICA DO MERCADO MUSICAL E REGISTROS DE DIREITOS** ……..199

5.1. ATIVOS DAS INDÚSTRIAS MUSICAIS …….201

5.1.1. **Indústrias Musicais** ……207

5.1.2. **Formação de Renda Complexa e Serviços Digitais** ……..…210

5.1.3. **Catálogos** ……..…214

5.1.4. **Dataficação** …….216

5.2. REGISTROS DE DIREITOS AUTORAIS ....…….218

5.2.1. **Formalidades** ……..221

5.2.2. **Registros Voluntários, Públicos e Privados** ……..……224

5.2.3. **Registros de Obras Musicais e Fonogramas** …….……...….228

5.2.4. **Interesse Público no Registro de Obras e Fonogramas** ……...……...231

5.3. ACESSO AO REGISTRO DE OBRAS E FONOGRAMAS NO BRASIL …....238

5.3.1. **Ação UBC** ……242

5.3.2. **Ação Abramus** ……....244

5.4. REGISTROS DESCENTRALIZADOS ……..…245

5.4.1. **Distribuição Direta** ……246

5.4.2. **Registro de Direito Autoral por Blockchain** ……250

5.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS ……..252

5.5.1. ***Lex Cryptographia*** ……...……...253

5.5.2. **Abertura de Dados** ……....255

6. **CONCLUSÃO** ……....256

7. **REFERÊNCIAS** …..……...……..…….……260

1. INTRODUÇÃO

Os registros de direitos autorais detalham as participações individuais sobre obras musicais e fonogramas, isto é, qual o percentual de aproveitamento econômico que cada um de seus titulares – autores, intérpretes, músicos, editores, produtores fonográficos – aufere, ou deveria auferir, sobre cada utilização da música. Estes dados são utilizados para realizar a distribuição dos direitos autorais; e o acesso a eles é limitado a seus titulares, seus prepostos e determinados funcionários públicos.

Direitos autorais são bens móveis, e podem ser fracionados e transmitidos para terceiros; caso não exista um registro amplamente acessível de tais transações, é aumentada a complexidade envolvida tanto em licenciar seu uso quanto em realizar os pagamentos de forma correta, e ainda oferecer segurança jurídica para usos livres. Não existe uma base de dados global, compreensiva e responsiva sobre música que permita a todos os titulares envolvidos receberem seus direitos de forma transparente nem aos usuários utilizar as obras ou determinar seu status jurídico de forma transparente.

A formação de renda dos direitos autorais é igualmente complexa, podendo ser dividida em contratual e extra-contratual, com a gestão da última tradicionalmente a cargo das entidades de gestão coletiva – que também são as estruturas responsáveis pela manutenção dos registros e bancos de dados sobre obras e fonogramas. Os pagamentos por utilizações normalmente se baseiam em registros criados em regime declaratório pelos próprios titulares, que os informam para as associações de gestão coletiva, a quem incumbe administrativamente conciliar tais dados com suas congêneres bem como registrar as alterações de titularidade, entre outras funções.

Os compositores são os autores, que criam as obras musicais – composições, em abstrato – as quais são, por sua vez, fixadas em fonogramas – gravações – por músicos e intérpretes. Uma obra pode ter vários fonogramas; e cada fonograma conterá necessariamente uma obra.

Mas quem gera os dados de registros, e administra as obras e fonogramas, usualmente são as empresas. Os trabalhadores dessa área – compositores, intérpretes e músicos – possuem acesso limitado às informações disponíveis sobre suas próprias obras e fonogramas, ainda que este lhes seja franqueado. É algo absolutamente comum encontrar músicos profissionais que não estão cadastrados nas associações de gestão coletiva, por exemplo; e mesmo aqueles que possuem mais conhecimento do mercado raramente possuem seus catálogos de obras e fonogramas totalmente corrigidos, ou seja, com

a correta atribuição de créditos para todos os titulares envolvidos, nas proporções adequadas. São frequentes também relatos de fraudes quando da geração dos cadastros correspondentes, com a atribuição errônea dos percentuais destinados a cada titular ou outros atos ilícitos, como falsificação de documentos ou assinaturas, ou prestadores de serviço que "se oferecem" para gerar o registro para músicos e incluem a si próprios no cadastro, na categoria de produtores fonográficos.

A incorreção dos dados gera sérias distorções ao longo da cadeia de distribuição de direitos autorais, num mercado que já é historicamente definido pela assimetria contratual, sempre em benefício das empresas. O registro é assim fator central na problemática dos direitos autorais da música, já que a correção de suas informações e o amplo acesso a ele são fundamentais para a justa remuneração dos criadores, bem como essenciais para a construção de um domínio público positivo.

Um registro aberto sobre dados relativos a obras e fonogramas possivelmente tornaria viável a criação e operação de modelos de remuneração direta, e protegeria os direitos de acesso à cultura do público. E considerando que os novos usos ocorrem primordialmente no ambiente digital, é possível utilizar o próprio código em prol de sistemas de governança que permitam que as tomadas de decisão sobre o acesso e manutenção do registro ocorram de formas democráticas e participativas.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a hipótese de que a falta de transparência no acesso ao registro de dados sobre obras e fonogramas causa distorções não apenas na correta atribuição e distribuição de direitos autorais, mas também é fator que impede a generatividade e abertura necessária para a criação de registros descentralizados de direitos autorais, capazes de fomentar modelos mais justos para a remuneração de titulares e eficazes para a utilização social da informação.

O objetivo específico é a demonstração da existência de um direito de acesso aos dados de titularidade sobre obras musicais e fonogramas.

A metodologia aplicada utilizou o método de abordagem dedutivo, a partir do estudo inicial dos mecanismos coletivos de efetividade da tutela dos Direitos Autorais na Internet, tema do pré-projeto de pesquisa. O procedimento adotado foi o monográfico, com o recorte do tema adstrito ao universo dos direitos autorais aplicados à música, na medida em que seja possível seu isolamento como objeto de estudo; num mundo que consome conteúdos cada vez mais imersivos, a música é praticamente onipresente. Por este motivo, cumpre ressaltar que a análise de determinados institutos, em especial as entidades de gestão coletiva, se deu especificamente sobre no recorte das estruturas criadas para a gestão de obras musicais e fonogramas, a não ser quando expressamente referenciado.

No curso da pesquisa, alguns conceitos foram mudando de foco, em função dos resultados obtidos. O principal deles foi a gestão coletiva no ambiente digital, o qual foi por bastante tempo o tema principal da tese e que é examinado em detalhes no capítulo 04, sendo gradualmente substituído pela apreensão da centralidade do papel exercido pelo registro, bem como da dissociação existente entre tais dados e seus *gatekeepers* atuais.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e a exploratória, com o manejo de duas ações judiciais como forma de determinação do grau de acesso atual aos dados sobre obras musicais e fonogramas no Brasil.

Em relação ao marco teórico utilizado, a tese bebeu em diversas fontes, em consonância com seu objeto de estudo, na fronteira entre o Direito e as novas tecnologias. A pesquisa parte do estabelecimento de conceitos jurídicos de base, na área autoral, para então examinar as propriedades inatas da rede, que é o novo *locus* de exercício de tais direitos. O ambiente digital possui qualidades que lhe são próprias e que permitem um grau de controle sobre o uso de obras e fonogramas impensado em outros tempos; portanto é função do jurista entender as consequências que tais características acarretam em relação ao objeto do estudo.

A doutrina utilizada como base é a escola autoralista de José de Oliveira Ascensão, e sua classificação dos direitos autorais como direitos de exclusivo; mas a tese também se apoia na vertente norte-americana representada por Lawrence Lessig, Jonathan Zittrain e Jane Ginsburg, entre outros autores, em especial no capítulo dedicado à rede e à questão dos dados.

O capítulo 02 apresenta revisão doutrinária dos fundamentos de direito autoral a partir da teoria da Escola de Frankfurt sobre a indústria cultural, por meio de análise crítica de sua natureza jurídica, fundamentação teórica e principais institutos, sempre sob o enfoque da sociedade informacional conforme proposto por Castells.

O capítulo 03 analisa as condições tecnológicas estruturais / estruturantes da rede que determinam suas condições de operação e governança. São analisados temas como as características típicas da organização em rede e as formas de produção por ela possibilitadas, bem como a generatividade derivada de sua maior ou menor abertura, e descritas as tecnologias de metadados e da blockchain.

O capítulo 04 é dedicado ao exame do instituto da gestão coletiva, suas modalidades e principais sistemas, analisando de forma crítica questões como a autonomia da vontade do titular em

contraponto com a obrigatoriedade da gestão coletiva, em certos casos; e seus desafios no ambiente digital, como os licenciamentos multiterritórios, encerrando o tópico com digressão sobre o papel das entidades de gestão coletiva neste meio.

O capítulo 05 traz análise do problema específica da pesquisa, mediante observação da estruturação jurídica do mercado musical, seus ativos, fluxos de renda, concentração, dataficação; e das características e problemáticas associadas ao registro de obras e fonogramas, com a demonstração do interesse público existente no registro, do nível atual de acesso ao registro no Brasil e a descrição de um sistema de registros descentralizados.

A conclusão apresenta os resultados principais da pesquisa, demonstrando a existência das condições jurídicas necessárias para a abertura de tais dados, o que torna possível a distribuição direta e o mapeamento do domínio público positivo.

2. INDÚSTRIA CULTURAL E DIREITO AUTORAL

A música é talvez a mais antiga forma de comunicação entre seres vivos, e desempenhou um papel fundamental na construção da narrativa dos humanos ao longo da jornada de nossa espécie. A música não exige grande grau de participação da audiência para compreensão da mensagem. Ouvimos música enquanto fazemos nossas atividades cotidianas, como dirigir ou cozinhar, sem estarmos focados na sua audição; mas, ao mesmo tempo, também nos reunimos para, ou nos concentramos com, o propósito específico de ouvir música. Ela permeia nossa existências, nos reúne em momentos afetivos compatilhados, e propicia sensos de pertencimento e identidade comuns: sua dimensão cultural e antropológica é imensa, pois, num senso amplo, todo mundo faz música.

A música é também um fator definidor em nosso próprio senso de identidade; a escolha da música tem importantes consequências sociais. Ouvimos a música que nossos amigos ouvem. Particularmente quando somos jovens, e em busca de nossa identidade, formamos laços ou grupos sociais com pessoas com quem queremos ser ou com quem acreditamos ter algo em comum. Como forma de externalizar o vínculo, nos vestimos da mesma forma, compartilhamos atividades e ouvimos a mesma música. Nosso grupo ouve esse tipo de música, essas pessoas ouvem esse tipo de música. Isso se vincula à idéia evolutiva da música como veículo de vínculo e coesão social. A música e as preferências musicais tornam-se uma marca de identidade pessoal e de grupo[1].

Heinrich Schenker, pioneiro da moderna teoria musical, afirmou, de forma romântica, que a verdadeira natureza da música é criar melodias que, como canções folclóricas, convivem de forma livre e independente, como famílias, conciliadoras e que, como as primeiras pessoas no paraíso, podem brincar nuas no Eden da música[2]. Essa visão idílica ainda permeia, em parte, o imaginário sobre os direitos autorais e a figura do autor, que seria o meio que propicia essa comunhão emocional.

A partir da instauração da indústria cultural como fenômeno imbricado ao surgimento de atividade economicamente organizada, baseada na reprodutibilidade técnica do conteúdo sem perda de qualidade apreciável (e do consequente mercado consumidor criado), a música passa a exercer um papel central para todo um setor econômico.

1LEVITIN, Daniel J. This is Your Brain on Music: The Science of a Human Obsession. p. 226. Dutton: New York, 2006
2SCHENKER. Heinrich. Der Geist der musikalischen Technik. Musikalisches Wochenblatt, Jahrgang 26 (1895), p. 326.

Seu caráter lúdico, comunicacional e cultural, é relativizado em prol da lógica de mercado, com a atribuição de direitos de exclusivo sobre seu processo criativo e de produção, e a subsequente inserção num esquema produtivo de acúmulo de capital. Sua função cultural é trabalhada, massificada e padronizada para a criação de grandes mercados consumidores, e sua cadeia produtiva adquire contornos e divisões claras, tudo isso fundado nos direitos conferidos pelos institutos de direitos autorais. Existem portanto dimensões econômicas, sociais e culturais que são afetadas diretamente por tal regime.

2.1. INDÚSTRIA CULTURAL

Walter Benjamin, ao apresentar a discussão entre obras de arte e os efeitos que a reprodutibilidade técnica – sem degradação apreciável de conteúdo – tem sobre elas, analisa a entrada do processo industrial relacionado a inovações técnicas na mídia na produção artística, o que permitiu a expansão das informações produzidas e replicadas em larga escala[3]. É famosa a crítica do autor à perda da "aura"[4] da obra de arte, sua qualidade sublime e ritual, até mesmo fetichista, em detrimento de sua comercialização em série como objeto de entretenimento e controle das massas.

Na indústria cultural, tal conceito de originalidade é subtraído daquele artefato cultural determinado, totêmico, e convertido num direito de titularidade sobre a matriz de um conteúdo imaterial, serializado, reificado, comoditizado. A conexão com o sublime é subvertida em prol de um mercado de consumo e de um espectador domesticado e passivo: a cultura é destronada de seu papel de mediadora entre o humano e o transcendente, e transformada em serviçal da ideologia e do consumo.

3BENJAMIN, Walter. Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, 1936. Disponível em 01/07/2020 em https://web.archive.org/web/20100828031510/http://www.arteclab.uni-bremen.de/%7Erobben/KunstwerkBenjamin.pdf

4 Benjamin define aura como "uma figura singular, composta de elementos espaciais e temporais: a aparição única de uma coisa distante, por mais perto que ela esteja". Seus principais elementos são a autenticidade e a unicidade. A autenticidade é constituída pelo "aqui e agora" da obra de arte, ou seja, pela substância da obra, localizada no espaço e no tempo, a partir da qual sua tradição é formada. Nesse sentido, ela é formada não apenas por elementos físicos, mas também pela história da obra de arte, registrada nas transformações físicas sofridas pela obra e pelas relações de propriedade que a tutelaram ao longo do tempo. A autenticidade é a qualidade que nos permite reconhecer que o objeto é, até nossos dias, aquele objeto único sempre idêntico a ele mesmo. O outro elemento caracterizador da aura é a unicidade, que consiste no caráter único e tradicional da obra de arte. Seu fundamento está ligado ao valor de culto, à sacralização, que remonta à origem da obra. A arte surgiu para servir a rituais, a cultos. Desde então, "o valor único da obra de arte 'autêntica' tem sempre um fundamento teológico, por mais remoto que seja [...]", e ainda "esse modo de ser aurático da obra de arte nunca se destaca completamente de sua função ritual ". Como a importância da obra estava ligada à sua função no culto, ela não era muito exposta, não estava sempre ao alcance dos homens. A baixa exponibilidade e o valor de culto eram características da obra de arte (op. cit.).

Benjamin fixa tais conceitos ao redor dos anos 30 e 40 do século XX, em boa parte como reação acadêmica à implementação de técnicas de propaganda pelos regimes fascistas, os quais buscavam impôr valores políticos através da estética de massas e do controle sobre as artes[5]. Observe-se o exemplo da cineasta alemã Leni Riefenstahl, de *Olympia* e *Triumph des Willens,* peças fundamentais da propaganda nazista.

A despeito da vinculação direta e promocional de seus filmes com o regime totalitário, o que lhe rendeu o ostracismo no pós-guerra, Riefenstahl é renomada na História do Cinema por sua cinematografia, especialmente em relação a ângulos de câmera, enquadramentos, movimentos de massas e nus. Não apenas sua estética é indubitavelmente singular, abusando da grande angular e de dimensões épicas, mas ela desenvolveu de forma pioneira técnicas de uso de câmeras em trilhos (*track shots*), por exemplo, incorporadas desde então como padrões dessa indústria. Tais filmes podem ser considerados obras de arte, no sentido áurico proposto por Benjamin?

Neste sentido, o autor é cirúrgico em sua crítica ao papel do "patrimônio cultural" como elemento de conexão entre um povo:

> Quem quer que seja até hoje em dia vitorioso, marcha na procissão triunfal em que os governantes de hoje pisam sobre aqueles que estão esparramados sob os pés. Os despojos são, como sempre foram, transportados em procissão triunfal. Eles são conhecidos como patrimônio cultural, e tal herança é parte integrante de uma linhagem (*Abkunft, "*descida") que não se pode contemplar sem horror: ela deve sua existência não apenas ao trabalho dos grandes gênios que o criaram, mas também à labuta sem nome de seus contemporâneos.

Para Benjamin, intelectual judeu que se suicidou em 1940 nos Pirineus para evitar sua captura por oficiais nazistas, não há um documento de cultura que não seja simultaneamente um registro da barbárie[6]. Qualquer discussão sobre a cultura como objeto de direito deve estar alerta, portanto, que enquanto fenômeno no mundo, ela está sujeita aos contornos políticos e pressões econômicas de sua era; e, não menos importante, que suas dimensões ultrapassam as relações privadas e possuem efeitos políticos e culturais de impacto.

5COHEN, Peter. Undergångens arkitektur (Arquitetura da Destruição). Documentário, 1989.
6BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte, VII. 1940. Disponível em 01/07/2020 em https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-36d7-41d4-ffff-ffffa7cb2e14/benjamin.pdf

2.1.1. Cultura como Mercadoria

Os processos de industrialização da cultura e seus impactos sobre a produção cultural também são analisados por Adorno e Horkheimer[7]. Eles afirmam que "os interessados adoram explicar a indústria cultural em termos tecnológicos" e que o motivo para isso é que o ambiente em que a técnica adquire tanto poder sobre a sociedade encarna o próprio poder dos economicamente mais fortes sobre a mesma sociedade.

Segundo estes autores, a sociedade capitalista promoveria uma atomização dos indivíduos pela destruição de seus vínculos familiares e enfraquecimento da autoridade da figura paterna. Dessa forma, para agrupar e controlar esses indivíduos com seus egos enfraquecidos se faria necessário uma centralização das instituições, ou seja, a criação de uma "indústria cultural" que, com seus vários setores, fosse capaz de orientar as ações desses indivíduos, mantendo assim a própria sociedade.

Para eles, a produção de cultura na sociedade capitalista obedeceria aos mesmos princípios da produção em geral, isto é, aqueles associados à lógica comercial, portanto, ao lucro. Os produtos culturais, uma vez fabricados, circulariam como mercadorias, como objetos idênticos e, em seu movimento, contribuiriam para a acumulação de capital. Quando as pessoas compravam os objetos, eles os atomizavam, constituindo-os como sujeitos atomizados necessários à reprodução do capitalismo[8].

Por isso mesmo, Horkheimer e Adorno recusam o termo "cultura de massa", que sugeriria uma cultura espontânea advinda das massas (baixo para cima), e formulam o conceito analítico de indústria cultural: esse mecanismo criado pela sociedade capitalista que fabrica produtos adaptados ao consumo da população, *top-down*, e que, geralmente, resulta na própria determinação desse consumo. A formação da platéia cria o mercado. Dentro dessa perspectiva, tudo o que é produzido pela indústria cultural é considerado integralmente "mercadoria", tal como Marx a define – a unidade de valor de uso e valor de troca[9].

2.1.2. Cultura e Reprodutibilidade Técnica

7HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor W. A Indústria Cultural: O Iluminismo como Mistificação das Massas. in LIMA, Luiz Costa. Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
8Op. cit. p. 169
9Op. cit. p. 170

Marcuse, que retoma essa discussão nos anos 60, afirma que a literatura, as artes, a filosofia e a religião estariam relegados ao âmbito da cultura, todas de certa forma apartadas daquilo que ele chamou de práxis social, a qual por sua vez seria uma série de "práticas" e condutas pertinentes ao desenvolver das atividades do dia a dia. Para ele, o fundamento teológico e o valor de culto conferem à obra um caráter transcendental. Retira-a da realidade material e histórica e insere-na em uma esfera superior, separada da realidade.

Produzida por uma entidade divina ou por um "gênio individual", a obra é alçada ao mundo espiritual e oposta ao mundo material. Trata-se de um tipo de obra de arte que se encaixa na noção idealista de cultura, pois se encontra cingida da realidade material e não pode ser transformada, apenas acessada para uma fruição individual, desinteressada e subjetiva por parte do receptor[10].

A cultura seria identificada como o complexo de objetivos e valores morais, intelectuais e estéticos considerados por uma sociedade como meta da organização, da divisão e da direção de seu trabalho, havendo metas culturais e meios factuais. Assim, a cultura se relacionaria a uma dimensão superior, da autonomia e da realização humana, enquanto a práxis social (ou o que Marcuse chama de "Civilização") indicaria o âmbito da necessidade, do trabalho e do comportamento socialmente necessários; ao passo em que o conceito de progresso (progresso técnico propriamente dito) vai se estabelecendo cada vez mais no reino das necessidades e formas de trabalho do homem, essa relação entre "cultura superior" e práxis social vai se transformando.

Para ele, com a complexalização das práticas capitalistas e, dessa forma, com o aumento do processo de reificação da sociedade, haverá uma verdadeira incorporação e imbricação entre a práxis social e a cultura, resultando negativamente nesta última, principalmente em relação a seus objetivos transcendentes[11].

Em outras palavras: o papel da cultura em estabelecer a relação com o simbólico e o sublime continua existindo, mas o veículo no qual esse processo se manifesta é uma mercadoria. Dessa maneira, Marcuse faz uma espécie de apologia à forma como a filosofia do passado era entendida, mais

10MARCUSE, Herbert. Sobre o caráter afirmativo de cultura. Cultura e sociedade. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 95
11MARCUSE, Herbert. Tecnologia, Guerra e Fascismo. São Paulo: Unesp, 1998.

precisamente no tocante à sua característica básica de propor a reflexão acerca do mundo e do homem, dentro de um constante sentimento deste último de mal estar com a sociedade, sua posição, sua ação[12].

Com a reorientação dos moldes das relações de sociais e trabalho, com o recrudescimento das formas capitalistas de produção, essa mesma "cultura superior" (da reflexão, do contestamento, construída por um espírito imbuído de um caráter antagônico a ordem) se torna ideológica, utópica, sendo dominada pela lógica utilitarista e de operacionalismo do pensamento vigente da sociedade industrializada: ela se rende e perde seu caráter questionador[13].

As manifestações culturais, então produzidas socialmente em espaços qualitativamente diferenciados e portadores de subjetividades, perdem sua dimensão de especificidade ao serem submetidas à lógica da economia e da administração. O exercício do lúdico e do descanso é prejudicado e em seu lugar são propostos hábitos de consumo de produtos que, na verdade, são reproduções do processo de trabalho. A vida cultural, agora tornada indústria, herdou a produção em série, a padronização, a repetição, ou seja, a pseudo-individualização[14].

Contando com a técnica sempre no centro do processo, ela passa a ser operada por grandes conglomerados econômicos. O esquematismo da produção na indústria cultural e sua subordinação ao planejamento econômico promovem a fabricação de mercadorias culturais idênticas; pequenos detalhes atuam sempre no sentido de conferir-lhes uma ilusória aura de distinção. A obra de arte, que era anteriormente veículo da ideia, é completamente dominada pelo detalhe técnico, pelo efeito, substituída pela fórmula. Estes atingem igualmente o todo e a parte, fazendo com que não exista nenhuma conexão entre eles, além de uma harmonia artificial[15].

Essa mesmice, no entanto, acaba sendo o desejo do regojizo: ao ser apresentado o sempre mesmo final do filme, o sempre mesmo ponto alto da canção, surge o contentamento por meio do reconhecimento. O caminho que vai sendo cruzado pelas mercadorias culturais na sociedade contemporânea não pode, portanto, ser compreendido destacado do conceito de técnica[16].

12RIBEIRO, Paulo Silvino. "Considerações sobre cultura em Herbert Marcuse e Walter Benjamin"; Brasil Escola. Disponível em https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/consideracoes-sobre-cultura-herbert-marcuse-walter-benjamin.htm em 01/07/2020

13RIBEIRO, Paulo Silvino. "Considerações sobre cultura em Herbert Marcuse e Walter Benjamin"; Brasil Escola. Disponível em https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/consideracoes-sobre-cultura-herbert-marcuse-walter-benjamin.htm em 01/07/2020

14DIAS, Marcia Tosta. Os Donos da Voz: Indústria Fonográfica Brasileira e Mundialização da Cultura. p. 25. São Paulo: Boitempo, 2000.

15Op. cit. p. 26

À medida em que esta avança, são criadas as novas condições de uso que demandam soluções à altura por parte do mecanismo jurídico que sustenta tal apropriação privada da informação: o direito autoral.

2.2. AUTORIA E CRIAÇÃO

Do outro lado do espelho, porém no centro do direito autoral, está o autor, em nome de quem é realizada a proteção legal utilizada na criação do direito de exclusivo sobre a obra, unidade básica de valor e sustentáculo do sistema. Mas quem é este personagem? O que caracteriza a autoria?

É certo que a figura do autor trabalhada no imaginário popular é resultado em grande parte do positivismo do século XIX aliado à necessidade do mercado em promover o "gênio" como titular da reserva de mercado; portanto, é fundamental análise mais detida sobre esta figura romântica do autor, sob pena de aceitarmos de forma acrítica um conceito que decorre de bases materiais já superadas.

O conceito de "autoria", embora altamente visível na lei de direitos autorais contemporânea, geralmente aparece como um foco de consenso ao invés de debate. A "autoria", conforme implantada em textos e em compreensões culturais, tem sido tudo, menos uma base estável e inerte para a estrutura da doutrina dos direitos autorais. Em vez disso, o conceito ideologicamente carregado tem sido uma força ativa de modelagem e desestabilização na construção dessa estrutura[17].

O estudo dos direitos autorais é um campo especialmente reticente à análise do contexto sociocultural de seus institutos, e à consequente necessidade de adequação da análise destes direitos à luz das dinâmicas contemporâneas. Isto faz desta área particularmente refratária aos avanços realizados pela ciência jurídica em anos recentes, em especial a civilística[18].

Estes avanços podem ser sintetizados em três vetores fundamentais que atuam sobre os institutos jurídicos e sobre os direitos[19]: a percepção de sua *historicidade*, da sua *funcionalização* e de sua *relatividade*. Por percepção histórica, entende-se a desvinculação da ideia de naturalidade e

16Op. cit. p. 27. São Paulo: Boitempo, 2000. A autora alerta ainda que um outro enfoque do tema é apresentado por Umberto Eco, "*Innovation et répétition: Entre ésthetique moderne et post-moderne"*, Réseaux, n.68, Paris: cnet, 1994, p. 09-26

17JASZI, Peter. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of Authorship. Duke L.J. 455: 1991.

18SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

19LEWICKI, Bruno. Historicidade do direito autoral. In: Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem a Pe. Bruno Hammes. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

existência suprassocial ou transcendental dos direitos. Na funcionalidade se vislumbra a compreensão dos institutos como parte de um sistema, dentro do qual desempenham determinadas funções não podendo sua análise ser reduzida aos aspectos estruturais, sob pena de esvaziar-se de sentido. Por último, a relatividade implica na contextualização dentro do sistema jurídico, em relação aos demais direitos, visto que as partes de um sistema, para e por ser sistema, devem necessariamente se relacionar umas com as outras. A ausência desta tríplice perspectiva no estudo e exame das matérias concernentes aos direitos autorais leva a um encerramento dogmático que "acaba por lembrar mais a religião que o saber secular"[20].

Tal obscurantismo, se não combatido, pode trazer como consequência a paulatina insignificância social da ordem normativa dos direitos autorais, e por isso mesmo deve ser evitado e afastado[21]. Assim, caso a autoria se iguale ao controle econômico que as empresas exercem, deveríamos concluir que o direito autoral, em essência, visa recompensar quem melhor o explora? Ou conferir autoria aos empregadores é uma aberração à qual devemos resistir, para que o direito autoral não perca seu elenco humanista ou seu apelo moral[22]?

2.2.1. A "Morte do Autor"

Essa discussão vai muito além dos contornos teóricos jurídicos. O conceito de autoria foi objeto de intensa polêmica nos círculos pós-estruturalistas, movimento intelectual que instaura uma teoria da desconstrução na análise literária, liberando o texto para uma pluralidade de sentidos. A realidade é considerada como uma construção social e subjetiva, em perpétuo devir, e é aceita como pressuposto a cisão entre o significante e o significado[23].

Em 1967, o crítico e teórico francês Roland Barthes publicou *La mort de l'auteur*[24], ensaio no qual argumenta contra a prática tradicional da crítica literária de incorporar as intenções e o contexto

20Op. cit. p. 283
21SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020
22GINSBURG, Jane C., The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law (January 10, 2003). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=368481 em 01/08/2020
23PETERS, Michael. Pós-estruturalismo e filosofia da diferença. Belo Horizonte: Autêntica. 2000. p. 29
24BARTHES, R. A Morte do Autor. In: BARTHES, R. O Rumor da Língua. São Paulo: Martins Fontes, 2004

biográfico de um autor na interpretação de um texto. Em vez disso, argumenta que a escrita e o criador não estão relacionados. Se posiciona assim contra o método de leitura e crítica que se baseia em aspectos da identidade do autor para destilar significado de sua obra. Nesse tipo de crítica contra a qual ele argumenta, as experiências e preconceitos do autor servem como uma "explicação" definitiva do texto.

Para Barthes, entretanto, esse método de leitura pode ser aparentemente organizado e conveniente, mas na verdade é desleixado e imperfeito: "Dar um autor a um texto" e atribuir-lhe uma interpretação única e correspondente "é impor um limite a esse texto"[25]. Os leitores devem, portanto, de acordo com Barthes, separar uma obra literária de seu criador para libertar o texto do que chama de tirania interpretativa.

Cada peça escrita contém várias camadas e significados. Em uma citação bem conhecida, Barthes faz uma analogia entre texto e têxteis, declarando que um "texto é um tecido de citações", extraído de "inúmeros centros de cultura", em vez de uma experiência individual[26]. O significado essencial de uma obra depende das impressões do leitor, e não das paixões ou gostos do escritor; "a unidade de um texto não está em suas origens" ou em seu criador, "mas em seu destino" ou em seu público[27].

Deixando de ser o foco da influência criativa, o autor é apenas um "escritor" (*scripteur,* palavra que Barthes usa expressivamente para romper a tradicional continuidade de poder entre os termos "autor" e "autoridade"). O escritor existe para produzir, mas não para explicar a obra e nasce simultaneamente com o texto, não está de forma alguma equipado com um ser anterior ou superior à escrita, e “não é o sujeito com o livro como predicado". Cada obra é "eternamente escrita aqui e agora", a cada releitura, porque a "origem" do significado está exclusivamente na "própria linguagem" e em suas impressões sobre o leitor, citando Mallarmé e os surrealistas para sustentar que toda a poética consiste em suprimir o autor em favor da escrita (que é, afirma, devolver seu lugar ao leitor).

Barthes situa certeiramente a figura autoral em sua historicidade. Trata-se de uma personagem moderna, produzida por nossa sociedade na medida em que, ao sair da idade média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da reforma, ela descobriu o prestígio do indivíduo ou, como se diz mais nobremente, da “pessoa humana”. Então é lógico que, em matéria de literatura, seja o

25Op. cit. p. 63
26Op. cit. p. 62
27Op. cit. p. 70

positivismo, resumo e ponto de chegada da ideologia capitalista, que tenha concedido a maior importância à "pessoa" do autor[28].

Sergio Bellei afirma que, em sua especificidade, o autor que surge como proprietário de textos originais a partir do século XVIII difere significativamente do autor renascentista e do autor medieval. A força ideológica que vai, aos poucos, naturalizando o seu sentido histórico, acaba por consolidá-lo como valor universal. É nesse contexto que, digamos, tanto James Joyce como William Shakespeare, separados por três séculos, podem ser identificados como "autores". Acompanha esse processo de naturalização e universalização, finalmente, um acúmulo de poder institucional que propulsiona o mercado editorial, a sacralização do gênio e da obra clássica e a disseminação de textos canônicos. A dimensão desse argumento que adquire maior visibilidade é aquela de uma teoria que pretendia ser, na época, nova e revolucionária. A proposta era questionar radicalmente toda e qualquer origem em função do entendimento do texto enquanto espaço não unificado de dispersão e disseminação de significados fora de controle. Um texto passa, portanto, a ser visto como um intertexto que nenhum autor pode controlar porque cada significado alude não a um ou mais sentidos específicos (ou seja, a uma pluralidade controlável de significados), mas a uma multiplicidade sem limites porque desprovida de centro ou origem[29].

2.2.2. A "Função Autor"

Michel Foucault logo também abordou a questão do autor na interpretação crítica. Em seu ensaio de 1969 *Qu'est-ce qu'un auteur?*[30], desenvolveu a ideia de "*função autor*" para explicar o autor como um princípio classificador dentro de uma formação discursiva particular. Foucault complementa e problematiza o texto de Barthes principalmente porque, ao enfatizar as dimensões históricas, econômicas e sociais do conceito de "autor", consegue entender com mais rigor o que poderia significar a morte da figura autoral em uma dinâmica de aparecimento e desaparecimento. Não basta repetir perpetuamente como afirmação vazia que o autor desapareceu. Para além do desaparecimento, é preciso localizar o espaço assim deixado vago pela desaparição do autor, seguir atentamente a

28Op. cit. p. 54
29BELLEI, Sérgio Luiz Prado. A Morte do Autor: Um retorno à cena do crime. Criação e Crítica 12. Disponível em https://www.revistas.usp.br/criacaoecritica/article/view/69866 em 01/08/2020
30FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? Société Française de Philosophie, Bulletin 63 (3):73 (1969). Disponível em https://philpapers.org/rec/FOUQQA em 01/08/2020

repartição das lacunas e das falhas e espreitar os locais, as funções livres que essa desaparição faz aparecer[31].

Foucalt estabelece que a pergunta do autor exige uma resposta direta. Quando estudamos a história de um conceito, de um gênero literário ou de um ramo da filosofia, essas preocupações assumem uma posição relativamente fraca e secundária em relação ao papel sólido e fundamental de um autor e de suas obras:

> Argumentou-se que eu não havia descrito Buffon ou seu trabalho adequadamente e que minha maneira de lidar com Marx era lamentavelmente inadequada em termos da totalidade de seu pensamento. Embora essas objeções fossem obviamente justificadas, elas ignoraram a tarefa que eu me propusera: não tinha intenção de descrever Buffon ou Marx ou de reproduzir suas afirmações ou significados implícitos, mas, de forma simples, eu queria localizar as regras que formaram um certo número de conceitos e relações teóricas em suas obras[32].

O autor se confunde portanto com as regras, conceitos e relações teóricas que estabelece em suas obras. Foucault denomina essa metonímia de *função autor*, definida como a característica do modo de existência, de circulação e de funcionamento de alguns discursos no interior de uma sociedade. Diz ele que o discurso não era, na sua origem, um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um ato – um ato colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo. Historicamente, foi um gesto carregado de riscos antes de se tornar um bem preso num circuito de propriedades[33].

Assim que se instaurou um regime de propriedade para os textos, assim que se promulgaram regras escritas sobre os direitos de autor, sobre as relações autores-editores, sobre os direitos de reprodução, etc. – isto é, no final do século XVIII e no início do século XIX – foi nesse momento que a possibilidade de transgressão própria do ato de escrever adquiriu progressivamente a aura de um imperativo típico da literatura[34].

Para Foucalt, a autoria, na literatura, nas ciências, nas artes ou na filosofia, é resultado de uma construção, marcada por continuidades, deslizamentos e rupturas, que fizeram de nós aquilo que ainda somos hoje em grande medida: autores, responsáveis por nossa "obra", portadores de certos privilégios hermenêuticos e detentores de direitos patrimoniais e morais sobre ela. E conclui:

31BELLEI, Sérgio Luiz Prado. A Morte do Autor: Um retorno à cena do crime. Criação e Crítica 12. Disponível em https://www.revistas.usp.br/criacaoecritica/article/view/69866 em 01/08/2020

32FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? Société Française de Philosophie, Bulletin 63 (3):73 (1969). Disponível em https://philpapers.org/rec/FOUQQA em 01/08/2020

33Op. cit.

34Op. cit.

> Por outro lado, a função autor não se exerce de forma universal e constante sobre todos os discursos. Na nossa civilização, nem sempre foram os mesmos textos a pedir uma atribuição. Houve um tempo em que textos que hoje chamaríamos "literários" (narrativas, contos, epopéias, tragédias, comédias) eram recebidos, postos em circulação e valorizados sem que se pusesse a questão da autoria; o seu anonimato não levantava dificuldades, a sua antiguidade, verdadeira ou suposta, era uma garantia suficiente[35].

A obra considera a relação entre autor, texto e leitor; concluindo que o autor é um certo princípio funcional pelo qual, em nossa cultura, se limita, exclui e escolhe: o autor é, portanto, "a figura ideológica pela qual se marca a maneira como tememos a proliferação do sentido"[36].

Embora entendendo o autor enquanto força repressiva do discurso, Foucault evita repetir o gesto utópico de Barthes que sonha com o desaparecimento da tirania autoral[37]. "Seria puro romantismo", afirma, "imaginar uma cultura em que a ficção circularia em estado absolutamente livre, à disposição de cada um, desenvolver-se-ia sem atribuição a uma figura necessária ou obrigatória". Pertencendo ao devir histórico, a função autoral pode mudar de forma, mas dificilmente desaparecerá. Poderá "funcionar de novo de acordo com um outro modo, mas sempre segundo um sistema obrigatório que não será mais o do autor, mas que fica ainda por determinar e talvez por experimentar[38].

Subjacente a essa afirmação está o Foucault que formulou uma teoria do poder onipresente que preenche todo e qualquer espaço. Se uma forma de poder desaparece em certo momento histórico, ressurgirá de outra forma mais adiante. Resta saber se outras eventuais formas de poder "por determinar" seriam menos opressivas, e portanto mais desejáveis, do que o poder autoral[39] [40].

35Op. cit.

36Op. cit.

37BELLEI, Sérgio Luiz Prado. A Morte do Autor: Um retorno à cena do crime. Criação e Crítica 12. Disponível em https://www.revistas.usp.br/criacaoecritica/article/view/69866 em 01/08/2020

38FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? Société Française de Philosophie, Bulletin 63 (3):73 (1969). Disponível em https://philpapers.org/rec/FOUQQA em 01/08/2020

39Op. cit.

40 Ainda no campo pós-estuturalista, Umberto Eco também contribui para este debate a partir de três constatações: toda obra de arte é aberta porque não comporta apenas uma interpretação; a "obra aberta" portanto não é uma categoria crítica, mas um modelo teórico para tentar explicar a arte contemporânea; e qualquer referencial teórico usado para analisar a arte contemporânea não revela suas características estéticas, mas apenas um modo de ser dela segundo seus próprios pressupostos.
Em "A poética da obra aberta", a intencionalidade é considerada um pressuposto da obra aberta. Além de toda obra possibilitar várias interpretações, a obra aberta apresenta-se de várias formas e cada uma delas se submete ao julgamento do público. À medida que o autor cria várias obras, deixando ao executante escolher uma das seqüências possíveis e definir, por exemplo, a duração dos sons, a própria execução da obra torna-se um ato de criação. Nesse sentido, autoria e co-autoria acabam se confundindo de tal maneira que já não se pode falar de uma obra de arte, mas de várias "obras". Cumpre lembrar que, apesar de seu caráter indeterminado, que pode culminar num sem-número de configurações formais, ainda assim, segundo o texto de Eco, se pode falar de "obra", única e individual, na medida em que as várias possibilidades combinatórias estão de antemão previstas pela estrutura mesma da obra que se propõe aberta.

Declarado um empecilho à livre significação do texto, reconhecido como jurídica e culturalmente funcional ou desvinculado da compreensão da obra, o autor individual se encontra hoje também diluído pela ampliação das contribuições individuais na elaboração de certas obras contemporâneas[41].

2.2.3. A Centralidade do Autor no Ordenamento Jurídico

Todavia, nos debates jurídicos modernos sobre direitos autorais, a figura do autor está frequentemente ausente. Como resultado, essas discussões tendem a perder de vista o papel dos direitos autorais em fomentar a criatividade. Reorientar a discussão sobre os autores – os sujeitos constitucionais dos direitos autorais – é restaurar uma perspectiva adequada sobre a matéria, como um sistema projetado para fazer avançar o objetivo público de expandir o conhecimento, por meio do estímulo aos esforços e imaginação de atores criativos privados.

A lei de direitos autorais só faz sentido caso reconhecida a centralidade do autor, o criador humano da obra. Como os direitos autorais surgem do ato de criar uma obra, os autores têm reivindicações morais que nem os intermediários corporativos nem os usuários finais podem afirmar. Isso torna essencial a discussão sobre o que a autoria significa nos sistemas de direitos autorais de hoje – quando já são corriqueiras obras criadas usando sistemas de inteligência artificial, por exemplo.

Jane Ginsburg afirma que as reivindicações de autoria, na verdade o próprio conceito de autoria na lei de direitos autorais, foram recebidos com ceticismo considerável, até mesmo hostilidade, e não apenas por parte da crítica pós-estruturalista[42].

Muitos destes afirmam que o direito autoral depende exclusivamente da figura romântica – ou mesmo fictícia – do gênio "autor". Mas sabemos hoje que esse personagem não é nem soberano, nem

---

Em todo caso, a antinomia é bastante clara, servindo de ponto de discórdia entre os leitores e comentadores do livro: as obras de arte teriam como característica a ambigüidade e a auto-reflexibilidade, de tal maneira que,ainda que tomando uma forma fechada como um organismo equilibrado, “é também aberta, isto é, passível de mil interpretações diferentes, sem que isso redunde em alteração em sua irreproduzível singularidade”. Desta forma, na teoria de Umberto Eco, o receptor ocupa um lugar privilegiado, já que a cada fruição o intérprete produz “uma interpretação e uma execução, pois em cada fruição a obra revive dentro de uma perspectiva original”. Cf. ECO, Umberto. Obra Aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas. São Paulo: Perspectiva, 2005. Disponível em https://teoliteraria.files.wordpress.com/2013/02/eco-umberto-obra-aberta.pdf em 01/08/2020

41SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

42GINSBURG, Jane C., The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law (January 10, 2003). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=368481 em 01/08/2020

individual, como sugere a visão romântica. O mérito artístico nunca foi um pré-requisito para os direitos autorais (pelo menos não em teoria), mas os autores não são necessariamente menos criativos por serem múltiplos. Como resultado, o silogismo "o autor romântico está morto; direitos autorais se referem à autoria romântica; os direitos autorais também devem estar mortos", falha[43].

Ginsburg prossegue com a seguinte indagação, reformulando a sentença que abriu este tópico: quem é o autor, portanto, *em relação à lei de direitos autorais*? Ainda que os autores sejam centrais para a reivindicação do direito, a doutrina dos direitos autorais sobre a autoria é surpreendentemente esparsa. Poucas decisões judiciais abordam o que significa autoria ou quem é um autor. Poucas leis definem a autoria. A autora realizou estudo comparado sobre tal questão específica. Os resultados desta investigação revelam uma variação considerável, não apenas na comparação entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*, mas em cada regime legal. É mais fácil afirmar que os autores são os primeiros beneficiários do *copyright / droit d´auteur* do que determinar o que torna alguém um autor[44].

De acordo com Ginsburg, os sistemas jurídicos parecem concordar que um autor é um ser que exerce um julgamento subjetivo na composição da obra e que controla sua utilização. Mas tal descrição não captura totalmente ou esgota a categoria de "autores". Requisitos autorais adicionais ou alternativos variam do “fruto do lavoro” (*sweat of the brow*) ao trabalho altamente qualificado, passando pela intenção de ser um autor criativo e ainda o investimento realizado.

A abrangência insuficiente ou excessiva do critério de julgamento subjetivo depende de qual dessas outras características nacionais autoriza o crédito. Além disso, a avaliação da atividade autoral também parece depender tanto do número de autores putativos quanto da natureza do trabalho. Exemplos desta última variável incluem trabalhos derivados de trabalhos anteriores, e aqueles cuja criação foi assistida por máquinas[45].

O equilíbrio que a lei tradicionalmente atinge é entre as proteções concedidas ao autor e o uso ou acesso público concedido a todos os outros. O objetivo é dar ao autor incentivo suficiente para produzir. Construídos na lei de direitos autorais estão limites ao poder do autor de controlar o uso das idéias que ele criou[46].

43Op. cit.
44Op. cit.
45Op. cit.
46HASSAN, Robert. THOMAS, Julian.The New Media Theory Reader. Open University Press, 2006. p. 139

2.2.4. Princípios de Autoria na Legislação Comparada

Jane Ginsburg, em seu abrangente estudo comparativo, identifica seis princípios comuns ou compartilhados, quando da determinação da autoria (ou "*Six Principles in Search of an Author"*, à moda de Pirandello)[47]:

a) Em primeiro lugar, a autoria coloca a mente sobre o músculo: a pessoa que conceitualiza e dirige o desenvolvimento do trabalho, em vez da pessoa que simplesmente segue ordens para executar o trabalho. A maioria das leis de direitos autorais nacionais concorda que a mera execução não torna uma pessoa um autor. Um "autor" concebe a obra e supervisiona ou de outra forma exerce o controle sobre sua execução.

b) Em segundo lugar, a autoria privilegia a mente sobre a máquina: a participação de uma máquina ou dispositivo, como uma câmera ou um computador, na criação de um trabalho não precisa privar seu criador do status de autoria, mas quanto maior o papel da máquina na produção do trabalho, maior a necessidade do autor demonstrar como seu papel determinou o conteúdo da obra.

c) O terceiro princípio da autoria é que originalidade é sinônimo de autoria. Esse princípio parece, à primeira vista, o mais universal e o menos contestado. Na verdade, porém, diferentes países desenvolveram conceitos diferentes sobre que tipo de contribuição torna uma obra "original". E mesmo dentro de uma única jurisdição, o nível necessário de originalidade pode variar com a natureza do trabalho.

d) Referências alternativas para a autoria persistem em alguns países, mais notavelmente, o padrão de "habilidade e trabalho" (*skill and labour*) do Reino Unido, anteriormente conhecido nos EUA como "*copyright sweat*". Então, o "suor" oferece um quarto princípio: o autor não precisa ser criativo, desde que transpire. Entretanto, tanto o quantitativo quanto a qualidade do "suor" podem ser importantes para a determinação da autoria. Produções baratas e fáceis não têm suor suficiente; por outro lado, as reproduções que requerem grande talento e habilidade técnica podem ser qualificadas como obras de autoria protegidas, mesmo se forem cópias de obras pré-existentes. Este seria o caso da fotografia e outras réplicas de obras de arte de alta qualidade.

e) As anomalias percebidas no reconhecimento de autoria em um trabalho copiado de seus predecessores desencadearam um debate sobre se a autoria reconhecível deve depender da intenção do

47GINSBURG, Jane C., The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law (January 10, 2003). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=368481 em 01/08/2020

suposto autor de criar um trabalho próprio, em oposição a seu intento de emular um trabalho pré-existente, ou para restaurar um trabalho anterior parcialmente perdido ou danificado. A intenção de ser um autor representa, portanto, um quinto princípio.

f) O sexto princípio: o dinheiro fala; talvez também escreva, redija, pinte, etc. A justificativa para a "autoria" do empregador / contratante é principalmente pragmática: a concentração da autoria, bem como da titularidade nos empregadores e tomadores de serviços, certamente facilita a exploração, alienando completamente criadores potencialmente incômodos. A atribuição de autoria parece ter menos a ver com uma equivalência filosófica de empregadores ou contratantes com os criadores do que com uma centralização utilitária de controle na parte economicamente dominante[48].

Não há portanto um único conceito ou definição capaz de abarcar a autoria como gênese do direito autoral; os princípios elencados acima não são necessariamente congruentes ou comuns a todos os sistemas e jurisdições.

2.2.5. Autoria e Aquisição de Elementos Culturais

Ascensão afirma que a autoria é a pedra angular que sustenta todo o arcabouço jurídico do direito autoral, apesar de que o mais remoto antecedente de proteção autoral surge com a invenção da imprensa, já então com o objetivo de proteção da empresa: dá-se um privilégio, ou monopólio, ao impressor. O que significa que a *ratio* da tutela não foi proteger a criação intelectual mas sim, desde o início, proteger os investimentos – porém, utilizando a figura do autor…[49]

Esta mesma tensão sobrevive até hoje. Neste sentido, advertiu o professor William Cornish, da Universidade de Cambridge, em palestra proferida na Columbia Law School:

> Devemos nos empenhar para preservar os benefícios reais das leis de direitos autorais para os autores em cujo nome eles são concedidos. Eles procuram garantir que as leis de direitos autorais não sejam meros pretextos para proteger o investimento e a iniciativa empresarial de seus parceiros comerciais. Por que, afinal, continuamos a ter leis de direitos autorais que derivam sua força legal e moral do ato de criatividade? Por que não temos então apenas leis de proteção aos investimento dos produtores?[50]

48*Op. cit.*
49ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. p. 04. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
50CORNISH, W. R. The Author as Risk-Sharer. 15th Manges Lecture, Columbia Law School. 26 Columbia Journal Of Law & Arts (2002). Disponível em https://lse.rl.talis.com/items/14D4C559-CDE4-60C7-37FB-76ABBBD87B82.html em 01/08/2020. Tradução livre.

James Boyle[51], ao discutir as motivações do legislador constitucional norte-americano na outorga da proteção, aponta a discussão do significado legal e cultural da figura do autor romântico, cujos efeitos vão muito além dos limites do regime legal dos direitos autorais. A exploração de Boyle começa com um breve exame dos debates do século XVIII sobre a plausibilidade conceitual de se criar um direito de “propriedade” para um autor em seus livros.

Ele argumenta que, no início, a propriedade intelectual apresentava pelo menos três problemas conceituais significativos, a maioria dos quais persiste em nosso pensamento atual sobre propriedade intelectual. Os teóricos do século XVIII analisaram a questão de como criar um regime que outorgava ao “proprietário” um direito de propriedade sobre algo intangível, sem comprometer as categorias legais já estabelecidas de propriedade real e pessoal, tangível.

Em segundo lugar, a questão de como outorgar direitos de propriedade intelectual sem restringir ou impedir a inovação futura e o livre fluxo de informações, que é a força vital da teoria política e econômica liberal.

E, terceiro, uma vez superadas as duas primeiras dificuldades conceituais, havia a questão de como justificar a criação de uma forma especial de propriedade para os autores de livros, quando outros trabalhadores não detinham direitos residuais sobre os frutos de suas tarefas.

Boyle sugere que tais questões, tão relevantes hoje como no século XVIII, se reúnem na "*figura* do autor romântico, no *tema* associado à originalidade e na *distinção conceitual* entre idéia e expressão[52]". A inovação da lei de direitos autorais consistiu em desagregar o conceito de propriedade dos livros, mantendo para o autor a forma original de expressão autoral – o valor agregado intelectual que fornece a justificativa para os direitos do autor – enquanto o comprador do livro recebe o livro físico e as idéias nele expressas.

Boyle argumenta que essa separação entre a expressão "original" de um autor e as idéias das quais é feita e produzida, desempenha quatro funções críticas na resolução (ou talvez na obscurecência) de algumas das dificuldades conceituais que permanecem no cerne das teorias políticas e econômicas

51BOYLE, James. Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1996, ISBN 0674805224. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/270923213_James_Boyle_Shamans_Software_and_Spleens_Law_and_the_Construction_of_the_Information_Society_Cambridge_MA_Harvard_University_Press_1996_ISBN_0674805224_288_pp_4300_hb_1850_pb em 01/08/2020

52Op. cit., “… the *figure* of the romantic author, the associated *theme* of originality, and the *conceptual distinction* between idea and expression” - ênfases no original. Tradução livre.

liberais da informação: a divisão de idéia / expressão fornece uma base conceitual para direitos de propriedade parciais e limitados, sem colapsar completamente a noção de propriedade intelectual dentro do conceito de mera concessão estatal, utilitarista, atemporal e limitada, revogável à vontade.

Segundo, essa divisão fornece uma justificativa filosófica, amoral, para cercar os bens comuns, dando ao autor propriedade de algo construído a partir dos recursos do domínio público – idioma, cultura, gênero, comunidade científica e outros, a partir do contributo mínimo de originalidade.

Terceiro, a dicotomia idéia / expressão circunscreve o âmbito da uma teoria trabalhista da propriedade. Todo autor tem o direito, mas devido à restrição do direito à originalidade da expressão, o direito residual à propriedade é apenas para os trabalhadores da palavra e da imagem, não para os trabalhadores do mundo…

Quarto, a divisão idéia / expressão resolve (ou pelo menos oculta) a tensão entre o público e o privado. Ao desagregar o livro em "ideia" e "expressão", é possível dar a idéia (e os fatos em que se baseiam) para o público e manter a expressão para o escritor, aparentemente mediando a contradição entre o bem público e a necessidade (ou ganância) privada[53]. E prossegue, numa perspectiva internacionalista no qual sobra até para a dança “lambada”:

> O conceito de autor permanece como o portão pelo qual se deve passar para adquirir direitos de propriedade intelectual. No momento, esse é um portão que tende a proteger desproporcionalmente a contribuição dos países desenvolvidos para a ciência e a cultura mundial. O curare, o batik, os mitos e a dança 'lambada' saem dos países em desenvolvimento, desprotegidos pelos direitos de propriedade intelectual, e retornam na forma de Prozac, Levis, Grisham e o filme “Lambada! - A Dança Proibida” - protegidos por um conjunto de leis de propriedade intelectual, que por sua vez são apoiadas pela ameaça de sanções comerciais.
> Disparidades em tecnologia e riqueza significam que, qualquer que seja o sistema de propriedade intelectual adotado, os países desenvolvidos seriam mais capazes de explorar, comercializar e lucrar com os objetos de propriedade intelectual. Mas um sistema de propriedade intelectual centrado no ideal do criador transformador e original compõe essas tendências. Isto porque a vantagem competitiva tradicional dos países em desenvolvimento tem sido o fornecimento de matérias-primas, e **o valor que o regime autoral atribui às matérias-primas para a produção de propriedade intelectual é zero**[54].

Como toda obra se baseia inevitavelmente em trabalhos anteriores, alguns em maior extensão do que outros, fornecer um monopólio muito grande atrapalha o desenvolvimento de novos trabalhos, limitando o uso futuro de criadores de trabalhos anteriores – aqui residindo a tensão fundamental do estatuto de direitos autorais.

53Op. cit. p. 123
54Op. cit. pp. 125-6. Tradução livre.

2.3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS

A obra ou a invenção são coisas incorpóreas, e a justificativa de sua escassez é artificial – o Direito Autoral. Para Oliveira Ascensão, "uma escultura, por exemplo, não é o bloco de pedra que materializa a criação artística, mas a própria idéia artística que na pedra ficou materializada. A mais valia econômica do exemplar original é uma realidade alheia ao direito de autor; mesmo o chamado direito de sequência, nomeadamente, será um direito sobre o exemplar, mas em si não é conteúdo do direito de autor, pois este recai sobre a obra como bem incorpóreo"[55]. O direito de autor recai sobre a expressão intelectual da idéia e não sobre o suporte material desta. Quando se vende a estátua, não se aliena o direito de autor; e quanto o exercício dos direitos autorais se estende para um novo meio, não há como dissociar suas propriedades da forma de proteção[56].

William Fisher assim divide as quatro perspectivas que atualmente dominam a tônica acadêmica sobre a fundamentação da propriedade intelectual, e do direito autoral em específico: Teoria do Trabalho; Teoria da Personalidade; Utilitarismo; e Teoria do Planejamento Social[57], as quais por sua vez podem ser divididas em dois grupos: deontológico ou consequencialista (utilitário).

As justificativas deontológicas procuram apresentá-los como uma questão de direitos ou deveres, com base em que é moralmente correto fazê-lo, se aproximando dos direitos naturais. Neste campo se encontram a Teoria do Trabalho, de raiz lockeana, e a Teoria da Personalidade, fortemente moldada pelos escritos de Kant e Hegel e que permeia todo o sistema que adere ao *droit d´auteur*. Esta influência é especialmente evidente na proteção generosa que esses países fornecem aos direitos morais – direitos dos autores e artistas de controlar a divulgação pública de suas obras, de retirar suas obras da circulação pública, de receber o crédito apropriado por suas criações, e proteger suas obras contra mutilação ou destruição. Este agrupamento de direitos tem sido tradicionalmente justificado com o fundamento de que uma obra de arte incorpora e ajuda a realizar a personalidade ou vontade de seu criador.

Em contrapartida, as teorias consequencialistas ou utilitárias do direito autoral procuram justificar ou criticar a proteção que este instituto outorga com base nas consequências dessa proteção,

55ASCENSÃO, José de Oliveira. A Pretensa "Propriedade" Intelectual. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 20/2007 | p. 243 - 261 | Jul - Dez / 2007.
56Op. cit.
57FISHER, William. Theories of Intellectual Property, Disponível em https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf em 01/08/2020

afirmando ou fornecendo provas de que a proteção do direito autoral produz algum efeito desejável. Exemplos de tais formulações incluem as teorias de incentivos, que consideram a propriedade intelectual como uma forma necessária para incentivar a criação de novas obras criativas.

Fisher modula a teoria utilitária propondo ainda o conceito de Teoria do Planejamento Social, enraizado na proposição de que os direitos de propriedade em geral – e os direitos de propriedade intelectual em particular – podem e devem ser moldados de forma a ajudar a promover a realização de uma cultura justa e atraente. Essa abordagem é semelhante ao utilitarismo em sua orientação teleológica, mas diferente em sua disposição de implantar visões de uma sociedade desejável mais rica do que as concepções de "bem-estar social" implantadas pelos utilitaristas[58].

Nenhum dos grupos teóricos aqui descritos oferece respostas plenamente satisfatórias quando aplicados ao direito autoral (e à propriedade intelectual, de modo geral). Cada qual traz seu próprio conjunto de problemas particulares – o domínio público, por exemplo, é comparável ao "estado de natureza" lockeano, sugerindo estarmos diante de um direito natural; ao mesmo tempo, os direitos autorais somente se efetivam por expressa disposição legal, situação supostamente incompatível com um direito que antecede ao Estado.

De um modo geral, a legislação anglo-americana de direitos autorais (sistema do *copyright*) adere mais estreitamente a um sistema utilitário, enquanto os sistemas jurídicos continentais operam a partir de uma base de direitos morais – embora haja uma abundância de sobreposição de proteção nos dois sistemas, especialmente desde a entrada em vigor do Acordo TRIPS, o qual impôs globalmente o sistema da Convenção de Berna com algumas mitigações[59].

O reflexo desse paradoxo na fundamentação teórica fica evidente na esfera internacional, como demontrado pelo intercâmbio cada vez maior de institutos jurídicos de direito autoral entre os diferentes sistemas – como a criação de regimes *sui generis* de bens informáticos tendendo ao modelo do *copyright*, sem direitos morais, em países de tradição continental, ou a crescente influência dos direitos morais na legislação e jurisprudência norte-americana.

2.3.1. Teorias Deontológicas

58DUTFIELD, Graham; SUTHERSANEN, Uma (2008). **Global intellectual property law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar. pp. 51–52, 75. ISBN 978-1-84720-364-9.

59PESSERL, Alexandre Ricardo. Justificativas Teóricas do Direito Autoral: Uma Crítica das Posições Liberais e Utilitárias. In ALMANZA TORRES, Denis. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Orgs). Análise Econômica do Direito: da teoria à prática. 1ed. Curitiba: Íthala, 2018.

Os direitos naturais estão vinculados à lógica da aquisição da propriedade. O modelo compartilhado para a maioria das análises contemporâneas dos direitos naturais de propriedade intelectual é John Locke, em sua obra *Two treatises of government*, na qual o filósofo afirma que a sociedade civil foi criada para a proteção da propriedade, e que esta atende aos interesses privados (e não políticos) de seus membros constituintes.

Para que esta explicação funcione, os indivíduos devem possuir alguma propriedade fora da sociedade, isto é, no estado de natureza: o Estado não pode ser a única origem da propriedade, declarando o que pertence a quem. Se a finalidade do governo é a proteção da propriedade, esta deve existir independentemente do primeiro, fornecendo um relato de como a propriedade material poderia surgir na ausência de governo.

Ele afirma que cada indivíduo, no mínimo, "possui" a si mesmo; corolário de cada indivíduo sendo livre e igual no estado de natureza. Como resultado, cada um deve possuir seu próprio trabalho: negar-lhe isso seria torná-lo um escravo. Pode-se, portanto, tirar itens do estoque comum de bens pelo trabalho: uma maçã na árvore não serve a ninguém – ela deve ser colhida para ser comida – e a colheita dessa maçã a torna própria.

Locke afirma adicionalmente que devemos permitir que ela se torne propriedade privada, já que a um homem deve ser permitido comer, e assim o que ele come é seu próprio (no sentido de que ele poderia negar um pedaço para os outros). A maçã é certamente dele quando ele a engole: ela se tornou sua assim que ele *adicionou a ela o seu trabalho* colhendo-a da árvore – é a chamada *labour theory*, Teoria do Trabalho.

Locke assegura a seus leitores que o estado de natureza é um estado de *abundância*: qualquer um pode tomar da loja comunal se deixar a) bastante; e b) suficiente para os outros, e já que a natureza é abundante, um sujeito pode tomar tudo que puder usar sem tomar qualquer coisa de outra pessoa. Além disso, pode-se tomar apenas tanto quanto se pode usar antes de estragar.

Há então duas ressalvas com relação ao que se pode tomar do estado de natureza, a condição "bastante e suficiente" e a "deterioração". O ouro não apodrece. Nem prata, ou qualquer outro metal precioso ou jóia. Além disso, são inúteis, o seu valor estético não entrando na equação. Pode-se empilhar tanto quanto se deseja, ou levá-los em troca de alimento.

Pelo consentimento tácito da humanidade, eles se tornam uma forma de dinheiro (um sujeito aceita ouro em troca de maçãs com a compreensão de que alguém vai aceitar esse ouro em troca de trigo). Pode-se, portanto, evitar a limitação da deterioração, vendendo tudo o que se acumulou antes de apodrecer; desaparecem os limites de aquisição. Desta forma, Locke argumenta que um sistema econômico completo poderia, em princípio, existir dentro do estado de natureza. A propriedade poderia existir, portanto, antes da existência de governo, e assim a sociedade pode ser dedicada à proteção da propriedade[60].

A teoria dos direitos naturais de Locke tem a vantagem distinta de fornecer uma descrição geral do instituto da propriedade, que dá alguma orientação sobre quando a propriedade legítima está presente ou não. Em geral, o estabelecimento de direitos de propriedade surgiu como uma resposta eficiente à gestão de recursos escassos.

De acordo com a teoria dos direitos de propriedade, enquanto os direitos legais forem negociáveis e bem definidos, a "mão invisível" conduzirá as partes a um resultado eficiente; enquanto uma alocação incorreta de direitos de propriedade pode levar a custos mais altos e uma solução socialmente inferior. Nessa teoria, o papel do Estado é prover um sistema jurídico que permita definir, respeitar, manter e fazer cumprir os direitos de propriedade com equilíbrio (*balance*).

A existência de propriedade privada permite uma melhor valorização do bem ou recurso, dando lugar à formação de preços, o que acaba por resultar numa utilização mais adequada e eficiente do bem ou recurso. Isso é possível, pois a propriedade privada é caracterizada principalmente por ser exclusiva e transferível.

A propriedade também pode ser caracterizada como universal, na medida em que um conjunto completo de relações de propriedade entre todas as partes já está especificado, e como exequível, uma vez que os direitos de propriedade são confiáveis e não estão sujeitos a mudanças arbitrárias[61]. Assim, quando os recursos são escassos, os direitos de propriedade evitam a sobreexploração de um recurso que de outra forma (sem a propriedade privada) não seria conservado, devido aos poucos incentivos existentes para tanto.

60LOCKE, John. **Two Treatises of Government. Second Treaty, On property**. Disponível em 20/01/17 em http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf

61KRETSCHMER, M. The failure of Property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments, European Intellectual. In: Property Review (EIPR), Vol. 24 (3): pp. 126-137. Disponível em http://www.cippm.org.uk/pdfs/kretschmer_eipr_032002.pdf em 01/08/2020

Essa mesma lógica também se aplica ao setor de propriedade intelectual em sentido amplo, que resulta da criação artificial de escassez de bens intangíveis através da implementação de sistemas jurídicos de direitos de propriedade, de forma que através do mecanismo de preços as valorizações aumentam, o esforço de criação intelectual é compensado, sua maior produção é incentivada e, assim, maior bem-estar social é gerado.

Tanto a informação, o conhecimento e, em geral, as obras criativas e intelectuais apresentam características de bens públicos, e também geram externalidades positivas para a sociedade. Tais aspectos, no entanto, causam uma falha de mercado, pois haverá pessoas que se beneficiarão com a utilização dessas obras sem pagar nada em troca, levando à produção de obras criativas menos do que socialmente ótimas.

Diante dessa falha, a implementação dos direitos de propriedade intelectual cria uma escassez artificial e cede direitos exclusivos sobre as obras e seus usos, que podem ser comercializados (como mercadoria) em troca de uma remuneração justa, garantindo assim a produção de obras criativa.

Sem essa escassez, os custos de produção de obras intelectuais permaneceriam acima dos custos de simplesmente copiá-las; incentivos insuficientes seriam dados à criação e a produção criativa seria reduzida. Então, é uma falha de mercado que justifica a existência do sistema de direitos autorais e do sistema de propriedade intelectual em geral[62].

O pressuposto de uma teoria sobre propriedade intelectual num contexto de economia de mercado é a assunção de que em primeiro lugar, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, em segundo lugar, é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual.

Assim, se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa obra, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento, demandando a proteção legal.

Nos termos de tal tese, a propriedade intelectual, como exceção ao regime da livre concorrência, seria justificada todas as vezes em que ocorressem tais distúrbios na teia da livre concorrência. Exemplos de tais distúrbios seriam os monopólios, a apropriação livre por todos dos bens fora do comércio, a existência de externalidades, e a hipótese de detenção desigual de informações

62Op. cit.

entre agentes econômicos. A questão da livre cópia das inovações cairia na segunda hipótese, de bens livremente apropriáveis por todos. Denis Borges Barbosa assim se refere ao tema:

> Num regime econômico ideal, as forças de mercado atuariam livremente e, pela eterna e onipotente mão do mercado, haveria a distribuição natural dos recursos e proveitos. No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento. Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. O direito torna-se indisponível, reservado, fechado o que naturalmente tenderia à dispersão[63].

É fácil entender como esta teoria pode servir como justificativa para a proteção do direito autoral. É algo que parece até mesmo intuitivo: as obras autorais – livros, músicas, filmes – devem pertencer a seus criadores. Se a propriedade se adquire pela mistura do trabalho com o mundo natural, nada mais sensato do que atribuir tal status a algo que só existe no mundo devido ao trabalho de seu criador[64].

A abordagem focada nos direitos naturais, no entanto, tem sido criticada. Se adicionar o trabalho de alguém com um objeto, de fato, fornece uma base para a propriedade legítima desse objeto, então o trabalhador deve, sem dúvida, ter direito ao valor agregado que criou, e não ao valor de todo o objeto – a maçã já estava no mundo, o valor agregado foi apenas a colheita. Também foi apontado que a mão-de-obra não traz necessariamente valor agregado. Como observou Robert Nozick: "Se eu possuir uma lata de suco de tomate e derramá-la no mar ... eu, por conseguinte, venho a possuir o mar ou terei tolamente dissipado meu suco de tomate?"[65].

A ideia de bens comuns em domínio público é uma reinterpretação das teorias do estado de natureza; são essencialmente imagens verdadeiras da concepção de Locke. Qualquer pessoa que cria uma obra tira as idéias ou a matéria-prima intelectual dos bens comuns e, acrescentando seu trabalho a

63BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual.** IBMEC. Apostila I.
64PESSERL, Alexandre Ricardo. Justificativas Teóricas do Direito Autoral: Uma Crítica das Posições Liberais e Utilitárias. In ALMANZA TORRES, Denis. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Orgs). Análise Econômica do Direito: da teoria à prática. 1ed. Curitiba: Íthala, 2018
65NOZICK, Robert. Anarchy, state and utopia. Oxford: Blackwells, 1974175

ela, obtém proteção de direitos autorais: o antagonismo característico entre domínio público e o exclusivo de direitos autorais é estabelecido, bem como demonstrada sua raiz lockeana.

Esta imagem de "tirar do bem comum" leva todavia à ressalva de Locke, de que só se pode tirar do bem comum se houver “bastante e suficiente" para os outros, e disso deriva uma suposta limitação à proteção de direitos autorais.

Nozick demonstrou que esta ressalva quase nunca será aplicável: se um pesquisador médico que sintetiza uma nova substância que trata efetivamente uma doença se recusa a compartilhá-la, ele não priva os outros da substância de que se apropria e, portanto, não viola a condição lockeana, porque outros podem facilmente possuir os mesmos materiais. Os demais não estão piores como antes, porque sem o pesquisador não haveria a substância de cura. O mesmo princípio se aplica, na visão de Nozick, às patentes: a patente de um inventor não priva os outros de um objeto que de outra forma não existiria se não fosse pelo inventor[66].

O valor real desta interpretação ligeiramente destrutiva da cláusula de Locke é talvez que ela ilustre a qualidade camaleônica das concepções teóricas do estado de natureza, dos bens comuns, do domínio público, da teoria do trabalho e da ressalva lockeana[67]. Como já assinalou Hume, o estado de natureza é uma mera ficção filosófica, um artifício mental[68].

O mesmo ocorre com a propriedade e com o direito autoral, e na medida em que o domínio público é definido apenas como a ausência do direito autoral, o domínio público – essencialmente outro nome para o estado de natureza da perspectiva do teórico da propriedade - é também um artifício e uma criação normativa[69].

A Suprema Corte norte-americana possui caso paradigmático no qual rejeita expressamente o argumento do “*sweat of the brow*”, ou seja, se a criação de uma obra envolveu esforço ou trabalho e se tal trabalho, por si só, é digno da proteção autoral, sem que exista aqualidade subjetiva, que é o contributo mínimo de originalidade[70].

O caso se refere a uma disputa sobre direitos de impressão de listas telefônicas, na qual o demandante argumentou que compilou todos os dados com muito esforço, e portanto deveria ter a

66*Op. cit.*
67RAHMATIAN, Andreas. The Making of Property Rights in Creative Works. 9781848442467 Edward Elgar Publishing. University of Glasgow, UK. 2011
68HUME. Tratado. Livro 3, Parte II.
69RAHMATIAN, Andreas. The Making of Property Rights in Creative Works. 9781848442467 Edward Elgar Publishing. University of Glasgow, UK. 2011
70Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.

proteção autoral. O tribunal esclareceu que a intenção da lei de direitos autorais não era recompensar os esforços de pessoas coletando informações - a chamada doutrina do "suor da testa" (*sweat of the brow*) - mas sim "promover o Progresso da Ciência e das Artes úteis" (US Const. Art. I, § 8, cl. 8). Ou seja, para estimular a expressão criativa.

Portanto, sob um escrutínio rigoroso, não se podem classificar os direitos autorais como espécies de direito natural, apesar de tentativas da academia de conciliar a aplicação da teoria lockeana e seus direitos morais com o sistema de incentivos[71].

2.3.2. Teorias Utilitárias

O outro grande grupo de argumentação téorica para os direitos autorais é de base utilitária ou consequencialista. O argumento utilitarista pode ser assim sintetizado: a sociedade se beneficia da produção de obras criativas. Mas na ausência de proteção legal, a produção criativa tende a ser ineficiente, uma vez que os custos de criação são altos, enquanto os custos de cópia e distribuição são baixos. Na ausência de proteções de propriedade intelectual, como direitos autorais e patentes, vários tipos de ativos intangíveis seriam sub-produzidos, porque haveria incentivos insuficientes para as organizações comerciais para produzi-los.

Nesta perspectiva, o objetivo da lei de direitos autorais é principalmente equilibrar os benefícios públicos que podem advir da ampla circulação, uso e reutilização de uma obra protegida por direitos autorais com a necessidade de fornecer proteção, incentivo e recompensa ao criador ou proprietário dos direitos autorais por conceder um monopólio limitado para explorar os direitos autorais a esse organismo ou indivíduo[72]. Caso não houvesse uma proteção artificial contra seus concorrentes, isso desestimularia o investimento nos autores desconhecidos, e isso diminuiria a inovação.

Tal argumento preceitua que, independentemente dos avanços tecnológicos contemporâneos, os direitos autorais continuam a ser a forma fundamental pela qual os autores, escultores, artistas, músicos e outros podem financiar a criação de novas obras e que sem um período significativo de proteção legal dos seus futuros rendimentos, muitos livros e obras de arte valiosos não seriam criados.

71HART, Terry. Rehabilitating Locke: The Labor Justification of Copyright. Disponível em http://www.copyhype.com/2012/03/rehabilitating-locke-the-labor-justification-of-copyright/ em 01/02/2020
72LILLEY, Anthony. **Inside the Creative Industries - Copyright on the ground**. Disponível em http://www.ippr.org/files/images/media/files/publication/2011/05/inside_the_creative_industries_1527.pdf em 01/02/2020

O interesse público seria assim melhor servido pela extensão repetida de termos de direitos autorais, para abranger várias gerações além da vida do detentor de direitos autorais, pois isso em tese aumenta o valor presente dos direitos autorais, incentivando a criação de novas obras e a realização de investimentos adicionais em obras antigas.

O sistema de direitos autorais moderno e orientado pelo mercado fornece aos autores financiamento independente (através de royalties). Sem uma maneira viável de recuperar investimentos de tempo criativo através de direitos autorais, haveria pouco incentivo econômico para produzir e obras teriam de ser motivadas por um desejo de fama de autores já afluentes ou capazes de obter patrocínio (com restrições associadas à independência do conteúdo produzido sob mecenato)[73].

Landes e Posner observam que, de uma perspectiva econômica, a "característica distintiva" da propriedade intelectual é que ela tem significativos custos irrecuperáveis (*sunk costs*) de criação e baixos custos de cópia, conferindo-lhe características de “bem público”. Embora o custo de criação de uma obra muitas vezes seja alto, o custo de reproduzir a obra, seja pelo criador ou por aqueles a quem ele disponibilizou, muitas vezes é baixo. Se as cópias feitas pelo criador da obra tiverem um preço igual ou próximo ao custo marginal, outros podem ser desencorajados a fazer cópias, mas a receita total do criador pode não ser suficiente para cobrir o custo de criação da obra[74].

Ocorre que o argumento utilitarista peca ao propor um *rationale* único para todas as formas de criação autoral, pressupondo a falha de mercado. Alguns estudos sugerem que menos de um quinto de toda a produção cultural é feita visando o lucro direto[75]. Este número faz sentido, se considerarmos que grande parte da produção autoral é produzida em contextos que fogem aos modelos de negócios tradicionais da indústria – o modelo editorial, de circulação de exemplares, ou o modelo de *flot*, ou acesso ao catálogo.

A começar pela academia, a qual possui outros incentivos para a publicação – verbas, metas acadêmicas, prestígio pessoal – existem também diversos autores que desejam maximar a circulação de suas obras sem as restrições de uso ligadas ao direito autoral. A Internet propiciou a emergência de diversos modelos de negócios envolvendo a entrega gratuita do conteúdo, com outras formas de

73MARTIN, Scott M. **The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection**. Loyola of Los Angeles Law Review. Loyola Law Review. 36 (1): 280. ISSN 1533-5860.
74LANDES, W. M. POSNER, R.A. An Economic Analysis of Copyright Law (1989) 18 J.Legal Stud. 325-333. É curioso que Landes e Posner, que são famosos por sua tese de que a common law é eficiente, argumentem que a doutrina do copyright é eficiente, embora o copyright seja principalmente estatutário.
75UK ART COUNCIL. 2007. Motivating factors for engaging in creative activity. Gráfico. Disponível em https://static.a-n.co.uk/wp-content/uploads/2013/11/4175556.pdf em 01/02/2020

monetização, evidenciando que o esquema protetivo baseado no controle e restrição de acesso é focado num modelo de negócio determinado, e não necessariamente numa necessidade do mercado como um todo.

Para a teoria utilitarista, a finalidade do sistema deve ser a maximização do bem-estar social líquido. Perseguir esse fim no contexto da propriedade intelectual, em geral, exige que os legisladores estabeleçam um equilíbrio ideal entre, por um lado, o poder dos direitos exclusivos para estimular a criação de invenções e obras de arte e, por outro, a tendência de tais direitos de restringir o público generalizado do gozo dessas criações. Não é o que se observa na evolução legislativa, a qual frequentemente amplia de forma unilateral os direitos dos titulares sem observância do domínio público e da abertura generativa necessária à recirculação das obras como insumos criativos.

Da mesma forma, este pensamento orientado ao mercado enfrenta dificuldades quando analisamos determinadas características dos direitos autorais. Eles representam um tipo peculiar de bem móvel, já que as obras autorais não são apenas ativos mercantis: estão intimamente ligados à efetivação de diversos direitos constitucionais, em especial os direitos à educação e à cultura. É possível supor que se não houvesse um sistema de incentivos, determinado tipo de conteúdo provavelmente estaria menos disponível, mas não se vislumbram quais os benefícios da extensão do mesmo regime protetivo, de forma automática, para todos os tipos de conteúdos produzidos.

2.4. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

O sistema de direitos autorais abrange aspectos de criação e uso da informação, agregando uma forte dose de complexidade, uma vez que, ao contrário de outros sistemas de mercado, os bens em questão são intangíveis. Além disso, o bem comercializado - informação - não é apenas um ativo intangível, mas também possui características de bem público[76]. Não é rival, pois seu consumo por um indivíduo não diminui o de outro, e não é facilmente excluível, pelo menos em uma época como a atual, com tecnologia que permite sua maior difusão. Ressalta-se que mesmo quando a propriedade se

76GANS, J., F. HANKS y P. WILLIAMS (2000). “The treatment of natural monopolies under the Australian Trade Practices Act: Four recent decisions”. Trade Practices Workshop of the Business Law Section of the Law Council of Australia, agosto/2000. Coolum, Australia, 39 pp. Disponível em http://www.mbs.edu/home/jgans/papers/natmonop.pdf em 01/08/2020

refere a um intangível, os efeitos se estendem aos bens tangíveis ou serviços que os incorporam, daí sua importância[77].

A regulamentação da atividade do intelecto sempre resultou de uma escolha constante entre o interesse da coletividade no uso livre e imediato do produto da criação e o interesse do autor em resguardar o benefício econômico pelo uso de sua criação. E que exatamente por isso, a determinação da natureza jurídica do direito de autor é tão controvertida[78].

2.4.1. Aquisição Originária

Cumpre notar que os direitos autorais – ou mais propriamente, a atividade criativa – constituem também uma das formas de aquisição originária dos bens móveis. É o chamado Princípio da Especificação[79], "modo de adquirir em decorrência da indústria no trabalho criador de espécie nova, que exsurge da matéria-prima trabalhada pelo homem"[80].

É modo particular de "adquirir a propriedade de bem móvel que não pode voltar ao *statu quo ante*, subsistindo apenas a espécie nova"[81]. É, portanto, o modo de adquirir a propriedade por meio da transformação de um bem móvel em uma espécie nova, por meio de trabalho ou indústria do especificador, contanto que não seja mais possível reduzi-la à sua forma anterior. É o que se sucede com o joalheiro, o armeiro, o tapeceiro, escultor, etc.

Para Maria Helena Diniz, é uma espécie de ato jurídico lícito, um modo de adquirir que ocorre na presença da manipulação da matéria prima que, trabalhada, não retorna ao estado primitivo, o que faz com que a coisa anterior desapareça, fazendo surgir um bem novo. Prossegue a autora:

> Se da especificação resultar obra de arte, como a pintura em relação à tela, a escultura, relativamente à matéria-prima, e a escritura e outro trabalho gráfico em relação à matéria-prima

77CORREA, Carlos M. Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: the TRIPS Agreement and Policy Options. Zed Books: Third World Network. 2000.
78CHAVES, Antônio. Criador da Obra Intelectual. São Paulo: LTr, 1995, p. 19
79DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. 22ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p.315. Ver o Código Civil/02, Arts. 1269 e seguintes.
80Especificação. A especificação é o modo de adquirir em decorrência da indústria no trabalho criador de espécie nova, que exsurge da matéria-prima trabalhada pelo homem. Espécie. Não pode considerar nova a transformação acidental da matéria, estranha ao trabalhado do especificador." (TJRS, Apelação Cível 39.540, 1ª Câm. Cív. Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. em 15-12-1981).
81MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das coisas, Vol 3. 37ª ed rev e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

> que os recebe, a propriedade da coisa nova será exclusiva do especificador, se seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima alheia. O órgão judicante deverá, então, averiguar se o valor da mão-de-obra é superior ao da matéria-prima[82].

Para que se opere a aquisição da propriedade, é preciso que a transformação seja fruto do trabalho humano, não sendo enquadradas as transformações acidentais ou as que respeitem a forma antiga. A propriedade da coisa nova será do especificador, caso a matéria prima seja sua, ou se for apenas em parte, não podendo voltar à sua forma anterior. Se puder, todavia, o dono da matéria prima não perderá sua propriedade, cabendo indenização pelo valor do material. Da mesma forma, caso o especificador aja de má-fé, pois, aí, incorreria em apropriação indébita da coisa, ou mesmo furto, hipóteses que, obviamente, não geram direitos para o especificador[83].

2.4.2. Teorias Monistas e Dualistas

Considerando portanto sua forma de aquisição originária a partir do suporte, as principais correntes doutrinárias que se contrapõem defendem tratar-se o direito autoral (a) de categoria dos direitos da personalidade em razão da criação intelectual do autor, (b) outra que reconhece tratar-se de direito de propriedade / exclusivo, de natureza real, em razão de seu aspecto patrimonial, e (c) uma terceira hipótese sustenta o direito subjetivo do autor, com aspectos pessoais e patrimoniais regulamentados autonomamente (*sui generis*)[84].

São também chamadas de teorias monistas e dualistas: enquanto as duas primeiras se assentam na natureza única deste direito (exclusivamente de propriedade ou exclusivamente de personalidade) a outra compreende a natureza dúplice deste direito, de ordem moral e patrimonial. Segundo Oliveira Ascensão, as teorias monistas resultaram da tentativa de exaltação de um aspecto, pessoal ou patrimonial, e da obnubilação de outro, enquanto as teorias dualistas decompõem o direito de autor num direito moral e patrimonial, derivados de uma única fonte, a obra intelectual[85].

82DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 270.
83AGUIAR, Suellen Santos Rodrigues de. Noções Gerais acerca da Aquisição da Propriedade Móvel no Direito Brasileiro e na Legislação Francesa. 2016. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46428/nocoes-gerais-acerca-da-aquisicao-da-propriedade-movel-no-direito-brasileiro-e-na-legislacao-francesa em 01/08/2020
84PAESANI, Liliana Minardi. Manual de Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 9
85ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos. Portugal: Coimbra, 1992. p. 647-654

Eliane Abrão afirma que "acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria de Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica[86]". Também Ascensão, em sua consistente obra sobre a matéria[87], se dedica a analisar minuciosamente a estrutura de natureza jurídica do direito de autor, a começar pela sua essência, passando pelas teorias pluralista, monista e dualista até as críticas das correntes vigentes, para ao final concluir que quanto ao conteúdo o direito de autor não se insere nas categorias de direito subjetivo, sendo parte dos direitos de exclusivo, temporário, de exploração da obra[88].

Ao qualificar o direito autoral como um direito de exclusivo, tal qualificação se presta a definir a natureza tanto dos direitos patrimoniais quanto dos direitos morais do autor, sendo portanto mais abrangente do que a teoria que encara os direitos autorais como um direito *sui generis*, ou híbrido, um misto de direitos reais com direitos de personalidade[89]. Para Ascensão:

> As faculdades pessoais ínsitas no direito de autor não prejudicariam a qualificação deste direito como um direito de exclusivo, ainda que o aspecto patrimonial não fosse predominante. Porque elas se consubstanciam igualmente em exclusivos relativos à obra. O direito de conservar a obra inédita, o direito de ter o nome inserto na obra ou o direito de modificar são elementos do exclusivo e concorrem para aquele exclusivo global que é atribuído ao autor[90].

Os direitos autorais têm por natureza jurídica ser um direito de exclusivo, adequado para justificar tanto o (a) direito patrimonial, que não é direito de propriedade, ainda que seja um direito, como o próprio nome diz, economicamente aferível, quanto (b) o direito moral, que não é necessariamente direito da personalidade, ainda que seja um direito pessoal – que inclusive lhe serviria de nomenclatura mais adequada[91].

2.5. INSTITUTOS DE DIREITO AUTORAL

86ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor. São Paulo: Editora do Brasil, 2002
87ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos. Portugal: Coimbra, 1992. p. 647-654
88BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Plágio no Direito Autoral: indústria cultural e contributo mínimo de originalidade na telenovela. Orientadora, Danielle Annoni - Florianópolis, SC, 2014. 183 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de SantaCatarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
89BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/ em 01/08/2020
90ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 614.
91BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/ em 01/08/2020

Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. O Direito Autoral abrange além disso os chamados Direitos Conexos ao Direito de Autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Direito Autoral passou portanto a ser designação de gênero[92].

2.5.1. Esquadro Normativo

Seu principal marco legal internacional é a Convenção de Berna, de alcance objetivo sobre obras literárias e artísticas, inclusive as de caráter científico, qualquer que seja sua forma de expressão, e seu princípio básico é o da assimilação do Estado-membro ao tratamento nacional. Deste modo, destacam-se como principais aspectos da convenção a (i) garantia de exclusividade, oponível *erga omnes*, dos direitos de utilização da obra, (ii) a garantia de proteção das obras originais acerca de transformações, traduções ou outras modificações sem prévia anuência de seu criador, (iii) o direito de paternidade e imutabilidade da obra e (iv) a inalienabilidade e irrenunciabilidade destes, (v) o princípio do tratamento nacional que gozam os estados-membros, (vi) a proteção conferida à forma literária ou artísticas que expressam as obras científicas, (vii) a liberdade de reprodução das notícias e informações de imprensa, (viii) as limitações de exclusividade a serem estabelecidas por cada país membro que não afetem ouso normal da obra e (ix) as regras para os prazos de proteção internacional das obras em cada país membro, que não ultrapasse o prazo previsto na lei interna[93].

O alcance objetivo da Convenção é o das obras, qualquer que seja seu modo de expressão. Assim, não só os livros e esculturas, objeto tradicional de proteção, mas o multimídia, produções a laser ou qualquer outra criação com auxílio em tecnologias futuras, cabe no âmbito da Convenção - desde que redutíveis à noção de artístico ou literário. A Convenção, e uma série de leis nacionais, inclusive a brasileira, ao listar as obras suscetíveis de proteção, enfatiza que a relação é meramente

92ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
93FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009

exemplificativa, mas haverá proteção não só para as obras originárias (o que é diferente de originais) como para as derivadas, como as traduções, etc., realizadas sob autorização[94].

O regime de Berna foi amplamente aceito e, nos anos 80, representava a grande maioria dos países, com as notórias exceções de Estados Unidos, União Soviética e China. A propriedade intelectual e o direito autoral entraram na pauta, portanto, da criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, resultando no controverso Acordo TRIPs, que eleva os padrões do nível mínimo de proteção, além de estender a proteção a todos os campos tecnológicos, inclusive aos novos campos possíveis.

No caso específico do direito de autor, busca um maior rigor a respeito da abrangência e da proteção definida por Berna aos membros do acordo, com direito a retaliações aos países infringentes, segundo os critérios da Organização Mundial do Comércio (OMC), à luz do mecanismo de solução de controvérsia.

Esta uniformização mínima – aplicação de Berna pelos membros – diminui a assimetria da informação dos princípios dos membros da OMC quanto ao escopo e abrangência do direito de autor. Além disso, este acordo ratifica os princípios da nação mais favorecida e o tratamento nacional, bem como relaciona a propriedade intelectual ao comércio internacional, estabelecendo-se um mecanismo de imposição de direito.

Assim, uma infração de direitos de propriedade intelectual pode gerar sanções econômicas, como, também, um conflito econômico pode permitir retaliações no campo da propriedade intelectual. Em contrapartida, este acordo não leva em consideração as particularidades e o estágio de desenvolvimento econômico dos países[95].

No âmbito comunitário, a Diretiva da Sociedade da Informação[96] transpôs o Acordo TRIPS para a União Europeia. A partir da sua consolidação, houve a discussão e a ratificação de dois tratados, conhecidos como os Tratados de Internet: o primeiro é o Tratado de Copyright (WTC) e o segundo é o Tratado de Performance e Fonograma (WPPT), ambos administrados pela OMPI, na tentativa de adequar a legislação atual às novas formas de utilização de obras protegidas.

94BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2a edição revista e atualizada. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf em 01/08/2020

95PERALTA, Patrícia P. SILVA, Elizabeth F. da. TERUYA, Dirceu Y. T. Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral. Perspect. ciênc. inf. vol.16 no.3 Belo Horizonte July/Sept. 2011. Disponível em https://doi.org/10.1590/S1413-99362011000300007 em 01/08/2020

96Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

Os Tratados de Internet tem como objetivo tornar a legislação autoral mais condizente com os novos usos de produtos protegidos por direitos autorais em função das novas tecnologias. Com uma redação não muito extensa, ambos mantém as principais diretrizes presentes em Berna e na Convenção de Roma, respectivamente, apenas separados em função da matéria (direitos de autor e direitos conexos). Ambos possuem estrutura bastante semelhante, restando evidente a tentativa de criação de um regime unificado[97].

Sua principal novidade é a introdução de uma nova designação, o "direito de disponibilizar ao público" (*make available*). Este direito corresponde a grande parte da comunicação de obras pela Internet, cujos usuários "acessam essas obras a partir de um lugar e em um horário individualmente escolhido por eles" (WCT art. 8).

Entre outras provisões, incorporam-se nestes tratados as obrigações concernentes às medidas de proteção tecnológicas e informações relativas ao gerenciamento de direitos. Nesse sentido, cada país signatário do tratado da OMPI deverá prever proteção legal eficiente, sobre os mecanismos tecnológicos utilizados por seus autores na criação e na disponibilidade de suas obras, prevendo sanções jurídicas eficazes contra aqueles que neutralizarem as medidas técnicas postas pelos autores[98]. O Brasil não é signatário dos Tratados de Internet. até a presente data, mas sua legislação interna recepcionou alguns de seus conceitos.

Em relação ao mecanismo de balanceamento necessário à função social e constitucional dos direitos autorais, Berna prevê uma flexibilização das regras de modo a adequá-lo ao estágio do desenvolvimento econômico de cada nação, tentando contemplar os interesses dos titulares dos direitos e da sociedade em questão.

O sistema aberto de *fair use* ou *fair dealing,* típico dos regimes anglo-saxões ao utilizar cláusula aberta com teste condicional objetivo, é transposto para as obrigações internacionais na chamada regra dos três passos (*three-step test*), teste que determina situações não-infringentes ao exclusivo autoral. Trata-se de previsão genérica de limites e exceções ao direito autoral, surgida na Conferência de Estocolmo (1967), quando da incorporação do direito de reprodução à Convenção de Berna, expressa em seu Artigo 9(2).

97*Op. cit.*

98PERALTA, Patrícia P. SILVA, Elizabeth F. da. TERUYA, Dirceu Y. T. Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral. Perspect. ciênc. inf. vol.16 no.3 Belo Horizonte July/Sept. 2011. Disponível em https://doi.org/10.1590/S1413-99362011000300007 em 01/08/2020

Esse teste autoriza exceções/limitações ao direito autoral e, por conseguinte, o direito de reprodução por terceiros não-autorizados nas seguintes hipóteses: (i) em certos casos especiais; (ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra e (iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do Autor.

Esta cláusula serve de estrutura para os principais instrumentos jurídicos internacionais quanto ao tema, com pequenas modificações em sua redação. A principal alteração digna de nota é que, enquanto a Convenção de Berna e o Tratado Mundial de Copyright (WCT) falam em não prejudicar injustificadamente os interesses do autor, no terceiro passo, o Acordo TRIPS substitui o termo autor por titular de direitos (*right holder*), em consonância com o caráter mercantil predominante às negociações dentro do âmbito da OMC, e desta forma estendendo a proteção também para os direitos conexos. Nesse contexto, a regra dos três passos é o mecanismo internacnioal que norteia as exceções ou atenuações para as questões de infrações de direito ou usos livres[99].

Em painel da OMC[100] que analisou a aplicação da regra dos três passos, foi determinado que, na medida em que qualquer cópia é potencialmente prejudicial ao interesse do autor, a questão é saber se estamos em presença de um "prejuízo injustificado".

O prejuízo aos legítimos interesses dos titulares de direitos atinge um nível injustificado se um limite ou exceção causa ou tem o potencial para causar uma perda de renda "injustificada" a tal titular. A respeito do que pode ser a linha divisora entre prejuízo "justificado" e "injustificado", notam os painelistas que, para o propósito de determinação de prejuízos injustificados, tanto as perdas reais quanto as potenciais dos titulares de direito são relevantes; em especial quanto ao terceiro passo, comentam que, caso apenas as perdas reais fossem levadas em consideração, isto poderia justificar uma nova exceção a um direito de exclusivo recém-introduzido, ou a uma situação na qual os titulares não tivessem os meios ou possibilidades de sua efetivação; e que tal fato impediria expectativas de obtenção de rendas futuras, geradas pelo exercício daquele direito.

É preciso levar em conta aqueles cujo uso da obra é livre como resultado da "exceção", e também aqueles que podem começar a utilizá-las, uma vez que seu uso se torne livre; mas caso não exista uma expectativa, por parte dos titulares de direito, de licenciar determinado uso, tal utilização é livre. Ou seja, de um lado, a decisão garante a possibilidade de direitos exclusivos sobre usos futuros

99PESSERL, Alexandre R. A Biblioteca Pública Digital: Direito Autoral e Acesso na Sociedade Informacional. UFSC: 2011. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf em 01/08/2020
100WTO Rep. Panel WT/DS160/R

das obras, decorrentes do avanço tecnológico; mas, não existindo a expectativa de ganhos com certos usos, estes são legitimados. Nos termos da decisão da OMC, a exploração normal da obra não é afetada, mesmo havendo um uso comercial[101].

No plano interno, o sistema jurídico do Direito de Autor no Brasil nunca sofreu alteração em sua base principiológica de influência francesa sob o qual ele foi erigido, o *droit d'auteur*. As alterações atentaram-se exclusivamente à opção política feita pelo legislador brasileiro de como a matéria seria regulamentada, mediante a edição da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais). Esta lei caracterizou-se por uma grande unilateralidade na defesa do que seriam os interesses dos autores, e consequentemente por grande rigidez e insensibilidade ao interesse público e aos interesses do público[102]. Em 2013, a lei sofreu uma reforma parcial mediante a edição da lei 12.853/13, a qual modernizou certos aspectos da gestão coletiva no país.

2.5.2. Proteção da Forma

O Direito Autoral protege a forma de expressão de uma ideia, fixada em um suporte tangível ou intangível. Mesmo no campo das obras estéticas, literárias ou científicas, o Direito Autoral não protege idéias, planos, conceitos mas formas de expressão. É um princípio de alcance mundial. Enquanto apenas ideia, o pensamento não é tutelável. Dentro do direito de autor, a ideia é coisa de ninguém[103]. O direito autoral incide sobre coisas intangíveis - ideias, conforme expressas. Seus suportes podem ser tangíveis ou intangíveis, mas os direitos incidem sobre objetos ideais, que se distinguem dos substratos materiais nos quais são instanciados[104].

No mesmo sentido Staut Júnior afirma que o discurso tradicional relativo aos direitos autorais deixa claro o que é considerado e protegido como produção intelectual: a criação não se confunde com

101PESSERL, Alexandre R. A Biblioteca Pública Digital: Direito Autoral e Acesso na Sociedade Informacional. UFSC: 2011. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf em 01/08/2020

102ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões Críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos. PRONER, Carol (orgs.) Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012

103Delia Lypsic faz ressalva sobre essa questão: a despeito de não ser protegida pelo Direito Autoral, a ideia pode receber guarida em outros ramos do direito, como o Direito Civil, da concorrência desleal ou em norma contratual de sigilo. As ideias podem ter grande valor comercial ou artístico, e, por essa razão, não podem ser consideradas *res nullius*. Ver LIPSZYC, Delia. Derecho de autor e derechos conexos. Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalía. 1993. P. 64

104PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. Symposium: Intellectual Property, Harvard Journal of Law & Public Policy 13, no. 3, 1990. p. 818

a ideia, que pode, e que em um contexto de indústria cultural deve ser idêntica ao que já se produziu em determinada área. Para o autor toda a tutela se fundamenta no que deve ser entendido por criação: isso significa dizer que não se protege o pensamento e sim a sua materialização, que deve possuir um mínimo de criatividade ou originalidade estética. É isto que significa a criação, conceito que fundamenta a tutela da atividade autoral, para o discurso tradicional dos direitos autorais[105]. Mas nem toda ideia expressa é protegível.

O método, apesar de ser uma ideia expressa de alguma forma, não é protegido pelo direito autoral em razão de ser um *modo de expressão vinculado*. A previsão de não proteger pela lei de direito autoral esse tipo de manifestação do pensamento se dá em virtude do engessamento do requisito da criatividade. O método se manifesta de uma ou de pouquíssimas formas, não permitindo transformações, adições, ou possibilidade de criação sobre outro *corpus*[106].

No Direito norte-americano a noção de modo de expressão vinculado recebe o nome de *merger doctrine* (doutrina da fusão). Essa combinação de palavras tem um sentido específico para a compreensão do conceito o qual nega proteção autoral quando uma ideia só pode ser expressa por uma ou por pouquíssimas formas. Quando a ideia tem mais força, maior importância que o modo de expressão, ela se funde com o modo de expressão e prevalece. Prevalecendo a ideia, tem lugar a não proteção.

Essa dicotomia entre a ideia e seu modo de expressão e a compreensão da *merger doctrine* explicam a não proteção do método, mas também servem como uma regra geral de não proteção pelo direito autoral. William Fisher sugere que se imagine uma sequência simples de palavras, que traduza de forma precisa uma ideia. Haveria uma colisão entre o princípio de não proteção da ideia com o princípio de proteção da forma de expressão. Nesse caso, prevalece a não proteção, porque – diante da *merger doctrine* – a ideia e a expressão se fundem, sobressaindo-se a ideia[107].

É como explica José de Oliveira Ascensão, afirmando que não há criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a ideia; se

105STAUT JÚNIOR, Sérgio S. Direitos Autorais entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.
106PINHEIRO, Luciano Andrade. Direito de autor e o método como modo de expressão vinculado. PI Migalhas. 2016. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/pi-migalhas/242839/direito-de-autor-e-o-metodo-como-modo-de-expressao-vinculado em 01/08/2020
107FISHER, William. CopyrightX: Lecture 1.3, Foundations of Copyright Law: Idea/Expression Distinction. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=2CmvluImR_w em 01/08/2020

o matemático exprime a sua descoberta numa fórmula matemática, esta fórmula é modo de expressão; mas é modo de expressão obrigatória, não livre. Não há criatividade no modo de expressão. Logo, não há obra literária ou artística[108].

Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tal tutela não poderia recair sobre as ideias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores. Pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas. Esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal[109].

A conseqüência deste princípio é que embora um artigo de uma revista, ensinando como ajustar o motor de um automóvel, seja protegido pelo Direito Autoral, esta proteção se estende somente à expressão das idéias, fatos e procedimentos no artigo, não às idéias, fatos e procedimentos em si mesmos, não obstante quão criativos ou originais eles possam ser. Qualquer um pode usar as idéias, fatos e processos existentes no artigo para ajustar um motor de automóvel, ou para escrever outro artigo sobre a mesma matéria[110]. A proteção de direito autoral não se dá sobre as ideias, nem quanto ao suporte físico (*corpus mechanicum*) que a abriga. É sobre a forma como se estrutura a ideia (*corpus mysticum*) que incide portanto a proteção legal.

2.5.3. Originalidade e Contributo Mínimo

Direitos autorais são concedido aos autores de “obras originais”, como livros, composições e filmes, entre outros. Em termos gerais, é protegida a forma de expressão literária, artística ou científica desde que haja originalidade, ainda que mínima: uma novela mexicana na qual a pobre porém digna Paola Braccho vive um amor impossível com o jovem playboy Carlos Daniel não conflitará, portanto, com outro folhetim no qual a pobre porém digna Thalia vive um amor impossível com o jovem

108ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 39-40
109COLOMBET, Claude. Grands Principes du Droit d’Auteur et des Droits Voisins dans le Monde, 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10.
110BARBOSA, Denis Borges. Direito Autoral e Liberdade de Expressão Estudos de Direito. 2005. Disponível em http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf em 01/08/2020

playboy Fernando José, ainda que ambas dividam a mesma trama, estética e estrutura dramática. Cada uma das novelas tem sua própria forma de expressão – autônoma, ainda que sem grandes inovações – refletindo exatamente a lógica de produção comercial e massificada da indústria cultural.

São os requisitos de proteção que dirão qual criação é protegida por direito de autor e o que é obra; pois só é obra a criação que preenche os requisitos. E, como se verá, é na criatividade, originalidade, individualidade, esteticidade, ou seja, no "algo a mais" que uma criação deve ter que se encontra a pista para quais sejam os requisitos e, assim, para o que é a obra. No âmbito jurídico esse "algo a mais" serve também para justificar a proteção por direito de autor e por isso a recorrência de termos que possam identificá-lo. Para receber o direito de exclusividade sobre o uso da criação (para que essa possa ser considerada obra) e para que, ao mesmo tempo, seja justificado o óbice da sociedade ao acesso e uso livre da obra durante o período de vigência da proteção, necessária a presença desse "algo a mais", isto é, do contributo mínimo[111].

Esse raciocínio decorre da seguinte lógica: o uso de um bem imaterial (no caso a obra) é naturalmente livre; retirar da sociedade o uso livre desse bem sem que haja algum retorno em benefício da mesma é onerar desnecessariamente toda a sociedade em proveito de interesses meramente particulares. Na prática, quando uma obra está protegida por direito de autor, quem a quiser utilizar é obrigado a depender de autorização do autor (o qual geralmente não é facilmente identificado ou encontrado) e, muitas das vezes, pagar por essa utilização.

Portanto, se não há o "algo a mais", uma contribuição mínima por parte do criador da obra que possa retornar em favor da sociedade e justificar todo o período de uso controlado da obra, não haveria porque se conceder o direito de exclusivo ao autor. Caso contrário, a sociedade seria onerada duplamente, primeiro por não poder fazer uso livre de determinada obra e, segundo, por ter que pagar por ele sem, no fim, ganhar nada com isso. Por isso mesmo o contributo mínimo é aventado como requisito constitucional[112].

A novidade – o elemento contributivo da inovação – torna-se assim uma figura crucial para justificar constitucionalmente todos os sistemas de propriedade intelectual. Como tantas vezes se

111RAMOS, Carolina T. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. In BARBOSA, Denis B.; MAIOR, Rodrigo S.; RAMOS, Carolina T. O Contributo Mínimo em Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 308

112*Op. Cit.* p. 309

repetiu, a concessão de direitos exclusivos como mecanismo de incentivo econômico de mercado presume uma criação tecnológica ou expressiva que contribua para o acervo disponível – algo novo[113].

Embora a expressão "contributo mínimo" em muitas ocasiões se confunda com o termo originalidade, sem que isto interfira no sentido do termo, o mesmo não se pode dizer de sua utilização como sinônimo de novidade. Isto porque a novidade pressupõe o caráter do novo, a criação de algo que não preexiste. A novidade como requisito de proteção autoral é interpretada exclusivamente quanto à existência de outra obra idêntica – novidade relativa – não se exigindo dela o cunho originário – novidade absoluta – já que dificilmente alguém criará qualquer coisa completamente nova, sem que se valha de todo o conhecimento e produção cultural produzida até o momento[114].

O conteúdo da originalidade em direito de autor não deve ser revestido de qualquer subjetivismo, nem deve ser confundido com a mera novidade, pois o necessário é que a expressão tenha um viés pessoal, particular, não importando ser novidade ou inédito. Ao mesmo tempo não pode ser a obra uma mera replicação de outra preexistente, pois configuraria uma usurpação de autoria, um plágio[115].

2.5.4. Direitos Morais

Conforme observado, os direitos morais, de forte inspiração kantiana, protegem o vínculo entre o autor e sua obra. A preservação deste vínculo, considerado, por muitos, indelével, é sua função. E a proteção do vínculo e dos consequentes interesses existenciais do autor projetados nas obras tem por fim a proteção da própria pessoalidade do criador. Por isso os direitos morais são compreendidos, por parte substancial da doutrina, como sendo direitos pessoais do autor, inseridos entre os direitos de personalidade[116], ainda que tal classificação não seja pacífica[117].

113BARBOSA; Denis Borges. Atividade inventiva: objetividade do exame. In BARBOSA, Denis B.; MAIOR, Rodrigo S.; RAMOS, Carolina T.. O Contributo Mínimo em Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

114BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Plágio no Direito Autoral: indústria cultural e contributo mínimo de originalidade na telenovela. Orientadora, Danielle Annoni - Florianópolis, SC, 2014. 183 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de SantaCatarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

115SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

116Op. cit.

117Oliveira Ascenção, por exemplo, rejeita esta associação argumentando que o que está em jogo não é a personalidade do autor, mas o vínculo entre autor e obra, e, portanto, deveriam ser considerados direitos pessoais, mas não direitos de

Os direitos morais do autor como direitos da personalidade foram construídos doutrinária e jurisprudencialmente a partir do século XIX, após a estruturação inicial destes direitos enquanto proprietários ou econômicos, e ficaram consolidados na primeira metade do século XX, o que deu origem a diversas teorias quanto à sua relação com os direitos econômicos.

Allan Rocha de Souza afirma que este tópico remete aos alicerces dos direitos pessoais do autor – se direitos naturais ou direitos fundamentais – para dar como superada a querela, uma vez reconhecido que os direitos são construções sociais, temporal e espacialmente localizados, e que sua inserção substantiva no ordenamento normativo e consequente exigibilidade jurídica dependem de aceitabilidade e legitimidade social e política: compreendidos tais direitos como direitos da personalidade ou, ao menos, como direitos referentes à pessoa, que incidem sobre o vínculo entre o autor e sua expressão protegida pelos direitos autorais, a própria Constituição prevê a proteção integral da pessoa.

Assim, o fundamento constitucional dos direitos pessoais do autor situa-se na ampla proteção à dignidade da pessoa humana, de onde derivam os direitos pessoais, considerados ou não como direitos de personalidade[118].

Como regra geral, esses direitos incluem o direito de atribuição (ou seja, o direito de ser mencionado como o autor da obra, mas também de usar um pseudônimo ou permanecer anônimo), o direito de decidir se uma obra deve ser divulgada (publicada pela primeira vez), e o direito à proteção contra distorção da mensagem da obra original. Este último direito às vezes está em conflito com a liberdade de expressão; admite-se amplamente que a paródia e o pastiche (dentro de certos limites) não podem ser proibidos.

Em algumas jurisdições (como na França), esses direitos (ao contrário dos direitos patrimoniais) não podem ser transferidos, licenciados ou renunciados e sempre permanecem com o autor. Eles também podem ser perpétuos; nesse caso, após a morte do autor, podem ser exercidos por seus herdeiros. Em outras jurisdições (como a Alemanha), os direitos morais compartilham o destino dos direitos econômicos – eles podem ser licenciados e expiram com os direitos econômicos.

---

personalidade. Ver ASCENSÃO, José de Oliveira. O futuro do direito moral. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, jan./mar., 2003, p. 47-67.

118SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

Os direitos morais do autor, bem como suas prerrogativas patrimoniais, são infraconstitucionalmente regulados no Brasil pela Lei 9.610/98, e abrangem os direitos de paternidade, comunicação, integridade e acesso. São caracterizados como inalienáveis e irrenunciáveis. São igualmente regulamentados o seu exercício *post mortem* e o exercício específico com relação às obras audiovisuais e aos projetos arquitetônicos. Aponta-se também para as condições do exercício dos direitos de modificação e retirada de circulação, faculdades pessoais incluídas respectivamente nos direitos de integridade e comunicação.

O vínculo entre o criador e sua expressão, na forma de obras protegidas pelos direitos autorais, é igualmente reconhecido no plano internacional, em especial pela Convenção de Berna em seu artigo 6 bis, onde são assegurados os direitos pessoais de paternidade e integridade, ainda que neste último seu exercício seja condicionado aos danos a sua reputação ou honra. Assevera-se sua observância até pelo menos o tempo de duração mínimo dos direitos patrimoniais, mas, ao mesmo tempo, permite que os países que não hajam concedido proteção *post mortem* a estes direitos não o façam[119].

É lugar comum dizer que o sistema do *copyright*, adotado nos países da *common law*, não pratica os direitos morais de autor. Tal atribuição é incorreta, já que é possível a demonstração da aplicação de tais direitos especialmente pela via jurisprudencial, em especial os dois direitos morais previstos em Berna 6 bis.

Assim, na maioria dos casos a principal diferença entre o direito de paternidade em países de *common law* e de *civil law* é que, no primeiro, o direito do autor ao credenciamento é geralmente criado por contrato, enquanto em países com disposições expressas de direitos morais ele existe por lei e só pode ser dispensado (onde for permitido) por contrato.

O mesmo ocorre com o direito à integridade: quando um autor transfere os direitos de uma obra, os termos expressos ou implícitos do contrato determinarão se, e em que medida, o interesse pela integridade é protegido. Quando os direitos autorais de uma obra são cedidos, o princípio geral é que o cessionário, como atual titular dos direitos autorais da obra, pode alterá-la ou emendá-la como desejar; mas isso está sujeito aos termos contratuais.

Geralmente, há um maior controle pelo autor sobre uma obra que é licenciada em vez de cedida. Um licenciado só pode usar a obra de acordo com os termos da licença e os tribunais geralmente estão

119Op. cit.

prontos para proteger os interesses razoáveis de um autor introduzindo termos "implícitos" no contrato[120], demonstrando a influência desse construto jurídico mesmo dentro de um sistema que supostamente se atém somente aos aspectos econômicos das transações.

Uma outra questão de relevância é o exercício dos direitos morais de autor no ambiente digital, em especial em relação às qualidades de fragmentaridade e plasticidade das obras em forma eletrônica; em que medida é possível, no novo contexto tecnológico, respeitar o direito moral do autor à paternidade e, particularmente, à integridade da obra? Uma característica deste novo ambiente é o fato de as obras digitalizadas poderem ser facilmente modificadas, desintegradas, reformatadas ou combinadas[121].

Assim, o direito de integridade é um dos mais afetados com o advento do mundo digital. O potencial transformativo de uma criação é mais facilmente aproveitado em uma criação nova, que pode ser uma derivação direta, uma paródia, uma incorporação em obra nova. Nestes casos, como deveríamos conciliar os interesses pessoais dos criadores iniciais – cuja obra é agora utilizada como matéria-prima ou plataforma de outra obra criativa e nova – e os direitos igualmente pessoais de terceiros à expressão criativa[122]?

Há quem entenda que o direito moral deveria ser reservado para as obras de arte pura: neste paradigma da criação informática a obra estaria em constante evolução, tendo por vocação, não exprimir a personalidade do autor, mas antes responder às necessidades do utilizador, pondo à sua disposição, de modo interactivo, um conjunto de elementos pré-existentes; nessa medida, o direito à paternidade e à integridade não teria mais razão de ser[123].

Dias Pereira recusa este entendimento, alegando que a vertente moral do direito de autor, valor tão forte que ultrapassa barreiras de sistemas internacionais, não deverá ser eclipsada pelas

120DWORKIN, Gerald. The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries. Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 19, no. Issues 3 + 4,1994-1995, p. 229-268. Disponível em https://www.academia.edu/43170284/Dworkin_G_Moral_Rights_and_the_Common_Law_Countries_ em 01/08/2020

121PEREIRA, Alexandre L. D. Música e Electrónica: Sound Sampling, Obras de Computador e Direitos de Autor na Internet. Disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28784/1/MUSICA%20E%20ELECTR%c3%93NICA.pdf em 01/08/2020

122SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

123BERTRAND, André. Las obras informáticas en ele derecho de autor: razones y perspectivas. In: Num novo mundo do direito de autor? II Congresso Ibero-Americando do Direito de Autor e Direitos Conexos. Lisboa, 15-18 de novembro de 1994. Comunicações. Tomo I. Lisboa: Edições Cosmos/ Livraria Arco-Íris, 1994, p. 315-328.

possibilidades das tecnologias. Além disso, no que respeita à disponibilidade destes direitos, a abdicação prévia, total e abstrata dos direitos morais não pode ser solução[124].

Carboni afirma que, em especial no âmbito da tecnologia digital e da Internet, poder-se-ia defender o deslocamento da natureza do direito moral de autor do nebuloso campo naturalista da mera "ordem das coisas", para o campo funcional da identificação de quem emite a mensagem durante um discurso, com base na tendência contemporânea de substituição da consciência transcendental subjetiva pela revitalização da moral através dos jogos de linguagem. Sob esse aspecto, o direito moral de autor deixaria de ser visto como uma mera proteção de um valor individualista do sujeito-autor, para passar a ser concebido como um interesse social no reconhecimento da identidade do emissor da mensagem[125].

O deslocamento do foco no autor ou na obra para a concentração no vínculo entre autor e obra – que não se confunde com a pessoa do autor nem com a obra resultante – como fundamento tanto dos direitos pessoais do autor como da atribuição de titularidade original sobre os usos patrimoniais da obra assegura uma melhor compreensão do conteúdo e extensão destes direitos. Esta proposição supera o unilateralismo das posições que focam a proteção ora na pessoa do autor ora na obra em si, esquecendo-se, por exemplo, que tanto a liberdade de criação quanto os demais direitos fundamentais dos usuários refletem situações existenciais que não podem ficar sem abrigo[126].

2.5.5. Direitos Patrimoniais

Os direitos autorais conferem alguns direitos exclusivos ao seu titular. Classicamente, os dois direitos patrimoniais essenciais do campo autoral são a exclusividade de reprodução (ou cópia, daí, *copyright*) e de execução pública, essa, para as obras que a comportem. Essas duas faculdades exclusivas são as universalmente assimiladas pelos vários sistemas nacionais[127].

124PEREIRA, Alexandre L. D. Música e Electrónica: Sound Sampling, Obras de Computador e Direitos de Autor na Internet. Disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28784/1/MUSICA%20E%20ELECTR%c3%93NICA.pdf em 01/08/2020

125CARBONI, Guilherme C. O Direito de Autor na Multimídia. Quartier Latin: 2003.

126SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

127BARBOSA, Denis Borges. Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral. 1999, com atualizações.

Oliveira Ascensão adverte que a essência do direito patrimonial não se encontra num direito de utilização, visto que, quando utiliza a obra, o autor se encontra na mesma posição que qualquer pessoa, mas sim num exclusivo de exploração econômica da obra. Entretanto, as condições coletivas de exploração fizeram em certos casos cair até mesmo este exclusivo. De novas maneiras vai sendo atribuída ao autor a possibilidade de beneficiar pecuniariamente de modos de utilização da obra por terceiros; mas o direito do autor representa então um direito de participação financeira, e não mais um exclusivo de exploração econômica[128].

Este fato é evidente no mercado musical. A forma que se convencionou para atuação das organizações de gestão coletiva envolve o licenciamento de repertórios globais, e a cobrança independe da identificação efetiva das obras utilizadas. Esta convenção, que soluciona alegadas dificuldades práticas para verificação de repertório, é uma herança da construção das primeiras sociedades de autores e acabou por se tornar praticamente um dogma, mesmo após a transformação social ligada às novas tecnologias da informação, que teve relação direta com o modo de se acessar música[129].

O direito de reprodução, ou direito de produzir cópias, é historicamente o mais básico de todos. O direito protege contra a cópia em qualquer meio e não se limita à cópia literal (ou equivalente visual ou musical); também protege contra a paráfrase. Mas o direito proíbe apenas o uso real da obra como modelo, direta ou indiretamente; não cobre semelhanças coincidentes em uma obra criada de forma independente e sem referência à primeira.

Assim, por exemplo, as semelhanças que resultam do recurso independente dos autores em disputa a fontes anteriores comuns (como ocorre com frequência no caso de canções populares) não são infringentes. A criação independente é, portanto, uma defesa completa a uma ação de violação. Mas se a cópia ocorreu, não precisa ter sido proposital; até mesmo a cópia inconsciente pode infringir.

Um segundo autor pode copiar livremente as idéias e fatos descritos em uma obra protegida por direitos autorais, desde que ele ou ela também não copie a expressão ou maneira particular pela qual o primeiro autor expõe essas idéias e fatos. Além disso, para violar o direito exclusivo de reprodução, a cópia do segundo autor deve ser "substancial". A substancialidade da cópia depende muito do contexto; mesmo um pequeno, mas qualitativamente importante, trecho de uma obra maior pode ser considerado

128ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
129SILVA, Guilherme Coutinho. Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas. USP. São Paulo, 2018.

infringente, dependendo da natureza da obra protegida e da parte copiada.

A determinação de quão generosamente marcar a “expressão” protegível também dependerá da natureza da obra, por exemplo, se a obra é ficcional ou fantasiosa, por um lado, ou se é factual ou funcional, por outro. Uma caracterização muito restrita do material nos últimos tipos de obras como expressão protegível corre o risco de tornar os direitos autorais tão "fracos" que desencorajam o esforço ou investimento na produção da obra. Mas uma caracterização muito ampla corre um risco maior de interferir nas políticas de direitos autorais que favorecem o livre acesso a ideias, métodos, sistemas e outros[130].

O direito de reprodução abrange o direito de autorizar ou proibir reproduções diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes de obras por qualquer meio e sob qualquer forma, no todo ou em parte. O direito é, portanto, muito amplo. A maioria (senão todos) os usos digitais de obras envolvem reprodução, mesmo que apenas temporária, na memória de um dispositivo. No entanto, também é certo que várias dessas reproduções (por exemplo, aquelas feitas durante a navegação na Internet) seriam isentos sob a exceção expressa de "reprodução temporária".

O direito de adaptação, ou direito de fazer obras derivadas, se sobrepõe um tanto ao direito de reprodução, pois uma adaptação, seja em outro meio, como um pôster retratando uma pintura, ou em outro idioma, ou em uma forma de expressão diferente, como uma peça baseada em um romance ou um filme baseado em uma peça, necessariamente incorporará a obra adaptada no todo ou em parte.

Algumas leis de direitos autorais, como a da França, não fornecem explicitamente o direito de adaptação, em vez disso, tratam os trabalhos derivados não autorizados como violações do direito de reprodução. Na lei de direitos autorais dos EUA, obra derivativa "é uma obra baseado em uma ou mais obras pré-existentes" e inclui "qualquer ... forma em que um trabalho pode ser reformulado, transformado ou adaptado." O direito de obras derivadas, portanto, fornece aos autores o análogo mais próximo da lei dos EUA ao direito moral de integridade (para os autores que retêm direitos de obras derivadas)[131].

Em países cujas leis cobrem expressamente os direitos de adaptação, o conceito abrange não

130GINSBURG, Jane C. Ginsburg, Overview of Copyright Law, Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Rochelle Dreyfuss & Justine Pila, Eds., Oxford University Press, 2018; Columbia Public Law Research Paper No. 14-518(2016).
131*Op. cit.*

apenas acréscimos a um trabalho anterior, mas também alterações, supressões, acréscimos, e outros. Jane C. Ginsburg preconiza que, embora amplo, o direito das obras derivadas não é ilimitado. Nem todo trabalho que é "inspirado por" uma obra subjacente, ou, mais amplamente, que capitaliza o valor econômico do trabalho subjacente, é necessariamente um "trabalho derivado".

Por exemplo, uma dramaturga que, tendo visto "West Side Story", é inspirada a escrever sua própria variação étnica em "Romeu e Julieta", não criou uma obra derivada infringente. Sua obra pode ser "derivada" como uma questão de crítica literária, e ela pode estar capitalizando no mercado que o primeiro autor criou para transposições étnicas, mas se ela abordou apenas as ideias do autor anterior, ela não incorporou a expressão do trabalho anterior e, portanto, não pode ser considerada como tendo infringido. Da mesma forma, um trabalho, como uma bibliografia ou resumo, que recapitula apenas informações factuais de ou sobre um trabalho anterior, não copiou ou adaptou sua "expressão" e, portanto, não infringe.

Enquanto a exploração de obras de autoria por meio da distribuição de cópias dominou por muito tempo a economia do direito autoral, os direitos de execução pública e comunicação ao público agora, graças principalmente à mídia digital, igualam ou superam o direito de reprodução em significado econômico.

Jane Ginsburg afirma que na maioria dos países, o direito de "execução pública" refere-se a apresentações de obras para um público presente no local da apresentação, enquanto "comunicação ao público" e seu subconjunto, "disponibilização ao público" (*making available to the public*) referem-se a transmissões por meios com ou sem fio para membros do público, quer separados no espaço, como por exemplo, nas emissões de rádio e televisão, e / ou no tempo, como nas transmissões digitais a pedido[132].

No âmbito do direito de disponibilização, que trata do acesso individualizado por membros do público, não é necessário que a empresa tenha de fato transmitido o conteúdo a qualquer membro do público; basta que a empresa tenha se oferecido para transmitir o conteúdo. O direito, como o próprio nome indica, abrange a proposta de acesso individualizado à obra. Na maioria dos países, o direito de disponibilização cobre tanto o streaming quanto o download[133].

132GINSBURG, Jane C. Ginsburg, Overview of Copyright Law, Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Rochelle Dreyfuss & Justine Pila, Eds., Oxford University Press, 2018; Columbia Public Law Research Paper No. 14-518(2016).
133*Op. cit.*

O direito de *make available* foi introduzido pelos Tratados de Internet, mas sua introjeção nos sistemas internos foi deixada a cargo de cada Estado-membro, com a prerrogativa de adequação aos seus próprios institutos, já que a criação de um novo tipo jurídico implicaria na alteração da própria Convenção de Berna, considerada indesejável por seu alto grau de complexidade.

Esta classificação do direito de *make available* dentro do direito de comunicação ao público não é feita sem considerável malabarismo teórico. Mais do que mera distinção conceitual, cada um dos direitos previstos é exercido de acordo com os institutos que lhe são próprios.

Assim, além da reprodução e comunicação ao público, é amplamente aceito o direito que os autores têm o direito exclusivo de autorizar ou proibir a distribuição de suas obras por venda ou de outra forma – por empréstimo ou mesmo distribuição de cópias gratuitas. Por isso também boa parte das legislações adota também a chamada *first-sale doctrine*: este direito esgota-se após a primeira distribuição autorizada da obra no mercado. Isso significa que se uma obra (por exemplo, na forma de um livro ou um CD) foi legalmente vendida, o autor não pode proibir a sua revenda por um sebo, por exemplo.

Caso o direito de tornar a obra disponível na Internet seja entendido como modalidade de direito de distribuição, não se pode dissociá-lo da doutrina da *first-sale*, propiciando assim em tese um direito de redistribuição de obras no meio digital desvinculado do autor, uma vez tendo sido realizada a primeira venda lícita – tanto que o próprio WCT faz ressalva expressa quanto à possibilidade dos Estados-membros decidirem sobre a conveniência de manter tal instituto.

Oliveira Ascensão defende que o conceito de "comunicação ao público" está restrito às hipóteses de representações e execuções públicas, conforme previsto no Art. 68 e seus parágrafos 1° e 2°, da LDA. Preferiu o legislador pátrio, em oposição ao que dispõe o WCT, reservar direito específico para a faculdade de disponibilizar a obra em rede, que é o direito de armazenamento em computador, previsto no art. 29, IX, e que não está compreendido no conceito de comunicação ao público.

Cabe ressaltar que este entendimento não é pacífico na doutrina, já que, por exemplo, Manoel Pereira dos Santos entende que esse direito, ou pelo menos boa parte dele, estaria localizado no inciso VII do Art. 29[134], o qual abrangeria 'a distribuição eletrônica quando se refere à distribuição de obras

134Art. 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

mediante recursos de telecomunicações", ressalvando todavia que não houve uma atualização, propriamente dita, no conceito de distribuição presente no Art. 5º[135]. João Carlos Mueller Chaves, citado por Silvia Gandelman, afirma que o direito de colocar à disposição foi definido como um direito de distribuição[136].

A este respeito, a própria redação do inciso VII assemelha-se sobremaneira às disposições correspondentes dos Tratados de Internet, demonstrando que a intenção do legislador era criar um direito de distribuição eletrônica que corresponderia ao direito de colocação da obra a disposição do público presente nos Tratados de Internet da OMPI. Além disso, nas discussões que levaram à inclusão da então incipiente agenda digital no texto da Lei 9.610/98, houve uma grande influência da jurisprudência norte-americana vigente naquele momento, que apontava os atos praticados na Internet como parte do direito à distribuição[137].

Entretanto, o Art. 30 da LDA incorpora expressamente sob o direito de reprodução o direito de colocar a obra à disposição do público – que se dirige essencialmente ao direito de colocar a obra em rede (ou em linha) à disposição do público. Afasta-se assim da corrente dominante, que o integra no direito de comunicação ao público[138].

Portanto, temos divergência a partir do próprio texto legal, no sentido de identificar se o *make available* integraria o direito de reprodução (LDA Art. 30) ou o direito de distribuição (LDA Art. 29, VII e/ou IX), como indicado por atores que participaram daquele processo legislativo.

Uma das consequências de qualquer uma destas interpretações estar correta é que não incumbiria ao ECAD a arrecadação de direitos autorais sobre obras musicais disponibilizadas na Internet, já que sua competência é adstrita à execução pública – comunicação ao público – das obras e fonogramas.

---

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;

135SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito Autoral na Internet. In: GRECO, Marco Aurélio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

136GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Os Direitos Autorais Musicais Dos Ringtones E Dos Truetones: Execução Pública Ou Distribuição. Disponível em http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/08/palestra-silvia-regina-dain-gandelman-mesa-2.pdf e,m 01/07/2020

137Vale a pena ainda relembrar a ida do relator do APL que gerou a Lei, o à época Deputado Aluísio Nunes Ferreira, a uma das sessões da OMPI prévias à realização da Conferência Diplomática, época em que justamente se discutia esse tema, o que acabou por influenciar a redação do dispositivo relativo à Internet na LDA.

138ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. Revista da ESMAPE. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008

Porém, de forma bastante polêmica, foi proferida decisão paradigmática pela qual os ministros da 2ª Seção do STJ entenderam que o streaming, consistente na colocação em linha de obra para acessão pelo público, na hora e local que este deseja – consistiria numa forma de transmissão, coberta pelo Art. 68 § 1º[139]; e que, como tal, é uma modalidade de exibição pública da obra musical, e portanto, consiste em fato gerador de arrecadação, nos termos do relator do caso, ministro Villas Bôas Cueva[140].

Em seu voto, o relator também afirma que, conforme a a Lei 9.610/98, a quantidade de pessoas no ambiente de execução musical não é fator relevante para a configuração do local como de frequência coletiva: o que caracterizaria 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.

O conceito de transmissão pressupõe um transmissor, alguém que emite a mensagem; o exemplo clássico é o rádio. No caso do streaming, o que ocorre é o inverso, com o acesso por parte do receptor da mensagem ao catálogo de obras e fonogramas. A decisão do STJ alinhou o modelo brasileiro com a posição dominante, integrando o streaming na comunicação ao público; mas ao custo de tornar letra morta a expressa disposição legal, evidenciando o desgaste e precariedade da Lei 9.610/98 no trato do ambiente digital. O próprio processo de reforma e modernização da LDA, que um dia trouxe esperanças de um marco legal adequado ao mundo digital, já se encontra vetusto, grisalho e desarticulado, abandonado ao sabor dos ventos políticos.

2.5.6. Direitos Conexos

A abrangência da proteção do que se entende por direito de autor tem sido acrescida. Assim, na década de 1960, passaram a ser protegidos por direitos conexos ao direito de autor os intérpretes, artistas, executantes, os produtores de fonograma e as empresas de radiodifusão, através da denominada Convenção de Roma de 1961.

139Art. 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 freqüência coletiva ou pela radiodifusão, **transmissão** e exibição cinematográfica.

140STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

Um fonograma é uma gravação sonora que contém uma fixação de sons de uma interpretação ou execução (e que não seja uma obra audiovisual)[141]. O intérprete é quem "assina" o fonograma: pode ser uma cantora, uma banda, uma orquestra, dois artistas que gravam juntos, e por aí vai: é a etiqueta do produto. Já a categoria dos "músicos executantes" é bem mais abrangente e abarca todas as pessoas que participaram criativamente de determinada gravação de um fonograma – guitarra, bateria, baixo, vocalista, produtor musical, arranjador, beatmaker (em certos casos) e quem mais estiver no estúdio. Usualmente, o intérprete também vai ser músico executante, já o contrário não se impõe.

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos conexos pertencem a terceiros, que, com sua atividade, intervêm na própria obra primígena: relacionam-se ao direito de o artista, intérprete ou executante possuir a proteção quanto às suas próprias criações do espírito, desde que originais e únicas. Em outras palavras, a reformulação ou reinvenção do intérprete e do executante, titulares de direito novo e exclusivo, pode até ser invocada contra o autor da obra original e lhe garante a contraprestação ao desempenho.

A lei dispõe sobre os direitos conexos com a mesma ênfase dada aos direitos do autor. Afinal, a qualidade daquilo que é conexo é a de estar conectada à dimensão do direito de autor, e esta conexão às vezes é a própria forma de concretização e realização do direito de autor. O que orbita em torno do direito de autor é tão significativo a ele, que recebe o mesmo tratamento e a mesma equivalência legal ao direito de autor[142].

Cabe ressaltar porém que, para além dos artistas, intérpretes ou executantes, também os produtores fonográficos e empresas de radiodifusão, ou seja, pessoas jurídicas, recebem proteção integral com a mesma envergadura de direitos do autor dentro das suas similaridades. Enquanto o direito do autor protege a obra, os conexos defendem determinada categoria de pessoas ou empresas que desempenham um papel na produção, interpretação, execução, comunicação ou divulgação de obras.

Aos intérpretes cabem direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista.

141LDA Art. 5º IX - 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;
142BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 167.

Mas o produtor fonográfico é o titular originário do fonograma, ou seja, é quem gera seu registro e o administra, usualmente devendo prestar contas ao intérprete ou outros titulares; e, mesmo que o intérprete ou músico executante tenham percentuais daquele ativo, usualmente é o produtor fonográfico a pessoa autorizada a exercer o direito exclusivo sobre o fonograma[143].

Neste sentido, o direito conexo do intérprete e dos músicos executantes resta completamente reduzido, de forma estrutural, ao direito de participação econômica, conforme adverte Oliveira Ascensão; o direito autoral, justificado em nome da dignidade da pessoa humana, emprestado aos intérpretes e músicos pela paixão e espírito de seus fazeres, é efetivado com toda sua musculatura para proteção da empresa.

2.5.7. Monopólio Temporal

O direito de autor é visto como instrumento de incentivo à cultura na forma da chamada "barganha cultural": concede-se o direito de exclusivo temporário para estimular a criação de obras e, assim, o desenvolvimento cultural; vencido o prazo, o uso das criações passa a ser livre e a compor o domínio público[144]. O componente temporal é essencial, já que o domínio público representa o cabedal de conhecimentos e informações que são recombinadas em prol de novas criações. A transformação criativa, mecanismo pelo qual a arte se apropria de trechos de artefatos culturais pré-existentes para instrumentalizar de forma determinante certas manifestações artísticas e sociais, democratizando e socializando as possibilidades de criação, sempre foi o grande impulsionador da criação de conteúdo.

Tal conceito não é novo. Desde tempos imemoriais a humanidade tem se utilizado de tradições passadas para a construção do novo. A epopeia de Gilgamesh traz a narrativa de um grande dilúvio da tradição sumeriana incorporado ao texto, demonstrando que a grande inundação não era uma exclusividade da Bíblia, mas que fazia parte de uma literatura antecedente, tendo sido incorporada pela tradição judaica. O fenômeno se repete ao longo da história; na Grécia clássica, as obras de Homero

143Essa dinâmica da participação dos compositores, intépretes e músicos executantes nos fonogramas é examinada em detalhes no Capítulo V, abaixo.

144BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

representam, de acordo com numerosas fontes, compilações da tradição oral de diversos autores. Há uma ligação direta entre "Príamo e Thisbe", de Ovídio, "Os Noivos", de Alessandro Manzoni, "Romeu e Julieta" de Shakespeare e "West Side Story" de Leonard Bernstein; na música, temos gêneros inteiros criados a partir da mistura e da derivação, desde a soul music até o hip-hop, eletrônica, funk e assim por diante[145].

A chave é que os direitos autorais, como todos os chamados direitos de propriedade intelectual, só existem por conta da lei. Sem a expressa previsão legal, não existe um direito natural aos bens intelectuais; e se, na barganha estabelecida, o titular do direito tem o monopólio de seu uso, todos os demais (em especial seus concorrentes) tem o direito de utilização daquele ativo quando exaurido o limite temporal. Denis Borges Barbosa, discorrendo sobre patentes, conceitua tais direitos como *essencialmente* temporários:

> O autor do invento tem uma exclusiva temporária–e todos terceiros têm, em sede constitucional, um direito sujeito a termo inicial de realização livre do invento ao fim do prazo assinalado em lei. Tais princípios têm conseqüências interessantes, por exemplo, quanto à possibilidade de prorrogação das patentes. Ao conceder [...] uma patente por quinze anos, a União ao mesmo tempo constituiu um direito a tal prazo no patrimônio do dono da patente, e garantiu à sociedade em geral, e aos competidores do dono da patente, de que em quinze anos, a tecnologia estaria em domínio público.

Os competidores dos titulares de patente tinham um direito adquirido a exercer sua liberdade de iniciativa, em face da patente, ao fim dos quinze anos do seu prazo. Se a lei aumentasse o prazo da patente, estaria invadindo o patrimônio do competidor, agredindo uma situação jurídica constituída que esta tinha, de vir a investir livremente no mercado. O monopólio delimitado no tempo constituiu-se contra todos, e pereceu a seu termo em favor de todos. A liberdade de iniciativa foi limitada por prazo certo, em favor do titular, e foi reconquistada, ao fim do prazo, pelos seus concorrentes[146]. O mesmo raciocínio é aplicável ao Direito Autoral; o limite temporal constitui um direito adquirido oponível a todo e qualquer interessado em utilizar obras.

Entretanto, o que se observa são sucessivas e constantes expansões legislativas em relação ao prazo protetivo praticado, inclusive em relação a obras pre-existentes. O resultado é a aquisição

145PESSERL, A. ; BERNARDES, M. B. Transformação criativa na Sociedade da Informação. In: III Mostra de Iniciação Científica da Associação Nacional de Pós Graduação, 2010, Rio de Janeiro. XXII Congresso Nacional de Pós Graduandos, 2010

146BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. 2002. Disponível em https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/bases_constitucionais_pi.pdf em 01/08/2020

unilateral do domínio público por parte dos titulares. As extensões retroativas de prazos de proteção de direitos autorais mantém essencialmente todas as obras, que de outra forma teriam sua proteção expirada, fora do alcance do domínio público por toda uma geração[147]. Oliveira Ascensão, ao analisar a decisão emitida pela Suprema Corte norte-americana do emblemático caso *Eldred v. Ashcroft*[148], aponta o protecionismo como causa:

> Foi evidente a influência da Disney neste processo, para evitar a queda no domínio público de personagens cuja criação datava do início do séc. XX. A constitucionalidade da extensão do prazo foi contestada, mas o Tribunal Supremo norte-americano aceitou-a, como a mera consideração de que se tratava de uma competência constitucionalmente atribuída ao Congresso. Como 95 ou 120 anos são compatíveis com a Constituição norte-americana, que atribui ao Congresso a possibilidade de estabelecer exclusivos "por tempo limitado" em benefício de autores e inventores para o progresso das ciências e das artes úteis é um mistério, que caberá aos juristas norte-americanos desvendar[149].

Os bibliotecários de modo geral se referem a esse fenômeno como o "buraco negro do século 20" (*20th century black hole*), ao tentar descrever o efeito que as extensões de prazos retroativas apresentam sobre o acesso ao patrimônio cultural online[150].

Resta incontroverso que as instituições culturais tendem a evitar digitalizar coleções do século 20 por causa de seu status de direitos autorais frequentemente complicado. A negociação individual com titulares de direitos de autor, que muitas vezes são impossíveis ou proibitivamente caros de encontrar, efetivamente elimina porções consideráveis do domínio público.

147"*Keep substantially all works with otherwise-expiring copyrights out of the public domain for a generation*". MOGLEN, Eben. 2002. p. 12. Moção de Amicus Curiae da Free Software Foundation in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 01-618. Disponível em http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf em 01/08/2020

148Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003), foi uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sustentando a constitucionalidade da Lei de Extensão de Termos de Direitos Autorais Sonny Bono de 1998 (CTEA). O resultado prático disso foi evitar que uma série de obras caíssem no domínio público em 1998 e nos anos seguintes, como teria ocorrido sob a Lei de Direitos Autorais de 1976. Os materiais com os quais os demandantes haviam trabalhado e estavam prontos para republicar estavam agora indisponíveis devido às restrições de direitos autorais. Foi arguida a inconstitucionalidade de legislação passada pelo Congresso americano aumentando retroativamente o prazo protecional de direitos autorais, e na prática impedindo que diversos produtos culturais entrassem no domínio público (entre eles o Mickey Mouse). A tese foi sustentada pelo Prof. Lawrence Lessig. A decisão da Suprema Corte americana foi no sentido de preservar a discricionariedade do Congresso, mantendo a legislação.

149ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.17. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

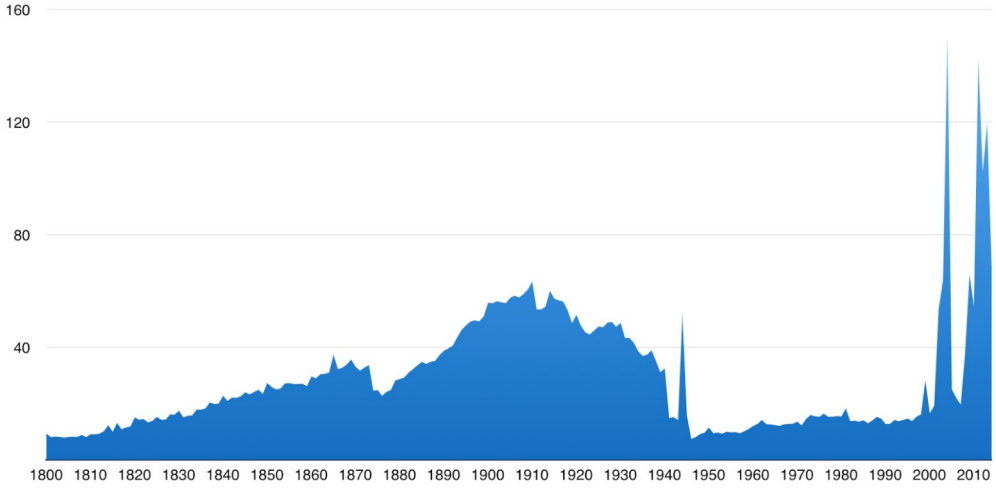
150BOYLE, James. Google Books and the Escape from the Black Hole. FT, 2009. Disponível em http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/ em 01/08/2020

A Biblioteca Europeana demonstrou tal conceito observando a distribuição temporal das obras dentro do seu banco de dados, a pedido da Comissão Europeia, buscando provas para avaliar o impacto dos direitos de autor na disponibilidade online do patrimônio cultural. Coleções que consistem em obras que datam do século 20 ou que contêm grandes proporções de obras desse período estão disponíveis online em um grau muito menor do que as coleções de períodos anteriores ou posteriores ao século 20.

Os resultados mostram que há uma lacuna clara na disponibilidade de material digitalizado do século 20[151]:

151FALLON, Julia. GOMEZ, Pablo Uceda. The missing decades: the 20th century black hole in Europeana. Europeana. Disponível em https://pro.europeana.eu/post/the-missing-decades-the-20th-century-black-hole-in-europeana em 01/08/2020

Figura 01. Distribuição cronológica de dados: valores emitidos no conjunto de dados Europeana.



Fonte: Europeana

O gráfico acima representa uma análise dos 7.300.000 objetos, dentro do conjunto de dados da Europeana de 45 milhões de objetos, que contêm informações confiáveis sobre a data de criação da obra. O gráfico fornece uma divisão aproximada do número de itens representados digitalmente na Europeana que foram criados em cada ano desde 1800. É evidente que a quantidade de patrimônio cultural disponibilizado on-line aumenta continuamente desde 1800 até a segunda metade do século XX. A partir da década de 1950, a quantidade de material disponibilizado online diminui drasticamente. Enquanto a primeira metade do século 20 representa 35% da amostra, a segunda metade é de apenas 11%.

É possível demonstrar objetivamente como este conjunto de fatores contribui para a existência de muitas “obras órfãs”, obras que continuam sujeitas ao regime de proteção autoral, ao mesmo tempo em que é difícil determinar quem são seus titulares. As obras podem se tornar órfãs por várias razões: não há registro de seu titular, este vendeu os direitos patrimoniais e não registrou a transferência, ou faleceu e seus herdeiros não podem ser localizados, e outros. Com frequência, obras órfãs se tornam obscuras independentemente de quão valioso seja o material nelas contido. A insegurança jurídica que as rodeia afasta criadores futuros, por medo de arcar com indenizações no caso da emergência de seu titular.

De forma análoga, grande parte do catálogo de obras existente é composto por obras esgotadas,

fora de catálogo e *ipso facto* fora de circulação do mercado editorial, normalmente trabalhos cujo ciclo de vida econômica (tradicional) encerrou-se naturalmente. Ainda que seja possível, em tese, localizar seus titulares, usualmente são obras cujos titulares não detém mais interesse econômico direto em explorá-los, seja pelo encerramento de contratos de edição, seja pelos custos de atualização ou reimpressão[152].

À medida que restam menos cópias e elas se tornam mais frágeis, tais livros param de circular ou de ficar disponíveis para empréstimos inter-bibliotecas, tornando-os virtualmente inacessíveis para leitores potenciais[153]. Em outras palavras: a informação neles contida perde seu valor pela falta de circulação, diminuindo a eficiência de um sistema social baseado no conhecimento.

É dever do Estado garantir e preservar não apenas a cultura e a memória, mas também o acesso à informação. Mesmo assim, as leis de direitos autorais e acordos internacionais sobre o tema são os principais responsáveis por esta situação de ineficácia, principalmente pelas concessões de sucessivas extensões de prazos protecionais de direitos para uma indústria de notável poder econômico e influência política. Ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – e, especialmente, sua digitalização[154].

2.5.8. Domínio Público

Este é o nome dado ao conjunto de obras criativas que não são protegidas pelo direito autoral – ou por não estarem mais cobertas por seus limites temporais, ou (em determinadas legislações) porque seus criadores não cumpriram com determinados requisitos formais no passado ou ainda deliberadamente doaram ao público quaisquer direitos que pudessem deter sobre tais obras. Portanto, o

152PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele B. A Biblioteca Total: Google Book Search e obras órfãs. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Acesso em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2966.pdf em 01/08/2020
153COVEY, Denise Troll. Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books. p. 07. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources. Washington, D.C.: 2005
154PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele B. A Biblioteca Total: Google Book Search e obras órfãs. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Acesso em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2966.pdf em 01/08/2020

domínio público se define tradicionalmente por seu caráter negativo: representa a ausência do direito autoral.

Esta ideia tem sido rechaçada pela doutrina, mediante a formulação do conceito de um domínio público definido positivamente. Em regimes jurídicos de propriedade intelectual, o domínio público é geralmente definido de forma negativa, como os recursos nos quais nenhum direito intelecutal é investido. Essa perspectiva anômica implica que o regime do domínio público não apenas não impede sua invasão e apropriação contínua, mas pode, ao contrário, facilitá-la. A fim de preservar efetivamente o domínio público, deve-se conceber um regime jurídico adequado de forma a tornar os bens comuns imunes a qualquer apropriação legal ou factual, configurando-se assim uma definição e um regime positivos do domínio público[155].

A importância do domínio público, pode-se perceber, conta com aspectos sociais, econômicos e jurídicos. Todos aqueles que criam obras artísticas são inevitavelmente influenciados por toda a produção cultural que lhes serve de fonte. Desde sempre o homem criou a partir de trabalhos alheios. O domínio público permite que essa tendência natural seja exteriorizada sem se tornar dependente de autorização por parte de quem quer que seja, ou de pagamento pelo uso da obra.

Uma vez que determinada obra entre em domínio público, os exclusivos autorais não mais se aplicam, e qualquer um pode copiá-la, reutilizá-la, ou compartilhá-la como quiser. O domínio público funciona como um repositório de materiais criativos livremente utilizável. Fornece aos autores a matéria prima da qual as próximas gerações de livros, filmes, canções e outras obras poderão ser construídas[156].

As obras em domínio público podem ser exploradas economicamente, tanto em suas versões originais quanto pela criação de novos trabalhos. Isso permite maior acesso às obras, por conta da possibilidade de múltiplas edições de qualidade e preços variados. Adicionalmente, a exploração econômica das obras em domínio público pode se consumar a partir de adaptações, arranjos, regravações, mixagens e todo tipo de modificação.

155DUSOLLIER, Séverine. Towards a Legal Infrastructure for the Public Domain. first Communia workshop, Turin, Italy. 2008. Disponível em http://www.communia-project.eu/ em 01/08/2020

156PESSERL, Alexandre Ricardo. A biblioteca pública digital [dissertação]: direito autoral e acesso na sociedade informacional. Orientador, Marcos Wachowicz. – Florianópolis, SC, 2011. 180 p.: il. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Do ponto de vista jurídico, a garantia do uso de obra em domínio público acaba por compor a efetivação de diversos princípios garantidos constitucionalmente. Os direitos à educação, à liberdade de expressão, ao acesso ao conhecimento, à cultura, que conduzem todos à dignidade da pessoa humana, são mais facilmente realizados na medida em que a sociedade se alimenta de um domínio público robusto e facilmente acessível.

Uma vez que a própria lei é tão econômica nas hipóteses de uso de obras alheias sem autorização do autor, o domínio público se torna ainda mais uma pedra fundamental para a construção das bases da cultura. Nesse sentido, o domínio público clama por ser lembrado, usado e aproveitado social e economicamente. É um dever coletivo estimular o uso de obras em domínio público e a criação de obras dele derivadas[157].

O direito autoral não se presta apenas a estimular a criação. Não se trata de um complexo instrumento cuja finalidade única é manter autores incentivados a criar, gerando assim o resultado benéfico de aumento do patrimônio cultural (função promocional). Existe outra função desempenhada pela tutela autoral, que distintamente do que ocorre com essa primeira função, não possui como metodologia a concessão de formas de estimular a atividade criativa por parte dos autores, geralmente através da outorga de prerrogativas que podem ser convertidas em retorno financeiro. A chamada função social do direito autoral tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura[158].

Oliveira Ascensão é incisivo neste sentido:

> O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse. Muito pelo contrário. O domínio público é a situação normal da obra intelectual. É o espaço de diálogo social livre. Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade. Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como excepção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação[159].

157BRANCO, Sérgio. O domínio público no direito autoral brasileiro. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. P. 277-8

158PEREIRA DE SOUZA, C. A. (2011). O domínio público e a função social do direito autoral | Public domain and the social function of copyright law. Liinc Em Revista, 7(2). Disponível em https://doi.org/10.18617/liinc.v7i2.428 em 01/08/2020

159ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.23. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

O exercício do direito de exclusividade, derivado da função promocional, não é absoluto, encontrando restrições intrínsecas, ou seja, dentro da própria conformação do direito autoral. Guilherme Carboni leciona que, se a função promocional é caracterizada pela outorga de uma exclusividade, a função social, por sua vez, gera restrições a esse regime de exclusividade consistentes na indicação de usos da obra autoral que são, desde já, permitidos pelo ordenamento jurídico (são as chamadas limitações e exceções ao direito autoral), além de marcar uma limitação temporal para o gozo dessa exclusividade, finda a qual as obras passariam a ingressar num regime de liberdades de utilização bastante amplas (trata-se da hipótese mais comum do chamado domínio público)[160].

Essas duas modalidades de exercício da função social do direito autoral são usualmente denominadas pela doutrina como restrições intrínsecas, ou internas, à tutela autoral. Essa concepção se explica pelo fato de que o atendimento aos interesses coletivos é efetivado através de limitações criadas na própria constituição dos direitos autorais.

Complementando a existência de restrições intrínsecas, ou seja, a aplicação das exceções e limitações previstas da lei e a reconstrução do domínio público, a doutrina identifica outro grupo de restrições que seriam extrínsecas, ou externas, ao direito autoral. Essas restrições são assim denominadas justamente porque, para atender aos interesses públicos, limites são impostos à tutela do direito de autor, mas não necessariamente integram a sua estrutura; muito pelo contrário, são restrições alcançadas pelo exercício de outros direitos, como o direito à informação, à educação, à cultura, à liberdade de expressão, à livre concorrência, à proteção do consumidor, etc. Carboni assim comenta o tema:

> A regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral ("restrições intrínsecas") – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício ("restrições extrínsecas") – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras inte-lectuais protegidas – visando a correção de distorções, excesso e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico[161].

160PEREIRA DE SOUZA, C. A., 2011, *op. cit.*
161CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2006. p.98.

Nota-se a existência de duas tendências doutrinárias e legislativas no trato do tema. De um lado, e fortemente influenciada pelos grandes titulares de direitos, há uma tendência à perpetuação do paradigma do direito autoral, pretendendo adensar e multiplicar as restrições ao acesso. De outro, encontram-se argumentos em favor da percepção de que todo o sistema de proteção de propriedade intelectual deve ser repensado, a partir da constatação de que a cópia, o principal *benchmark* de controle da circulação de obras protegidas no ambiente analógico, é atividade corriqueira no meio digital[162]. A discussão está longe de ser pacífica, e não há um consenso sobre o caminho a seguir.

Este segundo argumento está no centro da chamada "teoria social da informação", corrente doutrinária crítica ao fortalecimento das estruturas de controle no ambiente digital[163]. Muitas das restrições das leis de propriedade intelectual sobre os direitos dos titulares podem ser explicadas como tentativas de construir o domínio público positivo.

As tendências recentes percebidas de eliminar ou reduzir algumas dessas restrições, facilitar a aplicação de direitos ou a extensão da propriedade intelectual a um novo objeto, conflitam fundamentalmente, prossegue o argumento, com a construção do domínio público. E à medida em que se esgota o domínio público, também se vão nossas esperanças de um amanhã mais rico, mais completo e mais interessante. O controle conferido por tais direitos é prejudicial ao contínuo florescimento de um domínio público de idéias e informações.

Posições mais puristas[164] acusam os movimentos inspirados por esta doutrina – *second enclosure*, *Creative commons*, *free culture*, A2K, e afins - de contemporizar com o direito autoral – "*some rights reserved"* - ao invés de contribuir na busca de soluções para a criação de um domínio público verdadeiro. Outros autores, do outro lado do espectro ideológico, argumentam que tais teorias subestimam a importância da natureza intangível da informação e, portanto, negligenciam a contribuição que mesmo criações intelectuais perfeitamente controladas dão ao domínio público; o enorme grau de inovação observado nos últimos cinquenta anos ocorreu dentro desse esquadro normativo altamente protetivo o qual, portanto, possui resultados demonstráveis.

Supostamente, o controle perfeito das informações fornecidas – uma suposição animadora em

162LITMAN, Jessica. Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet. Prometheus Books: 2001
163BOYLE, James. Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1996, ISBN 0674805224
164WAGNER, R. Polk. Information Wants to Be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control. Columbia Law Review, Vol. 103, May 2003.

grande parte da crítica contemporânea – seria contrafactual e "provavelmente permanecerá assim", e que tais fatos sugerem que aumentar a apropriabilidade dos bens de informação provavelmente aumentará, ao invés de diminuir, a quantidade de informações abertas. Além disso, os benefícios do controle na promoção da coordenação e na flexibilidade dos arranjos supostamente são elementos essenciais para promover o progresso em um mundo em constante mudança[165].

Tais debates foram escritos antes da Web 2.0, da explosão do conteúdo gerado por usuários (*user generated content,* UGC) e muito antes da cristalização de conceitos como a blockchain ou ledgers distribuídos. Olhando tal debate em retrospecto, a posição crítica, em defesa da abertura e facilitação da circulação da informação, parece mais robusta e a que melhor descreve o sistema atual, especialmente em face da introdução das tecnologias apontadas. Os recursos informacionais abertos estão cada vez mais presentes, desde sistemas operacionais Linux em virtualmente qualquer *web server* e materiais educacionais abertos até nos memes e outros conteúdos gerados com a finalidade específica de circulação maximizada, gratuita (porém *monetizável*), online, fora da lógica e da cultura de permissão dos direitos autorais.

A inversão da lógica editorial é completa, neste caso: na maioria das vezes as redes sociais vão cobrar para "impulsionar" conteúdos criados pelo usuário. A moeda de troca passa a ser a audiência e a influência. A obra é substituída pelo seu criador – Narciso e Dr. Frankenstein de mãos dadas num quadro de Romero Brito – ou então passa a existir num limbo jurídico dissociada da figura do autor, o meme repetido à exaustão de celular em celular como objeto informacional bastardo, apátrida e recombinante. De forma simultânea, um novo *pool* de recursos recombinantes abertos vai sendo construído, regido por sistemas de licenças abertas num "quase" domínio público.

2.5.9. Direito de Remuneração

Tal conjunto de fatores evidencia um ponto saliente no discurso da *exclusividade* dos direitos autorais, ou seja, da necessidade de permissão de uso pelos titulares. Conforme descrito acima[166], determinadas categorias de titulares exercem pouco ou nenhum controle sobre as utilizações realizadas;

165 Op. cit.
166Item 2.5.6.

é notadamente o caso dos músicos executantes, os quais por praxe recebem apenas cachês de gravação e receitas advindas da comunicação ao público, ou seja, da gestão coletiva. Neste caso, o direito conexo de tais titulares se manifesta sem qualquer controle sobre o destino de suas interpretações. Esta é uma das modalidades do chamado "direito de remuneração", *stricto sensu*, o qual não se confunde com um direito anterior e mais amplo à retribuição pela utilização de obras e fonogramas.

Para Victor Drummond, o direito de remuneração é uma espécie do gênero de direito de exploração, que é de natureza inerente aos denominados direitos patrimoniais de autor. Por sua vez, a exploração comercial, e os direitos que se lhe relacionam, pode se dar sob a forma de direito exclusivo ou direito de remuneração. Enquanto aquele prevê uma autorização prévia e que todo o uso que se faça de uma obra, o direito de remuneração pretende que as obras sejam utilizadas e que circulem, e, quanto mais se faça uso delas, mais se pague pelo seu uso[167].

O direito de remuneração está presente no Tratado de Beijing da OMPI sobre as interpretações e execuções audiovisuais (o Tratado de Beijing). O tratado moderniza a proteção dos direitos intelectuais dos cantores, músicos, bailarinos e atores nas prestações audiovisuais, em filmes e na televisão, e inclui também as prestações dos músicos em DVD e noutras plataformas audiovisuais. Firmado em 2012, prevê em seu artigo 11 que os países membros podem optar por manter o regime de autorização prévia ou então estabelecer um direito de remuneração equitativa por utilizações, e evidencia a incorporação deste novo instituto ao ordenamento internacional[168] bem como a necessidade de harmonização do instituto com as provisões de Berna sobre o direito de exclusivo.

Já em 1999 Oliveira Ascensão afirmava que "o que interessa, na sociedade da informação, é que o produtor seja remunerado; (…) o problema jurídico da sociedade da informação é o problema da tutela das próprias mensagens em rede; ao autor cabe autorizar a integração da obra em rede mas a seguir perde todo o significado"[169]. De acordo com o doutrinador, a partir do momento em que o autor autoriza sua distribuição em rede, o que se verifica é o esgotamento do direito de autor em prol de um direito contratual do empresário que realiza a exploração econômica da obra. Ainda se podem

167DRUMMOND, Victor G. Do círculo hermenêutico ao círculo criativo: (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2014. p. 632

168 Com destaque para sua positivação na recém-reformada legislação autoral sul-africana, que atualmente conta com alguns dos instrumentos mais modernos para proteção do ambiente criativo no entorno digital.

169ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Revista da EMERJ, v.2., n.7, 1999. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista07/revista07_21.pdf em 15/01/2020. pp. 35-36

distinguir duas situações:

a) o autor que cedeu a obra foi remunerado por quantia fixa;

b) o autor é remunerado, total ou parcial, por uma percentagem variável consoante as receitas ou lucros obtidos.

No primeiro caso o autor deixa de estar patrimonialmente interessado na exploração efectiva da obra. No segundo, o autor tem interesse na determinação da exploração efetiva; as informações eletronicas sobre a utilização dos direitos são contabilizáveis; afirmando que "o desenvolvimento do sistema permitirá o incremento de contratos deste tipo"[170].

Bruno Lewicki aponta associação nociva entre o exercício dos direitos patrimoniais do autor e aquele do domínio no âmbito "clássico" da propriedade; mas deve ser observado que a automática equiparação dos direitos morais de autor aos direitos de personalidade não é menos daninha que aquela entre faculdades patrimoniais e exercício dominial. Assim como as faculdades patrimoniais, os direitos morais são direitos que uma pessoa exerce para proteger algo externo a ela – sua obra. Difere, desta forma e por exemplo, do direito à honra, que é um atributo da própria pessoa[171].

Drummond propõe que o conceito basilar do direito de remuneração é uma aferição de valor econômico que varia de acordo com quanto uma obra gera economicamente no mercado, para o mercado e não para o seu sujeito-criador. No sistema de direito de autor em que as grandes corporações instituem os valores que pretendem cobrar pelo uso das obras das quais são as detentoras da titularidade, por exemplo, o valor ou o preçoé unilateralmente dado pelo mercado, numa forma de imposição ou mesmo de impedimento de uso de obras, caso não haja o pagamento dos valores devidos; (...) o que efetivamente importa é a compreensão de que a circulação da obra e das interpretações não pode ser objeto de impedimento, mas uma vez que sejam utilizadas, os titulares devem participar na partilha dos resultados econômicos[172].

Evidencia-se portanto que, mesmo enquanto classificados como direitos de exclusivo, os direitos autorais podem estar sujeitos a um regime de pagamento por utilização a valores de mercado,

170Op. cit. p. 39
171LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos Direitos de Autor. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.
172DRUMMOND, Victor G. Do círculo hermenêutico ao círculo criativo: (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2014. p. 633

ou mesmo estatutários, que prescinda da autorização para cada utilização específica; o direito de exclusivo se esgotou quando se permitiu a colocação da obra em rede.

No próximo capítulo, analisamos os modos como o direito autoral se ajusta no contexto da sociedade informacional, bem como determinadas estruturas e construtos de base tecnológica se interlaçam na construção e efetivação dos direitos, se tornando indissociáveis dos próprios institutos jurídicos apresentados. Os conteúdos culturais protegidos circulam hoje primordialmente e cada vez mais pelas redes, que possuem lógicas de operação e distribuição próprias; é fundamental portanto entender os reflexos dessa nova estrutura na circulação de tais conteúdos.

3. GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E A BLOCKCHAIN

Oliveira Ascensão afirma que quem domina a informação domina o mundo. Por isso o controle da informação é cada vez mais a preocupação dos Estados, através de meios indiretos e sutís que se revelam muito mais eficazes que os anteriores. A sociedade da informação é assim uma sociedade que se apresenta uma contradição fundamental. Nasce sob a égide de uma comunicação universal e nesse sentido igualitária, mas na base de uma posição profundamente desequilibrada no tocante ao domínio sobre a informação[173].

A progressão técnica se dá tanto pelo avanço do "estado da arte" das patentes quanto mediante o "contributo mínimo" no direito autoral, tendo portanto caráter incremental, dentro da lógica de acúmulo de capital da indústria cultural. Assim, se no industrialismo a tecnologia, entendida como a aplicação do conhecimento aos processos de produção de mercadorias, está voltada para o crescimento da economia, no informacionalismo o conhecimento atua sobre o próprio conhecimento, gerando níveis cada vez maiores de acumulação de conhecimento e de complexidade no processamento da informação[174].

Como no caso da sociedade industrial, a Sociedade Informacional, no conceito de Castells, partilha traços estruturais comuns em todo o mundo: fundamenta-se na geração de conhecimento e no processar da informação, com a ajuda das tecnologias de informação baseadas na microeletrônica; organiza-se em rede; as suas principais atividades estão interligadas à escala global, funcionando como uma unidade em tempo real, graças à infraestrutura de telecomunicações e transportes[175].

Esta estrutura sociotécnica se desenvolve e expande com base na sua enorme capacidade de realização, tornando defasadas as formas de competitividade organizacional da era industrial, baseadas na verticalidade e inflexibilidade dos processos de gestão e implementação, menos capazes de globalizar os seus modelos operacionais. Portanto, de certo modo, todas as sociedades evoluem no sentido de adotar traços característicos da Sociedade Informacional, mesmo que na

173ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Revista da EMERJ, v.2., n.7, 1999. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista07/revista07_21.pdf em 15/01/2020
174CASTELLS, Manuel. HIMANEN, Pekka. A sociedade da informação e o estado-providência. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.
175CASTELLS, M. La Era de la Información: la Sociedad Red. Vol. 1. Madri: Alianza Editorial, 1997

maior parte do mundo esta mudança afete apenas as funções e os processos dominantes, que estão ligados às redes globais de criação de riqueza e de processamento de dados[176].

Manuel Castells coloca em evidência uma questão de fundo: o poder fértil da informação, capaz de concretizar uma nova estrutura social devido ao processo atual de transformação tecnológica, que se expande exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante linguagem digital, na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, trabalhada e disseminada[177].

O novo paradigma da ordem social é caracterizado da seguinte forma: (a) informação como matéria-prima; (b) penetrabilidade do efeito das novas tecnologias em todos os campos da atividade humana; (c) uma lógica de redes possibilitada pelas novas tecnologias de informação e comunicação; (d) com base na flexibilidade, uma sociedade marca-da por constante mudanças e fluidez organizacional; (e) crescente convergência das tecnologias específicas para um sistema altamente integrado. O autor destaca, ainda, o caráter diverso que cada país pode apresentar em relação à sociedade informacional, pois, em cada região do globo, a economia da informação está ligada a contextos culturais nacionais, de forma a apresentar inúmeras variações[178].

Code is Law é uma forma de regulamentação pela qual o código é usada na executoriedade – *enforceabillity* – das regras existentes, conforme o termo cunhado por Lessig[179]. Determinadas tecnologias, como a Blockchain e o Aprendizado de Máquina (*Machine Learning*), evidenciam o progressivo domínio técnico na imposição de direitos na rede. Sendo o acesso à rede condição fundamental para o exercício de direitos, é necessária a análise dos seus pressupostos de estabilidade, segurança e funcionalidade como condições essenciais para usufruto e exercício de tal direito.

Estamos nos envolvendo cada vez mais nas facetas das novas tecnologias que, de um modo geral, vem revolucionando a nossa forma de pensar e agir. Segundo Castells, o mérito desta revolução tecnológica se dá na aplicação dos conhecimentos e da informação para gerar conhecimentos e dispositivos de processamento/comunicação da informação em ciclo

176Op. cit.
177 CASTELLS, M. La Era de la Información: la Sociedad Red. Vol. 1. Madri: Alianza Editorial, 1997
178CASTELLS, Manuel. HIMANEN, Pekka. A sociedade da informação e o estado-providência. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.
179LESSIG, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. New York: Basic Books, 1999.

regenerativo - interativo, isto é, as novas tecnologias não são aplicativos, mas processos a serem desenvolvidos. Neste contexto, temos como vetor a interatividade, gerando uma nova informação e abrindo janelas através das quais o homem pode pensar, decidir e produzir dentro do sistema de produção. Assim, a informação passa a ser considerada um processo e não apenas um elemento[180].

Novas formas de produção, típicas da rede, emergem impregnadas das características invariantes das redes e exigem respostas jurídicas em relação ao seu enquadramento jurídico; ao mesmo tempo, os titulares dos conteúdos existentes buscam garantir os monopólios nos novos meios com as mesmas regras criadas para um sistema de mercado[181].

3.1. ACESSO À INFORMAÇÃO

O entendimento de que o acesso às expressões culturais, dentre as quais as obras artísticas, é essencial à experiência sociocultural e, por conseguinte, ao desenvolvimento da personalidade e à formação da pessoa, autoriza e justifica limites impostos ao exercício da exclusividade patrimonial, impondo um necessário equilíbrio entre a proteção patrimonial e a liberdade de utilização[182].

Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais da quarta dimensão – ou quarta geração, na terminologia adotada pelo autor – seriam aqueles vinculados à ideia de democracia vista com um verdadeiro direito e não apenas como forma de governo; o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência:

> A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas

180CASTELLS, M. La Era de la Información: la Sociedad Red. Vol. 1. Madri: Alianza Editorial, 1997

181Para uma revisão atualizada e abrangente da literatura sobre as teorias da Sociedade Informacional, ver MEDEIROS, Heloísa Gomes. Software e direitos de propriedade intelectual. Curitiba: Gedai, 2019.

182SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

> pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjutores da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual[183].

Na rede, a informação aparece como a unidade básica de operação do sistema. Numa sociedade informacional estruturada em rede, entretanto, é necessário estabelecer uma distinção conceitual entre a utilização do termo em sentido amplo, conforme entendido pela teoria dos sistemas – toda troca de energia com significado – e seu sentido restrito.

É possível classificar a informação em ao menos três categorias[184]:

(a) informação como processo, *as a process*; o ato de informar; comunicação do conhecimento ou novidade de algum fato ou ocorrência;

(b) informação como conhecimento, *as knowledge*; o conhecimento comunicado referente a algum fato particular, assunto, ou evento; aquilo que é transmitido, inteligência, notícias; e

(c) informação como coisa, *as a thing*; atribuído para objetos, assim como dados para documentos, que são relacionados como informativos, tendo a qualidade de conhecimento, comunicado ou comunicação.

Nem toda informação vai se mostrar relevante para o Direito. Maria Eduarda Gonçalves fornece conceito de informação que implica, em rigor, um estado de consciência sobre fatos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de caráter intelectual) que permita passar da informação imanente (dos fatos, ou dos dados brutos) à sua percepção ou entendimento, o que implica, normalmente, em sua coleta, tratamento e organização. A autora estabele que a informação, enquanto objeto de interesse do Direito, é primordialmente aquela que se traduz em conhecimento de qualquer tipo[185].

183BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 571
184BUCKLAND, M. K. Information as thing. Journal of the American Society for Information Science (JASIS), [S.l.], v.45, n.5, p.351-360, 1991.
185GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação. p. 17. Coimbra: Almedina, 2003

3.1.1. Informações Públicas

É pública a relação jurídica na qual a desigualdade é predeterminada pelo necessário império do Estado, de um lado, e da submissão do cidadão, no outro[186]. Thompson[187], ao relatar sobre a visibilidade na esfera pública, traz à tona a divisão entre o público e privado, referindo-se às transformações sociais desses conceitos desde a Grécia Clássica aos dias atuais. O autor destaca que a distinção entre público e privado deriva dos primeiros desenvolvimentos dos direitos romanos e da concepção romana de República, mas que vai adquirindo novos significados com as transformações institucionais.

O sentido que surgiu no discurso sociopolítico ocidental é que "público" significa aberto ou "acessível ao público", ou seja, o que é "visível ou observável". Por outro lado, privado é o que é restrito ou, nas palavras do autor, escondido do outro – nesse caso, a sociedade civil.

A clivagem ocorre entre o domínio do poder político institucionalizado, que cada vez mais era exercido por um estado soberano, por um lado, e o domínio da atividade econômica e das relações pessoais que fugiam ao controle direto do poder público. A visibilidade das ações do Estado, durante anos, tinha como objetivo a exaltação de poder e não a publicidade das decisões[188].

Não diferente de hoje, havia uma seleção do que se revelava ao público. Todavia, com o desenvolvimento do estado constitucional moderno, bem como com os surgimentos de novos meios de comunicação, a visibilidade do poder ganha força, mas com restrições para as questões consideradas vitais para a segurança e estabilidade do estado: os detentores do poder encontraram novas formas de manter segredo e novas razões para se defenderem[189].

O setor público recolhe, produz, reproduz e divulga um largo espectro de informações em muitas áreas de atividade, como informações sociais, econômicas, geográficas, meteorológicas, turísticas, empresariais e sobre patentes e educação. A informação do setor público constitui uma

186LOBO, Paulo. Constitucionalização dos Institutos Fundamentais do Direito Civil. Disponível em http://genjuridico.com.br/2018/01/29/constitucionalizacao-do-direito-civil/ em 01/08/2020
187THOMPSON, John B. Mídia e modernidade: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998
188Op. cit.
189Op. cit.

importante matéria-prima para os produtos e serviços de conteúdo digital, já que a atividade de governo gera grande volume de informações; não apenas sobre o território e população, mas também sobre o próprio funcionamento da estrutura burocrática.

Informações públicas são assim, aquelas geradas no âmbito da administração, ou por ela detidas, que dizem respeito ao exercício da atividade estatal e sua relação com a sociedade, por oposição àquelas geradas ou detidas por entes particulares. Esta distinção se faz necessária para dotar o termo de maior clareza, já que, por exemplo, as obras em domínio público também constituem "informações públicas", em sentido amplo.

A existência de possibilidades mais vastas de reutilização das informações do setor público deverá permitir nomeadamente às empresas explorar o potencial dessas informações e contribuir para o crescimento econômico e a geração de emprego. A divulgação de documentos e dados geralmente mantidos sob a posse dos organismos públicos — não só relativa aos atos políticos, mas também nos âmbitos judiciais e administrativos — é um instrumento fundamental para alargar o direito ao conhecimento, que constitui um princípio fundamental da democracia. Este objetivo deve aplicar-se a instituições em todos os níveis: local, nacional e internacional[190].

3.1.2. Direito de Acesso à Informação Pública

Existe uma ampla gama de instrumentos normativos que amparam o direito do público de acesso à informação. Organizações como a ONU e a Organização dos Estados Americanos, entre outros organismos internacionais, reconhecem que o acesso à informação pública é imperioso para a consolidação da democracia. O livre fluxo de informações e a liberdade de expressão são abordados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao trazer no seu artigo 19 expresso o direito de todo ser humano à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Considerando a relevância do acesso à informação pública, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ratifica nos artigos 10 e 13 a necessidade de se ter uma administração

190Diretiva 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Novembro de 2003, considerandos (4), (5) e (16)

pública transparente, e garantindo o acesso eficaz do público à informação, pois é fundamental para o desenvolvimento da cidadania.

Os Princípios de Joanesburgo foram desenvolvidos e adoptados numa comissão de consulta internacional constituída por peritos internacionais, na Africa do Sul, em 1995. Eles tem sido gradativamente aceitos e citados como padrões definitivos para a proteção da liberdade de expressão no contexto de leis de segurança nacional.

O 11º princípio estabelece uma regra geral sobre o acesso à informação: todas as pessoas têm o direito a obter informação das autoridades públicas, incluindo informação relativa à segurança nacional. Não poderá ser imposta qualquer restrição a este direito invocando a segurança nacional a não ser que o governo consiga demonstrar que a restrição é exigida pela lei e é necessária numa sociedade democrática para proteger um interesse legítimo da segurança nacional.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, 1969), cujo texto também dispõe sobre o tema:

> Artigo 13 Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

No âmbito regional, o chamado Sistema Interamericano de Direitos Humanos surgiu a partir da adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em Bogotá, Colômbia, em abril de 1948 pela Organização dos Estados Americanos (OEA). É composto por dois órgãos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entre os diversos sistemas regionais, o Sistema Interamericano foi especialmente incisivo ao reconhecer o acesso à informação como direito humano fundamental. Em uma decisão aplicada contra o Governo do Chile, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decretou que o Artigo 13 da Convenção Americana protege o direito de todas as pessoas de requerer acesso à informação de posse do Estado, com exceção das restrições permitidas pelo regime da Convenção.

Como resultado, esse artigo prevê o direito das pessoas de receber tais informações e a

obrigação positiva do Estado em fornecê-las. E o indivíduo deve receber uma resposta razoável quando, nas bases permitidas pela Convenção, o Estado limitar o acesso em casos específicos.

No mesmo documento, a Corte afirma também que a divulgação da informação em poder do Estado deve desempenhar um papel muito importante numa sociedade democrática, pois habilita à sociedade civil ao controle das ações do governo a quem confiou a proteção de seus interesses; o Artigo 13 do Pacto de San José compreende uma obrigação positiva por parte do Estado de fornecer acesso à informação em seu poder, o qual é necessário para evitar abusos por funcionários governamentais, promover a prestação de contas e a transparência no âmbito estatal e permitir um debate público sólido e informado para assegurar a garantia de se contar com recursos efetivos contra tais abusos.

A Corte ofereceu ainda uma interpretação de tal direito. Em primeiro lugar, a informação deve ser fornecida sem necessidade de interesse direto em sua obtenção, ou interesse pessoal, exceto nos casos em que se aplique a restrição legítima. As restrições devem ser estabelecidas por lei, não por um julgamento discricionário de oficiais públicos; a restrição deve ser limitada àqueles objetivos permitidos pela Convenção (respeito aos direitos e reputação de outros, proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral pública). Por fim, as autoridades do Estado são governadas pelo princípio da máxima abertura, que estabelece a presunção de que toda a informação deve ser acessível, sujeita a um sistema de exceções restrito[191].

A tendência mundial é que o acesso às informações de governos seja aberto (disponível sob licenças abertas de direitos autorais) e gratuito (custando o mais próximo de zero possível). Isso é visto como uma estratégia de inovação fundamental que permitirá impulsionar as atividades do setor de pesquisa e de negócios. Essa estratégia visa aproveitar o grande potencial que a tecnologia da informação e a Internet podem fornecer e promete nos permitir a oportunidade de encontrar novas maneiras de fazer as coisas – para resolver questões-chave intergeracionais de mudança climática, educação e saúde, para citar alguns. As informações nos registros públicos serão essenciais para esse tipo de atividade[192].

191Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. Sentença de 19 de Setembro de 2006.

192FITZGERALD, Brian; ATKINSON, Benedict. Third-party copyright and public information infrastructure/registries: How much copyright tax must the public pay? In Perry, M & Fitzgerald, B (Eds.) Knowledge Policy for the 21st Century: A Legal Perspective. Irwin Law Inc., Canada: 2011, pp. 225-268. Disponível em https://eprints.qut.edu.au/13627/ em 01/08/2020

3.1.3. Titularidade de Dados

As inúmeras iniciativas de significar dados, por meio de algoritmos e do alto poder de processamento tem impactado em direitos dos titulares dos referidos dados. Dados que jamais poderiam se converter em informação com base em interpretação humana, hoje o são, com apoio da tecnologia. Dados e informações são passíveis de serem apropriados? O titular ou gerador dos dados é o seu efetivo dono? Se a informação não está acessível a todos, esta disparidade gera status e valor àqueles que conseguem acessar e processar tal informação[193].

A LDA adota um regime de proteção aos bancos de dados que, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. Entretanto, tal proteção não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras[194].

A informação *as knowledge*, neste sentido estrito de objeto passível de interesse pelo Direito, possui características bastante peculiares no que diz respeito à determinação de sua titularidade. Considere uma transação por cartão de crédito corriqueira entre X e Y, pela bandeira da operadora Z. X autoriza um crédito determinado na conta de titularidade de Y, e a operadora Z valida a transação.

Z, portanto, opera uma rede centralizada da quais X e Y são nós. Tanto X quanto Y somente tem acesso ao registro das suas próprias transações, enquanto Z tem acesso a todo o universo de transações que validou, para uma multitude de clientes.

A informação surge a partir transação entre A e B; entretanto apenas Z – o intermediário – está na posição de coletar e reunir tais dados. Aqui novamente observamos como é indissociável

193MILAGRE, José. SEGUNDO, José E. S. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago., 2015. ISSN 1518-2924. DOI:10.5007/1518-2924.2015v20n43p47

194Lei 9.610/98, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

o Direito de seu modo de exercício, em rede: por uma questão técnica estrutural, a empresa se apropria de dados que não foram gerados por ela, mas pela interação entre diferentes nós da rede, e assume a posição de controladora dos dados.

3.1.4. Privacidade e Dados

A proteção da privacidade individual desde muito se inseriu entre as preocupações dos juristas, que sempre a enxergaram como um dos direitos da personalidade. Leis específicas de proteção de dados pessoais, no entanto, começaram a surgir só a partir das décadas de 60 e 70, com o advento das tecnologias da informação. O grande poder de processamento de dados pelos computadores foi o fator responsável pela germinação da moderna legislação nessa área. O aumento do poder de controle e processamento de dados prontamente desencadeou a demanda por uma legislação específica para regular a coleta e manuseio de informações pessoais[195].

Dados pessoais são o combustível para o modelo econômico que hora se põe, uma economia que é alicerçada no compartilhamento de conhecimento, de informações e de dados pessoais. A dependência absoluta em utilizar esses dados como insumo da economia, o potencial lucrativo, o surgimento de novos mecanismos de tratamento e de novos modelos de negócios até então sequer imaginados, o assustador volume produzido em cada segundo fez com que a União Europeia, que desde 1995 já tinha a sua política de proteção de dados, editasse um novo regulamento – o GDPR – muito mais completo e abrangente, com modalidades de penalizações severas.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, GDPR, é a lei de privacidade e segurança mais rígida do mundo. Embora tenha sido redigido e aprovado pela União Europeia, ele impõe obrigações a organizações em qualquer lugar, desde que visem ou coletem dados relacionados a pessoas na UE. O regulamento entrou em vigor em 25 de maio de 2018, com previsão multas severas contra aqueles que violarem seus padrões de privacidade e segurança, com penalidades

195REINALDO FILHO, Demócrito. A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais - uma Análise de seus Aspectos Gerais. Disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS__UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx em 01/08/2020

que podem chegar a dezenas de milhões de euros.

O GDPR conceitua uma série de termos legais:

(a) dados pessoais - Dados pessoais são quaisquer informações relacionadas a um indivíduo que pode ser identificado direta ou indiretamente. Nomes e endereços de e-mail são obviamente dados pessoais. Informações de localização, etnia, gênero, dados biométricos, crenças religiosas, cookies da web e opiniões políticas também podem ser dados pessoais. Dados pseudônimos também podem cair na definição se for relativamente fácil identificar alguém a partir deles;

(b) processamento de dados - qualquer ação realizada nos dados, seja automatizada ou manual. Os exemplos citados no texto incluem coletar, registrar, organizar, estruturar, armazenar, usar, apagar, basicamente qualquer coisa;

(c) titular dos dados - a pessoa cujos dados são processados. São os usuários ou visitantes do site;

(d) controlador de dados - a pessoa que decide por que e como os dados pessoais serão processados;

(e) operador de dados - um terceiro que processa dados pessoais em nome de um controlador de dados[196].

A GDPR teve forte influência, após quase uma década de discussões e muita morosidade legislativa, na criação brasileira da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Em vários aspectos a LGPD assemelha-se ao regulamento europeu, tais como a sua aplicação multisetorial e transversal, ou seja, a lei aplica-se às pessoas naturais e as pessoas de direito público e privado, respeitadas algumas peculiaridades de cada setor para qualquer operação de tratamento de dados

196O Regulamento oferece ainda sete princípios de proteção de dados:
(a) Legalidade, justiça e transparência – o processamento deve ser legal, justo e transparente para o titular dos dados;
(b) Limitação da finalidade – você deve processar os dados para os fins legítimos especificados explicitamente para o titular dos dados quando os coletou;
(c) Minimização de dados – você deve coletar e processar apenas a quantidade de dados absolutamente necessária para os fins especificados;
(d) Precisão – você deve manter os dados pessoais precisos e atualizados;
(e) Limitação de armazenamento – você só pode armazenar dados de identificação pessoal pelo tempo necessário para a finalidade especificada;
(f) Integridade e confidencialidade – O processamento deve ser feito de forma a garantir a segurança, integridade e confidencialidade adequadas (por exemplo, usando criptografia).
(g) Responsabilidade - O controlador de dados é responsável por demonstrar a conformidade do GDPR com todos esses princípios.

pessoais.

O art. 5º traz um conceito geral de *dado pessoal*, que é definido de forma bastante aberta como "a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável".

Trata-se de gênero cujas espécies são os *dados sensíveis* – assim entendidos como os dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural[197]; e os *dados anonimizados* – definidos como os relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento[198].

A LGPD não menciona metadados expressamente, mas seu alcance pode ser inferido como aqueles que de si não derivam informações sobre a pessoa natural, mas que ao cabo de uma análise lógica de seu conjunto/volume de dados (por exemplo, via Big Data) se pode extrair a construção de um perfil comportamental individual, que então permite a identificação pessoal. Tal construção se assenta no art. 12, § 2º da LGPD, pelo qual poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada[199].

A LGPD distingue ainda a atividade empresarial entre os controladores e os operadores de dados; controladores serão as empresas de setores da economia que lidam diretamente com o consumidor. É o caso dos bancos, supermercados, seguradoras e outros. Já as empresas que terceirizam esse tipo de relacionamento, caso das empresas de *contact centers*, são as operadoras de dados.

3.2. GOVERNANÇA ALGORÍTMICA

Algoritmos são basicamente conjuntos de instruções para realização de uma tarefa,

197LGPD, Art. 5º, II
198LGPD, Art. 5º, III
199TEIXEIRA, Tarcísio. Afinal, o que são dados (pessoais) à luz da LGPD? Disponível em https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/afinal-o-que-sao-dados-pessoais-a-luz-da-lgpd/ em 01/08/2020

produzindo uma resposta – *output* – a partir de uma entrada – *input*. A complexidade do trabalho dos algoritmos é aumentada pelo uso crescente de técnicas de aprendizado de máquina. Com essas técnicas, um algoritmo pode reorganizar e transformar a si mesmo e seu funcionamento interno com base nos dados que analisa.

Algoritmos têm surgido para realizar um número cada vez maior de tarefas, devido não apenas ao seu próprio desenvolvimento em si, mas à ocorrência de condições que transformaram todo o ambiente em que estão instalados. Vários riscos potenciais do uso de algoritmos foram identificados na literatura, tais como os riscos de manipulação, preconceitos, censura, discriminação social, violações de privacidade e direitos de propriedade, abuso de poder de mercado, efeitos sobre as capacidades cognitivas e crescente heteronomia. Para lidar com esses riscos, o processo de governança do algoritmo deve ser considerado[200].

A governança algorítmica, em termos gerais, diz respeito a capacitar o software para tomar decisões e autonomamente - ou seja, sem supervisão humana - regular alguns aspectos de nossas atividades humanas cotidianas ou algum aspecto da sociedade, de acordo com algumas políticas definidas algoritmicamente.

O ambiente digital contém elementos de grande relevância para a governança do algoritmo. Destes elementos, os *datasets*, ou conjuntos de dados, são provavelmente os mais fundamentais. Os algoritmos se tornaram muito mais úteis em função da disponibilidade de dados, o que é relevante para seu trabalho interno. Os *datasets* são construídos a partir dos dados que são coletados em um ritmo acelerado, à medida que mais e mais atividades externas deixam rastros – tais como ações externas na Internet – ou são monitoradas. Como consequência. a quantidade de dados relevantes disponíveis aumenta dramaticamente[201].

Se os conjuntos de dados são usados como partes centrais das tarefas executadas pelos algoritmos, é importante enfatizar a necessidade de verificar se eles estão sendo legalmente e até mesmo eticamente usados – em suma, se os dados são legítimos, corretos, atualizados e não apresentam algum tipo de viés. O uso de algoritmos para regular conjuntos de dados está no cerne da maioria das estruturas jurídicas de proteção de dados, que também exigem que esses conjuntos

200DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgílio A. F. What Is Algorithm Governance?. IEEE Internet Computing, vol. 20, no. 4, pp. 60-63, July-Aug. 2016, doi: 10.1109/MIC.2016.79.
201Op. cit.

de dados sejam legítimos e lícitos, passando por vários requisitos para atender a esses critérios[202].

3.2.1. Riscos da Governança Algoritmica

A governança algorítmica já é encontrada em uma variedade de diferentes aspectos das relações sociais. A pesquisa do Google dita quais informações encontramos na Internet, já que normalmente aceitamos as sugestões que aparecem na primeira página. Os algoritmos de *feed* de notícias do Facebook ditam quais são as postagens relevantes para nos mostrar e, dado que muitas pessoas possuem no Facebook sua a principal fonte de notícias, isso implica que eles delegaram totalmente ao Facebook a atividade de busca e filtragem de informações. Passando da esfera individual para a esfera social, exemplos de governança algorítmica podem ser encontrados na negociação, onde a maioria das decisões (e, portanto, as oscilações dos mercados e nossas finanças) agora dependem de uma complexa tomada de decisão baseada em agentes automatizados; ou nas estratégias de preços das companhias aéreas, que contam com análises complexas das tendências de viagens, ou ainda no controle de sistemas de luzes de tráfego em certas cidades[203].

A fonte primária de todos os perigos relacionados à governança algorítmica é que, muitas vezes, software e algoritmos são projetados como "caixas pretas" com pouco entendimento de como eles realmente funcionam. As decisões tomadas por algoritmos podem ser tendenciosas e ter informações imprecisas; há risco de alguém fazer uso indevido intencional de algoritmos sem que ninguém perceba; a política e os próprios tomadores de decisão podem acabar tendo poucas pistas sobre funcionamento real de algoritmos, perdendo assim poder. Até que as configurações e a semântica de tais algoritmos estejam em perfeita conformidade com a legislação e as regras, o poder ainda reside no governo e, em última instância, nas pessoas que os votaram. No entanto, dado que os algoritmos podem ser difíceis de implementar, configurar e compreender totalmente,

202Op. cit.
203ZAMBONELLI, Franco. SALIM, Flora. LOKE, Seng. DE MEUTER, Wolfgang. KANHERE, Salil. Algorithmic Governance in Smart Cities: The Conundrum and the Potential of Pervasive Computing Solutions. IEEE Technology and Society Magazine, vol. 37, no. 2, pp. 80-87, June 2018, doi: 10.1109/MTS.2018.2826080. Disponível em https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8371566 em 01/12/2020

existe o risco de que os governantes acabem por depender de algoritmos que não compreendem totalmente, sem serem capazes de verificar de forma eficaz a aderência dos algoritmos às leis existentes. Assim, podemos acabar delegando implicitamente o poder de decisão aos algoritmos ou ao grupo de pessoas que se dedicam a projetá-los e desenvolvê-los[204].

Os algoritmos nas sociedades do futuro terão o mesmo papel que o direito civil e os regulamentos administrativos, respectivamente, têm na democracia de hoje. Consequentemente, novos procedimentos políticos devem ser colocados em prática para regular qual código é instalado, e a responsabilidade pela verificação (técnica) do código e verificação semântica (jurídica) terá que ser claramente definida. Mais importante ainda, para evitar que a governança algorítmica se degenere em uma algocracia, será necessário que os cidadãos, os políticos e os tomadores de decisão se tornem capazes de compreender e dominar a complexidade dos algoritmos e sua configuração[205].

3.2.2. Intermediários Digitais e o Interesse Público

Intermediários digitais, como mecanismos de busca e plataformas de mídia social, surgiram como algumas das organizações de mídia mais significativas do século XXI. No entanto, essas organizações têm sistematicamente resistido a serem caracterizadas como empresas de mídia, preferindo ser caracterizadas como algo fundamentalmente diferente - empresas de tecnologia. Pode-se argumentar que essa postura representa um esforço consciente dessas empresas em restringir o escopo das discussões sobre como elas devem ser regidas, de modo a abreviar as conexões entre suas funcionalidades e o discurso da responsabilidade social – e regulação da empresa – que tem sido associado aos meios eletrônicos tradicionais[206].

Tradicionalmente, as avaliações do desempenho da mídia e as abordagens à governança da mídia têm se baseado no conceito de interesse público. O conceito de interesse público tem

204Op. cit.
205Op. cit.
206NAPOLI, Philip. Digital intermediaries and the public interest standard in algorithm governance | LSE Media Policy Project. Disponível em http://eprints.lse.ac.uk/80242/1/Digital%20intermediaries%20and%20the%20public%20interest%20standard%20in%20algorithm%20governance%20_%20LSE%20Media%20Policy%20Project.pdf em 01/12/2020

uma tradição longa e bem estabelecida no domínio da governança da mídia tradicional, servindo não apenas como orientação para os formuladores de políticas na formulação e avaliação de políticas, mas também como norma profissional para certas categorias profissionais, como jornalistas; bem como uma ferramenta de avaliação e retórica para organizações da sociedade civil em suas avaliações do desempenho da mídia e seus esforços de defesa em nome do público em geral.

O significado emergente do interesse público no domínio dos intermediários digitais é, portanto, muito mais orientado em torno das atividades em que os operadores dessas plataformas não deveriam estar praticando – por exemplo, usos de dados pessoais – e o tipo de fluxos de conteúdo que precisam ser restritos, como conteúdos protegidos por direitos autorais, pornografia, violência gráfica, em vez de articular, impor ou adotar atividades específicas nas quais eles deveriam estar envolvidos, ou fluxos de conteúdo que deveriam ser facilitados, a fim de atender efetivamente às necessidades de informação dos usuários[207].

Consequentemente, as preocupações legítimas de governança, como aquelas relacionadas ao design algorítmico de responsabilidade social, tendem a residir na periferia do discurso sobre a governança dos intermediário digital e, com algumas exceções, não começaram a tomar qualquer forma significativa dentro do domínio específico das políticas públicas. Discussões significativas, por exemplo, sobre se e como o interesse público deve se manifestar na construção e operação algorítmica ainda não ocorreram, talvez devido à contínua incerteza sobre como situar plataformas de mídia conduzidas por algoritmos dentro das estruturas institucionais tradicionais que foram aplicadas à mídia[208].

3.3. SISTEMAS SOCIAIS

A relação entre a tecnologia e a sociedade é simbiótica; não é a sociedade que determina a tecnologia, nem a tecnologia que por seu lado determinará as estruturas sociais, mas o que se verifica é uma influência mútua entre uma e outra, que se constroem e se transformam, num

207Op. cit.
208

diálogo constante. A literatura antecipou algumas destas questões, e autores como Stanislaw Lem, Aldous Huxley ou George Orwell apreenderam com grande visão alguns dos efeitos mais nocivos e deletérios de sistemas de controle social baseados no processamento de informações em massa.

3.3.1. Cibernética

No pós-guerra, considerando o evidente potencial demonstrado pelo uso de computadores durante o conflito, tais preocupações migraram da literatura para o campo da pesquisa militar e para as ciências sociais aplicadas, como as famosas Conferências Macy, que entre 1946 a 1953 reuniram conceituados psiquiatras, matemáticos, antropólogos, pioneiros da informática, físicos, linguistas, psicólogos, estatísticos e outros pesquisadores de diversos ramos para estabelecimento das bases da primeira geração da teoria cibernética (ou teoria dos sistemas), que encontrou aplicações em praticamente todos os campos do saber – da química às ciências sociais, da genética à linguística[209].

Este modelo informacional conheceu uma difusão sem igual principalmente pela utilização de uma abordagem sistêmica, rompendo com a tradicional segmentação do conhecimento em campos estanques; ao analisar contradições aparentes dentro de um sistema fechado, o observador deve procurar "subir de nível". Este mecanismo se dá pela identificação de atratores (pontos de vértice) que atuarão como elementos autônomos do sistema superior.

As trocas entre os diversos elementos é realizada pela "informação". Neste sentido amplo, "informação" é qualquer troca de energia que detenha significado, em qualquer nível do sistema: entre moléculas, células, órgãos, organismos ou sociedades. O importante é o atrator: o ponto em que a complexidade do sistema permite que moléculas se organizem para se tornar células; células, para formar órgãos; e assim por diante.

A retroalimentação é outro conceito conceito chave da teoria. O termo está na raiz da palavra *cibernética*, cunhada em 1948 por Norbert Wiener e derivada do grego antigo

209PESSERL, Alexandre R. A Biblioteca Pública Digital: Direito Autoral e Acesso na Sociedade Informacional. UFSC: 2011. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf em 01/08/2020

κυβερνητικός – kubernētikós, ou *timoneiro*. A imagem do timoneiro, que faz pequenos ajustes constantes no leme para conduzir um barco em linha reta, é o coração do mecanismo do autômato. O *feedback* é a prática de realimentar o sistema com seus próprios resultados[210].

Um dos seus postulados fundamentais trata especificamente da circulação de mensagens (fator chave na construção do conhecimento), que seria composto pela conjunção dos fatores "informação" (mensagem), "emissor", "receptor" e "nível de ruído", o qual seria inversamente proporcional à qualidade da mensagem; quanto menor o nível de ruído, melhor a qualidade da informação.

A teoria cibernética não passou ao largo do exame de suas implicações para o Direito, e o faz tornando-o indissociável do seu exercício aplicado. Para Wiener, a lei pode ser definida como o controle ético aplicado à comunicação, e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob mando de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva.

O Direito seria um processo de ajuste dos 'acoplamentos' que ligam o comportamento dos diferentes indivíduos de maneira tal que aquilo a que chamamos justiça possa ser levado a cabo, e as disputas evitadas, ou, pelo menos, decididas judicialmente. Assim, a teoria e prática da lei envolve dois grupos de problemas: os de seu propósito geral, de sua concepção de justiça; e os da *técnica* pela qual esses conceitos de justiça possam ser tornados efetivos[211].

A primeira fase da cibernética é muito conectada com o *establishment* militar norte-americano, com laços imbricados nas grandes universidades daquele país. Todas essas teorias tinham em comum a exaltação da tecnologia para o progresso harmônico da sociedade e resolução dos problemas de toda ordem que afligiam a humanidade. Ao apoderar-se desse pensamento, os Estados Unidos se promoviam como o país que deveria levar a cabo essa tarefa[212].

Assim, não é coincidência que a Internet tenha surgido dessa união entre o Exército e a Academia: é uma tecnologia que possui origem militar. A primeira rede comutadora de pacotes a

210WIENER, Norbert. Cybernetics and Society: The Human Use of Human Beings. Houghton Mifflin, 1950.
211Op. cit.
212BARBROOK, Richard. Futuros imaginários: das máquinas pensantes à aldeia global. São Paulo: Peirópolis, 2009.

implementar o conjunto de protocolos TCP/IP foi a Arpanet, criada em 1962 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos. Sua função originária era circular informações de inteligência em caso de ataques nucleares, que destruíssem os grandes servidores *mainframes* então dominantes; e daí vem sua base de cunho descentralizado.

Já nos anos 60 e 70, autores como Gregory Bateson, Heinz von Foerster e Margaret Mead, estabeleceram o conceito de cibernética de segunda ordem, incorporando noções de auto-referenciação, auto-organização e o problema sujeito-objeto, temas que seriam posteriormente introjetados por Maturana e Varela na construção do conceito de autopoiesis[213].

3.3.2. Teoria dos Sistemas Sociais

Niklas Luhmann propõe então sua teoria dos sistemas sociais, na qual interpreta a sociedade como um sistema: isto é, ela é observada através da distinção sistema / meio. Inicialmente em sua obra recorre aos instrumentos da teoria geral dos sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas que ocorreram nos anos 70 e 80, em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas, com especial ênfase para os influentes trabalhos de Maturana e Varela. Mas enquanto estes se analisam o conceito da autopoiesis aplicado a sistemas vivos (isto é, compostos por organismos vivos), Luhmann o amplia para todos os sistemas em que se pode observar um modo de operação específico e exclusivo, que são, na sua opinião, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos[214].

O autor equipara o funcionamento estrutural de tais sistemas com as demais redes complexas. As operações básicas dos sistemas sociais são comunicações. As operações básicas dos sistemas psíquicos são pensamentos. As comunicações dos sistemas sociais se reproduzem

213Termo usado para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoiético, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), no qual as moléculas produzidas geram, a partir de suas interações, a mesma rede de moléculas que as produziu. A conservação da autopoiese e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto um sistema vivo, como sistema autônomo, está constantemente se autoproduzindo, autorregulando, e interagindo com o meio. O meio apenas desencadeia no ser vivo mudanças possibilitadas por sua própria estrutura, e não por ação de um agente externo.

214LUHMANN, Niklas. Teoria dos sistema, teoria evolucionista e teoria da comunicação. In: LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992. p. 95-126. (Série Passagens).

através de comunicações, e pensamentos se reproduzem através de pensamentos. Fora dos sistemas sociais, não há comunicação e fora dos sistemas psíquicos não há pensamento.

Ambos os sistemas operam fechados em termos estruturais, no sentido de que as operações que produzem os novos elementos do sistema dependem das operações anteriores do mesmo sistema e são, ao mesmo tempo, as condições para futuras operações. Esse fechamento autopoiético é a base da autonomia do sistema[215].

Como a sociedade é composta por organizações e interações. e pode ser definida como o espaço em que há comunicações, para Luhmann a comunicação é o limite da sociedade, é o elemento básico de reprodução no sistema social. Em seu exercício político, a publicidade de informações públicas torna possível uma opinião pública, ou seja, o poder comunicativo de uma sociedade é possível quando esta está inserida no contexto político.

3.4. REDES

As redes[216] são padrões de organização definidas como estruturas comunicativas abertas que processam fluxos de informações que circulam por canais que conectam os seus nós. Uma rede é um conjunto de nós interconectados – os nós são os componentes; a unidade formada pelos nós é a rede. Redes operam com uma lógica binária: inclusão e exclusão. Dentro da rede, a distância entre os nós tende a zero quando os nós estão conectados diretamente entre si. Entre os nós das redes e os do exterior a distância é infinita, já que não existe acesso a não ser que o programa seja modificado.

As redes são complexas estruturas de comunicação estabelecidas em torno de um conjunto de objetivos que garantem, ao mesmo tempo, unidade de propósitos e flexibilidade em sua execução graças a sua habilidade de adaptação ao entorno operativo.

Quando os nós da rede formam um *cluster*, as redes seguem a lógica dos “pequenos

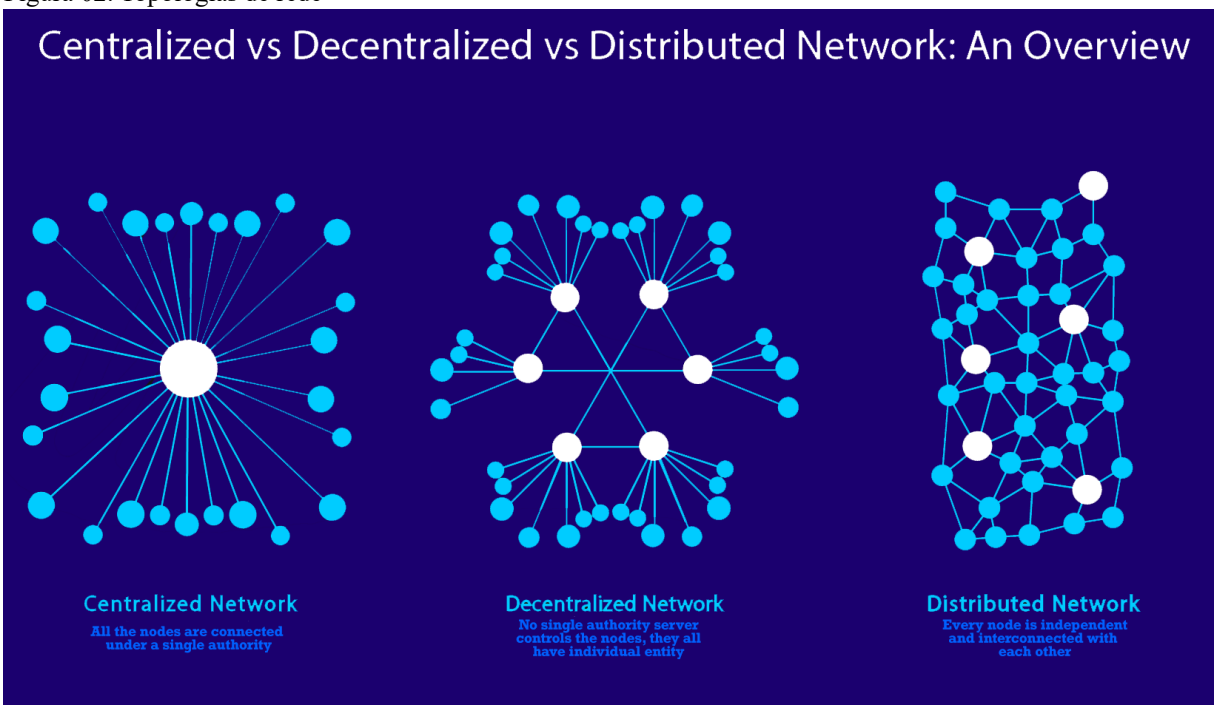
215MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível em http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf em 01/08/2020

216 Estruturas em rede antecedem a tecnologia, e estão presentes em diversas organizações sociais humanas. O recorte da pesquisa, entretanto, foca nas redes tecnológicas.

mundos", como diz Castells: os nós podem se conectar com toda a rede e com outras redes intercomunicadas com um número limitado de passos – justamente, os atratores, que são os *hubs*. A imensa maioria dos pontos de rede tem poucas conexões; mas determinados super-usuários se conectam com uma grande quantidade de nós. A conexão entre dois pontos da rede é feita rapidamente pelos atratores[217].

Em relação à sua topologia de distribuição, as redes podem ser classificadas como centralizadas, descentralizadas e distribuídas:

Figura 02. Topologias de rede



Fonte: Blockchain Engineer[218]

Numa rede centralizada, todos os nós estão conectados sob uma autoridade única. Numa rede descentralizada, nenhum servidor de autoridade único controla os nós, todos eles têm uma entidade individual. E em uma rede distribuída, cada nó é independente e interconectado entre si.

Ainda que a Internet seja uma rede descentralizada, a maioria dos aplicativos de Internet

217CASTELLS, Manuel. Comunicación y poder. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.45-50

218 Existem outras topologias possíveis, como rede em anel, estrela, barramento, ponto-a-ponto, árvore ou outras; a classificação aqui demonstrada foca apenas nas três expostas – centralizada, descentralizada e distribuída – considerando seu papel num esquema de *ledger* distribuídos / *blockchain*.

que usamos diariamente são centralizados, pertencem a uma determinada empresa ou pessoa que fornece e mantém o código-fonte em determinado servidor. Os dados residem em um banco de dados de propriedade central controlado por uma entidade. Em última análise, você tem que confiar que esta empresa está fazendo as coisas corretamente e no seu interesse.

Descentralizado significa que nenhum nó está instruindo qualquer outro nó sobre o que fazer. O código é executado em uma rede ponto a ponto de nós e nenhum nó tem controle sobre o aplicativo. Dependendo da funcionalidade do aplicativo, diferentes estruturas de dados podem ser usadas para armazenar os dados. A Bitcoin é um exemplo de rede descentralizada.

Distribuído significa que a computação é espalhada por vários nós em vez de apenas um. Os aplicativos nos quais a computação é distribuída entre os componentes comunicam e coordenam suas ações transmitindo mensagens. Os componentes interagem entre si para atingir um objetivo comum.

3.4.1. Transição dos Mercados para as Redes

Rifkin afirma que o sistema capitalista, cujo próprio *modus operandi* consistia em expandir mercados e facilitar a troca de propriedade entre vendedores e compradores, está sistematicamente assumindo a tarefa de desconstruir seus princípios centrais e fundamentos institucionais. O capitalismo está se reinventando na forma de redes e começando a deixar os mercados para trás. Nesse processo, novas formas de poder institucional estão se desenvolvendo, as quais são mais formidáveis e potencialmente mais perigosas do que qualquer coisa que a sociedade experimentou durante o longo domínio da era do mercado.

A empresa é a entidade legal de acumulação de capital, mas, ao mesmo tempo, é um nó dentro de uma rede global de fluxos financeiros. A ideia de empresa em rede não se refere simplesmente à conexão entre empresas, dado que uma grande corporação pode estar descentralizada internamente como uma rede. Trata-se da conexão dessas grandes empresas (às vezes descentralizadas internamente) com médias e pequenas empresas de maneira a formar alianças estratégicas, a fim de alcançar determinados objetivos ou realizar determinados projetos.

Essas empresas compartilham capital e, algumas vezes, mão de obra, mas fundamentalmente, compartilham informação e conhecimento. A questão que se coloca à porta dos judiciários em todo mundo é a elaboração de balizas para a definição de grupos econômicos a partir do compartilhamento de informações[219].

Para entender por que, precisamos ter em mente a forma como as redes são diferentes dos mercados. Em uma economia de rede, todos os tipos de propriedade continuam a existir, mas é menos provável que sejam trocados. Vendedores e compradores dão lugar a fornecedores e usuários. O ato de alienação de propriedade – troca negociada entre vendedor e comprador – que é o cerne de um sistema de mercado, é menos frequente. Obter e aproveitar o acesso de curto prazo é mais importante do que comprar a propriedade, de longo prazo. Modificar um relacionamento entre as partes para acessar e compartilhar propriedades tangíveis e intangíveis é o cerne de uma abordagem baseada em rede para a vida comercial[220].

Embora todas as formas de propriedade sejam mais prováveis de serem acessadas do que compradas em uma economia em rede, a propriedade tangível está se tornando cada vez mais marginal para o exercício do poder econômico, e a propriedade intangível está rapidamente se tornando a força definidora em uma era baseada no acesso. Idéias na forma de patentes, direitos autorais, marcas registradas, segredos comerciais e relacionamentos estão sendo usadas para forjar um novo tipo de poder econômico composto de megafornecedores no controle de redes expandidas de usuários[221].

Essas redes fornecedor-usuário concentram o poder econômico nas mãos de menos instituições com ainda mais eficácia do que era o caso durante a era da propriedade dos mercados vendedor-comprador. Ser capaz de controlar as idéias do comércio, em vez de apenas as ferramentas, processos operacionais e produtos, dá ao novo gênero de fornecedores corporativos globais uma vantagem sem igual na história econômica anterior. Ter o monopólio das ideias em cada campo comercial permite que algumas empresas controlem o funcionamento de toda uma indústria. Para garantir o sucesso, os líderes da indústria criam vastas redes de fornecedores-

219RIFKIN, Jeremy. The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, where All of Life is a Paid-for Experience. Jeremy Rifkin. J.P. Tarcher/Putnam, 2001
220Op. cit.
221Op. cit.

usuários, tornando antigos concorrentes, assim como clientes e outros fornecedores, totalmente dependentes de suas ideias para sobreviver[222].

Rifkin argumenta que as mudanças que ocorrem na estruturação das relações econômicas fazem parte de uma transformação ainda maior que ocorre na natureza do sistema capitalista, e que as redes estão no coração desta mudança. Se observa uma alteração de longo prazo da produção industrial para a produção cultural; cada vez mais o comércio de ponta envolverá o marketing de uma vasta gama de experiências culturais, em vez de apenas produtos e serviços tradicionais de base industrial. Viagens e turismo global, cidades e parques temáticos, centros de entretenimento, jogos, apostas, música, filmes, televisão, a realidade virtual e o entretenimento eletronicamente mediado de todo tipo estão rapidamente se tornando o centro de um novo hipercapitalismo que comercializa o acesso a experiências culturais.

As empresas de mídia transanacional com redes de comunicação que abrangem o globo estão explorando recursos culturais locais em todas as partes do mundo e os reembalando como mercadorias culturais e entretenimento. O quinto mais rico da população mundial agora gasta quase tanto de sua renda acessando experiências culturais quanto comprando bens manufaturados e serviços básicos[223].

O controle sobre ativos intangíveis e várias formas de propriedade intelectual dá a tais empresas a vantagem de criar redes poderosas de fornecedores e usuários e concentrar ainda mais poder econômico de maneiras totalmente novas. A mudança de mercados vendedor-comprador para redes fornecedor-usuário, e da propriedade amplamente distribuída para o acesso de curto prazo a capital, bens e serviços, levanta uma série de questões econômicas e sociais perturbadoras.

As leis antitruste são elaboradas, por sua própria natureza, para proteger os mercados da destruição, e os mercados são locais onde vendedores e compradores se reúnem para vender e comprar bens e serviços. As redes, entretanto, são por natureza projetadas para eliminar mercados compostos de vendedores e compradores, e substituí-los por cadeias de fornecedores-usuários. Se as redes continuarem a eliminar os mercados, elas violam inerentemente os estatutos antitruste,

222Op. cit.
223RIFKIN, Jeremy. The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, where All of Life is a Paid-for Experience. Jeremy Rifkin. J.P. Tarcher/Putnam, 2001

cujo único propósito é proteger os mercados convencionais? Se não, como as nações elaboram novas restrições legais para impedir que as empresas usem seu poder sobre ideias e capital intelectual para monopolizar e controlar redes?[224]

Todas as formas de propriedade são mais prováveis de serem acessadas do que compradas em uma economia em rede. Um número crescente de observadores sugere que precisamos revitalizar nossa noção de lei antitruste para restringir explicitamente os monopólios sobre a estrutura informacional – *infostructure* – que representam algumas das concentrações de poder mais perigosas que já vimos[225].

A propriedade do capital físico, no entanto, que já foi o coração do modo de vida industrial, torna-se cada vez mais marginal ao processo econômico. É mais provável que seja considerado pelas empresas como uma mera despesa operacional do que como um ativo, e algo para pedir emprestado em vez de possuir. O capital intelectual, por outro lado, é a força motriz da nova era, e muito cobiçada. Conceitos, ideias e imagens - não coisas - são os itens reais de valor na nova economia. A riqueza não é mais atribuída ao capital físico, mas sim à imaginação e à criatividade humanas. O capital intelectual, deve-se ressaltar, raramente é trocado. Em vez disso, é detido pelos fornecedores e alugado ou licenciado a outras partes para seu uso limitado[226].

A propriedade tangível está se tornando cada vez mais marginal para o exercício do poder econômico, e a propriedade intangível está rapidamente se tornando a força definidora em uma era baseada no acesso. Idéias na forma de patentes, direitos autorais, marcas registradas, segredos comerciais e relacionamentos estão sendo usadas para forjar um novo tipo de poder econômico composto de megafornecedores no controle de redes expandidas de usuários.

Essas redes fornecedor-usuário concentram o poder econômico nas mãos de menos instituições com ainda mais eficácia do que era o caso durante a era da propriedade dos mercados vendedor-comprador. Ser capaz de controlar as idéias do comércio, em vez de apenas as ferramentas, processos operacionais e produtos, dá ao novo gênero de fornecedores corporativos globais uma vantagem sem igual na história econômica anterior. Ter o monopólio das ideias em

224*Op. cit.*
225SHULMAN, Seth. Owning the Future: Staking Claims on the Knowledge Frontier. Houghton Mifflin (1999)
226RIFKIN, Jeremy. The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, where All of Life is a Paid-for Experience. Jeremy Rifkin. J.P. Tarcher/Putnam, 2001

cada campo comercial permite que algumas empresas controlem o funcionamento de toda uma indústria. Para garantir o sucesso, os líderes da indústria criam vastas redes de fornecedores-usuários, tornando antigos concorrentes, assim como clientes e outros fornecedores, totalmente dependentes de suas ideias para sobreviver[227].

Numa economia de rede, todos os tipos de propriedade continuam a existir, mas é menos provável que sejam trocados. Vendedores e compradores dão lugar a fornecedores e usuários. O ato de alienação de propriedade - troca negociada entre vendedor e comprador - que é o cerne de um sistema de mercado, é menos frequente. Aproveitar o acesso de curto prazo é mais importante do que comprar e propriedade de longo prazo. Modificar um relacionamento entre as partes para acessar e compartilhar propriedades tangíveis e intangíveis é o cerne de uma abordagem baseada em rede para a vida comercial[228].

3.4.2. Padrões de Coordenação e de Regulamentação

Redes podem cooperar ou competir entre si: cooperam se tiverem protocolos (padrões) que permitam sua comunicação e interoperabilidade a partir de pontos de conexão entre si; no entanto, caso não haja cooperação, a competência da rede é medida pela capacidade de superação de outras redes. Por isso, algumas vezes, redes mais capazes destroem redes ineficientes. A eliminação de redes menos eficientes tem início quando uma rede consegue alterar outra com a qual compete interferindo em seus protocolos de comunicação[229].

Podemos estabelecer dois tipos de padrões: de coordenação e de regulamentação. Um padrão de coordenação é uma regra que facilita uma atividade que de outra forma não existiria. Um padrão de regulamentação restringe determinado comportamento dentro dessa atividade, de acordo com a política definida pelos órgãos reguladores.

Um padrão de coordenação pode ser imposto de cima para baixo, ou surgir de baixo para cima; um padrão de coordenação é normalmente imposto apenas de cima para baixo. Dirigir no

227*Op. cit.*
228*Op. cit.*
229CÂMARA, Edna Torres Felício. Os Dilemas do Estado em Rede na Era da Informação: Articulações entre o Direito ao Desenvolvimento e a Liberdade Informática. Curitiba: UFPR, 2017.

lado direito da estrada é um padrão de coordenação; o limite de velocidade é um padrão de regulamentação.

Padrões de coordenação limitam a liberdade (carro à direita) para tornar uma atividade possível (condução de veículos); padrões de regulamentação limitam a liberdade dentro dessa atividade (excesso de velocidade) para atingir determinada finalidade regulatória (segurança ou conservação de combustível). É fácil de entender por que uma pessoa poderia querer desviar-se de um padrão de regulamentação; não faz tanto sentido um desejo de desviar-se de um padrão de coordenação[230].

Padrões numa rede de computadores são igualmente de coordenação e de regulamentação. O TCP/IP é um padrão de coordenação: é uma convenção que torna possível a troca de informações através da Internet. Alocação de espaço em um servidor de rede é um padrão de regulamentação: limita o espaço de armazenamento atribuído a um usuário em particular para permitir que muitos usuários utilizem o mesmo recurso de armazenamento.

A Internet foi construída basicamente a partir de padrões de coordenação consensuais e abertos. Ela se desenvolveu baseada num princípio de design conhecido como *end-to-end*. Este princípio estabelece que as funções específicas da aplicação devem residir nos hospedeiros finais de uma rede, e não em nós intermediários – desde que possam ser implementadas "completa e corretamente" nos hospedeiros finais. A inteligência e as funções em um aplicativo na Internet residem em ambas as extremidades da rede (lado do cliente e do lado do servidor), não dentro do *backbone*[231].

O corolário desse princípio é de que não deverá ocorrer nenhuma discriminação em relação aos serviços disponíveis aos usuários; esta arquitetura se demonstrou essencial para firmar a sua utilidade como uma plataforma para inovação, criatividade e oportunidades econômicas. Neste sentido, padrões da Web são as normas formais não-proprietárias e outras especificações técnicas que definem e descrevem aspectos da World Wide Web.

O termo tem sido frequentemente associado com a tendência de endossar um conjunto de melhores práticas padronizadas para construção de websites e aplicativos, bem como uma

230LESSIG, Lawrence. The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net. Berkeley Journal of Law and Technology. 1999.
231SALTZER, J. H., REED, D. P. e CLARK, D. D. End-to-End Arguments in System Design. In: Proceedings of the Second International Conference on Distributed Computing Systems. Paris, França. IEEE Computer Society, pp. 509-512. 1981

filosofia de design e desenvolvimento web, que inclui esses métodos. Projetar e construir utilizando esses padrões simplifica e reduz o custo de produção, entregando sites que são acessíveis a mais pessoas e a mais tipos de dispositivos de Internet. Sites desenvolvidos ao longo destas linhas continuarão a funcionar corretamente, à medida em que *browsers* evoluem e novos dispositivos de Internet chegam ao mercado.

Padrões técnicos e procedimentos operacionais da Internet devem ser desenvolvidos através de processos abertos e transparentes, com o mínimo de barreiras à participação ou ao acesso à informação. Padrões abertos são essenciais para a interoperabilidade e liberdade de escolha baseada no mérito de diferentes aplicativos e softwares. Eles impedem o aprisionamento de dados e tecnológico, tornando-os essenciais para governos, empresas, organizações e usuários. Pressupõem uma ampla consulta a representantes de fornecedores, acadêmicos e demais interessados, que discutem e debatem os méritos, deméritos e viabilidade de um protocolo comum a uma proposta técnica e econômica, incluindo uma abordagem às dúvidas e reservas de todos os membros[232].

O documento comum resultante é aprovado como um padrão comum. Este documento é posteriormente liberado para o público, e daí em diante se torna um padrão aberto. Geralmente é publicado e está disponível gratuitamente ou a um custo nominal para qualquer um. Qualquer fornecedor ou indivíduo (mesmo aqueles que não faziam parte do grupo original) pode usar tais padrões para fazer produtos que implementam o protocolo comum definido no padrão, e são, portanto interoperáveis por design, sem responsabilidade ou vantagem específica para qualquer cliente para a escolha de um produto em detrimento de outro, com base em características padronizadas.

Produtos dos vendedores competem na qualidade da sua execução, interface do usuário, facilidade de uso, desempenho, preço, e uma série de outros fatores, mantendo os dados de clientes intactos mesmo se ele optar por mudar para outro produto concorrente. Em suma, a adoção de padrões abertos por organizações e governos elimina (ou ao menos dificulta) a imposição de monopólios; estimula a competição no comércio; e, principalmente do ponto de vista do público, garante que qualquer pessoa poderá acessar determinado formato de dados,

232PESSERL, Alexandre R. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014

tornando-se uma garantia da possibilidade do acesso à informação[233].

3.4.3. Interoperabilidade

De forma correlata, a interoperabilidade é a habilidade de sistemas e organizações diversos trabalharem de forma conjunta. Em termos de tecnologia da informação, implica na capacidade de troca de informações e/ou dados (e uso dos mesmos) através de computadores:

> A capacidade de comunicar, executar programas, ou transferir dados entre diversas unidades funcionais de uma forma que requeira que o usuário tenho pouco ou nenhum conhecimento das características únicas daquela unidade[234].

É importante notar que a interoperabilidade não é apenas uma questão técnica: é a base para o compartilhamento de informações e conhecimento, e é também fundamento para a reorganização de processos administrativos.

De acordo com relatório da Sociedade Brasileira de Computação, um dos grandes desafios da pesquisa em computação no Brasil é a gestão da informação em grandes volumes de dados multimídia distribuídos. É necessário desenvolver soluções para o tratamento, a recuperação e a disseminação de informação, a partir de volumes exponencialmente crescentes de dados multimídia, de forma a auxiliar no tratamento, recuperação e disseminação de informação sobre os itens de acervos. Entre os grandes problemas de pesquisa em computação está o projeto e implementação de estruturas de ontologia flexíveis e expansíveis, que possibilitem interoperabilidade entre áreas do conhecimento e interação entre pessoas de diferentes culturas e vocabulários[235].

A interoperabilidade diminui o problema do aprisionamento tecnológico (*vendor lock-in*), mecanismo de mercado que torna um cliente dependente do vendedor de serviços e produtos,

---

233*Op. cit.*

234"The capability to communicate, execute programs, or transfer data among various functional units in a manner that requires the user to have little or no knowledge of the unique characteristics of those units". ISO/IEC 2382-01, Information Technology Vocabulary, Fundamental Terms

235SBC. Grandes Desafios da Pesquisa em Computação no Brasil – 2006–2016. Disponível http://www.gta.ufrj.br/rebu/arquivos/SBC-Grandes.pdf em 01/05/2020

impedindo sua troca sem implicar custos adicionais substanciais[236].

A estrutura de interoperabilidade, que pode ser definida como um conjunto de políticas, padrões e linhas mestras descritivas das maneiras pelas quais as organizações concordam (ou deveriam concordar) em negociar com as outras, deve propiciar as especificações para conexão dos sistemas de informação da administração pública e do comércio[237].

Existe uma distinção entre interoperabilidade e padrões abertos. Ainda que os objetivos de ambos os conceitos seja providenciar trocas efetivas e eficazes entre sistemas de computadores, os mecanismos para que tal ocorra são diferentes. Padrões abertos implicam em interoperabilidade *ab initio*, isto é, por definição, enquanto que a interoperabilidade pode ser alcançada *post facto*, como a adequação entre dois produtos existentes.

Interoperabilidade *post facto* pode ser o resultado da dominação de um determinado mercado por certo produto que não utilize os padrões convencionados. O titular de tal produto pode optar por ignorar as normas existentes e não cooperar em qualquer processo de normalização, usando seu quase monopólio para forçar a imposição de um o padrão de fato por sua dominância do mercado. Isto pode representar um problema caso a sua implementação seja fechada (por exemplo, através de patentes).

Um efeito de rede (também chamado de externalidade de rede) é o efeito que um usuário de um bem ou serviço tem sobre o valor do produto para outras pessoas. Quando o efeito de rede está presente, o valor de um produto ou serviço é dependente do número de outras pessoas que o utilizam[238]. O exemplo clássico é o telefone – quanto mais pessoas tem telefones, maior seu valor para o usuário.

Devido ao efeito de rede, a interoperabilidade com um produto ou serviço dominante é crítica para qualquer outro fornecedor que deseje permanecer relevante no mercado, e difícil de realizar devido à falta de cooperação em igualdade de condições com o fornecedor original, que pode bem ver o novo fornecedor como um concorrente e ameaça em potencial. As implementações mais recentes muitas vezes dependem de engenharia reversa, na ausência de

236PESSERL, Alexandre R. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014
237PESSERL, Alexandre. A Biblioteca Pública digital. UFSC, 2010. Disponível em 05/06/13 em http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf?sequence=1
238SHAPIRO, Carl. VARIAN, Hal R. Information Rules. Harvard Business School Press. ISBN 0-87584-863.X. 1999.

dados técnicos para assegurar a interoperabilidade. Os vendedores originais podem optar por fornecer tais dados técnicos para os outros, mas a disponibilidade de tais dados não é equivalente a um padrão aberto.

Padrões abertos são aqueles que têm especificação pública, permitem novos desenvolvimentos sem favorecimento ou discriminação dos agentes desenvolvedores e não cobram royalties para implementação ou uso. Interoperáveis são aqueles que permitem a comunicação entre sistemas de forma transparente, sem criar restrições que condicionem o uso de conteúdos produzidos à adoção de padrão específico.

3.5. *COMMONS*

Informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano, e a forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito.

Durante mais de 150 anos, democracias modernas complexas têm dependido em grande medida de uma economia industrial da informação para estas funções básicas, mas se observa uma mudança radical na organização da produção de informação desde a Internet. Habilitados pela mudança tecnológica – e pelo pequeno lapso temporal decorrente desde então – estamos observando uma série de adaptações econômicas, sociais e culturais que tornam possível uma transformação radical na forma como construímos o ambiente informacional que ocupamos como indivíduos autônomos, cidadãos e membros de grupos culturais e sociais[239].

Os bens comuns (*commons*, ou baldios) são os recursos culturais e naturais acessíveis a todos os membros de uma sociedade, incluindo recursos naturais como ar, água e uma terra habitável. Esses recursos são mantidos em comum, não pertencem a particulares ou ao poder público. Os *commons* também podem ser entendidos como recursos naturais que grupos de pessoas (comunidades, grupos de usuários) gerenciam para benefício individual e coletivo.

239BENKLER, YOCHAI. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom, p.60. EUA: Yale University Press. 2006.

Caracteristicamente, isso envolve uma variedade de normas e valores informais (prática social) empregados para um mecanismo de governança.

Os *commons* ainda podem ser definidos como uma prática social de governar um recurso, não por estado ou mercado, mas por uma comunidade de usuários que auto-governa o recurso por meio das instituições que ela própria cria. Não se confundem com os bens públicos, aqueles de titularidade do Estado, podendo entretanto haver sobreposição entre tais categorias, e determinado *common* ser também um bem público. Falhas na governança de *commons* causam problemas como o *overgrazing* (abuso de tais recursos por particulares, tendendo à escassez do mesmo) ou o *enclosure* (encapsulamento do acesso dos demais aos recursos comuns).

Ambos os termos derivam de práticas observadas na Inglaterra industrial: devido à subita demanda por lã de ovelhas, determinados pastores aumentaram em muito seus rebanhos, mas continuaram a alimentar seus animais nos pastos comuns, causando problemas de abastecimento para os demais (*overgrazing*). Os concorrentes mais poderosos começaram a cercar seus campos com arames-farpados (*enclosure*), limitando e confinando o acesso de terceiros aos recursos comuns.

Garret Hardin, em 1968, escreveu o ensaio intitulado "The tragedy of the commons"[240]. Nele defendeu que o acesso irrestrito às áreas comuns pode levar à superexploração de seus recursos finitos. Como o número de ovelhas não parava de crescer, e não havia também nenhuma coordenação sobre os recursos comuns, as ovelhas acabavam exaurindo completamente essas terras.

Os recursos do *commons* são considerados bens públicos, o que significa que eles são acessíveis ao público, e também rivais, o que significa que seu uso por um impede o uso por outro. Fenômenos rivais são controversos devido à potencial diminuição do valor do recurso para usuários posteriores. Como no exemplo acima, a grama em um pasto compartilhado: se o gado de uma pessoa comer toda a forragem, não haverá o suficiente para os animais das demais. Devido à natureza rival dos recursos comuns daquele *pool*, eles precisam ser protegidos contra o uso excessivo.

A tragédia dos *commons*, para Gardin, reside no fato de que, se mantidos no âmbito

240HARDIN, Garrett. The Tragedy of the commons. Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248. American Association for the Advancement of Science. Disponível em http://www.jstor.org/stable/172474 em 15/01/2020

comum, os commons se esgotam; mas, paradoxalmente, sobrevivem quando apropriados de forma privada. O barão que cerca os pastos para suas ovelhas garante o suprimento de lã da indústria textil e movimenta a economia da região, ao passo que os aldeões competindo de forma desordenada pelo recurso levam o rebanho à fome e todos à bancarrota. A ideia de *commons* como bem comum material, ao emergir, traz necessariamente a discussão sobre a escassez e a eficiência da propriedade privada em relação à propriedade coletiva.

Já a idéia de *commons* como recurso ou bem imaterial, simbólico, faz surgir um novo contexto, desvinculado dos limites físicos da matéria. Conduz o debate para o cenário da abundância e para o campo fundamentalmente comunicacional. A prática dos *commons* no contexto informacional tem adquirido mais relevância que as práticas privadas. Com a influência decisiva das redes de comunicação e das tecnologias de informação nos demais segmentos da vida social, os *commons* entraram na pauta do temário cultural, econômico e político[241].

3.5.1. *Commons-Based Peer Production*

Yochai Benkler definiu um tipo particular de arranjo institucional que governa o uso e a disposição dos *commons*. Sua principal característica, que os define de forma distinta da propriedade, é que nenhuma pessoa tem o controle exclusivo do uso e da disposição de qualquer recurso em particular. Pelo contrário, os recursos governados pela comunidade podem ser utilizados e dispostos por qualquer um entre um dado número de pessoas[242].

A rede cria uma forma de produção essencialmente nova, que seria o que denomina de *commons-based peer production* (produção colaborativa com bases comuns, ou produção por pares):

> Na economia de informação em rede, o capital físico necessário para a produção é amplamente distribuído pela sociedade. Computadores pessoais e conexões de rede são ubíquos. Isso não significa que eles não possam ser usados por mercados, ou que

241 DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. O conceito de commons na cibercultura. Líbero. n. 21 (2008). Disponível em http://seer.casperlibero.edu.br/index.php/libero/article/view/598 em 01/07/2020

242 BENKLER, Yochai. A economia política dos commons. In: A comunicação digital e a construção dos commons: redes virais, espectro aberto e as novas possibilidades de regulação / SILVEIRA; Sérgio Amadeu (org.). São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2007.

> indivíduos deixem de buscar oportunidades de mercado. Isso significa, porém, que sempre que alguém, em qualquer lugar, dentre os bilhões de seres humanos conectados, e em última instância dentre todos os que estarão conectados, queria fazer alguma coisa que requeira criatividade humana, um computador e uma conexão de rede, ele ou ela poderá fazê-lo sozinho, ou em cooperação com outros.
> Ele ou ela já tem a capacidade de capital necessário para tanto; se não sozinho, então pelo menos em cooperação com outros indivíduos agindo por razões complementares. O resultado é que significantemente mais daquilo que os seres humanos dão valor pode ser feito por indivíduos, que interagem uns com os outros socialmente, como seres humanos e como seres sociais, ao invés de como agentes de mercado por um sistema de preços[243].

A infra-estrutura comum estaria representada pela própria rede. Assim, supostamente, numa economia do conhecimento, os investimentos serão orientados para a criação de mais conhecimento, o qual vai se refletir nos novos produtos e processos.

A produção por pares tem recebido atenção considerável porque representam um novo modo de fornecer informações. As enciclopédias online são uma aplicação típica da produção por pares. Eles permitem que qualquer pessoa crie e compartilhe conhecimento livremente. Um grande número de voluntários participa e forma vários relacionamentos no processo de criação e compartilhamento de conhecimento.

A diferença mais marcante entre as enciclopédias tradicionais e as online é que qualquer pessoa pode editar, pesquisar ou navegar pelo conteúdo das enciclopédias online gratuitamente. O compartilhamento de conhecimento ocorre quando os usuários da Internet são motivados a gastar tempo e esforço para editar artigos. As enciclopédias online facilitam os esforços de edição colaborativa de documentos, que contam com as contribuições de vários autores em sistemas simultâneos. O conhecimento pode então ser visto como um bem público e o compartilhamento do conhecimento pode ser visto como um fenômeno de bem público[244].

As informações produzidas por governos são um exemplo típico de *commons.* Como recursos informacionais, são abundantes (não escassos) e não competitivos. A abertura de tais informações é portanto desejável, já que propicia insumos para criação de novas informações, negócios, processos e políticas, e aumenta a generatividade da rede.

Os *commons* podem ser vistos a partir de dois parâmetros: primeiro, o seu grau de

243 BENKLER, YOCHAI. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom, p.60. EUA: Yale University Press. 2006.

244WASKO, M. M. FARAJ, S. Why should I share? Examining social capital and knowledge contribution in electronic networks of practice. MIS Quarterly, vol. 29, no. 1, pp. 35–57, 2005.

abertura e, segundo, a existência ou não de regulação. Os *commons* podem estar abertos a todos, como os oceanos e o ar, ou podem ser restritos a um grupo ou coletividade – o pasto dos criadores de ovelha daquela vila específica.

Também podem ser regulados ou não-regulados. Para Benkler, o tipo de *commons* regulado mais bem-sucedido são as vias públicas. A existência de regras, de normas, de padrões de coordenação e regulação de motoristas e pedestres e exigência de licenciamento dos veículos e condutores não impedem o uso comum e público das ruas e rodovias[245].

O ecossistema do mundo digital também está sujeito à "tragédia dos comuns": indivíduos agindo de forma independente e de acordo com seus próprios interesses comportam-se contrariamente aos interesses da comunidade, esgotando recursos comuns[246]. Recursos comuns do mundo digital são dados, informações e algoritmos. Eles dão sustento às inovações das tecnologias digitais. O mundo digital também está sujeito a diversas formas de poluição, mau uso e exploração.

São necessários mecanismos de governança capazes de estabelecer ação coletiva e de formular políticas que sejam implementadas de forma a fazer com que a Internet, as redes sociais, os algoritmos e sistemas autônomes beneficiem a comunidade e promovam um conhecimento de fato compartilhado.

3.5.2. *Stewardship* dos *Commons*

O problema é como estabelecer governança para o mundo digital, já que esta é uma solução institucional para problemas de ação coletiva. No mundo digital, não há como ela ser fetia exclusivamente pelos governos. As soluções de governança digital têm, portanto, de se apoiar em arranjos multisetoriais (*multi-stakeholder*), tanto para a construção quanto para a implementação de iniciativas.

Numa solução multissetorial, todos os atores participam da construção de políticas públicas e mecanismos de governança. As soluções não se restringem a leis e regulações. Normas, boas práticas e autorregulação podem compor parte do conjunto de soluções, de forma a

245BENKLER, Yochai. The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven and London: Yale University Press, 2006. Tradução livre.

246 Op. cit.

enfrentar um problema que é global e que demanda soluções institucionais inovadoras. As tecnologias digitais devem ser administratadas de maneira a promover o envolvimento de governos, empresas e sociedade civil, em diversos fóruns nacionais, regionais e globais, para fazer do mundo digital um empreendimento comum, desenhado de forma inclusiva, alinhada aos direitos humanos e plenamente democrática[247].

Elinor Ostrom foi a única mulher até hoje a ganhar o Nobel de Economia, devido ao seu trabalho sobre a administração/condução (*stewardship*) dos *commons*. Antes de seu trabalho, muitos economistas que haviam sido influenciados pelo conceito de Gardin sobre a tragédia dos commons argumentaram pela racionalidade de se remover recursos compartilhados rivais do pool comum (por exemplo, através da propriedade privada desses recursos). Em vez da privatização, Ostrom mostrou, através de seu trabalho investigando comunidades onde os bens comuns eram administrados em comum, que a administração local poderia ser eficaz.

Ostrom ofereceu oito "princípios de design" que estavam presentes quando as comunidades podiam efetivamente se engajar nesta administração. Esses princípios de design foram: (a) limites bem definidos, (b) ampla conformidade com práticas de administração compartilhadas dentro desses limites, (c) regras de administração localmente relevantes, (d) monitoramento eficaz da conformidade, (e) sanções apropriadas por não conformidade, (f) mecanismos para facilitar a arbitragem, (g) amplo reconhecimento dos poderes locais e (h) gerenciamento em camadas para grandes recursos. Quando a maioria (mas não necessariamente todas) destas condições está em vigor, um bem comum pode ser gerenciado de maneira eficaz e sustentável, a partir de dentro daquela comunidade[248].

Na sua incursão sobre a teoria da cooperação, sobre seus fundamentos, Ostrom refuta as ideias cuja essência é identificar as motivações das ações coletivas em interesses individuais, sobretudo econômicos, sem negar a possibilidade frequente da "tragédia dos bens comuns", criando uma designação metafórica para discordar de Hardin.

247ALMEIDA, Virgilio; FILGUEIRAS, Fernando. "Recursos do mundo digital são tão exauríveis quanto os do ambiente". Folha de São Paulo, 18/01/2020. Acesso em https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/01/recursos-do-mundo-digital-sao-tao-exauriveis-quanto-os-do-ambiente.shtml em 18/01/2020

248OSTROM, Elinor. 1990. Governing the commons: The evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press

Ao conceituar não como "a tragédia dos commons" a presença de *free riding*, que, agindo exclusivamente no interesse próprio, ameaça um recurso coletivo, a autora diz que o fenômeno se assemelharia mais a uma "tragicomédia commons", uma vez que a análise de qualquer que seja o bem comum deve levar em conta as regras, as decisões e os comportamentos das pessoas nos diferentes grupos que se relacionam no compartilhamento de recursos[249].

Ostrom diz que o texto de Hardin contém uma série de teses repetidamente negadas pelos estudiosos dos bens comuns, tais como existir o livre acesso dos bens comuns, haver comunicação limitada, a condição predominante dos usuários ser a de *free riding*, ou seja, agir sempre no uso do bem comum egoisticamente, e oferecer somente duas alternativas para resolver a "tragédia": privatização ou estatização dos bens comuns.

Pesquisando as regras dos usos de bens coletivos e, ao procurar compreendê-las, deu especial ênfase aos fundamentos da cooperação entendida como essencial para sobrevivência, constituindo-se em necessidade imperiosa de encontrar coletivamente soluções para um patrimônio compartilhado, do qual todos dependem[250].

Ostrom defende que a ação coletiva, indutora de convenções e instituições capazes de oferecer a alternativa de gestão comum diante das soluções mais triviais ou mais complexas, é retroalimentada permanentemente por essas convenções e instituições, relegando a exceção às soluções oferecidas pela coerção, leia-se Estado, ou pelo mercado, leia-se a firma.

A autora não nega a possibilidade de a coerção, a solução hobbesiana, não vir a ser eficiente na organização da diversidade das ações humanas, ou de os estímulos materiais, a solução de mercado, não poderem também fazer convergir ações. Entretanto, defende que, na maioria dos casos em que um determinado recurso natural, ou mesmo um bem de capital, seja propriedade coletiva, existe a possibilidade de, com menor custo e com maior garantia de preservação, serem construídas regras para um desfrute coletivo e sustentável.

Isso dependeria unicamente da capacidade de a comunidade criar instituições adequadas por meio da ação coletiva. As condições que levariam a soluções que não fossem nem de mercado e nem de Estado seriam aquelas que favorecessem a criação de instituições estáveis de autogoverno, desde que problemas de suprimento, de credibilidade e de monitoramento fossem

249OSTROM, E. MORAN, F. E. Ecossistemas florestais. São Paulo: SENAC / EDUSP. 2009. 544 p.
250OSTROM, E. Understanding institutional diversity. Princeton: Princeton University Press, 2005. 355 p.

resolvidos. Em outras palavras, se as comunidades não são pressionadas por razões de subsistência a desfrutar predatoriamente os recursos, se há possibilidade de fomentar a credibilidade e a confiança entre os integrantes e se são aceitas regras de monitoramento com vistas a dividir custos, benefícios e distribuir responsabilidades, existiriam condições de criação de um autogoverno de bens comuns.

3.5.3. Usufrutismo

Cory Doctorow cita ainda o o enfoque do usufrutismo. Os direitos de propriedade podem ser decompostos em três sub-direitos: o direito de usar algo, o direito de desfrutar dos frutos do uso de algo (portanto, o direito de usar a terra e colher as coisas que você cultiva na terra), e então, finalmente, o direito de destruir algo. O usufruto é a ideia de que a propriedade pode ser mantida em comum, mas que os indivíduos podem assumir o controle sobre ela conforme necessário e desfrutar tanto do seu uso quanto do uso dos frutos da propriedade, mas com a condição de que não destrua a propriedade e que devolva quando terminar de usá-lo. O usufrutismo é a ideia de que podemos ter alocações de propriedade supereficientes se eliminarmos os direitos de destruição e tivermos apenas uma espécie de direito de biblioteca, que é o direito de pedir emprestado e usar e desfrutar dos frutos, mas não de tirar permanentemente de circulação ou destruir[251].

O conhecimento é, em essência e predominantemente, um recurso de propriedade comum, e portanto todos os esforços do governo e da sociedade civil devem estar voltados para proteger, sustentar, financiar e ampliar esse tipo de ativo ou patrimônio. Essa ação deveria se concentrar nas bibliotecas e fontes de informação, no sentido de torná-las cada vez mais completas e abertas aos usuários por ofício, pesquisadores e outros profissionais, como ao grande público. A ampliação dos bens comuns deve também contemplar, para os autores, novas formas de gestão, uma vez que, com o World Wide Web, as bibliotecas digitais deixam de ser geridas unicamente por bibliotecárias e profissionais de ciência da informação para serem geridas

251DOCTOROW. Cory. The Machine Without the Factory: An Interview with Cory Doctorow. Disponível em https://brookfieldinstitute.ca/the-machine-without-the-factory-an-interview-with-cory-doctorow/ em 01/08/2020

também por qualquer um que tenha conhecimento sobre um argumento e competência em tecnologia da informação.

Essa ação não deve, em nenhuma circunstância, significar desestímulo à propriedade intelectual. Ao contrário, por meio de institucionalidades, poder-se-ia concomitantemente, apoiar e proteger a legítima propriedade intelectual que remunera o pesquisador e, ao mesmo tempo, disponibilizar o conhecimento para quem dele necessite[252].

3.6. GENERATIVIDADE

Uma característica definidora de qualquer sistema de direitos de propriedade é a concessão de controle (sobre a coisa / propriedade) ao proprietário, com exclusão dos demais. No contexto da propriedade intelectual, o objeto a ser controlado é a informação: expressão no caso dos direitos autorais, ideias (aplicadas) no caso das patentes. De maneira crítica, a informação é tanto uma saída (*output*) quanto uma entrada (*input*) do desenvolvimento intelectual. Novas expressões e idéias raramente (ou nunca) são criadas do zero; em vez disso, são o resultado de uma vasta gama de entradas de informações.

Mas a tensão que se verifica é a seguinte: se a informação é ao mesmo tempo um insumo e um ativo para o florescimento intelectual, e as regras de propriedade intelectual limitam o acesso à informação como consequência da transferência de controle, então os direitos de propriedade intelectual podem ser contraproducentes na sua missão de supostamente garantir a produção de novas informações. Na perspectiva da teoria informacional, direitos autorais são fontes de ruído na transmissão da informação e podem afetar de forma negativa sua "generatividade".

Este termo foi cunhado em 2006 por Jonathan Zittrain, e é proposto como "a capacidade de um sistema de produzir mudanças imprevistas por meio de contribuições não-filtradas de um público amplo e variado". Se refere a determinado grau de abertura dos componentes de um sistema que permitam que seus usuários "brinquem" (*tinker*) com ele, puxem suas partes, o

252BAIARDI, Amilcar. Elinor Ostrom, a premiação da visão unificada das ciências humanas. Cad. CRH vol.24 no.61 Salvador Jan./Apr. 2011. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792011000100014 em 01/08/2020

demontem e montem de novo, em oposição ao que denomina "condomínios fechados" (*walled gardens*) nos quais somente softwares compilados tem permissões de uso concedidas, sistemas fechados que oferecem maior segurança para transações ao custo da perda dessa qualidade – generatividade – que se demonstra crucial na criação de tecnologias disruptivas, que mudam o jogo.

Nesta perspectiva, as propriedades generativas estão presentes nas múltiplas possibilidades oferecidas pelas peças dos brinquedos Lego, por um computador PC ou pela estrutura de rede da Internet – mas não estão presentes num PlayStation, num iPhone ou no Facebook. No caso do PC, sua arquitetura é receptiva à utilização de software e dispositivos de terceiros, e não somente aos desenvolvidos pelo fabricante, o que elimina barreiras jurídicas e práticas para o usuário intervir na própria estrutura da máquina[253].

3.6.1. Generatividade e Internet

Já quanto à Internet, entre suas qualidades originárias estava a facilidade do acesso, a adaptabilidade e uma arquitetura aberta, com padrões criados por consenso, e então disponibilizados para todos. O conceito chave nesse caso é o suporte à inovação sem necessidade de permissão, que é a habilidade de criar aplicações na Internet sem ter que obter aprovação de ninguém. Talvez o melhor exemplo seja a linguagem HTML, que tornou possível a World Wide Web, e foi desenvolvida por um pesquisador do CERN na Suíça e disponibilizada para qualquer um operar, no melhor espírito do "vai lá e faz"[254].

A generatividade representa o grau de abertura do sistema que torna possível a subversão e o hackeamento de tecnologias, criando novas possibilidades de uso não previstas por seus criadores originais.

Esta mesma estrutura generativa e aberta, que promove a inovação e a liberdade, agora

253ZITTRAIN, Jonathan. The Future of the Internet – And How to Stop It. Yale University Press. New Haven & London: 2008.
254PESSERL, Alexandre Ricardo. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014

supostamente representa uma ameaça à rede. Sua natureza aberta tem facilitado a disseminação de spam, vírus e a atuação do crime organizado. Por isso muitas pessoas tem preferido a comodidade de dispositivos fechados, controlados centralmente por seus fabricantes, aparelhos ou ambientes que muitas vezes não permitem alterações nos seus aplicativos e muito menos conhecer sua estrutura interna, no sentido de saber que tipo de uso pode ser feito das informações dos seus usuários (por exemplo, a arquitetura da Apple ou do Facebook). Mas a adoção do modelo do condomínio fechado vem com um preço, que é a diminuição da generatividade com a consequente extinção de oportunidades para melhoria do sistema[255].

3.6.2. Usos Não Esperados e Inovação

É princípio básico da análise de sistemas: você só consegue melhorar aquilo que você consegue testar, modificar, explorar (*exploit*). E isso tem que ser aberto ao público em geral, e não estar restrito ao ambiente de segurança de uma corporação, pois é justamente nos usos não esperados ou pré-concebidos que reside a inovação.

Caso emblemático é o da empresa Nokia, a qual, em face de evidências de mercado de que a próxima grande onda da telefonia seriam os aplicativos de navegação no trânsito, investiu muito dinheiro na Europa na compra, instalação e operação de licenças municipais para instalação de enormes redes de sensores de tráfico, ao passo que sua concorrente, uma pequena *start-up* israelense chamada Waze, percebeu que cada motorista carregava um aparelho celular que já contava com geoposicionamento, e que cada ponto poderia transmitir sua posição para um serviço apto a funcionar de forma coordenada como uma representação em tempo real do tráfico de veículos, sem necessidade de se investir um centavo em infra-estrutura: o custo da manutenção da rede estava distribuído, já que cada celular era mantido por seu proprietário, e os pontos da rede tenderiam a aderir ao serviço considerando o benefício adquirido. O resultado foi o estrondoso sucesso do Waze[256].

255ZITTRAIN, Jonathan. The Future of the Internet – And How to Stop It. Yale University Press. New Haven & London: 2008.
256ISMAIL Salim. MALONE, Michel S. GEEST, Yuri Van. Organizações Exponenciais. HSM do Brasil, 2015.

Tal fato foi tornado possível pela generatividade, isto é, pela confluência de *criatividade* com o *acesso à informação*. Ninguém tinha pensado em usar os celulares dos motoristas para isso, até então; mas os criadores da tecnologia somente conseguiram implementá-la pois os dados estavam disponíveis. Não tiveram que pedir permissão para utilização ou sequer requisitar o acesso à informação – como seria o caso num regime de permissões – e este é um ponto crucial.

Sem acesso à informação (*input*), o desenvolvimento tecnológico (*output*) sofrerá. Assim, a informação de domínio público ou aberta – informação que não está sujeita a direitos de propriedade, oferecendo acesso a qualquer pessoa, a qualquer momento, com baixo ou nenhum custo – se estabelece como fonte crítica dos insumos informativos necessários para o progresso criativo e tecnológico.

3.7. GARANTISMO ALGORÍTMICO

A característica que torna a rede realmente revolucionária é que ela oferece a possibilidade real do controle do fluxo da informação, e as tecnologias de controle estão se aperfeiçoando em velocidade de escala. Neste sentido, a divisão da doutrina entre aqueles que preferem aumentar o nível de *enforcement* e aqueles que gostariam de privilegiar a privacidade é vazia: o controle perfeito é, ou será em breve, uma realidade. A Internet é hoje um ambiente radicalmente diverso daquele de sua concepção, e na medida em que ela Internet se ramifica – a Internet das coisas, da energia, smart cities, redes 5G – a tendência é que o controle se aperfeiçoe ainda mais.

Portanto, é fundamental imprimir à rede uma perspectiva algorítimica garantista, que leve em conta as propriedades de rede que operam em prol de sua abertura à generatividade, como padrões abertos e interoperabilidade. Estamos passando uma quantidade cada vez maior de nossas vidas interagindo dentro de plataformas cuja base de usuários rivala ou suplanta a dos estados-nação existentes. E, no entanto, sua governança está muito longe dos valores dos países democráticos. Em vez disso, eles são governados por software e algoritmos que regulam nossas interações. Essa situação não é necessariamente nova, a tecnologia sempre afetou criticamente a

oportunidade e extensão do controle político e social; porém agora há uma alteração da qualidade em que a tecnologia se manifesta, já que os próprios comportamentos e condutas são praticados ou mediados pela técnica, sem garantias de qualquer espécie de que tais plataformas oferecem ao exercício dos direitos fundamentais.

Winner[257] afirma que certas tecnologias são inerentemente autocráticas e devem exigir estruturas sociais particulares para sua implementação. Algumas tecnologias foram implantadas para discriminar, representar ameaças e manter um regime de poder onde líderes qualificados são aqueles que fazem as escolhas. Os trabalhadores não têm o direito de participar do processo de tomada de decisão que rege como a tecnologia influencia a maneira como as pessoas se conectam. Alguns artefatos tecnológicos requerem estruturas sociais nas quais possam operar, mas outros funcionam bem em conjunto com sistemas específicos de poder e autoridade.

Winner fornece exemplos de sistemas técnicos de vários tipos que, à primeira vista, podem não expressar explicitamente qualquer forma de intenção política, mas na realidade foram projetados para produzir consequências sociais concretas. A bomba atômica é uma delas; compare-se a energia nuclear com a energia solar, que é descentralizada, inerentemente democrática e não representa um risco à segurança. A lógica da energia atômica exige um ambiente institucional específico para operar. Outro exemplo que o autor traz são as pontes de Long Island, NY, que foram projetadas muito baixas, de modo a impedir a passagem de ônibus e assim desincentivar as classes menos abastadas de frequentar o refúgio de luxo das elites[258].

Conforme afirmado por Lawrence Lessig, c*ode is law*, sintetizando uma forma de regulação onde atores privados podem embutir seus valores em artefatos tecnológicos, efetivamente restringindo nossas ações. O autor argumenta que a lei é uma forma de modular condutas mediante a criação de um imperativo legal coercitivo. Por exemplo, matar alguém: reclusão, de seis a vinte anos. As pessoas supostamente tenderão a evitar matar os coleguinhas, sob pena de prisão, resultando num fim institucionalmente desejado – o cumprimento da lei.

Entretanto, ela não é a única forma de modulação de comportamentos. Podemos dividir essas considerações em quatro modalidades gerais de regulamentação ou restrição: (a) normas,

257WINNER, L. (1980). Do Artifacts Have Politics?. Daedalus, Modern Technology: Problem or Opportunity? (Winter, 1980), [online] Vol. 109,(№1), pp.pp. 121–136. Disponível em http://innovate.ucsb.edu/wp-content/uploads/2010/02/Winner-Do-Artifacts-Have-Politics-1980.pdf em 01/08/2020
258Op. cit.

convenções sociais que muitas vezes nos sentimos compelidos a seguir; (b) a lei – mandatos explícitos que podem ser aplicados pelo governo; (c) o mercado e as forças econômicas; (d) a arquitetura / código, as restrições físicas ou técnicas nas atividades[259].

3.7.1. Arquitetura de Confiabilidade

Digamos que o observador esteja numa sala com uma porta em sua face norte; é impossível sair pela face sul pois ela não existe. O mesmo ocorre ao se operar um programa de computador: é possível apertar o botão verde ou o botão vermelho, mas não o botão azul, pois ele não está lá; a escolha do programador, que desenhou aquele algoritmo, modulou a conduta do usuário ao limitar suas opções.

Ao contrário das regras jurídicas tradicionais, que devem ser apreciadas por um juiz e aplicadas caso a caso, as regras baseadas em códigos são escritas na linguagem rígida e formalizada do código, que não se beneficia da flexibilidade e ambigüidade da linguagem natural. A implementação arquitetônica de plataformas online, em última análise, depende das escolhas específicas dos operadores de plataforma e engenheiros de software, que procuram promover ou impedir um determinado tipo de condutas.

É fácil perceber as oportunidades que surgem com uma arquitetura de confiabilidade (*architecture of trust*); afinal, a sociedade opera através da regulamentação de condutas. As modalidades de regulamentação – a lei, os mercados, as normas, e a arquitetura – interagem entre si à medida em que operam, e na medida em que todos são passíveis de captura, o mais fácil de apoderamento é ao mesmo tempo o mais eficaz de todos, que é o código.

Os detentores de monopólios, em particular, tendem à criação de estruturas que tendam à concentração de poder. A “mão invisível do ciberespaço” está construindo uma arquitetura que é oposta àquela de seu nascimento. Esta mão invisível, com o manejo do governo e do comércio, está construindo uma arquitetura que irá possibiltar o controle perfeito, por meio de regulação altamente eficaz. A luta em tal mundo será para assegurar que liberdades essenciais sejam

259LESSIG, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. New York: Basic Books, 1999.

preservadas em tal ambiente[260].

3.7.2. Regulação *Two-Tiered*

Quando Lessig escreveu tais argumentos – o livro Code é de 1999, atualizado no Code 2.0 em 2006 – afirmou na ocasião que "a forma futura da Internet depende das ações que tomamos para defini-la. Para proteger a liberdade na Internet, são necessárias medidas para salvaguardar os valores que prezamos, por meio de intervenção do governo e não fé libertária do mercado".

Para o autor, não era possível esperar que a rede se consertasse, criticando a noção de que a Internet é uma entidade soberana sem vínculos com o sistema jurídico tradicional e que essa falácia pode levar ao desaparecimento de valores fundamentais, como liberdade de expressão, privacidade e anonimato, para citar alguns. E a forma mais eficaz de regulamentação online seria através da arquitetura, sujeitando o código – e as entidades privadas que o detém – a maires controles constitucionais.

Lessig descreve assim um mecanismo em duas camadas – *two-tiered* – de controle da rede; assim, se o custo de transação para identificação e persecução de um infrator é alto ou inviável, a responsabilidade recai para o nível acima na rede; no caso, o servidor de acesso ou hospedagem do conteúdo ou da conduta, o qual deve bloquear o conteúdo sob pena de co-responsabilização, ou ainda ser obrigado a adimplir com normas e regulamentos sobre direitos dos usuários. A saída regulatória e judicante, portanto, a qual em grande medida foi o que aconeceu nestes últimos quinze anos, tempo suficiente para se observar a assimilação da Internet pelos sistemas legislativos e judiciais, numa suposta primazia da lei sobre as demais formas de regulação.

Mas é irônico que a solução proposta na ocasião deixou de apoiar o argumento central da obra: *code is law*. Assim como qualquer outro artefato tecnológico, o código não é neutro, mas inerentemente político: ele tem implicações sociais importantes, na medida em que pode apoiar certas estruturas políticas ou facilitar certas ações e comportamentos em detrimento de outros.

260LESSIG, Lawrence. Code version 2.0. Basic Books: New York, 2006. p.4

Assim, a resposta deveria estar localizada no próprio código, que deve garantir a efetividade de direitos.

3.7.3. Metadados

Metadados são dados sobre outros dados. Assim, metadados são informações que acrescem aos dados e que têm como objetivo informar-nos sobre eles para tornar mais fácil a sua organização. Um item de um metadado pode informar do que se trata aquele dado numa linguagem inteligível para um computador. Os metadados tem a função de facilitar o entendimento dos relacionamentos e evidenciar a utilidade das informações dos dados[261].

Um conceito importante quando discutimos conteúdos digitais é que tudo é "conteúdo" nesse ambiente, no sentido de que um "pacote de informação" não é uma figura de linguagem e sim algo bastante literal, já que cada pacote contém ao menos destinatário, remetente e conteúdo.

A rede foi construída como uma plataforma tecnologicamente isenta (multiplataforma), um sistema aberto, nos quais o comportamento é determinado pela interação dinâmica de seus componentes, uma interação entre múltiplas variáveis, e não por uma estrutura mecânica do sistema com seus mecanismos de retração[262].

Tal arquitetura deveria circular a informação de forma descentralizada, porém com garantia de entrega ao seu destinatário. O modelo usado pelo TCP/IP é o cliente / servidor, no qual um computador envia solicitações, como carregar uma página da web, para outro computador. O TCP (*Transmission Control Protocol*) é responsável por dividir uma mensagem em partes menores (pacotes), enviando-as pela Internet[263].

261SAFERNET. O que são Metadados? Disponível em https://new.safernet.org.br/content/o-que-são-os-metadados em 01/07/2020

262BERTALANFFY, Ludwig von. Robots, Men and Minds: Psychology in the Modern World. New York: George Braziller, 1967. p. 167.

263 Conforme a RFC 1594, um Datagrama (ou Trama) é "uma entidade de dados completa e independente que contém informações suficientes para ser roteada da origem ao destino sem precisar confiar em trocas anteriores entre essa fonte, a máquina de destino e a rede de transporte". Um datagrama é uma unidade de transferência básica associada a uma rede de comutação de pacotes em que a entrega, hora de chegada, e a ordem não são garantidos. RFC (Request For Comments) 1594, disponível em https://tools.ietf.org/html/rfc1594 em 01/08/2020

O computador que recebe esses pacotes de dados usa outra ferramenta TCP para reuní-los na mensagem original. Para que esses pacotes cheguem ao destino correto, é usado o IP (*Internet Protocol*), que fornece o endereço certo para a entrega de informações. Nesse processo, fragmentos da mensagem original podem até seguir rotas diferentes, mas chegarão ao mesmo destino para que as informações sejam reunidas e entregues. Assim, cada pacote de informação carrega consigo ao menos duas novas informações: o endereço de origem e o endereço de destino. Tais novas informações podem ser coletadas, armazenadas, e tratadas na forma de dados.

Os metadados não estão entretanto adstritos apenas aos endereços dos pacotes, ou sequer a questões técnicas (formatos de arquivo, taxas de compressão, etc); em produtos informacionais, metadados são uma parte do produto que descreve o conteúdo do pacote do produto; a sua "embalagem".

Alguns autores classificam os metadados em três categorias: semânticos, estruturais e de controle. Metadados semânticos descrevem o significado do conteúdo, metadados estruturais descrevem o formato e tecnologias utilizadas no conteúdo, e metadados de controle contém informações sobre a produção e a entrega do pacote. Os metadados de controle auxiliam na determinação do *status* do conteúdo e dos direitos de acesso e utilização do conteúdo, sendo portanto peças-chave em um esquema de gerenciamento eletrônico de licenças[264].

3.7.4. Metadados e Controle

É possível o rastreamento de informações determinadas, ao longo de uma cadeia de usos; os metadados são chaves em esquemas de vigilância (*surve3.6illance metadata*), ao fornecer detalhes sobre os dados relativos às ações de uma parte observada. Resumem informações básicas sobre dados, o que pode facilitar a categorização, localização e trabalho com instâncias específicas de dados. No caso de vigilância – especialmente por parte de agências governamentais – os metadados não apenas facilitam a categorização e recuperação de conteúdo,

264JOKELA, S., TURPEINEN, M., SULONEN, R. "Ontology Development for Flexible Content", Education and Life-Long Learning (IJCEELL), Vol. 12, Nos 1-4. 2000. Disponível em http://www.computer.org/csdl/proceedings/hicss/2000/0493/06/04936056.pdf em 15/01/2020

mas fornecem informações por si mesmas e também podem ser usados para legitimar a coleta e exame de conteúdo, inclusive em contextos policiais ou de segurança nacional.

A maioria dos *smartphones*, por exemplo, possui sistemas de geolocalização. Na maioria dos casos, as coordenadas da localização serão armazenadas dentro do mesmo arquivo que cada fotografia realizada por aquele aparelho, por *default* do sistema. Existem diversos benefícios nessa ação de *geotagging*, que permitem novas aplicações sobre tais camadas de dados. Mas também resta claro que as implicações sobre a privacidade são contundentes. O usuário é livre para desabilitar tal função, mas quem determinou que cada fotografia contivesse um carimbo marcando o local onde ela foi feita foi uma escolha deliberada de engenharia.

Edward Snowden demonstrou que a NSA opera mediante a coleta de metadados de muitas fontes de comunicação, incluindo todas as transações com cartão de crédito, registros telefônicos de todos os principais provedores, dados do Facebook, dados de aplicativos e localizações de GPS de telefones celulares. Relatou ainda que a NSA recrutou a cooperação de várias empresas confiáveis, criando uma rede de vigilância onipresente e, ao fazer isso, subverteu os direitos de privacidade dos indivíduos[265].

O ponto é: os metadados são os elementos chaves na determinação do controle dentro da rede. São eles que relatam a movimentação, o conteúdo e a interação das trocas de dados na rede. A sua formatação, semântica, organização e registros de acessos revelam muito mais informações que o próprio conteúdo, e este fato não despercebido.

O valor dos metadados se tornou um ativo estratégico de grande relevância na dinâmica da vigilância governamental do ambiente digital. Nesse sentido, a Corte de Justiça de União Europeia observou que diferentes tipos de metadados podem fornecer informações muito precisas a respeito da vida privada das pessoas cujos dados são retidos, como os hábitos da vida diária, locais de residência permanente ou temporária, movimentações diárias ou de outra natureza, atividades, relações sociais e os ambientes sociais frequentados[266].

3.7.5. Metadados de Obras e Fonogramas

265THE WASHINGTON POST. NSA Slides Explain the PRISM Data-Collection Program". Disponível em https://www.washingtonpost.com/wp-srv/special/politics/prism-collection-documents/ em 01/08/2020

266Corte de Justiça da União Europeia. Digital Rights Ireland x Seitlinger. Sentença de 08 de Abril de 2014.

A coisa muda um pouco de figura, entretanto, quando discutimos a questão dos metadados sobre obras e fonogramas no ambiente digital. Ao contrário de um aparelho que carimba coordenadas geográficas numa fotografia de forma automática, os metadados das obras e fonogramas são gerados por seus titulares – as embalagens dos produtos; e a qualidade e uniformidade da informação disponível varia enormemente.

Adicionar elementos de dados descritivos em relação ao status dos direitos autorais aos metadados criados para obras e fonogramas sobrecarrega as comunidades que criam esses metadados. A falta de tais elementos de dados descritivos, no entanto, coloca uma carga ainda maior sobre aqueles que gostariam de fazer uso das obras[267].

O grande problema das obras órfãs surge principalmente porque as informações sobre a criação inicial da obra se perderam com o tempo. Mais particularmente, não havia meios eficazes de registrar essas informações quando estavam disponíveis. Obras digitais e analógicas que são digitalizadas podem ser removidas do contexto original que contém muitos dos elementos que são evidências do status de direitos autorais de uma obra, como a proveniência do arquivo. O fornecimento de elementos de dados descritivos que podem ser transmitidos com a própria obra deve facilitar o uso subsequente do conteúdo intelectual que a obra representa. Metadados relacionados a direitos autorais, portanto, devem ser tratados como um componente essencial da descrição do próprio recurso[268], bem como instrumentais na construção do domínio público positivo.

3.8. BLOCKCHAIN

Do ponto de vista do usuário, o ambiente digital oferece acesso a três tipos de obras: obras de domínio público, que são legalmente livres para uso, mas cabe ao usuário fazer a determinação legal de que a obra está em domínio público; trabalhos protegidos por direitos autorais, incluindo informações suficientes para permitir ao usuário encontrar o detentor dos direitos autorais e

267COYLE, Karen. Descriptive Metadata for Copyright Status. Disponível em https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/1282/1202 em 01/08/2020
268Op. cit

negociar a permissão legal de uso; e obras protegidas por direitos autorais, tornadas órfãs pela ausência de informações de rastreamento e, portanto, legalmente não-utilizáveis.

Determinar o status da maioria das obras é uma tarefa que ultrapassa a grande maioria das pessoas e pode ser um desafio mesmo para profissionais especializados. Para muitos indivíduos e instituições, mesmo uma certeza de 99% de que uma obra é de domínio público não é reconfortante, se ainda houver chance de que o uso da obra possa sujeitá-los a um litígio financeiramente incapacitante. Essa ambigüidade em relação ao status de direitos autorais de inúmeras obras, agravada pela ameaça de litigância pesada se alguém fizer um julgamento errado, destrói o domínio comum compartilhado. Na medida em que queremos ter um domínio público aberto e acessível, ou seja, na medida em que queremos que nosso domínio público seja utilizável, um registro digital confiável é uma necessidade[269].

3.8.1. Chaves Criptográficas

A existência de uma infra-estrutura de autenticação permite o estabelecimento de níveis de confiabilidade para trocas de dados sensíveis ou pessoais; permite um maior controle por parte do cidadão sobre como a informação sobre ele é utilizada, diminui custos de transação e aumenta as possibilidades econômicas. Todo o sistema se beneficia do aumento da confiança em saber com quem se está transacionando.

O primeiro modelo implementado para certificação na Internet foi o modelo de chaves criptográficas, pares público/privado. Na criptografia de chave pública, cada usuário gera duas chaves, que são longas cadeias matemáticas. Esta sequência de números é usada para embaralhar (*scramble*) as informações, que somente poderão ser rearranjadas em sua posição inicial pela outra chave. O usuário emite uma chave pública, que é utilizada por seu interlocutor, e mantém uma chave privada. Se é possível abrir com uma chave, ela só pode ter sido fechada pela outra.

Um certificado de chave pública, também conhecido como certificado digital ou

269NESSON, Charles R. Foreword. In: DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.

certificado de identidade, é um documento eletrônico usado para provar a propriedade de uma chave pública. O certificado inclui informações sobre a chave, informações sobre a identidade de seu titular e a assinatura digital de uma entidade que verificou o conteúdo do certificado (chamada de emissor). Se a assinatura for válida e o software que examina o certificado confiar no emissor, ele pode usar essa chave para se comunicar com segurança com o titular do certificado, o qual poderá abrir a mensagem com sua chave privada[270].

3.8.2. Registro das Transações

Mas permanecia o problema dos registros das transações. Tais registros normalmente permanecem sob a guarda de um terceiro de boa-fé, o qual, em sentido amplo, pode ser um agente estatal, bancário, paraestatal ou privado. A função exercida pelo intermediário é a de atuar como um livro-razão, ou *ledger*, um registro público, confiável e imparcial das transações verificadas. As iniciativas de certificação estavam limitadas, na rede, à assinatura de documentos digitais. O cartório poderia expedir uma certidão totalmente digital em relação ao conteúdo de seus arquivos, e certificar que aquilo era verdadeiro; mas a garantia continuava a ser o cartorário. Não havia como superar o intermediário.

O comércio na Internet passou a depender quase exclusivamente de instituições financeiras que atuam como terceiros de confiança para processar pagamentos eletrônicos. Embora o sistema funcione bem o suficiente para a maioria das transações, ele ainda sofre das fraquezas inerentes do modelo baseado em confiança. Transações totalmente irreversíveis não são realmente possíveis, uma vez que as instituições financeiras não podem evitar a mediação de disputas. O custo da mediação aumenta os custos de transação, limitando o tamanho mínimo da transação prática e cortando a possibilidade de pequenas transações casuais, e há um custo mais amplo na perda da capacidade de fazer pagamentos não reversíveis para serviços não reversíveis.

Com a possibilidade de reversão, a necessidade de confiança aumenta. Os comerciantes

270Esse modelo foi amplamente aceito em nível global, com adoção e criação de serviços de autenticação por entidades privadas e governos – no caso brasileiro, a Infraestrutura de Chaves Públicas, ICP-Brasil. A questão do consentimento estava resolvida.

devem ser cautelosos com seus clientes, demandando mais informações do que de outra forma precisariam. Uma certa porcentagem de fraude é aceita como inevitável. Esses custos e incertezas de pagamento podem ser evitados pessoalmente usando moeda física, mas não existe nenhum mecanismo para fazer pagamentos por meio de um canal de comunicação sem uma parte confiável.

3.8.3. *Ledgers* Distribuídos

Hitoshi Sakamoto, a misteriosa pessoa ou grupo por trás do conceito da Bitcoin[271], afirmou que era necessário um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica em vez de confiança, permitindo que quaisquer duas partes interessadas negociem diretamente uma com a outra sem a necessidade de um terceiro de confiança. As transações cuja reversão sejam computacionalmente impraticáveis protegeriam os vendedores de fraudes, e mecanismos de garantia poderiam ser facilmente implementados para proteger os compradores.

A solução proposta foi um servidor de *timestamp*[272], distribuído ponto a ponto[273], para gerar uma prova computacional da ordem cronológica das transações[274]: uma *blockchain*, um ledger digital descentralizado, distribuído e, muitas vezes, público, que consiste em registros – chamados de blocos – usados para registrar transações em muitos computadores, de forma que nenhum bloco envolvido possa ser alterado retroativamente, sem a alteração de todos os blocos subsequentes[275].

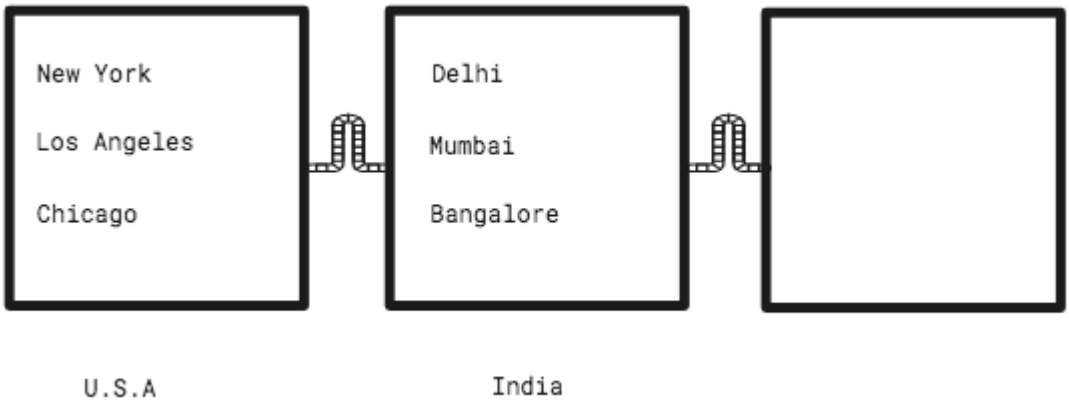
As transações são processadas em bloco. O argumento inicial de cada bloco é o *hash* anterior. O *hash* é uma prova matemática, como se fosse feita uma fotografia daquela cadeia de informações e aplicada uma fórmula que resulta em um valor determinado; e cada bloco gera seu

271Bitcoin é o termo usado para se referir à moeda virtual. Blockchain é a tecnologia subjacente, aqui descrita.
272Um carimbo data/hora.
273Sem um servidor central.
274NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em https://bitcoin.org/bitcoin.pdf em 01/08/2020
275ARMSTRONG, Stephen. Move over Bitcoin, the blockchain is only just getting started. Wired. 07/11/2016. Disponível em https://web.archive.org/web/20161108130946/http://www.wired.co.uk/article/unlock-the-blockchain em 01/08/2020

novo hash ao se incorporar à cadeia. Como a cadeia é redundante, isto é, presente em diversos computadores ao mesmo tempo, se torna matematicamente inviável alterar o conteúdo dos blocos já processados sem alterar toda a sua estrutura, já que a alteração de qualquer elemento vai resultar num hash diferente[276].

Por exemplo, considere os seguintes blocos. Cada um representa um país; e cada um deles contém os nomes das cidades do respectivo país:

Figura 03. Blocos de *Hash* / 01

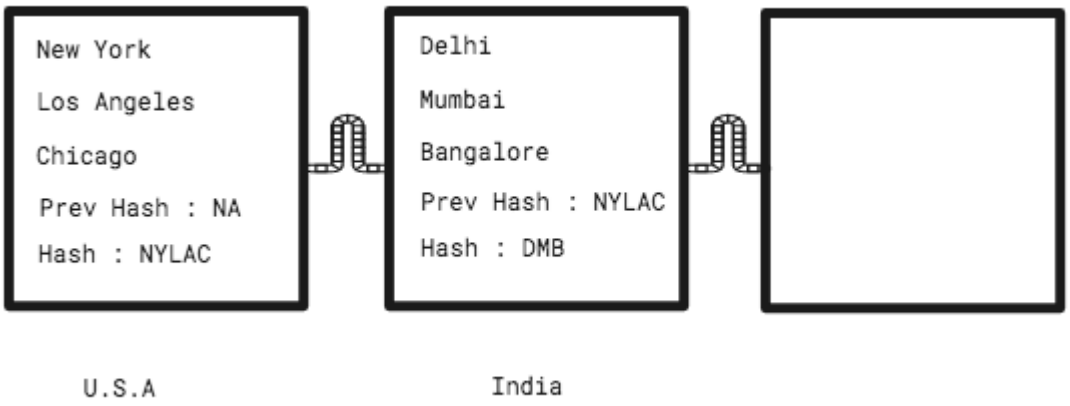


Fonte: Medium.com

Cada um desses blocos tem um *hash*, um conjunto de caracteres que referencia seu conteúdo, elhe confere autenticidade, confiabilidade, integridade – serve para garantir o conteúdo contra alterações. Hashs distintos, conteúdos distintos[277]. O *hash* é derivado das informações contidas no bloco. O bloco dos EUA inclui as cidades de Nova York, Los Angeles e Chicago. Então, o *hash* seria algo como "NYLAC" (tecnicamente não é o caso, mas essa é a ideia):

Figura 04. Blocos de *Hash* / 02

276ANTONOPOULOS, Andreas. Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies. O'Reilly Media: 2014.
277 FREITAS, Cinthia de Almeia. Comentários ao autor.



Fonte: Medium.com

Cada bloco sucessivo conterá o hash do bloco anterior. É isso que os une e cria as chamadas árvores de *hash,* ou *hash trees*. Se alguém alterar o primeiro bloco para adicionar a cidade de Boston, o novo *hash* daquele bloco torna-se "NYLACB". No entanto, o bloco seguinte da Índia já armazenou o *hash* como "NYLAC". Essa incompatibilidade quebrará a corrente, a árvore de *hash*. Portanto, o objetivo do *hash* é assegurar a integridade da corrente[278].

Um banco de dados de *blockchain* é gerenciado de forma autônoma usando uma rede ponto a ponto (P2P) e um servidor de timestamp distribuído. Eles são autenticados pela colaboração em massa alimentada por interesses próprios coletivos – sem necessidade de um servidor de autenticação. A comunidade certifica a si mesma de forma par-a-par, numa *web of trust:* ao invés de se apoiar numa autoridade central certificadora, cada nó certifica e é certificado pelos nós com os quais troca informações. Quanto maior a quantidade de interações que os outros nós reportam sobre determinado nó, maior a segurança de que aquele nó é quem aparenta ser.

Uma *blockchain* é um protocolo de troca de valor, o qual confirma que cada unidade de valor foi transferida apenas uma vez; esta qualidade remove a característica de reprodutibilidade infinita de um ativo digital. Isso permite que os participantes verifiquem e auditem as transações de forma independente e relativamente barata[279].

278JAMES, Febin J. Popular Use Cases of Blockchain Technology You Need to Know. Disponível em https://medium.com/hackernoon/popular-use-cases-of-blockchain-technology-you-need-to-know-df4e1905d373 em 01/08/2020

279CATALINI, Christian; GAMS, Joshua S. Some Simple Economics of the Blockchain. (PDF). S2CID 46904163. SSRN 2874598. Disponível em doi:10.2139/ssrn.2874598 em 01/08/2020

Os *ledgers* distribuídos registram a propriedade e as transações de tokens digitais. Praticamente qualquer tipo de informação pode ser expressa como um token, usando uma assinatura criptográfica. Qualquer token pode ser "armazenado" em um *blockchain* ou *ledger* distribuído. Esses fatores permitem a implementação de esquemas de licenciamento em massa com alto grau de *enforceability*. Isso, é claro, gera novos problemas relacionados ao fato de que nenhuma parte pode afetar a execução desse código.

3.8.4. *Smart Contracts*

Os usos da *blockchain* rapidamente se transplantaram para diversas áreas além das criptomoedas, desde a certificação de indústrias completas como o rastreamento do gado, com informações individuais sobre vacinas, tipo de alimentação, frigoríficos, distribuição; a produção de diamantes; documentação de cargas interportuárias; bancos de guarda de registros médicos, e muitos outros[280]. A sua característica de executoriedade obrigatória permite a transposição das disposições legais ou contratuais para um contrato inteligente, *smart contract*, automaticamente aplicadas pela rede subjacente, eliminando o elemento de confiança do sistema.

Smart contracts são protocolos de computador projetados para facilitar, verificar e impor automaticamente a negociação e implementação de contratos digitais, sem autoridades centrais. Podem encontrar um amplo espectro de cenários de aplicações potenciais na economia digital e nas indústrias inteligentes, incluindo serviços financeiros, gestão, saúde e Internet das coisas, entre outros, sendo também integrados às plataformas de desenvolvimento baseadas em blockchains convencionais, como Ethereum e Hyperledger. Os contratos inteligentes ainda estão longe da maturidade e os principais desafios técnicos, como questões de segurança e privacidade, ainda aguardam novos esforços de pesquisa[281]; o que certamente é mera questão de tempo.

Tais tecnologias operam de forma convergente, inclusive com apoio de sistemas de inteligência artificial. O *machine learning* é a programação de computadores para otimizar um

280 IBM. Blockchain use cases. Disponível em https://www.ibm.com/blockchain/use-cases/ em 01/08/2020

281WANG, S. OUYANG, L.YUAN, Y. NI, X. HAN, X. WANG, F. Blockchain-Enabled Smart Contracts: Architecture, Applications, and Future Trends. IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics: Systems, vol. 49, no. 11, pp. 2266-2277, Nov. 2019, doi: 10.1109/TSMC.2019.2895123.

critério de desempenho usando dados de exemplos ou experiências anteriores. Toma-se um modelo definido até alguns parâmetros, e aprendizagem é a execução de um programa de computador para otimizar os parâmetros do modelo usando os dados de treinamento ou experiência passada. O modelo pode ser preventivo para fazer previsões no futuro, ou descritivo para obter conhecimento dos dados, ou ambos[282]; são capazes de ajuste e acoplamento de suas atividades mediante retroalimentação (*feedback*). Assim, grandes volumes de dados são alimentados nestes softwares, que realizam escolhas. O resultado de tais escolhas é realimentado ao sistema, que desta forma consegue ajustar suas escolhas futuras[283].

Sistemas de *machine learning* acoplados com estruturas de smart contracts, baseados numa *blockchain*, em tese poderiam oferecer espaço para ajustes dentro da executoriedade forçada. A combinação da imutabilidade, impedimento de adulteração e rastreabilidade da blockchain, a programabilidade do contrato inteligente e a verificação da disponibilidade de dados pelo aprendizado de similaridade se mostram uma configuração poderosa, com usos já existentes e documentados que vão desde cadeias de fornecimento de vacinas até combate aos *deepfakes*, passando pelo mercado de venda de dados para aplicações de Big Data.

Esta estrutura de execução obrigatória é bastante adequada para transações de moeda, mas não necessariamente para outros tipos de transações. Cory Doctorow afirma que a criptomoeda convenceu muita gente que as coisas podem ser resolvidas com *ledgers* distribuídos que manifestamente não podem; a ideia de que estamos substituindo confiança por computação, existem alguns contextos muito estreitos nos quais isso pode funcionar, mas não muitos, e a maioria deles não requer *blockchain*. É possível implementar muitos deles apenas com árvores de *hash*, que consomem menos energia e gastam menos[284]. Apesar da crítica e da *buzzword* gerada, que jogou o termo num contexto de inovação dominado por modelos de start-ups de mercado que lucram com a especulação ou promoção intensiva de determinados conceitos, as *blockchains* estão amadurecendo em termos generacionais, se configurando de maneira a oferecer uma larga

282ALPAYDIN, Ethem. Introduction to machine learning. 3rd ed. Cambridge, MA: The MIT Press; 2014. p. 03

283Mecanismos de *machine learning* tem sido denunciados por seu caráter de viés (bias) inerente. Como a máquina é alimentada com as séries históricas de dados, ela será inerentemente conservadora e tenderá à manutenção do status quo, realçando o papel fundamental que é a qualidade necessária aos datasets utilizados. Cf. MEHRABI, Ninareh; MORSTATTER, Fred; SAXENA, Nripsuta; LERMAN, Kristina; GALSTYAN, Aram. A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning. Disponível em arXiv:1908.09635 em 01/08/2020

284DOCTOROW. Cory. The Machine Without the Factory: An Interview with Cory Doctorow. Disponível em https://brookfieldinstitute.ca/the-machine-without-the-factory-an-interview-with-cory-doctorow/ em 01/08/2020

gama de aplicativos e serviços distribuídos.

3.8.5. *Blockchains* Abertas e Fechadas

As *blockchains* podem ser classificadas em função de seu grau de abertura. Em blockchains públicas, qualquer pessoa pode ser titular de uma conta sem a necessidade de aprovação, revisão ou interferência de terceiros. Se a *blockchain* não exigir necessidade de permissão, qualquer pessoa pode participar da verificação dessas transações[285] [286]. As *blockchains* abertos também tendem a contar com código-fonte aberto, que qualquer pessoa pode estudar, alterar e desenvolver. Como consequência, as escolhas de design tecnológico refletem os valores e ideologias da comunidade de desenvolvedores[287].

Na outra extremidade do espectro, encontramos *blockchains* fechados, privados e permitidos. Esses blockchains limitam o acesso ao razão distribuído e limitam quem pode participar do processo de validação da transação. Esses DLTs costumam usar código-fonte proprietário, desenvolvido por organizações privadas, que definem seu design, uso e aplicação. Em outras palavras, os *blockchains* podem ser abertos, como um mercado aberto onde qualquer pessoa pode entrar e negociar, ou fechados, como salas de negociação apenas para convidados. Entre os dois extremos está uma série de aplicações que diferem na extensão da abertura[288].

Essas diferentes arquiteturas tecnológicas podem ter consequências radicalmente diferentes em termos dos usuários e dos usos do sistema, bem como da organização, suscetibilidade de regulação e economia das práticas que facilitam.

Por exemplo, um registro público de direitos autorais de *blockchain* precisa ser acessível e

285NARAYANAN, A. et al. Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction (Princeton University Press 2016)

286A Bitcoin, o primeiro aplicativo *mainstream* baseado em *blockchain*, bem como uma série de criptomoedas subsequentes, utiliza *blockchains* públicas.

287REIJERS, W. O´BROLCHÁIN, F. HAYNES, P. Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories (Ledger 2016) 134–51; H Nissenbaum, 'Values in the Design of Computer Systems' [March 1998] Computers and Society 38–39; M Flanagan, D Howe and H Nissenbaum, 'Embodying Values in Technology: Theory and Practice' in J van den Hoven and J Weckert (eds), Information Technology and Moral Philosophy (CUP 2008).

288XU, X, et al. A Taxonomy of Blockchain-based Systems for Architecture Design. Software Architecture (ICSA), 2017 IEEE International Conference on Software Architecture (IEEE April 2017), 243–52.

aberto na maioria, senão em todas as suas dimensões possíveis, para permitir que qualquer criador registre sua obra e cumpra sua função informativa em relação a terceiros (outros detentores de direitos, órgãos públicos e administrativos ou judiciais e o público).

Ou seja, tal registro teria que contar com uma *blockchain* aberto não autorizado, rodando em software de código aberto desenvolvido e gerenciado por um grupo diversificado de desenvolvedores e outras partes interessadas. Se a história do compartilhamento de arquivos ponto a ponto é o prólogo do *blockchain*, será um desafio para a lei de direitos autorais ajustar suas regras para sistemas abertos e descentralizados[289].

3.8.6. Tokenização de Obras e Fonogramas

Com essas características, os *ledgers* distribuídos podem fornecer uma plataforma descentralizada para construir e manter registros de obras e fonogramas. Contando com os registros de tais elementos tokenizados, os contratos inteligentes podem automatizar e padronizar uma diversidade de transações relacionadas a direitos autorais, tais como aquelas que autorizam o uso e exploração de conteúdo protegido por direitos autorais e remuneração. Há uma implantação crescente de aplicativos neste domínio, em particular no setor de música online.

Os *tokens* podem representar vários elementos diferentes. Em primeiro lugar, eles podem representar uma cópia de uma obra protegida. Esta representação pode ser feita no momento da criação (por exemplo, uma câmera digital ou um processador de texto pode gerar um token no momento em que a obra é expressa) ou posteriormente, pelo titular dos direitos ou um terceiro autorizado.

Em segundo lugar, os tokens podem representar um registro de *rights-management information*[290], RMI, para conteúdo protegido. Em terceiro lugar, os tokens podem codificar um subconjunto de informações mencionadas na definição de RMI, ou seja, os termos de uso de

289BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

290Informações para gestão de direitos. Provisão instituída pelos Tratados de Internet, em conjunto com os malfadados DRM, cadeados digitais.

conteúdo protegido, por exemplo, os termos de licenciamento padrão das licenças Creative commons (CC).

No entanto, também é possível prever termos de uso que se referem ao status particular de uma obra, como se é uma obra órfã ou de domínio público. Os termos de uso são frequentemente estáticos / gerais, ou dinâmicos / condicionais. Os primeiros são definidos uma vez e (supostamente) não mudam depois. Por outro lado, os termos de uso dinâmicos ou condicionais podem evoluir com o tempo. Este é o caso da maioria dos RMI, que muda toda vez que um direito autoral é transferido, ou as respectivas condições de uso mudam.

Por fim, os tokens podem representar uma remuneração pelo uso de uma obra, que pode ser codificada em criptomoedas ou equivalentes em moeda fiduciária, constituindo a contraprestação de uma transação de uso da obra correspondente; uma obra ou fonograma poderia ser fracionada para todos seus titulares, por meio de tokens individuais relativos às suas participações.

Os tokens individuais são únicos. As transações de tokens em um *blockchain* são organizadas de uma maneira que evita o gasto duplo[291] de tokens. Na prática, isso significa que os tokens são o veículo pelo qual a tecnologia *blockchain* reintroduz a escassez no domínio digital[292].

Alguns recursos das tecnologias de *blockchain* – escassez, confiança, transparência, registros públicos descentralizados e contratos inteligentes – parecem tornar essa tecnologia compatível com os fundamentos do direito autoral. Os autores podem publicar trabalhos em blockchain criando um registro quase imutável de propriedade inicial e codificar contratos inteligentes para licenciar o uso de obras. A remuneração pode acontecer em plataformas de distribuição online onde residem os contratos inteligentes. Em teoria, tal configuração automatizada permite a gestão privada de direitos autorais. A blockchain é, portanto, apresentada como uma oportunidade para reduzir o atrito do mercado e aumentar a eficiência do

291*Double-spending*, ou seja, como evitar que o dono de um criptoativo o gaste duas vezes, antes do processamento da primeira transação.
292BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

licenciamento e a autonomia dos criadores[293].

No domínio dos direitos autorais, a desintermediação afetaria os titulares em todos os níveis: editoras e gravadoras, Entidades de Gestão Coletiva, EGCs e plataformas online, incluindo aquelas que hospedam conteúdo enviado pelo usuário. Supostamente, os aplicativos de *blockchain* são capazes de remover todos os intermediários entre o artista e o público e, assim, permitir um relacionamento direto onde os artistas possam autorizar diretamente o uso, distribuir suas obras e coletar remuneração. Ainda que a desintermediação completa seja improvável, é presente o potencial de perturbação do *status quo*, mudando os poderes relativos – institucionais, de negociação, financeiros ou outros – dos titulares por meio da introdução de novos interessados no domínio e da alteração do cálculo de custo / benefício para os existentes[294].

A *blockchain* não é uma tecnologia "disruptiva", que pode atacar um modelo de negócios tradicional com uma solução de custo mais baixo e ultrapassar as empresas estabelecidas rapidamente. É uma tecnologia de fundo: tem o potencial de criar novas bases para nossos sistemas econômicos e sociais. Mas embora o impacto seja enorme, levará tempo para que a *blockchain* penetre em nossa infraestrutura econômica e social. O processo de adoção será gradual e estável, não repentino, conforme as ondas de mudança tecnológica e institucional ganham impulso.

Os responsáveis pela manutenção da segurança, consistência e integridade dos bancos de dados utilizados para pagamento de direitos autorais são primordialmente as entidades de gestão coletiva. Neste sentido, o capitulo 04 analisa o status jurídico e modo de organização dessas entidades, e a maneira como estão ajustando suas condutas ao ambiente digital. A transposição de modelos de negócios baseados em mercados para o ambiente de rede tem levantado questões consideráveis sobre o papel dessas organizações na efetivação de licenciamentos multiterritoriais, demandando portanto uma análise compreensiva sobre os fundamentos da gestão coletiva, sua finalidade, estruturação e modelos de operação, com vistas sempre ao interesse dos trabalhadores criativos e do interesse público; tais conceitos são chaves na apreensão de como se dá este entrelaçamento entre os temas do propósito geral da concepção de justiça, e os da técnica pela qual esses conceitos possam ser tornados efetivos.

293Op. cit.
294*Op. cit*.

4. GESTÃO COLETIVA E AMBIENTE DIGITAL

A forma como os conteúdos são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo, como ele é e como poderia ser; quem decide tais questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito. Numa economia do conhecimento, os investimentos serão também supostamente orientados para a criação do conhecimento. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais como livros, filmes, imagens e músicas).

Ao contrário de seus congêneres distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a Internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo, a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais, sem perda de qualidade. Os princípios que levaram ao estabelecimento das leis de proteção autoral foram conformados juridicamente numa era em que não era possível imaginar a forma como se partilha a informação nos nossos dias, e os benefícios que essa partilha de informação pode trazer para a sociedade – incluindo os autores e outros titulares de direitos autorais.

O objeto de proteção do direito de autor envolve bens culturais, sendo esses de interesses de fruição por boa parte da sociedade e, assim, se chega à problemática na qual se encontra a discussão autoral na atualidade, entre os interesses dos autores de perceberem valores econômicos pela exploração comercial de suas criações e do público de ter acesso, cada vez mais rápido e simplificado, aos bens culturais de criação autoral[295].

A teoria da cauda longa, proposta por Chris Anderson[296], afirma que a cultura e a economia atuais estão mudando do foco de um relativo pequeno número de hits (localizado no topo da curva), ou seja, mercadorias com alta saída no mercado, para um elevado número de nichos na cauda, uma vez que os serviços segmentados podem estar, economicamente, tão

295PERALTA, Patrícia P. SILVA, Elizabeth F. da. TERUYA, Dirceu Y. T. Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral. Perspect. ciênc. inf. vol.16 no.3 Belo Horizonte July/Sept. 2011. Disponível em https://doi.org/10.1590/S1413-99362011000300007 em 01/08/2020

296ANDERSON, Chris. The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More. Hyperion: 2006.

atrativos quanto os de massa. A distribuição digital se aproveita de tal conceito, já que o custo de distribuição de um grande artista e de um artista desconhecido são similares e tendem ao zero – é o custo de rede. Em outras palavras, a cauda longa permite que uma gravadora mantenha em seu catálogo fonogramas que não possuem tanto apelo comercial, já que o mercado de nicho vai conseguir rentabilizar tal ativo.

Neste sentido, é importante frisar não apenas a importância, mas a inevitabilidade do modelo de amplo acesso ao catálogo completo de obras. Na esteira das redes P2P, que trouxeram pela primeira vez tal oportunidade de fruição do catálogo completo, o sucesso de iniciativas como o Spotify ou o Netflix demonstram que o consumidor deseja ter o acesso à obra na hora em que escolher, e pelo meio em que desejar.

O surgimento das tecnologias de distribuição online efetivamente pegou a indústria musical despreparada para a venda direta ao público. A indústria da música gravada estava então organizada em um modelo contratual de autores com editoras e de intérpretes com gravadoras, as quais por sua vez distribuíam fonogramas para redes de varejo. O download elimina os varejistas "tradicionais", entregando o produto direto nas mãos dos consumidores e rompendo a cadeia de distribuição tradicional existente baseada em produtos físicos, como CDs e cassetes.

O problema era claro, mas uma solução iria requerer uma alteração no paradigma da indústria, com mudanças em contratos de licenciamento, implementações tecnológicas, planejamento de marketing e a entrega ao consumidor por um preço que atraísse consumidores a pagarem por algo que podia ser obtido gratuitamente[297]. O impacto do ambiente digital causou mudanças profundas no relacionamento não apenas do público com as obras protegidas, já que lhe foi oferecido o acesso ao catálogo completo, mas também dentro das estruturas e círculos de poder estabelecidos dentro da indústria.

A desmaterialização do suporte físico superou uma estrutura fabril, com grande concentração de mercado e controle de oferta, em prol de uma estrutura virtual de distribuição de músicas gravadas contendo interpretações de obras protegidas, de modo geral. Nota-se a evolução de duas tendências doutrinárias e legislativas no trato do tema.

De um lado, e fortemente influenciada pelos grandes titulares de direitos, há uma

297NASH, Ed. How Steve Jobs Saved the Music Industry. The Wall Street Journal. 21/10/11. Acesso em http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204002304576629463753783594 em 15/01/2020

tendência à perpetuação do paradigma do *copyright*, pretendendo adensar e multiplicar as restrições ao acesso. De outro, encontram-se argumentos em favor da percepção de que todo o sistema de proteção de propriedade intelectual deve ser repensado, a partir da constatação de que a cópia, o principal *benchmark* de controle da circulação de obras protegidas no ambiente analógico, é atividade corriqueira no meio digital[298]; é possível obter outras formas de proteção e remuneração dos direitos autorais com enfoques diversos.

A discussão está longe de ser pacífica. Mas com base na demanda reprimida pelo acesso ao catálogo completo, disponível *online,* em qualquer análise da aplicabilidade de um modelo de gestão coletiva para o meio digital, uma de suas diretrizes deve ser a sua orientação favorável ao usuário, em seu sentido amplo – tanto o final, consumidor/fruidor, quanto o usuário direto, aquele que oferta o serviço em linha que inclui a prestação musical – no caso, as plataformas. O pressuposto deve ser o do incentivo à ampla disponibilização das obras, seja num modelo editorial de venda de cópias ou de *flot* , acesso ao catálogo.

4.1. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS DA MÚSICA

Como alinhar os interesses da multiplicidade de titulares presentes nas obras e fonogramas, considerando os custos de transação envolvidos em negociações individuais com tantos titulares? E, mais importante: como fiscalizar a execução pública, aquela que em tese impossibilita sua verificação *in loco*, se considerarmos tal multiplicidade de pessoas com interesses legítimos em tal música? De tais necessidades, surgem os mecanismos e entidade de gestão coletiva, EGCs[299]: órgãos representantes e mandatários de autores, editores, intérpretes, produtores fonográficos e músicos executantes, com a criação de pessoas jurídicas encarregadas

298LITMAN, Jessica. Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet. Prometheus Books: 2001
299Neste estudo adotamos a terminologia “Entidades de Gestão Coletiva” (EGCs) para descrever qualquer entidade ou organização que represente autores e/ou titulares de direitos conexos que se organizam a fim de se fazerem representar perante os usuários de suas obras e/ou fonogramas, órgãos governamentais e não governamentais, instituições de mesma natureza ou a sociedade em geral. Não existe nenhum requisito intrínseco à esta atividade que exija a forma associativa, portanto optamos por não utilizar o termo “associação” ou “associações de gestão coletiva” enquanto termo coletivo. Da mesma forma, o recorte da presente pesquisa é a música; assim, excluímos do significado aqui utilizado entidades destinadas à gestão de direitos de outra natureza, como performance dramática, roteiros, fotografia ou outros, exceto quando referencidados.

de aferir as músicas executadas, recolher direitos e distribuir royalties em nome de uma coletividade determinada.

4.1.1. Histórico da Gestão Coletiva no Brasil

Historicamente, a organização dos autores ocorreu mesmo antes de qualquer previsão legal[300]. Música é que nem passarinho, como diria o sambista Sinhô: é de quem pegar primeiro. Incorpórea, radiodifusa, transmitida, executada. Quem ouviu, ouviu, quem tocou, tocou. E quem ganhou dinheiro com isso, como fica?

Os compositores foram os primeiros a sentir a dor, quando os teatros e cassinos brasileiros começaram a montar grandes espetáculos nos quais todos os envolvidos – cantores, orquestras, rádios, casas noturnas e todo o entorno cultural – ganhavam o seu quinhão, com exceção de quem escrevia as músicas. Esse foi o embrião da SBAT, Sociedade Brasileira de Atores Teatrais, a precursora da nossa gestão coletiva, marcada desde sua concepção pela ambiguidade.

Inspirada na exitosa experiência da *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, cuja fundação em 1829 remodelou para sempre as relações entre atores, diretores e dramaturgos parisienses, a SBAT encarregava-se do arrecadamento e distribuição dos lucros provenientes das obras de autores e compositores a ela associados.

Concebida como uma instituição de "utilidade pública", termo que a situava entre o poder público e o corporativismo burguês, a SBAT correspondeu à primeira ação organizada em prol dos interesses da classe artística nacional. Para se firmar definitivamente como "utilidade pública", ela precisava não apenas de um corpo administrativo eficiente e burocratizado; era igualmente necessária a construção de símbolos que expressassem a natureza ambivalente da instituição na forma de artistas famosos e populares à época, como Chiquinha Gonzaga, que tivessem trânsito com os poderes instituídos e, ao mesmo tempo, transformassem tal ambivalência em força motriz[301]. Era preciso caçar passarinhos, afinal de contas.

300SILVA, Guilherme Coutinho. Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas.São Paulo, 2018. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 18

301CESAR, Rafael do Nascimento. De Francisca a Chiquinha: o pioneirismo insuspeito de Chiquinha Gonzaga. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 30, n. 1. Acesso em http://www.scielo.br/pdf/ts/v30n1/1809-4554-ts-30-01-0305.pdf em 15/01/2020

A matéria era então regulada pelos mecanismos do direito comercial, direito autoral como integrante do fundo de comércio, com base no Decreto 22.120/32, o qual incorpora a Convenção de Berna em sua íntegra, e pela legislação cível, no tocante aos aspectos associativos. As sociedades de autores eram consideradas legítimas representantes/mandatárias de seus integrantes, estando autorizadas a licenciar seus catálogos de forma coletiva. Mas as diversas associações existentes detinham, cada qual, parcela determinada dos repertórios músicais.

Isso causava problemas de ordem prática para os usuários de músicas[302] como rádios, TVs e casas noturnas, pois a multiplicidade de cobranças gerava insegurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal examinou a questão da arrecadação centralizada, entre outros itens, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.054/DF, afirmando na ocasião o Min. Sepúlveda Pertence que com a arrecadação descentralizada, surgiram graves problemas no controle da concessão de autorização para que fossem utilizadas em público obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, posto que com a pluralidade de associações arrecadadoras, cada uma defendia os interesses de seus associados, dificultando o controle dos valores arrecadados e permitindo que diversos usuários fossem cobrados, duas ou mais vezes, em face de uma única utilização das obras protegidas[303].

Para disciplinar o tema, com a edição da Lei 5.988/73 o Brasil adotou um mecanismo de monopólio na arrecadação e distribuição de direitos autorais sobre a execução pública através do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, composto pelas diversas associações de titulares, estas sem finalidades lucrativas e de caráter associativo.

O modelo brasileiro é *sui generis*: o ECAD centraliza a cobrança e a distribuição indireta, realizada com base no catálogo geral do qual é o mantenedor, e distribuindo por cota para cada associação. Estas, por sua vez, realizam a distribuição direta, descontado seu quinhão, e são as responsáveis pela manutenção do registro dos dados, informações e documentos, inclusive algumas espécies de contratos, tais como edição ou administração, de seus associados junto ao registro geral do ECAD; bem como pelo confronto e pareamento de tais informações com as demais associações, de acordo com os procedimentos internos do órgão.

302O usuário de músicas (obras e fonogramas) é sempre aquele agente que utiliza músicas num contexto econômico, não devendo ser confundido com aquele que apenas realiza sua fruição ou deleite estético.
303STF. ADI 2.054/DF. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

Outra peculiaridade do sistema brasileiro é que dispomos de uma estrutura única de gestão coletiva para representação tanto do direito de autor quanto para os direitos conexos. Na maioria absoluta dos casos, cada país dispõe de uma estrutura exclusiva para representação de autores e outra para titulares de direitos conexos, considerando que tais interesses não estão automaticamente alinhados[304].

Os artigos 98 e seguintes da Lei 9.610/98 compõem grande parte do Título VI: "Das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são Conexos", todos incorporados pela Lei nº 12.853, de 2013, a qual alterou o art. 98 e acrescentou os arts. 98-A, 98-B e 98-C, entre outros, trazendo mudança significativa em relação à disciplina da gestão coletiva de direitos de autor e daqueles que lhe são conexos.

4.1.2. Características da Gestão Coletiva

Alguns dos conceitos praticados pelas EGCs brasileiras – tais como as *blanket licenses*[305], ou a estrutura de arrecadação unificada – derivam de práticas de mercado, motivadas simplesmente pela ausência até então de mecanismos efetivos de controle, e não de quaisquer requisitos ínsitos à gestão coletiva. No ambiente digital, há exatamente a possibilidade do controle total tanto das obras integrantes dos catálogos, quanto das permissões alocáveis a cada obra individual.

O sistema atual prevê que cada titular somente pode pertencer a uma única associação de gestão coletiva, já que no meio analógico o enforcement se torna impraticável caso tal titular outorgue licenças por meio de mais de uma entidade de gestão coletiva. No meio digital, cabe dizer, tal dificuldade desaparece, já que o titular pode optar pelo licenciamento de obras isoladas para diferentes entidades; o *enforcement* é viável em relação a obras individuais, as quais podem trazer consigo, em seus metadados, quais as permissões de uso admitidas[306].

304O modelo brasileiro é estudado em maiores detalhes no item 4.3.4., abaixo.

305*Blanket license* é uma licença para uso do repertório completo. A "licença de cobertor" ou "licença em branco" é um tipo de licença que permite a um usuário de música — tipicamente, um canal de televisão ou uma estação de rádio – tocar ou executar todas as composições abrangidas pela licença, sem limite de uso, pagando um valor único. Sua prática é criticada especialmente por usuários de repertórios parciais, os quais argumentam que pagam o mesmo que aqueles usuários que utilizam o catálogo completo; compare-se uma rádio de jazz com uma rádio de cunho comercial, por exemplo, que pagam o mesmo enquanto a primeira utiliza apenas parte do catálogo.

306É importante frisar, todavia, que a formação de renda de cada um dos atores deste processo – autores, intérpretes, editoras, gravadoras e afins – é distinta e individualizada, e de base predominantemente contratual. Os sistemas de

Portanto, lhes é inata uma característica de subsidiariedade em relação aos interesses individuais dos titulares. As entidades de gestão coletiva operam no limite do mercado, já que, operando como mandatárias, são excepcionais à prerrogativa dos titulares de consentirem com os negócios jurídicos envolvendo seus direitos de exclusivo.

A gestão coletiva é a forma pela qual os criadores e titulares de direito se organizam a fim de se fazer representar perante os usuários de sua criação e/ou patrimônio, órgãos governamentais e não governamentais, instituições de mesma natureza e também a sociedade. Ao contrário de outras áreas da arte e da cultura sujeitas ao direito autoral, a gestão coletiva é normalmente observada como predominante na área da música, que apresenta problemas próprios; um autor literário, ou um fotógrafo, normalmente contratará um editor para seus livros ou fotos, o qual será o único responsável pela circulação da obra: um único titular, uma única obra, um único comercializador.

No campo da música, tal lógica não opera. Normalmente, teremos um ou mais autores da obra – composição e letra, os quais autorizam a fixação por certo intérprete, o qual utilizará o trabalho de músicos acompanhantes, tudo sob a responsabilidade econômica de um produtor fonográfico, para a criação de um fonograma: a gravação musical finalizada. Assim, para a criação de um único fonograma, temos uma multiplicidade de titulares presentes, muitas vezes com interesses antagônicos, exigindo arranjos bastante complexos em termos contratuais ou estatutários.

A doutrina incorpora tais conceitos de longa data, com a justificativa de que a complexidade das relações da vida moderna impõe aos titulares dos direitos de autor, nacionais e estrangeiros, que se façam representar por uma entidade encarregada de conceder as respectivas licenças, e de receber e repartir as quantias decorrentes do exercício do direito[307].

E a questão se amplia com a multiplicidade de meios para consumo e usufruto das obras autorais decorrentes da ampliação dos meios de comunicação e da Internet: o advento da sociedade de consumo, com a multiplicação dos meios de comunicação de massas, ampliou

---

gestão coletiva existem para disciplinar as execuções públicas das obras e fonogramas, simplesmente pelo fato de que, no ambiente analógico, não existe um meio centralizado de controle de tais execuções: um compositor na África não dispõe com facilidade dos meios para saber se sua música está sendo utilizada no Japão, por exemplo.

307CHAVES, Antônio; Direitos Autorais na Radiodifusão (Rádio e TV).v.284. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1993. p. 448

extremamente o domínio em que a gestão dos direitos só pode ser coletiva. Com isto se abre a problemática das entidades de gestão, como intermediárias fatais na gestão de certas categorias de obras, e a subsequente desindividualização do direito de autor[308].

Portanto, se é certo que existe a necessidade de tal representação, a mesma necessita de cuidados, sob pena de prevalência dos interesses de tal "intermediário fatal", que dita suas próprias regras de arrecadação e distribuição de direitos ao arrepio dos direitos do autor, suposto centro do sistema de proteção.

Existe um certo grau de supervisão e controle público das operações de gestão coletiva, em diferentes formatos, ao redor do mundo. A maioria das EGCs está – por sua própria definição e propósito – num posição dominante dentro de um mercado determinado, representando em certo território um grande número de titulares de direito, nacionais e estrangeiros. Assim, ainda que a utilidade da administração coletiva de direitos sob uma EGC seja universalmente aceita, as mesmas permanecem constantemente alertas às provisões das leis de prevenção ao abuso de tais posições dominantes.

A gestão coletiva tal como operada pelas EGCs é considerada como um bem público, por prover os meios mais efetivos de se facilitar o acesso às obras protegidas para usuários e consumidores. Entretanto, alguns comentadores percebem a existência de tensões entre tal função pública e o potencial para abuso das posições dominantes da qual as EGCs são dotadas. Há portanto um consenso no nível internacional sobre a necessidade de algum grau de supervisão pública sobre suas atividades.

Porém, o grau de controle exercido é muito variável. Em alguns países, como a Itália, a EGC local é um monopólio *de jure*, estabelecido por lei. Outros países condicionam seu funcionamento à anuência de determinada autoridade pública, tais como o Ministério da Cultura da França e da Espanha ou o Ministério da Justiça e o Escritório de Patentes da Alemanha. Ao analisar seus pedidos de funcionamento, tais órgãos aplicam determinados critérios que incluem, por exemplo, o grau no qual a entidade proposta é de fato representativa daquela determinada categoria de titulares, qual o volume de usuários potenciais, como é a adequação de seus estatutos e os meios pelos quais esta se propõe a atingir seus meios, nacional e internacionalmente[309].

308ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

309Tal supervisão permanece após a autorização inicial, envolvendo um monitoramento e acompanhamento constante das atividades da EGC. Outros enfoques são utilizados em outras jurisdições. O Reino Unido não submete

Outras provisões podem ser aplicados ao modo como as EGCs conduzem seus negócios. Países como Itália, Holanda, Portugal e Espanha atribuem jurisdição às cortes civis para todas as disputas, resultando em discussões sobre taxas tarifárias ou condições de licenças, por exemplo, sendo decididas no processo civil comum. Outros países, como a Alemanha, estabelecem uma autoridade administrativa que provê a revisão de termos de licenças ou cessões de direitos. Na Austrália e no Reino Unido existem tribunais especializados em direitos de autor, cuja jurisdição inclui a revisão de atos das EGCs. Tais tribunais também podem determinar ou variar as taxas de royalties cobradas dos usuários e determinar a expedição de licenças quando recusadas de forma não razoável. Tal sistema prevê ainda a revisão pública dos termos financeiros e comerciais praticados pelas entidades de gestão perante árbitros especializados. Outro modelo – menos comum – é estabelecer que algum órgão do governo deve aprovar previamente os termos e condições nos quais as EGCs podem licenciar determinados usos de suas obras, casos de Canadá e Dinamarca.

Além de tais medidas particulares, as EGCs são ainda sujeitas às regras gerais de competição e às suas respectivas autoridades de defesa econômica. Na Alemanha, entretanto, as EGCs e suas operações são expressamente isentas das leis de competição, em reconhecimento ao fato de que, por sua própria definição, uma EGC tem a intenção de ser um monopólio. De forma a prevenir abusos de tal situação, existe uma câmara especial de arbitragem – *Schiedstelle* – dentro do Escritório de Patentes daquele país, de forma a regular a atividade das EGCs e resolver disputas relacionadas. E ainda, como regra, os tribunais locais apenas aceitam ações contra tais EGCs uma vez esgotada a via administrativa perante tal corpo especializado[310]. A União Europeia emitiu diretiva específica sobre o tema[311] a qual estabelece padrões comuns de governança, transparência e gerenciamento financeiro, entre outros; nos Estados Unidos, tanto a BMI quanto a ASCAP, as duas maiores EGCs locais, operam sob supervisão direta de juízes federais por meio de instrumentos chamados de *consent decrees*. Portanto, existe consenso nos principais corpos legislativos globais de que as EGCs devem prestar contas de suas atividades.

tais entidades à aprovação e supervisão da autoridade pública; em 2012, publicou padrões mínimos para as EGCs britânicas como um guia para suporte a um framewok autorregulatório para tais organizações, incluindo a implementação de códigos de conduta individuais para cada EGC específica.

310CISAC. The Supervision of Collective Management Organisations, 2015. Disponível em http://www.cisac.org/content/download/1760/23864/file/CISACUniversity_The_Supervision_of_EGCs_FINAL.pdf em 15/01/2020

311Directiva 2014/26/EU

A moderna doutrina sobre o tema considera que os direitos autorais possuem natureza de direitos de exclusivos ainda que algumas legislações, como a argentina, o classifiquem como direito de propriedade – e alguns juristas como Oliveira Ascensão[312] considerem que esta classificação como propriedade ou não seja na verdade irrelevante[313]. Como direitos de exclusivos, sua característica definidora é que estes somente existem por expressa previsão legal: constituem monopólios legais temporais. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. Entretanto, o seu exercício é frequentemente realizado por meio de EGCs, as quais podem ter previsão legal ou não, e podem ser entidades públicas ou privadas.

Até que ponto, por exemplo, a existência de regulamentos ou políticas de tais entidades relativos à ações no meio digital podem ser consideradas como "soluções governamentais"? Tal questão se justifica pois não apenas a própria OMPI reconhece a importância da atuação política de grupos privados não-governamentais em sua formulação institucional e de agenda[314] como a própria construção jurídica de um sistema de direitos autorais constitucionais pode ocorrer por iniciativa dos próprios detentores dos direitos, por desapropriações efetuadas pelo Poder Executivo dos diversos níveis administrativos, pelo Poder Legislativo na confecção de leis que regulamentem tais direitos, ou pelo Poder Judiciário na interpretação adotada na solução de litígios[315].

312ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. pg. 17. In "Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais". WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (org.) – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010.

313"Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária, artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade". ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n. 03. Recife: ESMAFE, 2002

314*"There is now a well-established global network of collective management organizations, and they are strongly represented by non-governmental organizations such as the International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC), the International Federation of Reprographic Reproduction Organisations (IFRRO), and at the European level, the Association of European Performers Organizations (AEPO), to mention only those. As part of its international development cooperation activities, WIPO is working closely with the above organizations, and also with others, such as the International Federation of Actors (FIA), the International Federation of Musicians (FIM), the International Federation of the Phonographic Industry (IFPI). The aim is to assist developing countries, upon their request, in establishing collective management organizations, and to strengthen existing organizations to ensure that they can be fully efficient and effective, among other things in their response to the challenges of the digital environment. Such activities are carried on under the WIPO Cooperation for Development Program." WIPO. Collective Management of Copyright and Related Rights. WIPO Publication No. L450CM/E. ISBN 92-805-0897-0*

315SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucionalista dos limites da proteção jurídica. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

As entidades de gestão coletiva funcionam de várias maneiras. Algumas EGCs funcionam como meros agentes de um grupo de titulares de direitos que, voluntariamente, confiaram o licenciamento de um ou mais usos de suas obras a um coletivo, enquanto outros coletivos são cessionários de direitos autorais. Em alguns casos, os titulares de direitos transferem os direitos de todas as suas obras presentes e futuras para uma EGC; em outros casos, eles escolhem as obras ou artefatos individuais que a EGC administrará em seu nome. Alguns EGCs licenciam obras individualmente, outras oferecem aos usuários um repertório inteiro; e outros fazem as duas coisas.

Na maioria dos casos, a estrutura de um modelo de gestão coletiva específico pode ser explicada olhando a história e a 'visão' que governavam o momento de sua criação. A EGC era vista apenas como uma ferramenta para melhorar a eficiência econômica do processo de licenciamento. reduzindo custos de transação e atrasos, ou foi vista mais como uma “união” com a missão de defender os interesses econômicos e, até certo ponto, morais de seus membros?

As circunstâncias que cercam o nascimento de um modelo de gestão coletiva específico podem influenciar a redação da legislação que o acompanha e moldar a política subjacente do Estado em relação à gestão coletiva. Por exemplo, as EGCs são consideradas uma violação tolerada do direito da concorrência, parte essencial de um sistema de direitos autorais que funcione bem ou, antes, são vistas como um instrumento político necessário para defender a parte mais fraca em transações com grandes usuários?

As EGCs geralmente pertencem a um dos duas principais 'famílias' de gestão coletiva, vinculadas respectivamente com o Direito de Autor e com os Direitos Conexos, a saber, a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores, CISAC, a maior e mais antiga associação para a gestão coletiva, ou a Federação Internacional de Organizações de Direitos de Reprodução, IFRRO. Existem também várias EGCs representando titulares de direitos conexos ou relacionados, e esses podem pertencer a outras associações. Essas organizações desempenharam e continuam a desempenhar um papel importante nos debates sobre normas internacionais de direitos autorais e sua implementação na legislação nacional e regional. Eles tendem a enfatizar tanto a necessidade de defender autores quanto a eficiência para titulares

de direitos e usuários de licenciamento coletivo, quando comparados a licenças individuais de titulares de direitos[316].

O escopo dos direitos autorais transita de uma área na qual o titular possui o controle efetivo tanto do uso quanto das negociações individuais do direito de exclusivo à dispensa de autorização, no caso dos limites e exceções. Entre estas posições, encontramos possibilidades de negociações por repertórios ou por *blanket licenses,* as quais podem ser tarifadas, que é o caso da gestão coletiva, ou simplesmente pagamento por uso, sem necessidade de autorização, como no licenciamento compulsório[317]. Tais posições refletem portanto a relatividade deste exclusivo de uso, o qual se transmuta de uma posição de discricionariedade para mero direito de remuneração.

Portanto, a gestão coletiva tradicional envolve necessariamente a perda de algum controle da obra por parte do titular – alguns dos modelos de negócios praticados pelas EGCs ao redor do mundo podem incluir até mesmo a cessão dos direitos para essas entidades. O contraponto é a não-discriminação em relação ao usuário; qualquer um que pague os *royalties* e siga determinadas regras pode se utilizar de determinado repertório. Alguns autores estabelecem uma distinção entre a gestão coletiva voluntária, a forçosa, como no caso da música, no qual é impraticável seu exercício individual, e a forçada, decorrente ou de determinação legal de que determinado direito só pode ser exercido através de uma EGC ou, eufemisticamente, aquela que consiste em estender aos titulares não representados por EGCs os acordos coletivos celebrados por estas[318].

Os serviços das EGCs podem ser mais ou menos elaborados, oferecendo uma ampla gama de serviços; no campo de obras musicais, onde há uma longa tradição de gestão coletiva de direitos, o sistema normalmente se estende para além da simples oferta de acesso centralizado e inclui, além da documentação, também o licenciamento e distribuição. A EGC negocia com os usuários tais como estações de rádio, emissoras de TV, discotecas, cinemas, restaurantes e

316GERVAIS, Daniel J. Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age. In: GERVAIS, Daniel J. (org.). Collective Management of Copyright and Related Rights. Klumwer Law International, 2010. Holanda.

317Largamente utilizado no direito norte-americano desde ao menos o Copyright Act de 1907. A primeira licença compulsória de que se tem notícia em direito autoral vem justamente desta lei, ao regular o mercado para rolos de pianolas automáticas. Os rolos continham pinos que, quando inseridos em tais máquinas, reproduziam as partituras, à moda das "caixinhas de música" de antigamente.

318ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade de Informação. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 290-1.

similares, ou grupos de usuários, e autoriza o uso de trabalhos com direitos autorais de seu repertório contra pagamento, e sob certas condições.

Com base na documentação – informação sobre membros e suas obras – e os programas apresentados pelos usuários, como registros de músicas tocadas no rádio, a EGC distribui *royalties* aos seus membros de acordo com as regras de distribuição estabelecidas. Geralmente, são deduzidos dos *royalties* uma taxa para cobrir os custos administrativos, e em alguns países também atividades de promoção sócio-culturais[319].

As EGCs tendem a ser organizadas em uma base territorial e, a fim de melhor representar os interesses dos seus membros, se associar num nível regional ou internacional. Normalmente, no campo de obras musicais, são celebrados contratos de representação recíproca entre as diversas sociedades nacionais, com base nos quais uma sociedade nacional tem o direito de gerenciar não apenas o seu próprio repertório, mas também o repertório estrangeiro da outra sociedade, em representação recíproca. Como resultado desta rede de acordos entre os diferentes sociedades nacionais, cada um deles se encontra em posição para licenciar o repertório inteiro de música do mundo, o que, do ponto de vista do usuário *nacional*, é altamente desejável.

Outra função verificada das EGCs é o "empacotamento" (*bundle*) de direitos. No caso de uma estação de rádio que queira copiar música em seus computadores e depois utilizar tal cópia para fazer a radiodifusão (*broadcast*), ela precisa licenciar o direito de reprodução bem como o direito de comunicar a obra ao público. Ambos os direitos deverão ser licenciados tanto para a obra, quanto para o fonograma e os direitos conexos. Tais direitos podem ser de artistas nacionais ou estrangeiros; e dessa forma, mesmo o licenciamento de uma única obra adquire uma complexidade extraordinária[320].

É papel da EGCs montar tais "pacotes" de direitos, de maneira a demandar uma única autorização contra um único pagamento. Determinados países permitem que EGCs acumulem mais de uma categoria de direitos; outros dispõem de EGCs exclusivas para cada categoria – autor, intérprete / executante, produtor fonográfico. Em outros casos, somente os autores contam

319WIPO. IP Survey. The Impact of the Internet on Intellectual Property Law. Disponível em http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap3.html em 15/01/2020

320Utilizando o mesmo exemplo, digamos que a obra tenha dois autores para letra/música, e que a música tenha sido gravada por uma banda com cinco integrantes. Caso os direitos não tenham sido cedidos para uma editora, seria necessária a autorização dos dois autores, dos cinco músicos intérpretes / executantes e do produtor fonográfico, tanto para o direito de reprodução quanto para o de comunicação ao público.

com representação coletiva, e o *clearance* dos direitos quanto ao fonograma e aos conexos é feito diretamente com o produtor fonográfico, os chamados “direitos artísticos”.

De todos modos, a falta de padronização do mercado impõe o aumento dos custos de transação e, na prática, impede o licenciamento multiterritorial, multirrepertório, *cross-border*.

4.2. ESPÉCIES DE GESTÃO COLETIVA

No caso de sistemas de gerenciamento coletivo tradicionais e de pleno direito, os titulares autorizam as EGCs a monitorar o uso de suas obras, negociar com possíveis usuários, conceder licenças a eles sob determinadas condições e com base em um sistema tarifário, cobrar a remuneração e distribuí-la entre os titulares de direitos. Muitos elementos do gerenciamento de direitos nesse tipo de sistema são padronizados – de fato, podem até ser coletivizados: as mesmas tarifas, as mesmas condições de licenciamento e as mesmas regras de distribuição podem ser aplicadas a todas as obras pertencentes a uma determinada categoria ; às vezes, também são feitas deduções sociais e / ou culturais.

Há certos casos em que os titulares autorizam a EGC a realizar apenas algumas das funções mencionadas. Em alguns países, por exemplo, os autores de obras dramáticas apenas estabeleceram acordos-quadro[321] com os representantes dos teatros, por suas EGCs – caracterizando uma gestão coletiva *parcial*. No entanto, em regra, os titulares celebram diretamente seus contratos com cada um dos teatros e confiam à organização de gestão coletiva apenas o monitoramento das performances, bem como a coleta e distribuição de royalties.

Para os titulares de direitos corporativos – produtores, editores etc. - também se torna inevitável ou pelo menos desejável em determinadas situações criar uma organização ou associar-se a uma existente para exercer seus direitos. Embora alguns deles, por exemplo, editores de música em alguns países - sejam membros de organizações tradicionais de gestão coletiva e aceitem suas regras, titulares de outros direitos podem preferir formas diferentes de exercer seus direitos, com o mínimo possível de elementos "coletivos".

321Acordo composto por um grupo e outro, ou entre um grupo e indivíduos, visando disciplinar relações contratuais futuras.

Isso leva à criação de um sistema do tipo agência, onde a única tarefa exclusiva, ou quase, é a coleta e transferência de royalties o mais rápido e precisamente possível, ao menor custo possível e proporcionalmente ao o valor e o uso real das produções envolvidas quanto possível. A forma mais desenvolvida desses sistemas do tipo agência - freqüentemente chamada de sistema de *rights clearance,* liberação de direitos – é aquela em que tarifas e condições de licenciamento são individualizadas. Portanto, o principal elemento do gerenciamento conjunto nesse caso é que uma única fonte de licenciamento é oferecida, com uma redução significativa dos custos de transação para titulares de direitos e usuários. Organizações de gerenciamento coletivo de pleno direito e órgãos do tipo agência, como os descritos acima, funcionam lado a lado. Ocasionalmente, eles também estabelecem alianças ou "coalizões", quando isso é necessário para a busca de interesses comuns ou para o exercício conjunto ou a execução de certos direitos[322].

4.2.1. Gestão Coletiva Voluntária

Oliveira Ascensão afirma que a gestão coletiva pode ter duas naturezas: discricionária (voluntária) ou necessária. A primeira parte da premissa ideal de que o titular de direitos não é coagido a se filiar a uma entidade, mas o faz porque considera conveniente. Já na gestão coletiva necessária, pode-se dividi-la em duas categorias: forçosa e forçada. A primeira, gestão coletiva forçosa, diz respeito aos sistemas que, embora juridicamente livres, acabam impondo obstáculos ou impossibilitando a prática do titular assegurar por si a gestão. Trata-se dos casos em que o autor não está em condição de controlar, por si, o aproveitamento que faz de suas obras[323].

A gestão coletiva voluntária tende a ser de base contratual e seus problemas conceituais derivam daqueles inerentes ao próprio mandato, como fiscalização de vendas e aproveitamento econômico, que já são tremendos. Neste sentido, não há muita diferença entre a atuação de uma EGC focada na gestão voluntária e de uma editora musical pertencente a uma *major*, por exemplo; ambas vão gerir grandes repertórios com base em delegação individualizada de direitos

322FICSOR, Mihály. Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should It Remain Voluntary or May It Be “Extended” or Made Mandatory?. Copyright Bulletin October 2003. Disponível em http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/unesco/Ficsor+Eng.pdf em 15/01/2020

323 ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão de gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). Por que mudar a Lei de Direito Autoral?: Estudos e Pareceres. Florianópolis: Funjab, 2011. p. 144

por parte de seus titulares, devendo prestar contas. De especial interesse para o tema da pesquisa, entretanto, é a questão dos registros voluntários de obras e fonogramas, os quais podem ou não estar subordinados à gestão coletiva, como visto abaixo.

4.2.2. Gestão Coletiva Mandatória

A gestão coletiva mandatória caracteriza-se pela situação na qual os autores não podem conceder, sozinhos, todas as autorizações para utilização de suas obras. Nestes casos, o autor ou titular de direitos acaba recorrendo às entidades de gestão coletiva. Segundo Oliveira Ascensão, as limitações de controle das obras levariam o autor a ser "obrigado" a associar-se, caracterizando-se a gestão coletiva necessária:

> Em vastos setores o titular é forçado a recorrer a um ente de gestão coletiva, porque não tem outro modo de gerir os seus direitos. Aí, temos a gestão coletiva necessária; seja por razões de direito, seja por razões de fato. [...] Esse direito do autor [...] é na prática um direito de representação obrigatória. O autor é a pessoa de quem se fala; mas não é a pessoa que fala. No entanto, é preciso ressaltar que, embora seja uma necessidade de fato que os autores venham a unirem-se para garantir seus direitos, a eles é assegurado constitucionalmente a livre associação, não sendo obrigados a associarem-se, nem permanecerem como tal. Porém, quando instituídas, estas associações passam a ter funções sindicais, uma vez que, na qualidade de mandatários dos autores e titulares, têm o direito, e inclusive o dever, de fiscalizar a utilização econômica das obras. São revestidas de poderes delegados pelo artista, o qual fica submetido às condições de atuação das entidades de gestão. É forçado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando em bloco as condições desta. O que quer dizer que o verdadeiro problema para ele passa a ser o da defesa perante a entidade de gestão[324].

Assim, os órgãos de gestão coletiva atuam de maneira a excluir o vínculo direto entre autor e usuário, originando uma nova relação inerente a utilização econômica da obra: autor-associação-usuário; aqueles delegam às associações o direito de representar-lhes perante os usuários das obras, estando tanto os autores como os usuários submetidos à atuação destas entidades[325].

324ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 620-623

325ARENHART, Gabriela. Gestão coletiva de direitos autorais e a necessidade de supervisão estatal. Jus.com, 11/2011. Disponível em https://jus.com.br/artigos/20431/gestao-coletiva-de-direitos-autorais-e-a-necessidade-de-supervisao-estatal em 15/01/2020

A obra pode ser objeto de várias formas de utilização, cabendo exclusivamente ao autor o direito de fazer e autorizar, por si ou pelos seus representantes, bem como a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra. Sucede, porém, que algumas formas de utilização estão sujeitos a um regime de gestão coletiva obrigatória. No caso de haver mais de uma entidade, como ocorre no Brasil, o titular tem a liberdade jurídica de escolha.

Conforme destaca Oliveira Ascensão, é necessário que esta liberdade seja efetiva, o que significa a possibilidade de mudar de associação sem penalizações. Ademais, a gestão coletiva mandatória envolve acordos globais, os quais autorizam a utilização de todo o repertório da associação de gestão coletiva. Deste modo, não há autorizações individualizada. As obras acabam sendo reduzidas a uma simples quantidade, perdendo todo e qualquer mérito individual[326].

Isto porque a dimensão pessoal implica uma gestão individual na medida em que tem por objeto direitos exclusivos, inalienáveis e irrenunciáveis, de relação pessoal entre o autor e a sua obra e de que aquele goza mesmo após a sua extinção ou transmissão[327]. Tal não impede a possibilidade de as entidades de gestão coletiva poderem, a requerimento de seus representados, exercer e defender os respectivos direitos morais – ou pessoais, na terminologia preferida por Oliveira Ascensão.

A doutrina adota ainda, dentro da gestão mandatária, a distinção entre a gestão coletiva *forçosa*, resultante das circunstâncias: necessária ou obrigatória *de facto;* e *forçada,* decorrente de lei; necessária ou obrigatória *de jure.* Embora a gestão coletiva voluntária ou discricionária seja a regra, o ordenamento jurídico consagra alguns casos de gestão coletiva obrigatória ou necessária, ou seja, situações em que a gestão do direito de autor e dos direitos conexos assume uma feição necessariamente coletiva mediante a interposição de entidades de gestão coletiva, seja por razões de fato em virtude das circunstâncias que rodeiam o titular do direito autoral, seja por imposição legal[328].

326ASCENSÃO, José de Oliveira.. Direito da Internet e da Sociedade de Informação. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 287

327VASCONCELOS, Duarte. Da Necessidade e dos limites à gestão coletiva forçada de Direitos de Autor e Direitos Conexos. Revista de Direito Intelectual (2015) n. 01,pp. 30-31.

328FETEIRA, L. Honni soit qui mal y pense: A gestão coletiva de direitos de autor (e direitos conexos) e o Direito da concorrência. In Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP. Almedina. 2017. p. 51-73

4.2.3. Gestão Coletiva Estendida

Também conhecido como repertório estendido, é um estatuto originário dos países nórdicos. A licença coletiva estendida é uma solução para a liberação de direitos em certos casos de uso em massa de obras protegidas, em particular fotocópias. Existe nas leis nórdicas de direitos autorais desde o início dos anos 60, primeiro no campo do *broadcasting*. As EGCs de tais países são responsáveis apenas pelo gerenciamento dos direitos daqueles titulares de direitos que lhes deram o mandato de representá-los. Muitas vezes, é impossível para uma EGC obter um mandato para representar todos os detentores de direitos, nacionais e estrangeiros.

Apesar dos esforços das EGCs e do governo para informar os titulares de direitos, alguns não podem ser localizados e outros desconhecem a existência de opções de gerenciamento coletivo. Assim, as ferramentas legislativas podem ser usadas para incluir no repertório as obras de tais titulares, garantindo assim a proteção de seus direitos e fornecendo aos usuários uma garantia de que as obras estão sendo usadas legitimamente[329].

Em todos os países nórdicos, a licença coletiva estendida combina uma atribuição voluntária com uma extensão legal do repertório para abranger titulares de direitos não representados, acelerando a aquisição de direitos. Alguns chamam de licença compulsória de *backup*, mas esse termo pode ser enganador, pois o titular dos direitos pode optar por não participar do sistema. Isso não é possível sob uma licença compulsória.

A licença coletiva estendida funciona da seguinte maneira: assim que um número substancial ou "considerável" de titulares de direitos em uma determinada categoria concorda com a criação de um coletivo , o repertório da EGC apropriada é estendido, pela autoridade competente e mediante solicitação, não apenas a outros titulares de direitos domésticos de obras da mesma categoria, mas também a todos os titulares de direitos estrangeiros relevantes. A licença também se estende aos titulares de direitos falecidos, principalmente nos casos em que os espólios ainda não foram constituídos[330].

329IFRRO Detailed Papers – Different Models of RRO Operation in Practice. Disponível em http://www.ifrro.org/papers/operat.html em 15/01/2020

330FICSOR, Mihály. Collective Administration of Copyright and Neighbouring Rights, 2nd ed. (Geneva: WIPO, 2002). p. 140-141

A licença coletiva estendida é um modelo interessante para países onde os titulares de direitos estão bem organizados e informados, e onde grande parte do material objeto das licenças vem de países estrangeiros, para os quais geralmente é mais difícil e demorado obter um autorização de uso. A licença coletiva estendida oferece uma solução legal para essa situação, pois os acordos firmados entre usuários e titulares de direitos incluirão todos os titulares de direitos nacionais e estrangeiros não excluídos. Por fim, ao acelerar a aquisição de direitos, a licença coletiva estendida também aumenta a eficiência e rapidez na cobrança de royalties. O dinheiro redistribuído aos titulares de direitos é assim aumentado[331].

4.3. SISTEMAS DE GESTÃO COLETIVA

Da mesma forma que não é possível apontar características essencias da gestão coletiva em relação às suas diferentes espécies, também não é possível determinar a existência de um modelo único organizacional, tanto em relação às próprias entidades – podem ser associações, empresas, autarquias, etc. - quanto aos diversos sistemas nacionais ou regionais existentes. Essencialmente, os diferente sistemas derivam de suas próprias construções e modos de adaptação às diferentes legislações pátrias, durante os diferentes tempos históricos em que surgiram ou se consolidaram[332].

4.3.1. Sistema Europeu

A União Europeia adotou em fevereiro de 2014 a "Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e do licenciamento multiterritorial de direitos em obras musicais para usos em linha no mercado

331GERVAIS, Daniel. Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920391 em 15/01/2020

332Para uma discussão mais abrangente sobre os marcos regulatórios internacionais sobre o tema, bem como suas principais implementações nos países ocidentais e na China, ver WACHOWICZ, Marcos; PESSERL, Alexandre R. Gestão Coletiva e Governança no Ambiente Digital / Collective Management in the Digital Environment. Curitiba, GEDAI. 2019.

interno" ("diretiva" ou "diretiva CRM"). Tal diretiva é uma parte essencial da legislação de direitos autorais da Europa, e visa garantir que os titulares de direitos tenham voz na gestão de seus direitos e melhorar o funcionamento e a responsabilidade das EGCs. Pretende também facilitar o licenciamento multiterritorial pelas organizações de gestão coletiva dos direitos dos autores em obras musicais para uso on-line, que estão sujeitos a vários requisitos.

Os objetivos específicos da diretiva são:

a) melhorar a forma como são geridas as EGCs estabelecidas na União, estabelecendo normas comuns de governo, transparência e gestão financeira;

b) estabelecimento de padrões comuns para o licenciamento multiterritorial pelas EGCs dos autores de direitos em obras musicais para a prestação de serviços on-line, criando condições que podem expandir a oferta legal de música online; e

c) novos padrões de governança e transparência para as EGCs.

Para atingir esses objetivos, as EGCs precisam melhorar seus padrões de governança e transparência, assegurando, entre outros, a participação adequada dos titulares de direitos no processo de tomada de decisão, assegurando uma gestão financeira adequada das receitas cobradas em nome dos titulares de direitos que representam, aumentando sua transparência em relação aos titulares de direitos, outras EGCs, prestadores de serviços e o público em geral.

Além disso, os EGCs que gerenciam os direitos de autores em obras musicais, para o licenciamento multiterritorial desses direitos para uso on-line, estarão sujeitos a vários requisitos adaptados à era digital, como capacidade aprimorada de processar grandes quantidades de dados, identificação precisa de as obras utilizadas pelos prestadores de serviços, faturamento rápido aos prestadores de serviços e pagamento pontual aos titulares dos direitos. Nos termos dos artigos 36 e 39 da Diretiva CRM, os Estados-Membros devem notificar a Comissão das autoridades competentes designadas para efeitos do acompanhamento das EGCs estabelecidas no seu território e também fornecer à Comissão a lista das EGCs estabelecidas nos seus territórios.

Existem mais de 250 organizações de gestão coletiva na UE. Em geral, existe uma organização de gestão coletiva que representa todos ou alguns dos direitos de uma categoria de titulares de direitos em um determinado Estado-Membro: uma organização de gestão coletiva para autores, outra para produtores de fonogramas, outra para produtores de audiovisuais, outra

para intérpretes, e assim por diante. Exemplos de organizações de gestão coletiva são o SACEM, que lida com direitos de obras musicais na França; PRS for Music, a associação de compositores e editores de música no Reino Unido e GEMA na Alemanha.

Em alguns casos, é possível que uma organização de gerenciamento coletivo gestione os direitos de mais de uma categoria de titulares de direitos. Muitas vezes existem organizações de gerenciamento coletivo conjuntas para intérpretes e produtores de fonogramas, como PPL no Reino Unido. Em alguns casos, é possível encontrar organizações de gestão coletiva concorrentes que representam a mesma categoria de titulares de direitos no mesmo país, por exemplo, SGAE e DAMA na Espanha gerenciam os direitos dos autores em obras audiovisuais[333].

Um caso emblemático dos problemas da gestão coletiva é a SGAE, a EGC espanhola que tem autoridade para licenciar obras musicais e coletar royalties como parte do licenciamento obrigatório ou de licenças individuais negociadas em nome de seus respectivos membros. Em julho de 2017, um painel de arbitragem do Centro de Mediação e Arbitragem da OMPI decidiu uma questão em disputa entre os principais editores de música globais – todas as *majors* – e a AEDEM, um coletivo de mais de 200 editoras de música espanhola de pequeno e médio porte, de um lado, e SGAE, do outro lado.

Embora a sentença redigida pelos três árbitros da OMPI fosse vinculativa, a CISAC, a confederação internacional que representa as sociedades coletivas de gestão de direitos autorais em mais de 120 países, decidiu excluir temporariamente a SGAE de sua lista em 30 de maio de 2019 porque a SGAE não estava em conformidade com os termos de tal sentença: a SGAE não cumpriu suas obrigações ou implementou reformas definidas na sentença arbitral.

Em junho de 2017, a polícia espanhola revistou a sede da SGAE como parte de uma investigação destinada a vários membros da SGAE e funcionários de várias estações de televisão espanholas. Os agentes procuravam documentação relacionada à criação de músicas de baixa qualidade e registros de arranjos falsos de obras musicais que estão em domínio público. Depois que as músicas passaram por esse processo de "lavagem", foram registradas em nome de laranjas, com contratos com editoras pertencentes às próprias emissoras de TV espanholas, como

333 EUROPEAN COMISSION. FAQs on the Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Disponível em ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60452 em 15/01/2020

Mediaset, Atresmedia e TV3. O objetivo era transmiti-las em programas noturnos, em várias estações de televisão nas primeiras horas da manhã, em um nível quase inaudível, gerando direitos autorais.

Esse esquema ficou conhecido como "la Rueda" (a roda) e detonou uma grande crise na SGAE. Enquanto certos os membros do conselho de editores tentaram alterar as regras de distribuição por voto, várias vezes, seus esforços foram bloqueados por vários membros do conselho da SGAE que escreviam músicas usadas para "la Rueda". Os editores de música que não pertenciam a emissoras de TV processaram a SGAE. Como o caso prosseguia lentamente, os editores e a SGAE concordaram em submeter o assunto a uma arbitragem vinculativa perante um conselho de arbitragem da OMPI de três árbitros[334]. A arbitragem da SGAE se concentrou principalmente em duas reivindicações:

a) o compartilhamento desigual de dinheiro recebido pela SGAE de um usuário de música e distribuído pela SGAE de volta ao usuário dessa música, como detentor de direitos autorais; e

b) a distribuição imprópria de royalties pelo uso de música inaudível ou quase inaudível.

Depois de considerar as evidências, os três árbitros da OMPI decidiram por uma distribuição eqüitativa, para não prejudicar outros autores, implementando algumas mudanças nas regras de distribuição da SGAE:

a) as emissoras de TV devem receber, através de suas editoras, pelo uso da música nas primeiras horas da manhã, apenas 15% do total de direitos pagos por aquele usuário/editor, respectivamente;

b) tal distribuição deveria parar para músicas inaudíveis; e

c) a SGAE deveria dispersar seu “fundo dificilmente audível”, conforme descrito na sentença arbitral.

Os árbitros da OMPI também tornaram a sentença totalmente vinculativa, estabelecendo que nem as emissoras nem outros indivíduos ou empresas poderiam cancelar sua decisão. Mas apesar do painel da OMPI determinar expressamente que a SGAE limite as distribuições aos emissores-editores em 15% das taxas de licença pagas pelos emissores, o conselho de

334GAUBERTI, Anabelle. How could the failed enforcement of the SGAE arbitration award have been avoided? Disponível em https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=09b4fb23-7cd6-44be-9a0f-effd724d6358 em 15/02/2020

administração da SGAE decidiu aumentar esse limite para 20% em maio de 2018. Em junho de 2018, o conselho da SGAE decidiu voltar ao modo como estava operando antes da publicação da sentença arbitral, com emissoras de TV-editores capazes de receber sua parte das distribuições, o que poderia representar 70% da taxa de licença paga pela emissora de TV. Consequentemente, em uma iniciativa sem precedentes, a CISAC, a confederação internacional que representa as sociedades de autores em mais de 120 países, decidiu excluir temporariamente a SGAE do seu conselho, durante sua assembléia geral realizada em 30 de maio de 2019[335].

O caso da SGAE demonstra como, mesmo na União Europeia e sob uma legislação em tese mais adequada ao mercado atual do que de outras regiões, com previsões expressas de transparência, *compliance* e *accountability,* o verdadeiro problema para o titular passa a ser o da defesa perante a entidade de gestão, na citação de Oliveira Ascensão[336].

4.3.2. Sistema Norte-Americano

Em contraponto a certas características congruentes dos sistemas europeu e brasileiro – natureza associativa e arrecadação centralizada – existem sistemas de gestão coletiva ao redor do mundo explicitamente centrados na competição. Nos Estados Unidos, onde a matéria se acha regulada sob o Título 17 do *United States Code,* o qual reúne diversos diplomas legais sobre o tema, limitou-se o legislador a reconhecer os direitos dos autores sobre suas obras musicais, e a definir em sua Seção 114, Cláusula 3, letra e, uma *performing rights society*, dessa forma:

> (ii) uma 'sociedade de direitos de execução' é uma associação ou empresa que licencia a execução pública de trabalhos musicais não-dramáticos, no interesse do proprietário do direito autoral, tais como a American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), Broadcast Music Inc. (BMI) e SESAC Inc.

A SESAC, citada no texto legal, define sua atividade como sendo:

335CISAC. The expulsion of SGAE from CISAC: a regrettable but essential step towards reform. Disponível em https://www.cisac.org/Cisac-Home/Newsroom/Articles/The-expulsion-of-SGAE-from-CISAC-a-regrettable-but-essential-step-towards-reform em 15/01/2020

336ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 620-623

> […] um negócio destinado a representar compositores e editores no seu direito de serem compensados pela execução pública de suas músicas. Obtendo uma licença da SESAC, por exemplo, usuários de músicas (i.e., estações de rádio e televisão, auditórios, restaurantes, hotéis, parques temáticos, centros comerciais, casas funerárias, etc.) podem executá-las legalmente. Sem uma licença de uma sociedade de direitos de execução, os usuários de músicas estão infringindo o direito autoral[337].

Tais entidades desenvolvem nos Estados Unidos, em franco regime de competição, a função desenvolvida com exclusividade no Brasil pelo ECAD. Além das citadas, várias outras entidades privadas atuam na arrecadação dos direitos autorais relativos à execução pública de músicas, sendo que a escolha da entidade que fiscalizará tais execuções cabe, exclusivamente, ao titular do direito. Cada uma delas tem sua estrutura própria destinada a garantir a fiscalização da execução das músicas dos respectivos afiliados, que neles registram seus trabalhos e passam a receber os correspondentes royalties segundo critérios estabelecidos pelas próprias entidades. Há, portanto, no sistema norte-americano, liberdade do titular na escolha da organização que melhor atenda às suas necessidades ou que apresente o melhor plano de pagamento de royalties, ou ainda que tenha uma estrutura mais bem estabelecida.

Note-se ainda o fato de que algumas EGCs, como a ASCAP, são resultantes da associação de músicos e compositores, que se reúnem para a defesa de seus direitos, enquanto outras são sociedades comerciais constituídas exclusivamente para o fim de fiscalização e arrecadação dos valores resultantes das execuções públicas de músicas, como qualquer outro negócio. Revela-se, assim, que o sistema norte-americano está fundamentado nas premissas das liberdades de filiação dos titulares de direitos autorais e da concorrência entre as diversas sociedades de direitos de execução[338], que buscam apresentar maiores vantagens para os compositores, autores e editores, no intuito de representá-los[339].

Há uma ampla expectativa de competição naquele mercado, mesmo entre as EGCs e seus próprios afiliados. Tome-se por exemplo o modelo de licenciamento praticado pela ASCAP em

337SESAC. About SESAC. Tradução livre. Disponível em http://www.sesac.com/About/About.aspx em 15/01/2020

338A ASCAP, BMI e o SESAC arrecadam direitos relativos aos titulares de direitos, editores, compositores e letristas, e não os direitos conexos. A SoundExchange arrecada royalties para determinadas performances digitais para os artistas intérpretes e executantes e para os selos / editoras. Artistas independentes, não afiliados a nenhuma editora, tem seus royalties coletados pela American Mechanical Rights Agency (AMRA) e pelo Songwriters Guild of America (SGA). A Agência Harry Fox recolhe direitos de reprodução mecânica para produtos físicos, como CDs e DVDs.

339STF. ADI 2.054/DF. Voto do Min. Ilmar Galvão. Na confirmação de voto, o Min. Ilmar Galvão afirma que nos Estados Unidos, "*o sistema é esse porque ninguém se arrisca, por lá, a deixar de pagar*".

relação a seus membros. Como parte do contrato, o titular outorga à ASCAP o direito não-exclusivo de licenciar execuções públicas, performances não-dramáticas das obras. Sob tal cláusula, a ASCAP pode incluir as obras daquele titular em suas *blanket licenses* ou outras formas de licenciamento, mas o titular retém o direito de licenciar suas obras sem consultar a ASCAP. Entretanto, quando um associado exercita tal direito, ele deve informar à ASCAP detalhes da transação, tais como obra, autor, editora, dados do licenciado, período, territórios, meios e foro, mas pode omitir informações financeiras.

Da mesma forma, as licenças ASCAP não discriminam taxas de licenciamento, termos ou condições entre usuários de mesma categoria, como empresas de rádio, televisão ou música ambiente. As taxas são estabelecidas de acordo com o valor percebido da execução pública para cada setor individual; assim, as rádios pagam proporcionalmente mais do que a televisão. Os valores são estabelecidos de acordo com o tamanho da audiência. Desta forma, por exemplo, as rádios e tevês pagam um licenciamento baseado na percentagem de rendas líquidas, enquanto um bar ou restaurante paga baseado em critérios objetivos, como a lotação da casa ou a existência de música ao vivo ou música mecânica[340].

Neste ponto, cabe comentário sobre o conceito legal norte-americano de *performance,* já que tal termo é mais amplo que o conceito brasileiro da execução pública: este exige que tal ocorra em locais de frequência coletiva. Na legislação americana, tal termo é amplo o suficiente para incluir o acesso em linha[341]. Estariam em tese, assim, as EGCs norte-americanas aptas a buscarem as verbas advindas do ambiente digital, enquanto a LDA é expressa ao reservar ao ECAD a arrecadação somente para a execução pública. Porém, devido à existência de processos

340RUTNER, Michael B. ASCAP Licensing Model and the Internet: A Potential Solution to High-Tech Copyright Infringement, The. BCL Rev., v. 39, p. 1061, 1997.

341Compare-se os textos legais – LDA, Art. 68 § 2º e 17 U.S. Code § 101: "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 freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica", e "*To perform or display a work "publicly" means (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times*".

judiciais por questões antitruste[342], a ASCAP e a BMI operam sob supervisão judicial (*consent decrees*)[343], a qual impõe, naquele país, algumas restrições à operação de tais entidades.

Entre tais restrições, existe a vedação de associação do autor a mais de uma EGC de forma simultânea; lá, assim como no Brasil, sob a justificativa da dificuldade de controle da atividade, com exceção dos editores, devido ao fato de que estes podem ter sob contrato artistas filiados a diferentes entidades. E, em grande parte devido ao enfoque que o sistema analógico impõe ao manejo de um catálogo centrado nos artistas, e não nas obras, os *consent decrees* estabelecem que todos os direitos de *performance* de determinado titular devem ser representados por uma única EGC. Tais acordos foram inicialmente firmados nas décadas de 1940 e 1960 com várias alterações posteriores, a última da ASCAP em 2001 e a da BMI nos anos 90[344], e não previam a emergência do mercado digital.

Até 1995, os titulares de fonogramas e de direitos conexos naquele país não tinham um direito de *performance,* ou seja, não recebiam pagamentos pela execução pública. Esta situação foi alterada a partir do *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995 e do *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, os quais criaram tais direitos, exigindo o pagamento por certos tipos de transmissões digitais. Como resultado de tais legislações, e devido ao fato dos *consent decrees* serem omissos em relação ao ambiente digital, os royalties pagos no meio digital aos intérpretes e executantes (*performers*) são muito maiores do que aqueles pagos aos autores (*songwriters*).

O serviço Pandora afirmou pagar, em 2011, somente 4,3% de suas receitas para tais entidades, as quais por sua vez repassam a maior parte de tais verbas para grandes editoras como Sony/ATV e Warner/Chappell[345]. A partir de 2011, tais *majors* passaram a retirar seus catálogos do Pandora, forçando acordos em separado que majorassem tais percentagens. A empresa entrou com processos contra as EGCs, alegando condutas anticompetitivas.

342Ver United States v. ASCAP, 1941 Civ. 1395 (S.D.N.Y.), e United States v. BMI, 1964 Civ. 3787 (S.D.N.Y.)
343A SESAC, que é uma empresa privada, não opera com tais constrições.
344RAU, Nate. DOJ opens review of ASCAP, BMI consent decrees. The Tenessean, 09/06/14. Disponível em http://www.tennessean.com/story/money/industries/music/2014/06/03/ascap-bmi-justice-review-consent-degree-copyright/9942277/ em 15/01/2020
345NAKASHIMA, Ryan. Pandora wins court battle with music publishers. The Tenessean. 18/09/13. Disponível em http://archive.tennessean.com/article/20130918/BUSINESS/309180175/Pandora-wins-court-battle-music-publishers em 15/01/2020

Em ambos os casos – ASCAP e BMI – as sentenças determinaram que os editores não poderiam retirar parcialmente os direitos para o meio digital, ao mesmo tempo em que se mantinham na ASCAP e na BMI para todos os outros direitos, já que tais condutas violariam previsões antitruste dos *consent decrees*. Devido a tais julgamentos, estas entidades, em conjunto com as editoras *majors*, têm pressionado por alterações nos termos de tais acordos, alegando defasagem perante o mercado.

O Copyright Board norte-americano anunciou recente aumento da taxa a ser paga pelos serviços de streaming, que passam a ter que alocar 15,1% em vez de 10,5% de suas receitas para os direitos das composições. Isso colocaria a taxa devida sob a licença compulsória dos EUA mais ou menos alinhada com a taxa que os editores de música negociaram no mercado aberto em países onde não há licença obrigatória para interferir no processo de negociação[346].

Independentemente do resultado de tais processos de lobby e pressão política, esta situação demonstra que, por um lado, a possibilidade do titular em dispôr livremente de suas obras no ambiente digital, podendo assignar determinados direitos para quem deseje, com facilidade, é um valor a ser incorporado – e é de fundamental importância na preservação de um mercado dinâmico, sob o ponto de vista do titular originário. Mas também manifestam a importância de uma regulação de mercado que preserve os valores da livre competição, com um esquadro antitruste robusto.

4.3.3. Sistema da Comunidade Andina

A Comunidade Andina, bloco econômico sul-americano formado por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru, prevê um sistema bastante similar ao modelo europeu, mas caracterizado pela existência de órgão de controle e acreditação e um grau de abertura organizacional acentuado[347].

346COOKE, Chris. Songwriters and artists call on US court to uphold Copyright Royalty Board's streaming rate increase. Complete Music Update (CMU), 20/11/2019. Disponível em https://completemusicupdate.com/article/songwriters-and-artists-call-on-us-court-to-uphold-copyright-royalty-boards-streaming-rate-increase/ em 15/01/2020

347GOMEZ MORENO, Harold Andres. Los Derechos de Autor, La propiedad Intelectual y Las Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Marco del Ordenamiento Jurídico Colombiano: Aciertos y Desaciertos en el Campo Práctico. Disponível em https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8117/HaroldAndres_GomezMoreno_2015.pdf em 01/08/2020

As EGCs se configuram como entidades sem fins lucrativos, dotadas de personalidade jurídica e património autónomo, mas com autorização legal para deduzir uma percentagem do produto das suas despesas de administração e de promoção social e cultural[348].

A jurisprudência reconheceu que estes tipos de sociedades não são regulados pelo direito geral de associação, mas sim sujeitos às disposições da Constituição econômica e, portanto, são suscetíveis à intervenção do Estado desde a sua criação e funcionamento, assim como seu controle e vigilância, pertencem ao campo do direito público e da regulamentação internacional vinculante sobre o assunto.

Na Colômbia existem várias sociedades de gestão coletiva, que são identificadas de acordo com a categoria de obras e direitos que protegem e administram (música, literatura, obras dramáticas e produções multimídia, entre outros). Todas essas sociedades de gestão coletiva tornam efetiva a proteção dos direitos econômicos por meio da arrecadação de verbas decorrentes da autorização de uso das obras de seus associados (direitos econômicos)[349].

Esta coleta é realizada na Colômbia por meio de duas entidades principais, de um lado a Organização Sayco-Acinpro (OSA) e de outro a Janela Única de Coleta de Direitos Autorais, *Ventanilla Única de Recaudos de Derechos de Autor y Derechos Conexos,* VID. A primeira é uma organização sem fins lucrativos que se dedica a arrecadar os direitos gerados pela exploração comercial da música em estabelecimentos abertos ao público em todo o território colombiano, cuja gestão é gerada para o cumprimento do mandato conferido pela Sociedade de Autores e Compositores da Colômbia – Sayco – e a Associação Colombiana de Intérpretes e Produtores Fonográficos (Acinpro), em suas qualidades de sociedades de gestão coletiva

Na Colômbia, este é o principal acervo de direitos autorais, com mais de 8 milhões de obras musicais de todos os tipos, nacionais e estrangeiras, e as interpretações de mais de 1.200 cantores e performers colombianos. Esta organização tem a sua operação de cobrança em todo o país, através de escritórios descentralizados localizados nos diferentes departamentos sediados nas principais cidades, que, através dos bancos, facilitam a cobrança aos utilizadores.

348 Para que estas entidades possam funcionar ou exercer a sua actividade em território nacional, devem obter a respectiva autorização de funcionamento da repartição nacional competente e o reconhecimento da personalidade jurídica.
349 Op. Cit.

A VID, por seu lado, foi criada por iniciativa do Governo Nacional na Lei Anti-Processual, que unifica o processo de pagamento das diferentes Indústrias Criativas, como Audiovisual, Musical, Reprografia e Atores. Também para evitar problemas com certas entidades de gestão. Segundo o governo nacional, a criação desta janela visa facilitar aos estabelecimentos abertos ao público o pagamento dos direitos de autor (obrigação comercial que possuem), gerando assim uma solução eficiente, simplificada, justa e transparente; elementos que permitirão, segundo eles, um aumento da arrecadação ocasionando maior proteção em direitos autorais e derivados, bem como uma diminuição nos custos administrativos tanto para o governo quanto para os estabelecimentos comerciais, já que poderão obter uma licença unificada fazendo um único pagamento[350].

A Colômbia é pioneira na questão da VID uma vez que não existe nenhuma entidade no mundo através da qual o usuário tenha a possibilidade de obter uma licença unificada e efetuar, perante uma única entidade, o pagamento por direitos autorais e direitos conexos de diferentes indústrias criativas. Embora existam entidades semelhantes, elas se destinam à gestão e cobrança desse tipo de direitos de uma determinada indústria, como no Brasil, que é exclusiva do setor musical.

4.3.4. Sistema Brasileiro

O Brasil adotou um modelo *sui generis* de gestão coletiva: ao contrário da imensa maioria de países que dispõem de órgãos, sistemas ou entidades de gestão coletiva separados para cada categoria, o legislador pátrio optou pela criação de escritório único de arrecadação e distribuição (ECAD) para todos os direitos autorais musicais (autores, editores, produtores fonográficos, intérpretes e músicos executantes).

Desta escolha já nasce uma tensão, posto que muitas vezes os interesses do autor (titular originário da obra) não serão necessariamente os mesmos do produtor fonográfico (titular originário do fonograma), por exemplo, podendo inclusive compor polos opostos.

350Op. cit.

Entretanto, nos termos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5062 do Distrito Federal (ADI 5062), que examinou a constitucionalidade da Lei 12.835/13, declarou o Supremo Tribunal Federal (STF) que a gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais[351], o que sugere não existir um modelo único, perfeito e acabado de atuação do Poder Público, mas, ao revés, um maior ou menor protagonismo do Estado, dependente sempre das escolhas políticas das maiorias eleitas, a legitimar tal opção.

O ECAD não é órgão da administração direta ou indireta: é uma associação civil de natureza privada, sem finalidade econômica, porém previsto por lei federal. Ainda que a maioria dos sistemas em vigor adote o critério da falta de finalidade lucrativa como condicionante para operação da gestão coletiva, esta não é uma determinante – nos Estados Unidos, a SESAC, que possui finalidade lucrativa, concorre com a BMI e a ASCAP, organizações *non-profits*, demonstrando a diversidade de modelos que podem ser aplicados.

É constituído o ECAD por diversas associações de titulares, todas as quais, uma vez habilitadas ao seu exercício, por sua vez representam os titulares de obras e fonogramas na qualidade de mandatárias perante o ECAD, gerenciando cadastros, recebendo direitos e realizando o pagamento dos mesmos. Tal sistema foi criado pela Lei 5.988/73, a qual de forma conjunta criou também o Conselho Nacional de Direito Autoral, CNDA, que poderia, entre outras funções, autorizar o funcionamento de associações de titulares e, a seu critério, cassar-lhes a autorização; fiscalizar tais associações e o ECAD; e fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais (Lei 5.988/73, arts. 117, II, III e IV).

A redação da Lei 9.610/98 transitou basicamente entre dois modelos econômicos básicos: o da exploração econômica das obras o e modelo do autor como criador. Não se identificava, no período de sua redação, a discussão em torno do que viria a ser o maior conflito das décadas seguintes, com a entrada em cena do modelo do acesso ao conhecimento[352] e suas enormes implicações com relação ao direito de autor como fator de controle e restrição à implementação de outros direitos fundamentais, tais como o acesso à educação e à informação, entre outros.

351GERVAIS, Daniel (org.) Collective Management of Copyright and Related Rights. Alphen aan Den Rijn: Kluwer. Law International, 2nd Edition, 2010

352GIORGETTI VALENTE, Mariana. Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998 / Mariana Giorgetti Valente ; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria -- São Paulo, 2018.

Entretanto, em 1990 o CNDA foi extinto pelo governo Collor, efetivamente acabando com qualquer forma de controle externo sobre o sistema de gestão coletiva.

Tal situação permitiu a proliferação de abusos e escândalos dentro do sistema, tais como a utilização de laranjas para recebimento indevido de direitos ou votações "secretas" deliberando sobre como dispor de créditos retidos e não distribuídos, até a imposição de regulamentos facilmente passíveis de manipulação, como a utilização de critérios de amostragem para a distribuição ou a utilização de *blanket licenses* para a arrecadação – sintomas estes resultantes da captura dos sistemas decisórios do ECAD mediante a utilização de critérios plutocráticos, nos quais a arrecadação de cada associação correspondia a seu percentual de votos, e assim beneficiando de forma indiscutível as gravadoras e editoras *majors* em detrimento dos autores e músicos independentes.

Nos termos utilizados pelo STF, ao sistema foi impresso um viés rentista (ADI 5062), contradizendo a sua própria origem como mecanismo de representação de titulares. A situação tomou proporções tão graves que culminaram na instauração de CPIs, processos criminais e mesmo uma condenação no Conselho de Defesa Econômica, CADE, por cartelização e fixação de preços[353], demonstrando a insatisfação generalizada por parte tanto de titulares de direitos quanto por usuários de música, e refletindo numa pressão muito forte pela aprovação da citada Lei 12.853/13, a qual houve por bem imprimir ao sistema a obrigação de obediência a normas de direito administrativo público, aos moldes de fundações ou entidades integrantes do Sistema S, tais como impessoalidade, isonomia, transparência e outros, e ainda traz dispositivos específicos regulando a atividade em uma grande gama de detalhes.

Tais regras consubstanciam meios proporcionais voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais quanto de usuários e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento, o acesso à cultura e à informação. A exploração de um monopólio privado, tal qual o ECAD faz, exige a supervisão estatal. A reforma em questão não fere os princípios de livre associação, já que a atividade exercida pelo ECAD, além de ser um monopólio, é de interesse

353CADE Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83

público, e as novas disposições legais, apenas prevêem mera supervisão estatal e não uma intervenção pública numa relação privada[354].

Alguns dos conceitos praticados pelas entidades de gestão coletiva brasileiras – tais como as *blanket licenses* (licenças de uso do catálogo total), ou a estrutura de arrecadação unificada – derivam de práticas de mercado, motivadas simplesmente pela ausência até então de mecanismos efetivos de controle, e não de quaisquer requisitos ínsitos à gestão coletiva. Se licenciava o catálogo completo (mesmo que o usuário utilizasse apenas parte do mesmo) pois não havia como controlar o uso.

No ambiente digital, há uma inversão deste princípio: existe a possibilidade do controle total tanto das obras e fonogramas integrantes dos catálogos, quanto das permissões alocáveis a cada artefato individual. O sistema atual prevê que cada titular somente pode pertencer a uma única associação de gestão coletiva, já que no meio analógico o *enforcement* se torna impraticável caso tal titular outorgue licenças por meio de mais de uma entidade de gestão coletiva.

Tanto a imposição das *blanket licenses* como modelo de negócios predominante, quanto a necessidade de arrecadação centralizada derivaram do mesmo problema: a inexistência, na época, de mecanismos eficientes de controle das informações de cadastro, de um lado, e do registro dos usos, de outro.e não de alguma necessidade inerente ou inata ao sistema de gestão coletiva.

Neste sentido, importante notar que a Lei 12.853/13 traz dispositivo expresso no sentido de que a cobrança "será sempre pr oporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme regulamento (Art. 98 § 4º).

No modelo tradicional de gestão coletiva relativo à execução pública, existe a prevalência da utilização de *blanket licenses*, as quais autorizam a utilização do catálogo completo, devido ao fato de que na prática não há como se realizar o controle sobre se determinado usuário está utilizando músicas de determinado gênero ou não. Este fato inclusive já deu origem à reclamações por parte dos usuários, sob o argumento de que o empacotamento de repertórios inclui músicas não desejadas junto com as de fato utilizadas, o que em tese representa um

354VIANNA, Bruno Pereira. A Reforma da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil. Revista Percurso – Unicuritiba. v. 2, n. 15 . Curitiba, 2014.

aumento desnecessário dos valores de licenciamento. Mesmo que o usuário atue num mercado de nicho – por exemplo, uma rádio especializada em sambas – ele deverá pagar a retribuição mensal "cheia" ao ECAD, correspondente à de alguém que utilize a totalidade do repertório[355].

No meio digital, em teoria, o titular pode optar pelo licenciamento de obras isoladas para diferentes entidades; o *enforcement* é viável em relação a obras individuais, as quais podem trazer consigo, em seus metadados, quais as permissões de uso admitidas. Existe a possibilidade real de se exercer um nível de controle absoluto: o repertório está representado por um número determinado de arquivos, aos quais se podem atribuir condições de utilização absolutamente discriminadas mediante a utilização ordenada de metadados em conjunto com ledgers públicos ou semi-públicos, como blockchains.

É uma questão de atribuição de permissões de acesso, algo com o que os profissionais de TI estão amplamente familiarizados. Portanto, se constata que não existem exigências intrínsecas, de ordens práticas ou jurídicas, que demandem a replicação do modelo praticado no Brasil para a execução pública, caracterizado pelas *blanket licenses*, arrecadação unificada, e exigência de "fidelidade", ou atribuição de todo o repertório do titular, para determinada EGC, em relação ao ambiente digital.

4.4. GESTÃO COLETIVA E AUTONOMIA DO TITULAR

A titularidade representa a posse de determinado direito, ou ainda o nexo entre um sujeito e um direito, o qual, em determinadas condições, permite seu exercício. O sujeito pode ser um indivíduo (titularidade individual), uma coletividade de indivíduos determináveis – titularidade coletiva – ou uma universalidade de indivíduos indetermináveis – titularidade difusa.

Portanto, qualquer exame válido da questão da titularidade – vale dizer, da eficácia de seu exercício – importa antes na determinação de quem é o sujeito de tal direito. Os direitos autorais notadamente possuem titulares determinados – este pode ser tanto o titular originário, como o autor, ou algum titular derivado, em caso de cessão. Há ainda a hipótese da titularidade sobre a

355Por outro lado, os problemas da opção única e/ou dominante da blanket license já era objeto de discussão bem antes mesmo da era digital, tendo motivado revisões nos *Consent Decrees* dos EUA que impuseram as chamadas licenças *per program*. No Brasil, o ECAD somente pratica o modelo de licença geral, em desfavor de um modelo de "proporcionalidade estrita" ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários.

obra coletiva, na qual a lei estabelece as condições para seu exercício[356]. Entretanto, direitos autorais trazem consigo reflexos sociais manifestos de forma especial em seus limites, e produzem efeitos face a determinados direitos sociais e culturais, de cunho constitucional:

> Todo direito subjectivo é resultante de uma pluralidade de disposições, umas positivas outras negativas; de poderes e vinculações, digamos. Não há direitos absolutos. A vinculação não é excepção, é uma manifestação tão normal como a do poder. O direito subjectivo é a resultante daquele complexo de preceitos. O direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo direito, tem limites[357].

Trata-se, no caso, da problemática suscitada pela redação do Art. 4° da LDA[358], quando aplicada ao caso dos limites, optando determinados autores pela leitura restritiva dos mesmos[359]. A moderna doutrina, acompanhada por parte da jurisprudência do STJ, parece ter definitivamente afastado tal interpretação restritiva dos limites acatados na legislação autoral, na medida em que são estes partes integrantes e intrínsecas ao próprio sistema protetivo autoral, uma vez que os direitos da sociedade representam verdadeiros interesses públicos primários que refletem nuclearmente na estrutura da proteção.

A interpretação de que trata o artigo 4º da lei autoral, portanto, se refere às relações de conteúdo estritamente privado, em especial àqueles negócios realizados entre os criadores e os titulares licenciados ou cessionários, afetando a interpretação das transferências de titularidade somente, não alcançando, por óbvio, as situações onde são confrontados interesses de natureza diversa, como os individuais, coletivos e difusos, que demandam ponderação[360].

Dito de outra forma: os limites dos direitos de autor representam verdadeiros direitos do público. Assim, por exemplo, quando determinado autor licencia ou cede sua obra, ocorre um exercício, ou uma transferência, de titularidade individual; mas, quando nos deparamos com um exercício de seus limites, poderemos estar em face de interesses transindividuais de classes, grupos ou categorias de pessoas.

356LDA. Art. 17 § 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.
357ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no Direito Autoral, Revista Forense – Vol. 365, p. 73.
358LDA Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.
359Especialmente aqueles da escola formada antes da Constituição de 1988, na esteira dos ensinamentos de Antonio Chaves.
360SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010. P. 186.

Há que se ater, portanto, tanto a mecanismos individuais de exercício de titularidade no meio digital quanto a mecanismos de exercício de direitos difusos ou coletivos, na presente análise, de forma a garantir a oportunidade de concretização de tais direitos; e este deve ser justamente o outro aspecto relevante neste exame – a questão da eficácia do exercício do direito, no ambiente digital, mediante o exame das formas válidas e efetivas de realização de negócios jurídicos, de ratificação de manifestações de vontade e de transações econômicas na Internet, nos casos individuais, e formas de garantia do exercício de direitos culturais e dos limites e exceções, e por quem, nos casos difusos e coletivos.

4.4.1. O Paradigma da Gestão Individual

Os contornos e limites da gestão de direitos autorais e conexos contidos na legislação nacional foram delineados para os casos de gestão individual, praticada pessoalmente e em nome próprio e para os casos de gestão coletiva, regulados no Título VI da LDA, que dedicou atenção especial a um sistema unificado, com características peculiares e próprias, destinado à gestão dos usos na modalidade ’execução pública’.

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, bem como a fiscalização por parte dos criadores, intérpretes e das respectivas representações sindicais e associativas do aproveitamento econômico das obras criadas ou de que participem. Na esteira do mandamento constitucional, a LDA, estabelece, no artigo 29, a necessidade do consentimento prévio e expresso do autor para a utilização destas criações intelectuais através de qualquer modalidade, incluindo a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante sonorização ambiental.

O Título VI da LDA traz as regras sobre as associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, determinando, no artigo 99 que “A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e líteromusicais 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 Artigos 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.”.

No mesmo Título, a Lei assegura ao titular de direitos autorais o exercício de suas prerrogativas exclusivas através da gestão individual, assim estabelecendo:

> Art. 98, § 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no caput e no § 3o deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática.

Ao regular a gestão individual de direitos prevista no artigo § 15 do artigo 98, o Decreto 9.574/2018 ainda dispôs:

> Art. 13. Os titulares de direitos de autor ou direitos conexos poderão praticar pessoalmente os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos, cobrar e estabelecer o preço pela utilização de suas obras ou fonogramas, mediante comunicação prévia à associação de gestão coletiva a que estiverem filiados, enviada com até quarenta e oito horas de antecedência da prática dos atos, suspendendo-se o prazo nos dias não úteis.
> § 1o No caso das obras e dos fonogramas com titularidade compartilhada, a comunicação prévia deverá ser feita por todos os titulares às suas respectivas associações.
> § 2o Cabe às associações de gestão coletiva de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998, repassar imediatamente ao Escritório Central a decisão do seu associado relativa ao exercício dos direitos previstos no caput.

Cabe ao titular de direitos autorais, no exercício do seu direito exclusivo sobre as suas criações intelectuais, determinar a forma da gestão individual prevista no referido dispositivo legal. Assim, desde que cumpridas as regras previstas no artigo 98, § 15 da LDA, bem como no Capítulo IV do Decreto 8.469/2015, pode o titular realizar a gestão individual por meio de um representante capaz de negociar o uso e o pagamento pela utilização das obras, valendo-se dos formatos permitidos na Lei de Direitos Autorais e na Lei Civil.

4.4.2. Representação

No universo autoral/artístico, contratos de agenciamento, gerenciamento, empresariamento, administração e similares, que têm em comum a cláusula de mandato, em boa parte dos casos conferem ao outorgado, em geral pessoa jurídica, agindo sempre em nome do outorgante – autor, artista, ou produtor fonográfico – poderes *ad negotia* para representá-lo, dentre outras empresas e instituições, junto à associação de gestão coletiva a que o outorgante

estiver filiado, bem como, eventualmente, junto a usuários, para o exercício da chamada gestão individual, ou pessoal, prevista no Art. 99, Parágrafo 15, da LDA, inclusive com poderes para autorizar o uso de obras e fonogramas, assim como fixar o respectivo preço por essa utilização.

Isso significa que o representante – mandatário/outorgado – não poderá receber direitos em nome próprio, a menos que se apresente como legítimo sucessor do titular originário, quer como herdeiro, legatário ou cessionário de seus direitos, ou seja, como titular derivado. É cada vez mais frequente os autores e artistas confiarem, no campo da música, a administração de seus direitos de autor/conexos a empresas voltadas para as atividades de gerenciamento, agenciamento, empresariamento, administração e congêneres, que escapam dos modelos clássicos de edição e produção fonográfica.

Cabe lembrar, também, que a prática, pelo titular, das prerrogativas de auto-gestão de seus direitos autorais, previstas no caput do Art. 98 da LDA e em seu parágrafo terceiro, deverá ser precedida, na forma do parágrafo 15[361] do mesmo Artigo, de comunicação à associação a que aquele estiver filiado, com até quarenta e oito horas de antecedência. Mas esta perspectiva impõe a obrigatoriedade associativa como condição para o exercício do direito autoral, algo vedado tanto pela Constituição nacional quanto pelos instrumentos internacionais sobre a matéria.

Quais seriam os limites portanto entre a gestão coletiva e seu exercício individual, representado por mandatário, posto que a análise isolada do parágrafo 15 do Artigo 48 poderia sugerir, numa interpretação reducionista, que tal exercício individual do direito estaria subordinado à qualidade de associado – "...mediante comunicação à associação a que estiverem filiados" – algo que é absolutamente incompatível com o exercício de direito fundamental; bem como, quais os elementos volitivos que necessitam estar presente em qualquer sistema de mediação de gestão individual, especialmente em face das novas modalidades de usos digitais, tais como o streaming de dados?

Segundo José de Oliveira Ascensão, as limitações de controle das obras levariam o autor a ser "obrigado" a associar-se, caracterizando-se a gestão coletiva necessária: "em vastos setores o titular é forçado a recorrer a um ente de gestão coletiva, porque não tem outro modo de gerir os seus direitos. Aí, temos a gestão coletiva necessária; seja por razões de direito, seja por razões de

361LDA, Art. 98 § 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no caput e no § 3o deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013)

fato. [...] Esse direito do autor, que resultava tão individualizado da lei, é na prática um direito de representação obrigatória. 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 meio de mandatário: direito necessariamente não pessoal. E de direito de autorização passou a direito a remuneração. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de o autor autorizar previamente a utilização é ficcioso: ao autor só cabe decidir que a obra seja utilizada. Troca isso na prática por um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão[362].

A função da entidade de gestão coletiva é indicada pela lei como sendo um mandato para em nome do autor estabelecer com os utilizadores os termos do contrato de utilização. O mandato é uma figura prevista no Código Civil (Art. 653[363]), segundo o qual alguém recebe o encargo de praticar atos jurídicos para outro. Contudo, há que se observar que o mandato pode ser com ou sem representação.

E ainda, a lei, em outras passagens, usa termos que trazem outras dificuldades, como, por exemplo, quando diz que as entidades de gestão coletiva exercem a função, quando intentam ações, como substitutos legais dos titulares de direitos autorais. Portanto, já não se trata de representação, mas substituição processual, que é outra figura jurídica. Na prática o que ocorre é uma intervenção representativa: a EGC em representação dos autores filiados[364].

E ainda, se estamos em face de direito que só pode ser exercido por meio de mandatário, ou direito necessariamente não pessoal, na terminologia proposta por Oliveira Ascensão, cabe aqui o questionamento constitucional sobre a liberdade negativa de associação, ou seja, o suposto direito do titular em simplesmente não se associar às entidades que compõem o ECAD.

O direito a liberdade de forma plena, trazido no caput do art. 5° da Constituição Federal de 1988, é na verdade a própria essência dos direitos fundamentais de primeira geração. E essa liberdade deve ser assegurada em seu mais amplo sentido, pois trata-se não só da liberdade física de locomoção, mas também a liberdade de associação, dentre outros[365].

362ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 620.
363Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.
364WACHOWICZ, Marcos. A Gestão Coletiva De Direitos Autorais Da Obra Musical: Titularidade Originária, Supervisão Pública e Transparência. GEDAI: 2017. Disponível em http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_gestao_coletiva-_marcos_wachowicz.pdf em 15/01/2020
365PAULO, Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado.13ª Ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

A Constituição Federal, em seu Art. 5º inciso XVII preconiza ser plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; para estabelecer em seu inciso XX que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado.

Entretanto, nos termos pautados pela Lei de Direitos Autorais, o ECAD é mandatário e substituto processual até mesmo dos artistas, músicos e produtores fonográficos que não estão associados a nenhuma EGC. Tal entendimento já foi afirmado pelo STJ, emprestando legitimidade ativa do ECAD como substituto processual, independentemente de prova de filiação às associações integrantes daquela entidade ou de identificação das músicas. A sentença que revisou a decisão definiu que o ECAD e as Associações se sujeitam à legislação antitruste, mesmo que estas exerçam atividade sob regime de monopólio legal, estabelecendo que o ECAD não possui o monopólio legal para a fixação conjunta de preços.

4.5. LICENCIAMENTOS MULTITERRITÓRIOS

O crescimento da prevalência da Internet apresentou uma ampla gama de implicações em quase todos os setores da economia. A popularização das redes P2P, ou ponto a ponto, trouxe consigo reflexos diretamente relacionados aos modos de acesso aos bens culturais e ao conhecimento. A invenção de um meio rápido, acessível e barato para a troca de arquivos digitais facilitou e ampliou o acesso público às informações, bem como o protagonismo de limites e exceções pelo público; entretanto, tal se deu muitas vezes ao arrepio da vontade dos titulares de obras protegidas[366].

A indústria musical foi um dos setores que mais sentiu seus efeitos, ao ser apresentado com um conjunto de desafios únicos. Ao mesmo tempo em que a vendas de discos despencaram, foram abertas oportunidades antes impensadas, por exemplo no mercado de sincronização, introduzindo modelos de negócios inéditos.

A ascensão da distribuição digital lícita no mercado global, a partir do lançamento da Apple iTunes Store em 2003, fato que somente ocorre no Brasil em 2011, adicionou um nível de

366PESSERL, Alexandre; WACHOWICZ, Marcos. Responsabilidade civil do provedor de serviços P2P no ordenamento brasileiro. In: CONPEDI, 18., ENCONTRO NACIONAL, Maringá, 2009.

complexidade ao mercado ao oferecer às gravadoras um modo de potencialmente recompor seus níveis de venda. O fenômeno das redes sociais associado à crescente popularidade da Internet também é um fator importante, na medida em que surgem comunidades musicais online, dedicadas à troca de informações sobre artistas.

A Internet propicia novas estratégias para promoção artística e para o marketing, tornando possível a distribuição musical para um público altamente expandido[367]. O mercado foi obrigado a se adaptar, de forma muito rápida, de um modelo baseado na distribuição física de bens, com alto controle da oferta, para um modelo de distribuição digital com excesso de oferta.

Se antes era fundamental a figura da gravadora como agente da indústria, responsável pela alta inversão de capital necessária à produção de um disco pois demandava toda uma estrutura fabril para sua feitura, com gráficas, prensas, logística de distribuição, outlets de venda, etc., o atual estado da tecnologia permite a criação de produtos bem acabados, com alta qualidade técnica, em estúdios caseiros, com equipamentos e softwares acessíveis, e utilizando a própria Internet como estrutura de distribuição. A barreira de ingresso no mercado para artistas e selos independentes diminuiu, e os benefícios da produção e distribuição digital permitem que estes evitem a dependência das grandes gravadoras, distribuidoras, e da media tradicional, e estabeleçam uma relação mais direta com os consumidores.

Por outro lado, esta queda de barreiras significa que há hoje um excesso de oferta no mercado musical, já que não existem mais, na prática, filtros de acesso. Uma das atividades e funções principais das gravadoras sempre foi a promoção e o marketing. Apesar do potencial para realizar tais atividades de forma mais barata pela Internet, a necessidade de se fazer grandes investimentos não é algo do passado. As gravadoras continuam tendo que investir na promoção e marketing em meios tradicionais, além de efetuarem novos gastos em formatos emergentes.

Considerando portanto o aumento na produção musical observado, se torna ainda mais provável o aumento na competição pelo mercado, intensificando ainda mais a necessidade de grandes investimentos para promoção da música. A mera possibilidade de se disponibilizar música na Internet não significa que esta será ouvida, ou consumida. As grandes gravadoras tem acesso privilegiado a recursos financeiros e ferramentas de marketing, que lhes permitem

367EL GAMAL, Ashraf. The Evolution of the Music Industry in the Post-Internet Era. 2012. Claremont Colleges. Disponível em 01/08/14 em http://scholarship.claremont.edu/cmc_theses/532

dominar a rede para promover suas músicas com maior êxito. Para artistas independentes – a grande maioria – especialmente aqueles com acesso limitado a recursos financeiros ou tecnológicos, as barreiras para promoção de suas músicas de maneira eficaz não apenas continuam existindo, mas provavelmente estão aumentando[368].

O licenciamento de direitos autorais implica um nível mínimo de negociação entre o titular de direitos e a pessoa que deseje utilizar a obra. Mesmo admitindo que os *royalties* e termos de uso possam ser padronizados, há uma necessidade de concluir um acordo entre o usuário e o titular.

Em determinados setores, tais licenças são celebradas individualmente entre titulares e usuários, mesmo que de forma automatizada – observe-se a indústria de software, na qual surgiram inovações como as licenças *shrink wrap* (aceita ao se abrir o invólucro plástico que continha a media) ou termos de uso de softwares quase folclóricos em sua extensão e alcance, como exemplo de licenciamentos multi-níveis em massa.

Em outros, como na música, este tipo de negociação individual até hoje se mostrou impraticável: o repertório musical está sendo constantemente atualizado, além de ser composto por artistas de todo o mundo. O custo de transação para obter todas as autorizações necessárias para operação de uma rádio, por exemplo, tornaria impraticável o processo, resultando em redução da escolha do consumidor.

4.5.1. Multiterritorialidade

Tal ineficiência tradicionalmente foi solucionada através dos mecanismos de gestão coletiva, que oferecem acesso centralizado a uma pluralidade de obras para o benefício de usuários e titulares. Com a rápida expansão da Internet e da telefonia móvel, o mercado para consumo de obras no meio digital de forma legítima, especialmente a música, cresceu enormemente nos últimos anos. Tais serviços normalmente são acessíveis a partir de vários países, o que impõe a necessidade de mecanismos de licenciamento multiterritoriais.

368AZENHA, Gustavo S. Tecnologias de promoção e distribuição digitais e música latino-americana: abrindo novas oportunidades ou reforçando a marginalização? Disponível em http://www.iaspmal.net/wp-content/uploads/2012/01/GustavoAzenha.pdf em 15/01/2020

Um provedor de conteúdo *online* deve obter uma licença, portanto, de cada EGC relevante em cada território no qual as obras possam ser acessadas. Atualmente, este tipo de licenciamento é feito mediante uma rede de acordos de representação recíprocos entre EGCs. Mas este mecanismo não se ajusta com facilidade ao ambiente digital, já que a ubiquidade deste meio potencialmente expõe provedores de conteúdo à responsabilidade em todos os territórios nos quais seus serviços sejam tecnicamente acessíveis. Isto altera de modo radical os termos de licenciamento existentes até então, baseados no território para o qual a EGC detém licenças[369].

No meio analógico, este mecanismo é testado e aceito; se a operação de mercado do usuário está em determinado país, ou se ele pretende adentrar determinado território, basta licenciar com a EGC em questão. No meio digital, o usuário teria que obter licenças para todos os países que potencialmente acessem seus serviços.

Existem maneiras técnicas de se bloquear o acesso de determinado país a determinado sítio / serviço, por exemplo via filtragem de endereço IP[370]; mas este método, além de ser facilmente burlável mediante acesso via VPNs ou *proxies*, é no máximo uma resposta sofrível a um problema sistêmico, até mesmo porque é do interesse do consumidor ter acesso às novas formas de distribuição musical em sua forma ubíqua. São necessárias soluções criativas para tais espécies de licenciamento, e os melhores modos de se atingir a liberação multiterritorial não passam necessariamente pela utilização das estruturas originárias do ambiente análogo.

As organizações de gerenciamento coletivo precisam modernizar suas operações para enfrentar os desafios de uma economia digital em rápida evolução. Um problema subjacente é a transparência e o controle insuficientes da maneira como as EGCs são gerenciadas. É necessário que eles forneçam um serviço mais eficiente a titulares de direitos e usuários: melhor coleta e redistribuição de receita, faturamento preciso e maior concessão de licenças multiterritoriais para repertório agregado.

O gerenciamento coletivo de direitos também é importante para o licenciamento de provedores de serviços on-line como serviços de download de músicas e serviços de streaming.

369GUIBAULT, Lucie. GOMPEL, Stef van. Collective Management in the European Union. Disponível em http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf em 15/01/2020

370AKDENIZ, Yaman. Case Analysis of League Against Racism and Antisemitism (LICRA), French Union of Jewish Studens, v Yahoo! Inc. (USA), Yahoo France, Tribunal de Grande Instance de Paris, Interim Court Order, 20 November, 2000. Electronic Business Law Review, 1(3) 110-120. Disponível em http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo_ya.pdf em 15/01/2020

Este é particularmente o caso dos direitos dos autores, que compõem música ou escrevem suas letras. Os provedores de serviços on-line geralmente desejam cobrir uma infinidade de territórios e um grande catálogo de músicas. Eles também frequentemente desejam testar novos modelos de negócios.

Tudo isso torna o licenciamento on-line muito exigente. Atualmente, muitas organizações de gerenciamento coletivo não estão prontas para isso: elas não têm capacidade para processar dados de DSPs em downloads e streaming de músicas, ou para combinar esses dados com seu repertório de músicas. Isso pode levar ao faturamento incorreto, ao faturamento duplo ou às vezes à falta de faturamento. Para resolver isso, as organizações de gerenciamento coletivo precisam criar estruturas tecnológicas e bancos de dados adequados para poder acompanhar melhor seu próprio repertório[371].

4.5.2. Diretiva 2014/26/EU

Na União Europeia, a Diretiva 2014/26/EU prescreve um regime especial para o licenciamento multiterritorial dos direitos on-line do autor em obras musicais, que pode ser visto como um modelo de licenciamento coletivo voluntário reforçado. Este regime é a parte mais inovadora da diretiva e constitui uma novidade reguladora no direito europeu de direitos autorais.

Por esse motivo, e porque ilustra a complexidade da fragmentação de direitos autorais no direito da UE, é importante fornecer uma visão geral de sua mecânica. O sistema de licenciamento multiterritorial é um desenvolvimento da estrutura regulatória proposta na malsucedida Recomendação de Música Online de 2005 (2005/737/CE) e visa substituir o atual modelo predominantemente territorial de licenciamento de música on-line dos EGCs.

O sistema visa facilitar a agregação de repertórios para a utilização em linha de obras musicais no nível da UE, desenvolver normas comuns sobre o licenciamento multiterritorial e promover práticas de licenciamento eficientes. Através dele, a Comissão espera reduzir a complexidade causada pela fragmentação do mercado digital da UE para serviços em linha,

371 EUROPEAN COMISSION. FAQs on the Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Disponível em ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60452 em 15/01/2020

aproximando-o das expectativas dos consumidores. Os provedores de serviços on-line interessados no licenciamento de músicas precisam licenciar três conjuntos de direitos envolvidos na exploração on-line de obras musicais: direitos de autor, direitos de fonograma ou produtor fonográfico, e direitos de intérprete[372].

O licenciamento multiterritorial refere-se a qualquer licença concedida por uma EGC que abrange o território de mais de um Estado-Membro e refere-se aos "direitos on-line em obras musicais" do autor, necessários para a prestação de um serviço on-line: os direitos de reprodução e comunicação ao público nos artigos 2º e 3º da Diretiva InfoSoc (Diretiva 2001/29/EC). As obras musicais incluem tanto obras autônomas quanto aquelas incorporadas em obras audiovisuais.

Esses direitos exclusivos podem ser gerenciados individualmente pelo detentor dos direitos – autor ou cessionário, por exemplo, editor de música – ou pelas EGCs. Diferentes EGCs podem gerenciar cada um dos direitos para o mesmo autor, e outras complicações podem surgir da titularidade conjunta dos direitos. Portanto, para fornecer serviços de música on-line, os provedores on-line devem agregar todos os direitos necessários de diferentes titulares de direitos e EGCs[373].

As EGCs estabelecidas na UE que desejam fornecer licenciamento multiterritorial para direitos on-line em obras musicais devem cumprir vários requisitos e obrigações estabelecidos na Diretiva CRM. Isso inclui a capacidade de processar eletronicamente essas licenças de maneira eficiente e transparente, o fornecimento de informações sobre o repertório que representam, o faturamento e o pagamento. Apenas as EGCs que cumprem estes requisitos estão autorizados a oferecer licenças multiterritoriais.

O regime especial da Diretiva CRM não exige o licenciamento multiterritorial. Em vez disso, visa promovê-lo e facilitá-lo, facilitando a agregação de repertórios em benefício dos

372 Para que os provedores on-line ofereçam aos consumidores serviços de download ou streaming de música ou acesso a filmes e videogames quando "a música é um elemento importante", eles devem obter uma licença para cada um desses direitos. O produtor fonográfico geralmente agrega os direitos relacionados dos artistas (intérpretes); por outro lado, os direitos dos autores são gerenciados pelos EGCs. O regime especial da Diretiva CRM regula apenas os direitos on-line dos autores. O regime não se aplica a direitos relacionados de artistas ou produtores, nem a direitos não on-line em obras musicais, como os relacionados à retransmissão por cabo ou comunicação ao público por satélite.

373 EUROPEAN COMISSION. FAQs on the Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Disponível em ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60452 em 15/01/2020

provedores de serviços on-line que desejam oferecer serviços transfronteiriços da pan-UE, salvaguardando a diversidade cultural e a posição dos consumidores. Em outras palavras, o regime não impede que os EGCs concluam acordos de representação recíproca para conceder licenças mono ou multiterritoriais que abrangem tanto o repertório de EGCs quanto o estrangeiro a fornecedores de serviços on-line.

Por conseguinte, dois regimes que permitem o licenciamento multiterritorial de obras coexistem no quadro da Diretiva CRM: o de acordos de representação recíproca e o regime especial descrito. O licenciamento multiterritorial é permitido em diferentes cenários. No primeiro e mais simples cenário, a EGC autorizada pode licenciar o seu próprio repertório a prestadores de serviços em linha para dois ou mais Estados-Membros. Numa variação desta posição, uma EGC que não cumpra os requisitos para oferecer licenças multiterritoriais pode terceirizar as funções que lhe faltam para terceiros[374].

Um cenário mais complexo incorpora o chamado sistema de "passaporte". Um EGC que não cumpra os requisitos da diretiva pode entrar em um acordo de representação não exclusivo com outro EGC que os atenda, que então concede licenças multiterritoriais para o repertório do primeiro. Sob certas circunstâncias, o contrato é obrigatório[375].

Se a EGC autorizada já estiver concedendo ou oferecendo licenças multiterritoriais para a "mesma categoria de obras musicais on-line" no repertório de pelo menos outro EGC, terá a obrigação de concluir o contrato de representação, caso solicitado. A expressão "categorias de direitos" refere-se a formas de exploração dos direitos de reprodução e comunicação ao público; exemplos são "transmissão, exibição teatral e reprodução para distribuição on-line".

O cenário final é aquele em que uma ou várias EGCs criam uma EGC subsidiária para agregar repertório e fornecer licenças multiterritoriais. Essa subsidiária também está sujeita à obrigação de concluir acordos de representação como uma "entidade de passaporte". É importante ressaltar que sempre que uma EGC autorizada representa outra organização para o licenciamento multiterritorial, ela tem a obrigação de gerenciar o repertório deste de maneira não

374 EUROPEAN COMISSION. FAQs on the Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Disponível em ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60452 em 15/01/2020
375 QUINTAS, João Pedro. Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU law. Kluwer Law International B.V.; 2017.

discriminatória e sujeita às mesmas condições aplicadas ao seu próprio repertório.

A principal derrogação ao regime especial da diretiva aplica-se às licenças multiterritoriais concedidas pelas EGCs para os direitos de comunicação on-line ao público de obras musicais exigidas por uma emissora para uso em seus programas de rádio e televisão. A isenção abrange o uso de obras musicais pela emissora com ou após a transmissão inicial de programas, incluindo transmissão simultânea e TV de recuperação, e materiais on-line auxiliares[376].

4.5.3. Gestão Coletiva no Ambiente Digital

Determinadas categorias de obras protegidas – especialmente a música – apresentam problemas de ordem prática que impedem a negociação individual, demandando um mecanismo de representação. O modelo de gestão coletiva de direitos autorais existente deriva das construções políticas, legais e doutrinárias advindas portanto da problemática específica do meio musical. Mas a digitalização dos conteúdos amplia o leque de áreas culturais sujeitas à incidência dos direitos autorais e sua gestão coletiva; problemas técnicos antes verificáveis primordialmente na música estão sendo observados nos campos do audiovisual, das artes visuais e da reprografia.

Usos institucionais – bibliotecas, repositórios e afins – também demandam soluções de forma coletiva. Atualmente, os titulares de direitos estão enfrentando dificuldades na gestão de seus direitos na Internet, ecoando problemas enfrentados pelos compositores na era anterior à gestão coletiva da execução pública. Presumivelmente, portanto, existe uma demanda para o *enforcement* coletivo, entre titulares de direitos, no contexto digital. Assim, tais titulares poderiam associar-se para criar sistemas de licenciamento online. A representação por tais entidades autorizaria o licenciamento de diferentes formas de informação. Existem diversos benefícios possíveis na gestão coletiva neste ambiente, tanto por parte dos autores e intérpretes, para os quais é custosa a gestão individual de contratos – especialmente no tocante ao *enforcement* de direitos – quanto por parte dos provedores de serviços nesta área, que desejam contratar repertórios ou catálogos estruturados e organizados. A gestão coletiva reduz os custos de tais

376 QUINTAS, João Pedro. Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU law. Kluwer Law International B.V.; 2017.

transações[377].

A música vai tocar ao redor do globo, mas para o titular receber, depende de vários fatores. Ele é autor, intérprete ou produtor fonográfico? Ele é seu próprio produtor fonográfico, ou ele cedeu tal direito para um terceiro? Se ele é autor, ele está editado? Caso positivo, a editora faz parte de algum acordo com terceiros que façam a comparação (*match*) entre obras e fonogramas tocados nas plataformas digitais? Se ele é intérprete, a gravadora faz uma prestação de contas de royalties recebidos diretamente de tais serviços? Como ele recebe royalties por execuções de suas músicas no exterior? Quanto tempo demora pra chegar o dinheiro? O titular tem acesso aos contratos firmados por suas distribuidoras com as plataformas digitais? E por aí vai.

São inúmeras variáveis, notadamente de base contratual, que colocam os criadores em posições hipossuficientes em relação às empresas, já que eles não detém os meios de verificação em relação aos usos relacionados – e, por outro lado, os usuários finais também não possuem meios facilitados para licenciamento.

Práticas de mercado influenciam soluções legislativas e o interesse público exige supervisão. Assim, considerando que estamos em presença de um ambiente *multi-stakeholder* cujas atividades, privadas ou não, e regulações afetam diretamente o interesse público e direitos fundamentais, no qual muitas das regulações observadas derivam de práticas de mercado, existe clara necessidade de governança; o que se busca portanto é um desenho dos desafios apresentados pela gestão coletiva no ambiente digital, e quais devem ser as preocupações de governança nela introjetadas para garantir que tal se dê de forma equilibrado.

O papel que as EGCs vão desempenhar na gestão de usos transacionais e/ou licenciamentos de usos gerais *on-line* comparáveis a um regime de compensação ainda não é claro, e isso depende, em grande parte, da medida em que tais entidades podem facilitar e desenvolver novos modelos de negócios. Pode ser o caso que o desenvolvimento de novas

377 Ao menos, na teoria. Na prática, a implementação do modelo digital atropelou as regras instituídas, e escancarou as dificuldades existentes na internacionalização de receitas de autores e titulares interessados num mercado supostamente global.

tecnologias minimize o papel das EGCs, mas também pode levar a um aumento significativo da sua importância[378].

Seja qual for a posição adotada, a racionalização da gestão coletiva dos direitos de autor continua a ser uma tarefa importante. Para as EGCs desempenharem seu papel de intermediário plena e eficazmente, estas organizações devem adquirir os direitos de que precisam para licenciar utilizações digitais de obras protegidas e construir ou melhorar sistemas de informação para lidar com questões cada vez mais complexas de gestão de direitos e licenciamento[379].

O sistema de gestão coletiva de direitos autorais foi desenvolvido tendo em mente, de um lado, o titular de direitos e, de outro, o usuário. No ambiente analógico, o usuário quase sempre será alguém dotado de alguma espécie de interesse comercial – uma rádio, um teatro, casas noturnas, espaços de execução pública[380]. No meio digital, esta situação não se repete: como praticamente qualquer utilização da obra neste meio envolve algum nível de reprodução, qualquer uso, em tese, é passível de responsabilização – mesmos usos privados, despidos de interesses comerciais diretos.

O uso privado sempre foi uma área alheia ao Direito de Autor; o que a lei reserva ao autor são formas de utilização pública da obra[381]. Mas as fronteiras dos usos públicos e privados se misturam no digital: até que ponto uma utilização eminentemente privada, como postar uma fotografia de terceiro em seu blog pessoal ou em uma rede social, ou baixar uma música, ou meramente lincar determinado conteúdo, implicam em responsabilização? Até que ponto tais condutas equivalem à "publicação" ou "reprodução" de uma obra? E qual deve ser a resposta dos titulares de conteúdo?

A via litigiosa não parece adequada, apenas tendo contribuído para a criação de esquemas de distribuição ponto a ponto, descentralizados. Além disso, tais esforços da indústria buscam estender a proteção autoral para usos tradicionalmente livres, em detrimento do domínio público. Por outro lado, há que se considerar que os provedores de serviços e conteúdos na rede, que

378GERVAIS, Daniel J. Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age. In: GERVAIS, Daniel J. (org.). Collective Management of Copyright and Related Rights. Klumwer Law International, 2010. Holanda.

379Op. cit.

380O STJ já decidiu em pelo menos duas ocasiões pela incidência da regra dos três passos quando da execução pública (Resp 964.404 – ES (2007.0144450-5) e AgRg no Resp 1.336.903 – SP (2012/0159866-7), ambos da Terceira Turma).

381ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 159.

disponibilizam as plataformas para os ditos blogs ou redes sociais operarem, lucram com o tráfego gerado, sugerindo que tais entidades passaram a desempenhar o papel de usuários comerciais dos conteúdos; o direito autoral que se exerce neste caso é justamente o de colocar as obras em rede à disposição do público, de maneira a que ele possa aceder em tempo e de lugares diferentes.

A regulação dos direitos autorais na rede interfere com o tráfego de conteúdos; e assim, se por um lado produz efeitos diretos na liberdade de informação do cidadão, ao mesmo tempo possibilita a utilização de novas formas de licenciamento automatizadas. Um sistema de gestão coletiva no meio digital precisa compreender as possibilidades de controle em diferentes níveis oferecidas pela rede, mas também considerar que a imposição de limites e exceções constitui ferramenta importante para estabelecer o delicado equilíbrio entre a proteção dos direitos autorais e a liberdade do usuário no ambiente digital[382]; o controle de uso deve ser realizado a partir de uma perspectiva garantista e garantidora de direitos, em especial o do público.

Entretanto, existem diferenças marcantes entre o meio analógico e o digital, especialmente na possibilidade do controle absoluto tanto do repertório / catálogo a ser licenciado, bem como das utilizações de obras em linha. No modelo tradicional de gestão coletiva relativo à execução pública, existe a prevalência da utilização de *blanket licenses*, as quais autorizam a utilização do catálogo completo, devido ao fato de que na prática não há como se realizar o controle sobre se determinado usuário está utilizando músicas de determinado gênero ou não.

Este fato inclusive já deu origem à reclamações por parte dos usuários, sob o argumento de que o empacotamento de repertórios inclui músicas não desejadas junto com as de fato utilizadas, o que em tese representa um aumento desnecessário dos valores de licenciamento[383]. Por outro lado, os problemas da opção única e/ou dominante da blanket license já era objeto de discussão bem antes mesmo da era digital, tendo motivado revisões nos *Consent Decrees* dos EUA que impuseram as chamadas licenças *per program*. No Brasil, o ECAD somente pratica o modelo de licença geral, em desfavor de um modelo de "proporcionalidade estrita" ao grau de

382WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 212.
383HOVENKAMP, Herbert; LEMLEY, Mark A. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Edição revisada. Editora Aspen Publishers Online: 2009, tópico 22.1

utilização das obras e fonogramas pelos usuários.

O capítulo 05 oferece uma análise compreensiva da estrutura jurídica do mercado musical, cuja estrutura de distribuição de direitos e pagamentos é muito diversa de outros segmentos culturais, como o filme ou o livro. No ambiente físico, a cadeia do livro costumava ser praticamente linear: o autor contratava uma editora, que contratava uma distribuidora, que entregava na livraria. A música, não. Fatores como a sobreposição de proteção por direito de autor e direito conexo, entre outros, implicam que cada música tem uma grande diversidade de titulares; sua formação de renda é complexa. Concluímos o texto com a análise dos registros de direito autoral sobre obras e fonogramas, sua estruturação, qual o nível de acesso que é possível hoje no Brasil e a determinação de tal acesso como fundamental para a criação de registros descentralizados de direitos autorais.

5. ESTRUTURA JURÍDICA DO MERCADO MUSICAL E REGISTROS DE DIREITOS

A hipótese desta pesquisa é que o acesso aberto aos registros de direitos de artistas e produtores relacionados aos direitos autorais no ambiente digital, permite a fruição pública de obras criativas, e oferece uma contribuição essencial para a construção de bens comuns digitais. Conforme demonstrado abaixo, o acesso ao cadastro de obras e fonogramas é obstaculizado em nome de uma suposta privacidade dos titulares, porém arguida pelos intemediários dos dados, seus controladores – as entidades de gestão coletiva, examinadas no capítulo anterior.

A questão de fundo continua basicamente a mesma. Carlos Alberto Bittar já afirmava que aduz-se, em síntese, em uma exclusividade que se reconhece ao autor — e a seus sucessores — para a exploração econômica de sua obra, mas por um certo prazo, vencido o qual cai ela no domínio público. A exclusividade submete à autorização e à remuneração do autor, pelo lapso de tempo deferido, qualquer processo de utilização econômica da obra, considerando-se cada qual como gerador de um direito de autor, em virtude do princípio da independência dos direitos patrimoniais.

Procurou-se, com isso, uma conciliação entre os interesses individuais do criador e os da coletividade — estes voltados para o progresso e a difusão da cultura — conferindo-se-lhe o monopólio, mas por um certo lapso de tempo, após cujo implemento passa a obra ao domínio da comunidade, podendo, em princípio, por qualquer de seus membros, ser utilizada. Nessa constante preocupação de síntese entre os interesses em causa, reside, pois, o ponto de crise do direito autoral, que exibe em seu contexto os estigmas desse conflito, consubstanciados em limitações e derrogações que lhe são impostas em concreto, muitas na própria Convenção de Berna e em suas revisões[384].

Para Wachowicz, o desenvolvimento e a difusão da tecnologia da informação na sociedade informacional acarretam um impacto ambivalente na proteção dos direitos autorais, que podem ser mensurados por vários aspectos: o primeiro, é que esta tecnologia digital proporciona a expansão da reprodução de obras não autorizadas; em segundo, permite por meio

384BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

de mecanismos tecnológicos limitar estas reproduções; e, por último, a mesma tecnologia digital oferece o livre acesso e uso das informações que circulam pela rede[385]. O uso de novas tecnologias de informação e comunicação e das redes empresariais está associada com o crescimento da produtividade, no entanto, não sem falhas e riscos, tais como a sua expansão desigual e a volatilidade financeira sistêmica. A sociedade informacional apresenta um novo modo de produção e de fazer negócios, até mesmo um novo estilo de vida, com o surgimento de novas demandas e aprofundando diferenças sociais e econômicas[386].

A "indústria musical" não é uma linha de produção; é um ecossistema que envolve, em larguíssima escala, a produção independente canalizada para as grandes estruturas de distribuição representadas pelos conglomerados empresariais, baseada na transmissão e licenciamento de direitos. É uma ampla gama de empresas e negócios que buscam lucrar ou apoiar o trabalho de músicos, produtos e serviços relacionados à música, suas práticas, coisas e atividades que não podem ser facilmente classificadas juntas ou substituídas por um ao outro – um ingresso de show, uma mesa de mixagem, um álbum de vinil, partituras e assim por diante.

Os grandes conglomerados de mídia que controlam as *majors*[387] se metamorfosearam em grandes estruturas de marketing e distribuição – mantendo o controle de obras e fonogramas, e praticando na rede modelos contratuais alicerçados nas antigas práticas de mercado, criadas na era da distribuição física. Portanto, o bolo do digital não é para todos: existe uma percepção crescente de que há uma necessidade urgente e fundamental de revisar e, se necessário, reestruturar o modelo de cobrança e remuneração no ambiente digital[388].

A partir de tais premissas, observamos uma clivagem dentro da categoria de titulares de direitos autorais, com empresas de um lado e pessoas físicas de outro, com a balança pendendo de forma muito desigual para os titulares corporativos. As empresas são, *grosso modo*, as responsáveis pelo registro das informações, na prática do mercado, utilizando os serviços das

385WACHOWICZ, M. Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2004.

386MEDEIROS, Heloísa Gomes. Software e direitos de propriedade intelectual. Curitiba: Gedai, 2019.

387 As *majors* são os três grandes catálogos consolidados globais, organizados em conglomerados industriais gigantescos (Sony, Universal e Warner).

388 THEURER, Marcus. Aufstand der Stars. Frankfurter Allgemeine, 24/01/2020. Acesso em https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/helene-fischer-rammstein-und-sarah-connor-aufstand-der-stars-16599080.html em 25/01/2020

associações de gestão coletiva ou de determinadas empresas privadas – mantenedoras de diversos bancos de dados de registro[389].

A pesquisa sobre as mudanças na indústria da música identifica algumas dinâmicas que sustentam a mudança em direção a uma indústria musical pós-discográfica. Os músicos se redefiniram como provedores de conteúdo em vez de produtores criativos; uma mudança histórica da música gravada como produto para conteúdo. Isto fica explícito nas tensões entre as plataformas e os artistas, como sintoma de disputas sobre a mudança no valor artístico e econômico da música gravada. O debate é estendido sobre o mercado e o valor moral da música, explorando como as gravações digitais adquiriram valor como dados, em vez de uma forma comercial de expressão artística. Os conglomerados digitais se tornaram significativos na formação da circulação de gravações, lucrando com o trabalho dos músicos, com destaque para a dinâmica, as estruturas e os padrões de conflito que moldam especificamente o setor de gravação e as indústrias musicais em geral[390].

5.1. ATIVOS DAS INDÚSTRIAS MUSICAIS

A partir dos avanços técnicos que permitiram a fixação de sons, se observa o surgimento de uma indústria musical baseada no controle de dois ativos econômicos: as editoras musicais controlando as obras ou composições, e os produtores fonográficos – gravadoras – como titulares dos fonogramas (gravações). A voz passa a ter dono, e o dono manda na voz.

Autores são titulares originários de obras: composições e suas letras. Produtores fonográficos são titulares originários de fonogramas os quais necessitam obter permissões tanto dos autores para fixação da obra, quanto dos intérpretes e músicos executantes, para fixação de suas performances.

---

389 Os termos *registro* e *catálogo* foram utilizados de forma intercambiável nesta pequisa, significando de modo amplo bancos de dados com informações sobre titularidade ou outros dados sobre obras e fonogramas. De modo mais restrito, é possível diferenciar os dois termos no sentido de que um "catálogo" pode ser um repertório controlado por alguém ou alguma entidade ("o catálogo da gravadora X"), enquanto o "registro" se refere ao conjunto de informações sobre obras e fonogramas, muitas vezes associados a formalidades como o depósito legal.
390NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

Os principais contratos praticados neste mercado são a licença de uso, a edição e a distribuição musical, bem como as cessões de direitos, estas permitidas por expressa disposição legal no Art. 49 da LDA[391].

A legislação brasileira estabelece duas classes de titulares individuais[392], originários ou derivados. Existem ainda categorias de titularidade aplicada aos detentores dos direitos conexos e sobre as bases de dados compiladas. O exercício da titularidade de forma individual pode ser positivo, nos casos de licenças e cessões de direitos, ou negativo, quando se busca impedir terceiros de infringirem tais direitos.

Como é a regra em se tratando da evolução dos direitos autorais, a evolução técnica determinou o surgimento de novos modelos de proteção. Com o fonógrafo, surgiram as gravadoras musicais, portanto, com a função equivalente das editoras de livro: enquanto que as editoras de livro têm a função, de uma maneira geral, de reproduzir e publicar obras escritas, as gravadoras têm a função, de uma maneira geral, de reproduzir e publicar obras faladas e cantadas. Contudo, até então, as músicas eram publicadas através das partituras, por editoras que já existiam há mais de 300 anos. As músicas e seus compositores, quando surgiu a possibilidade de fixar o som, já estavam contratados com as editoras musicais, que eram idênticas às editoras de livro.

As gravadoras assumiram o papel de produzir o fonograma – fixar o som, promover, publicar e distribuir o disco, funções equivalentes, na área da obra intelectual escrita, às dos editores de livro. A seu turno, as editoras musicais se qualificaram na gestão dos direitos subjetivos do autor, com exceção, apenas, de arrecadar o aproveitamento econômico proveniente da execução pública de músicas, que compete, por força de lei, ao ECAD.

Na prática, esta relação, que deveria ser de mera representação, tendo o autor o pleno poder de decisão, transforma-se em transferência de titularidade, através de verdadeiros contratos de cessão com nome jurídico de edição, com o pagamento condicionado ao aproveitamento da obra. Eduardo Ferreira Gomes oferece contundente críticas a tais modelos contratuais praticados,

391 Para uma análise criteriosa do processo jurídico-legislativo que determinou a inclusão do mecanismo de cessão de direitos na LDA, ver GIORGETTI VALENTE, Mariana. Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998 / Mariana Giorgetti Valente; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria – São Paulo, 2018. item 4.3; e GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista. p. 297 e seguintes. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

392 No caso da obra coletiva, a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto cabe ao organizador, assegurada a proteção às participações individuais, cf. LDA Art. 17 c/c § 2°.

especialmente pelos grandes grupos de mídia, que estabelecem muitas vezes condições abusivas para autores e intérpretes[393].

Tal mercado, desde sua incepção, foi marcado pelo controle da oferta: as gravadoras estabeleciam quais os artistas que brilhariam e quais permaneceriam na obscuridade. Durante a maior parte do século XX, a gravação foi fundamental para a indústria musical. Impulsionado por um alto volume de vendas ao consumidor de "portadores de som" – LPs, cassetes, CDs – o setor de música gravada se tornou um centro em torno do qual girava em torno de publicações, performances ao vivo, produção de estúdio, gestão artística, promoção de rádio, marketing de imagens de estrelas e vendas de mercadoria.

Tradicionalmente, as entidades de gestão coletiva de direitos administravam a exploração de qualquer um dos direitos dos titulares de direitos. De acordo com o princípio da exploração territorial, a lei aplicável é a lei do local de exploração. Para algumas formas de exploração (por exemplo, retransmissão por cabo, realização de gravações sonoras, etc.), a gestão coletiva dos direitos é obrigatória mas, em princípio, o autor pode escolher entre a gestão individual e coletiva dos seus direitos.

A EGC geralmente administra, monitora, coleta e distribui o pagamento de royalties para todo um grupo de titulares de direitos, com base na legislação nacional de seu território, com relação a esse território. Para serem compensados pela EGC, os autores devem registrar as obras no país de residência. Na União Europeia, a maior parte das EGCs pode manter o estatuto de monopólio ou ter-lhes conferido uma posição de monopólio em relação aos seus campos de actividade específicos. O motivo é economicamente convincente. Para os usuários, é simplesmente mais conveniente ser direcionado a um órgão coletivo que administra um tipo específico de direito.

Por décadas, as EGCs foram criticados por falta de transparência (elas não são realmente controladas por seus membros) e por seus esquemas de distribuição desequilibrados, favorecendo sucessos de bilheteria e do *top ten* vez de trabalhos independentes e de menos sucesso comercial. Pelo caráter compulsório do pagamento impelido a toda a sociedade, sem a condição de uma

393 GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista. p. 317-318. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

verificação do repertório executado que deu razão ao pagamento, muitas vezes a arrecadação incide sobre obras às quais sequer deveria haver cobrança[394].

Em relação o modelo aplicado, o contrato de gravação "*business model*" dominou. Isso implicava um investimento econômico recuperável em músicos – *advances* – com lucros derivados de vendas físicas e o licenciamento de gravações de som e músicas publicadas, e artistas pagos por royalties percentuais. A gravação e a publicação operavam dentro de uma estrutura econômica de *blockbuster*, em que alguns artistas famosos eram responsáveis pela maior parte da receita e a maioria dos músicos não alcançava aclamação da crítica nem recompensa comercial[395].

Mas a realidade do compartilhamento de arquivos na Internet, oferecendo pela primeira vez aos usuários o acesso ao catálogo completo, provocou uma resposta amarga e infrutífera de seus atores, baseada na persecução aos fãs e consumidores de música, a qual em última análise determinou que as empresas de tecnologia salvassem essa indústria mediante a criação de mecanismos de rentabilização *online* das gravações. As receitas digitais já representam mais da metade do mercado de música gravada nos maiores mercados globais[396], e todos querem se sentar à esta mesa.

Hoje se verifica uma inversão completa no paradigma de controle da oferta: com a queda dos custos de produção de matrizes digitais, a disponibilidade de conteúdo de qualidade aliado a uma estrutura de distribuição cujo custo virtualmente tende a zero disparou. As gravações continuam a ser feitas. Mas o período de domínio sustentado pelo setor fonográfico acabou. O catalisador mais significativo da indústria da música pós-gravação foi a introdução e adoção rápida da circulação da Internet e da tecnologia digital como meio de criar e curar, compartilhar e vender, agrupar e licenciar o acesso à música gravada.

As mudanças na economia digital estão afetando as práticas e as circunstâncias econômicas dos músicos. Tais questões são relevantes devido à maneira como os conglomerados

394SILVA, Guilherme Coutinho. Gestão coletiva e remuneração do autor: novas perspectivas. 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

395ELBERSE, A. Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business. London: Faber and Faber. 2013.

396IFPI Global Music Report 2019. Acesso em https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019 em 15/01/2020.

digitais estão aumentando sua influência sobre a produção cultural e a circulação ampla de informações e conhecimento.

O impacto da digitalização na música foi e continua a ser debatido, menos como uma ruptura radical com o passado, e mais como uma continuidade histórica. As principais corporações de música gravada inicialmente se encontravam vacilantes e em conflito com os serviços que ofereciam a ouvintes a perspectiva de download e compartilhamento *peer-to-peer*, lentas para reconhecer a importância das intervenções de tecnologias e novos agrupamentos ocupacionais, relutantes em compreender o uso de gravações por fãs e ouvintes casuais e assustadas com o "desrespeito" aos direitos autorais entre músicos de *sampling*[397].

As *labels* replicaram um padrão corporativo de inércia estrutural e organizacional, dependência do caminho institucional e superestimação de seu poder – características identificadas em muitas outras indústrias e setores que enfrentam mudanças sociais e tecnológicas[398].

Eventualmente, as principais gravadoras começaram a se descrever como "indústrias musicais", reduziram sua dependência dos fonogramas reestruturando contratos como direitos múltiplos (360 graus) e procuraram recuperar o investimento de toda a gama de atividades, formas de arte e fontes de receita de um músico[399]. Também negociaram acordos de licenciamento preferencial e adquiriram participação acionária em uma série de empresas e plataformas que oferecem acesso por streaming à música[400].

Os novos conglomerados digitais, como o YouTube, desenvolveram um modelo de cobrança pelo acesso a uma plataforma delimitada para diversos tipos de conteúdo empacotado, gerando receita com a publicidade que intervém nesse conteúdo; o valor de um músico e, portanto, sua receita virá de como eles atraem publicidade. Este é um contraste gritante com as

397 ELBERSE, A. Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business. London: Faber and Faber. 2013.

398DOLATA, U. The Music Industry and the Internet: A Decade of Disruptive and Uncontrolled Sectoral Change, SOI Discussion Paper 2011-02, University of Stuttgart, Department of Organizational Sociology and Innovation Studies, Institute for Social Sciences.

399GERVAIS, D. MARCUSO, K. KILGORE, L. The Rise of 360 Deals in the Music Industry Landslide 3 (4) pp 1-6. 2011

400SEABROOK, J. Revenue Streams: Is Spotify the music industry's friend or its foe?. The New Yorker, 24/11/2014. Disponível em https://www.newyorker.com/magazine/2014/11/24/revenue-streams em 01/08/2020

suposições do músico e da indústria fonográfica sobre a música ser medida de acordo com as vendas e direitos que reconhecem as criações individuais dos músicos[401].

Não há simplesmente uma lógica comercial em jogo aqui, mas uma mediação ética do mercado por meio de uma economia moral de valor artístico. A ideia de que as transações econômicas são mediadas pela ética pode ser rastreada até debates sobre 'economia moral' durante o século XVIII, um conceito implantado por Thompson ao narrar uma história de como trabalhadores e consumidores afirmaram seu direito de intervir na fixação dos preços, evocado em seus estudos de motins sobre o preço do milho no final do século XVIII.

Thompson usou o termo especificamente para se referir a confrontos no mercado sobre o acesso, ou direito, às "necessidades" – alimentos essenciais, embora ele reconhecesse que o conceito poderia ser desenvolvido e aplicado em outras circunstâncias. O autor identificou o mercado como o ponto em que a exploração pode ser identificada e quando a oposição pode ser expressa, observando que muitas vezes o discurso sobre o mercado transmite o sentido de “algo definido”, quando mais frequentemente é uma metáfora do processo econômico, ou uma idealização ou abstração desse processo[402].

A valorização do esforço não mercantil, informado por uma estética romântica, legado da resposta artística ao capitalismo industrial, tem sido uma sensibilidade duradoura entre os músicos populares ao longo da era da música gravada. Os experimentos e inovações estéticas radicais do jazz, rock e rap não foram simplesmente contrários a uma lógica comercial ou capitalista, mas são freqüentemente constitutivos do mercado[403].

A questão foi articulada na ideia de uma "lacuna de valor”, *value gap*. A indústria fonográfica e seus artistas argumentaram que havia um desequilíbrio injusto entre os lucros obtidos e as receitas repassadas para músicos e gravadoras. O déficit – a lacuna – resultou na redução da receita disponível para reinvestimento em novos artistas pelas gravadoras; um risco que os usuários de conteúdo não enfrentavam[404].

401NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.
402THOMPSON, John B. Mídia e modernidade: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998
403FRITH, S. Music for Pleasure: Essays in the Sociology of PopCambridge: Polity Press. 1998.
404DREDGE, S. Why is the music industry battling YouTube and what happens next?. Guardian, 20/05/2016. Disponível em https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next em 01/08/2020

Um aspecto da disputa envolvia a reclamação de que uma música transmitida não é adequadamente recompensada financeiramente. A mesma reclamação básica foi levantada em outras plataformas de streaming, mais notavelmente o Spotify, por meio das quais músicos e gravadoras familiarizados com receitas de vendas de exemplares e radiodifusão ficaram horrorizados com o tamanho relativamente pequeno dos pagamentos quando expressos como uma porcentagem de retorno contra transmissões individuais[405].

A disputa do *value gap,* essa suposta incompatibilidade entre o valor que os intermediários extraem da música e o valor que é devolvido aos titulares dos direitos, é uma ilustração das maneiras pelas quais o criativo é estimado social e economicamente. Diz respeito ao valor social e artístico da música, como isso deve ser reconhecido e recompensado, e como a música deve circular nas redes digitais que aparentemente permitem o fluxo "livre" de ideias e informações. Essas lutas éticas sustentam e informam os argumentos sobre como a música deve ser distribuída – vendida, acessada por meio de assinatura, agrupada com outros serviços e produtos ou oferecida 'gratuitamente' – e o tipo de pagamento e o preço dessa forma de distribuição: uma licença ou royalties para um stream ou venda de download, ou um percentual na receita de publicidade[406].

5.1.1. Indústrias Musicais

De maneira a estabelecer a dinâmica da indústria musical, primeiro é necessário compreender que a "indústria musical" não é um organismo único, mas sim um termo que se refere a diversas atividades proximamente relacionadas mas que ao mesmo tempo são baseadas em diferentes lógicas e estruturas, muitas vezes com interesses contraditórios.

De modo genérico, a indústria musical é baseada na criação e exploração de direitos de exclusivo sobre músicas. Os compositores e autores criam as obras, letras e arranjos, que são executadas ao vivo, nos palcos; gravadas e distribuídas aos consumidores na forma de fonogramas; ou licenciadas para outros usos, por exemplo, para publicação em partituras ou

405MARSHALL, L. Let’s keep music special. F-Spotify: on-demand streaming and the controversy over artist royalties. Creative Industries Journal8 (2): 177-189. 2015.
406NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

como música de fundo para outras mídias, como publicidade, televisão, games, etc.

Esta estrutura básica deu origem a três diferentes vertentes da indústria: a indústria da música gravada – focada na gravação e distribuição de fonogramas para consumidores; a indústria de licenciamentos musicais – que cuida especialmente do licenciamento de músicas para empresas e negócios; e a música ao vivo, focada na produção e promoção de entretenimento ao vivo, como shows e turnês[407]. Existem outras empresas também reconhecidas como parte da indústria musical, tais como fabricantes de instrumentos, de software, equipamentos de palco, merchandising, camisetas, etc; mas, ainda que tais setores sejam de importância para o mercado, não são tradicionalmente considerados integrantes do núcleo desta indústria.

Na era pré-Internet, a música gravada era o maior e mais importante eixo dessa indústria, já que também era o que gerava a maior parte da renda. A maioria dos artistas e bandas iniciantes almejava obter contratos de gravação com selos ou gravadoras de expressão. Um contrato significava que a gravadora financiaria um estúdio profissional de gravação e a estrutura de produção e distribuição do suporte – vinil, K7, CD, etc., e incluiria o artista no seu sistema de distribuição internacional, algo de outra forma inacessível para os artistas.

Tais financiamentos eram outorgados a título de adiantamentos aos artistas, que ficavam em posição de subserviência aos interesses da gravadora, os quais não tinham garantias algumas em relação ao lançamento de suas obras – ou seja, caso a gravadora optasse por não lançar o disco, o artista ficava com a dívida, em muitos casos[408].

O segundo setor da indústria – licenciamentos musicais – era muito menor e mais mundano. Editores musicais operando neste mercado eram operação *business-to-business*, sem interação direta com o público. Sua responsabilidade principal era garantir que taxas de licenciamentos fossem coletadas quando uma música fosse utilizada em qualquer contexto; por exemplo, peças de teatro, filmes ou autorizações para fixação em fonogramas por terceiros, e que tais taxas fossem distribuídas entre compositores e letristas[409].

407WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology. Disponível em https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf em 15/01/2020

408 Op. cit.

409 Op. cit.

O terceiro setor – música ao vivo – gerava sua renda a partir da venda de ingressos. Ainda que a música ao vivo tenha um longo histórico, ela desempenhou um papel secundário dentro da indústria musical no século XX. A venda de discos era a maior geradora de renda neste período, e as gravadoras consideravam, de forma geral, os shows e turnês como formas de promoção de álbuns de estúdio, não se preocupando muito se as turnês geravam lucro ou não – considere-se, por exemplo, a decisão dos Beatles de não fazerem mais shows ao vivo a partir de 1966. Ainda que existissem diversos outros motivos, na época, que contribuíram para tal decisão, isso demonstra o modesto peso econômico relativo dos shows ao vivo neste período[410].

O impacto de curto termo da Internet nas indústrias musicais afetou primordialmente a distribuição da música gravada para os consumidores. Assim, enquanto este setor foi severamente atingido num primeiro momento pela perda do controle da distribuição[411] e pela queda de vendas, os outros dois setores da indústria foram inicialmente pouco impactados - ao contrário, ambos ganharam em força e proeminência. Existem várias razões pelas quais esta mudança no equilíbrio aconteceu. Um destes motivos é simplesmente o fato de que, à medida em que uma das fontes de renda diminuiu, a indústria, como um todo, buscou compensar tais perdas aumentando as atividades de licenciamento e de música ao vivo.

As rendas gerada pelas atividades de licenciamento mais do que dobraram nos últimos 15 anos, devido tanto a práticas de licenciamento mais ativas quanto ao fato de que as indústrias de mídia evoluíram de modos similares à indústria musical: hoje existem mais canais de TV, de rádio, videogames, websites, filmes ou outros outlets musicais do que há duas décadas, e a maioria de tais canais necessita de música como conteúdo primário ou secundário.

A mudança também se deve ao mercado publicitário necessitar de mais subsídios para vender conceitos, ideias, bens e serviços. O aumento da verba de marketing e comunicação fez com que este mercado dominasse também as ofertas para licenças de músicas. Os editores musicais também foram mais ágeis do que as gravadoras ao atender a demanda dos novos outlets de mídia, ao se esforçar para se tornar *one-stop-shops* para a música, prestando serviços mediante

410Op. cit.

411Subsistindo a polêmica em relação aos efeitos financeiros diretos das trocas P2P, já que os cálculos da indústria são notórios por incluir falácias como contabilizar um arquivo baixado pela rede como uma venda não efetuada. Ver OBERHOLZER-GEE, Felix and STRUMPF, Koleman S. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis. Journal of Political Economy, Vol. 115, pp. 1-42. 2007. Disponível em SSRN: http://ssrn.com/abstract=961830 em 15/01/2020

os quais os outlets de música podem liberar todas suas licenças musicais com um único contrato. Tal fato pode soar óbvio, mas na indústria musical tradicional este não foi sempre o caso.

Normalmente, se observava a existência de um determinado titular – ou mais de um – em relação aos direitos de autor da composição (melodia e letra), e outro em relação ao fonograma, normalmente o produtor fonográfico, responsável também pelo exercício dos direitos conexos.

Os editores, de forma progressiva, buscam controlar tanto os fonogramas,ou determinados direitos destes quanto os direitos de autor, tornando o processo de licenciamento mais eficiente – ou vice-versa: o produtor fonográfico pode também acumular a função de editoria. Este setor da indústria, licenciamentos, foi o que observou o maior crescimento, evoluindo para despontar como o mais lucrativa, inovador e ágil dos três.

Ainda que este setor apresente a maior lucratividade, a música ao vivo, no período pré-pandêmico, representava o maior volume de renda dentro da indústria. Os motivos são simples, já que é um campo de atividades de muito mais fácil controle do que a música gravada. Uma banda que esteja em evidência pode aumentar sua renda ao aumentar o número de performances e cobrar mais caro pelos ingressos. Não surpreende, portanto, que a última década tenha presenciado a emergência de turnês de shows cada vez maiores, mais produzidos e mais caros das grandes estrelas mundiais, como Pink Floyd, U2, Paul McCartney ou os Rolling Stones.

Durante a maior parte da segunda metade do século XX, a maior empresa de música do mundo era uma gravadora. É sintomático da transformação propiciada pela Internet o fato de que hoje a maior empresa em números absolutos de música seja a Live Nation, uma empresa de música ao vivo baseada nos Estados Unidos, demonstrando a alteração das relações de poder neste segmento[412].

5.1.2. Formação de Renda Complexa e Serviços Digitais

A renda derivada da música pode ser de matriz contratual, usualmente no exercício dos

412WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change – 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology. Disponível em https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf em 15/01/2020

direitos de reprodução e distribuição, ou extra-contratual, como na maioria das hipóteses de comunicação ao público. Da mesma forma, cada uso é autônomo em relação aos demais, e, numa mesma transação, podem se verificar diversos direitos presentes.

Assim, um autor que autoriza a inclusão de sua obra musical numa obra audivisual, no chamado "direito de sincronização", por exemplo, supostamente receberá uma remuneração de ordem contratual pela licença de reprodução (inclusão da obra), e outra remuneração, de ordem extra-contratual, pela comunicação ao público da obra quando o audiovisual for veiculado. Essa remuneração extra-contratual normalmente fica a cargo das entidades de gestão coletiva.

O surgimento das tecnologias de distribuição online efetivamente pegou a indústria musical despreparada para a venda direta ao público. A indústria musical estava então organizada em um modelo de autores sob contrato com editoras, que autorizavam sua fixação por selos ou gravadoras, os quais contratavam os intérpretes e distribuíam seus produtos para redes de varejo. O download eliminava os varejistas, entregando o produto direto nas mãos dos consumidores e rompendo a cadeia de distribuição tradicional existente com produtos físicos, como CDs e cassetes. O problema era claro, mas uma solução iria requerer uma alteração no paradigma da indústria, com mudanças em contratos de licenciamento, implementações tecnológicas, planejamento de marketing e a entrega ao consumidor por um preço que atraísse consumidores a pagarem por algo que podia ser obtido gratuitamente[413].

A confusão conceitual sobre o enquadramento do direito de *make available* em reprodução, distribuição ou comunicação ao público, conforme explicitado no Capítulo 02, também contribuiu para a nebulosidade na definicação de responsabilidades num mercado já bastante opaco. As fronteiras entre os três setores mencionados acima – música gravada, como serviço e ao vivo – também não são mais tão claras, já que os conglomerados operam como estruturas gerais associadas em redes de prestação de serviços aos artistas e compositores, dando suporte para suas atividades em todos os setores, sejam elas shows ao vivo, merchandise, licenciamentos, ou distribuição e promoção de músicas gravadas para os consumidores.

Em termos globais, o lançamento da iTunes Store em 2003 foi a primeira resposta em grande escala ao problema da migração da música para o ambiente digital – e é sintomático que a

413NASH, Ed. How Steve Jobs Saved the Music Industry. The Wall Street Journal. 21/10/11. Disponível em 01/08/14 em http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204002304576629463753783594

iniciativa tenha partido da Apple, uma das gigantes do setor de informática, e não da própria indústria musical. Em menos de dez anos, o iTunes efetivamente impôs determinadas práticas de mercado que se tornaram padrões, tais como o repasse de 70% de cada venda, a existência de relatórios detalhados sobre a quantidade de músicas vendidas e a habilidade de se vender música inter-plataformas, para computadores, smartphones ou outras *appliances*. O iTunes criou a primeira loja legítima a competir efetivamente com a pirataria e os serviços *peer-to-peer*, ao estabelecer medidas como um preço padrão, 99 centavos de dólar, e permitir o download de qualquer música como um single, ao invés do modelo de álbum tradicional[414].

O serviço representou uma alteração radical para a indústria musical. Foi o primeiro varejista online capaz de oferecer os catálogos musicais de todas as majors; adotou um modelo de precificação inédito; e permitiu aos consumidores "desfazerem" (*unbundle*) os álbuns e adquirirem apenas as músicas efetivamente desejadas. Por outro lado, pode ser considerada uma inovação extremamente cuidadosa e incremental, na medida em que as posições e estruturas de poder das majors permaneceram ilesas. Os titulares de direitos permaneceram no controle de seus exclusivos e as estruturas que comandavam os royalties pagos por cada faixa vendida eram predizíveis e transparentes, confirmando o acerto da Apple na sua predição do comportamento dos consumidores.

A iTunes Store também resolveu problemas de giro de caixa de gravadoras ou selos menores, com pagamentos regulares, eliminando problemas com perdas de estoques ou inadimplência de varejistas. Por outro lado, o que se observou no modelo do *download* foi uma vasta concentração de poder nas mãos de uma única entidade, a qual efetivamente ditava os termos de negociação: o titular de direitos efetivamente abre mão de controle sobre questões como empacotamento e merchandising, entre outras; e a falta de diversidade de opções de distribuidores causa gargalos na cadeia de distribuição, de tal forma que os intermediários acabam por controlar totalmente a indústria[415].

Porém, uma década após, a indústria musical sofreu outra transformação ainda mais radical, à medida em que os ouvintes deixam de comprar CDs ou downloads para aderir a

414PHAM, Alex; PEOPLES, Glenn. Seven Ways iTunes Changed the Music Industry. Disponivel em http://www.billboard.com/biz/articles/news/1559622/seven-ways-itunes-changed-the-music-industry em 15/01/2020
415FARREL, Nick. ITunes threatens music industry more than piracy. Disponível em http://news.techeye.net/internet/itunes-threatens-music-industry-more-than-piracy em 15/01/2020

serviços de streaming como o Spotify, Pandora e YouTube.

Tais serviços não oferecem faixas individuais para compra por um preço fixo, mas oferecem ao usuário o acesso à uma ampla biblioteca musical, normalmente mediante uma assinatura mensal que permite a audição de quantas faixas o cliente desejar, com a frequência que ele queira. Estes serviços musicais baseados no acesso tiveram sucesso em convencer tanto as gravadoras a licenciar seus catálogos quanto em convencer os usuários de que é possível desfrutar da música sem comprar cópias das faixas ou álbuns.

Possivelmente o serviço que atraiu a maior atenção internacional foi o Spotify, fundado em 2006. Em 2008, depois de muita negociação, assinaram contratos com os principais titulares de direitos para distribuição musical em alguns países europeus. Para tanto, foram obrigados a, em primeiro lugar, oferecer ações da companhia aos titulares (leia-se *majors*), que se tornaram sócios da empreitada. E, em segundo, a alterar o seu modelo de negócios.

Ao invés de oferecer um serviço baseado unicamente na exploração de anúncios, também desenvolveram uma versão mais avançada do serviço, baseada em taxas de assinatura. Este modelo com dois ou mais diferentes versões do serviço, no qual a mais básica é gratuita e versões mais avançadas são oferecidas por assinatura é normalmente conhecido como *freemium*, uma junção das palavras *free* e *premium*. Com frequência, as margens de lucro na versão gratuita é muito pequena, ou mesmo negativa, e se espera que as taxas de assinatura gerem renda suficiente para tornar o serviço lucrativo[416].

O Spotify apresenta uma "taxa de conversão" de aproximadamente 20%, ou seja, vinte por cento da base de usuários está utilizando a versão premium e paga taxas de assinaturas mensais[417]. O serviço afirma que retém 30% dos valores recebidos tanto da assinaturas quanto dos anúncios e repassa os demais 70% aos titulares, de acordo com a popularidade das músicas. O selo ou a editora então dividem tais royalties com os artistas, com base em acordos individuais.

416A lógica do modelo freemium é que os usuários utilizarão o serviço gratuito e que, à medida em que se familiarizam com o negócio, farão investimentos emocionais e comportamentais que justificarão a mudança para os serviços pagos. O objetivo é converter tantos usuários gratuitos para a versão paga quantos possíveis. Para atingir tal objetivo, a versão gratuita possui determinadas características irritantes, como anúncios, ou não apresenta determinadas características como a possibilidade de utilizar o serviço em determinados aparelhos.

417WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change – 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology. Disponível em 01/08/14 em https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf

O Spotify tem sido alvo de muitas críticas, em parte pela falta de evidências de sustentabilidade do modelo *freemium*, mas principalmente pelo modo como as receitas tem sido divididas com os titulares ao longo da cadeia. As empresas de música tem utilizado por décadas modelos de royalties nos quais o licenciado paga uma quantia fixa por faixa vendida, tocada ou utilizada. Este modelo é de difícil aplicação num serviço baseado no acesso, já que a renda não é gerada pelo número de acessos mas pelo número de usuários do serviço. Os provedores deste tipo de serviço argumentam que, ao invés de pagar uma taxa fixa por faixas ouvidas, eles deveriam simplesmente dividir a renda com os titulares – o que transfere a estes boa parte do risco do negócio[418].

5.1.3. Catálogos

Da mesma forma, o mercado evidencia um crescente interesse nos direitos ao catálogo das músicas mais antigas, cujo valor continua aumentando mesmo em meio a uma pandemia e com abundância de novas músicas. Esta tendência de o catálogo consumir a fatia de mercado de novas músicas se entrelaça com o fato de que o segmento de mais rápido crescimento de assinantes de streaming de música nos principais mercados está agora na meia-idade.

Este aumento acentuado de interesse no catálogo é especialmente interessante para as gravadoras, proporcionando retorno garantido significativo a cada ano. Considerando a total inexistência de custos operacionais envolvidos nesta estrutura, esta cesta de direitos naturalmente carregaria uma margem de lucro muito elevada e, portanto, exigiria uma avaliação muito elevada.

A lógica é a seguinte: bilhões de dólares estão sendo reinvestidos na atividade de geração de novos produtos de linha de frente das gravadoras / editoras. Por exemplo, em 2019, o Universal Music Group gerou US$ 8,04 bilhões em todas as suas divisões, mas gastou mais da metade desse dinheiro (US$ 4,6 bilhões) em "investimentos para o desenvolvimento do artista", ou *artist and repertoire*, A&R, durante o ano. A receita operacional anual da UMG no final de 2019 terminou em US $ 1,31 bilhão, cerca de um sexto de sua receita total. Esta carga de despesas de A&R reduz significativamente a lucratividade potencial e a avaliação múltipla

418SPOTIFY. How we pay royalties: an overview. Disponível em http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#how-we-pay-royalties-overview em 15/01/2020

resultante de catálogos de música próprios, como o da Universal, sugerindo que o mercado deverá observar a criação de divisões da indústria exclusivas para a gestão de tais catálogos[419].

Existe um problema de *compliance* no uso dos catálogos, que as *majors* tem tentado resolver com maior ou menor grau de sucesso. Por expressa disposição legal, novos usos, não existentes na data do contrato, são reservados ao titular originário, tanto da obra quanto do fonograma[420]. Isto significa que todas as cessões de obras e de interpretações fixadas em fonogramas na era pré-Internet deveriam, em tese, ser repactuadas entre cedente e cessionário.

Considerando os dois ativos básicos deste mercado, obras e fonogramas, o setor editorial musical adota como padrão internacional o percentual de 25% para a empresa e 75% para o autor, nacionalmente, e 50/50, internacionalmente, sobre negócios gerados, com as exceções e cláusulas de praxe; e os editores agem como titulares *de facto* sobre as obras. Tal modelo sobreviveu de forma relativamente intocada na transição para o ambiente digital, em parte devido ao fato de que as obras sempre foram incorpóreas; o que se alterou foram as formas de cobrança de tais receitas.

Em relação aos acordos entre produtores fonográficos – gravadoras, titulares dos fonogramas – e seus intérpretes, no modelo econômico pré-Internet, baseado na distribuição física do suporte atribuído ao conteúdo, era comum e mesmo usual a prática de contratos de distribuição que previam margens de 80% ou 90% para os produtores sobre vendas de discos, CDs, K-7 ou outros modelos, justificados na época por custos de impressão, prensagem, gráfica, transporte, lojistas, etc.

A transposição destes contratos para o ambiente digital não ocorre de forma automática; considerando a interpretação restritiva impressa aos negócios jurídicos em direito autoral, qualquer nova modalidade de exploração deve ser acompanhada da autorização correspondente, sendo este certamente o caso dos usos digitais. Os produtores fonográficos são os titulares dos

---

419INGHAM, Tim. New Music Drops Every Minute. But Back-Catalogs Are Driving the Industry's Transformation. Rolling Stone, 08/09/2020. Disponível em https://www.rollingstone.com/pro/features/music-catalogs-value-keeps-rising-could-it-change-the-face-of-the-entire-industry-1056229/ em 20/09/2020

420LDA, Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.
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.
Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: […] V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato.

fonogramas e podem deles livremente dispôr, porém o uso econômico das interpretações contidas nos fonogramas depende da autorização de seus titulares – no caso, os intérpretes.

Entretanto, a prática observada no mercado em relação aos fonogramas pré-existentes ao mundo digital é que os produtores fonográficos assumem o risco de sua publicação nas plataformas digitais mesmo quando muitas vezes tal direito não está expresso, e praticam os mesmos percentuais de royalties estabelecidos em antigos contratos para prensagem de vinis ou CDs; exceto que agora não precisam mais arcar com os custos da prensagem e distribuição física dos exemplares, em evidente desequilíbrio contratual com o artista; a justificativa para a margem leonina já não está mais presente.

5.1.4. Datificação

No entanto, no momento em que a música se torna menos significativa como uma arte dentro do contexto mais amplo da economia de *apps* e conteúdo, seu próprio uso como informação significa que ela começa a ganhar importância dentro do capitalismo de dados. Os conglomerados digitais exploram as músicas gravadas como parte da produção, análise, embalagem e venda de dados, e na gestão de dados para terceiros (gravadoras, editoras etc.). As informações derivadas da circulação e do uso da música são integradas a um sistema dentro do qual os conglomerados digitais usam big data para compreender, controlar e antecipar o comportamento por meio de formas de "positivismo digital"[421].

Utilizações digitais de música podem fornecer três tipos distintos de dados[422]. Em primeiro lugar, são dados sobre as características dos ouvintes identificados por critérios como localização, horário de acesso à música, ouvintes repetidos da mesma faixa ou artista, ajuste de volume, gama de preferência musical (eclética, restrita, artistas novos ou antigos) e todos os tipos de padrões relacionados de hardware, software e atividade na Internet. O envolvimento do ouvinte com gêneros, artistas ou canções específicos pode ser correlacionado com eventos

421MOSCO, V. To The Cloud: Big Data in a Turbulent World, Paradigm Publishers, Boulder Colorado. 2014.
422PREY, R. Musica Analytica: The Datafication of Listening. In NOWAK, R., WHELAN, A. (org) Networked Music Cultures, London: Palgrave pp 31-48. 2016.

significativos, notícias polêmicas, campanhas de marketing ou atividades promocionais e de promoção de um artista[423].

Segundo, o consumo de música digital oferece a oportunidade de análise semântica de conversas online sobre música. Isso envolve a coleta e análise de palavras usadas e descrições sobre músicos e bandas em artigos, resenhas, blogs, fóruns e nas redes sociais plataformas de mídia. Isso é peneirado e pode ser reduzido a palavras-chave recorrentes e dissecado para construir redes ou teias de conexões entre artistas, entre canções e entre ouvintes em diferentes lugares[424].

A pesquisa de dados semânticos também inclui a coleta e análise da compilação de playlists pelos usuários e a exploração dos vínculos que os ouvintes fazem entre música e atividade, como limpeza, trabalho escolar, dias chuvosos, tarde da noite, corrida, deslocamento diário. Em terceiro lugar, é a análise do conteúdo sonoro de música digital em que canções ou faixas individuais podem ser analisadas e comparadas quanto a traços óbvios, como melodia, harmonia, ritmo e altura, junto com os instrumentos usados, gênero do vocalista e características estilísticas, como dançabilidade ou uso de distorção[425].

Devido à quantidade de dados sendo produzidos, a estruturação de vários negócios, alianças e empreendimentos colaborativos entre empresas no setor de grande tecnologia, esses dados podem então ser combinados ou cruzados e migrados para outros conjuntos de dados. Isso pode, então, levar a "função creep", em que dados e tecnologia que são desenvolvidos para um uso aparente são implantados mais amplamente com outros dados, uma prática que tem causado preocupação em discussões sobre vigilância governamental, privacidade e direitos humanos[426].

A indústria da música *post-recording* oferece uma abundância de dados que são explorados por conglomerados digitais e infomediários. A disputa sobre se a receita é extraída de forma mais justa da publicidade ou da aplicação de direitos autorais é apenas uma briga dentro de um conjunto mais amplo de tensões sobre o valor da música gravada, as características que a tornam valiosa e a forma como o valor deve ser reconhecido, tanto cultural quanto

423Op. cit.
424Op. cit.
425Op. cit.
426BERNAL, P. Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate. Journal of Cyber Policy1 (2) 243-264. 2016.

economicamente[427]. Os benefícios advindos desse tratamento massivo de dados não são, entretanto, devidamente compartilhados com os seus criadores, devido aos problemas de documentação e registro que dissociam tais pessoas de suas obras.

5.2. REGISTROS DE DIREITOS AUTORAIS

A questão de "quem é o dono do que" se destaca no exercício dos direitos autorais. O problema apresenta três dimensões: proliferação – quantas obras estão sujeitas a titularidade de direitos autorais; distribuição – quantas pessoas diferentes são titulares de direitos autorais; e fragmentação – quantas, que tipo e quais percentuais de titularidade individual existem em cada "pacote" de direitos autorais. À medida que a proliferação, a distribuição e a fragmentação aumentam, os direitos autorais se tornam mais atomísticos[428].

Com a tecnologia digital, o fluxo esmagador de conteúdo e a multiplicação de criadores, muitas vezes completamente não identificados, é justificado um interesse renovado em dados de titularidade prontamente disponíveis e precisos e, portanto, em documentação e registro sob diferentes formas.

Um desses problemas é a heterogeneidade estrutural e semântica de representação da informação sobre fonogramas musicais, o que dificulta a catalogação, o compartilhamento, a reutilização e o acesso à informação. O domínio "música" apresenta determinadas especificidades que não são contempladas nas normas de descrição e nos padrões de metadados, o que ocasiona heterogeneidade entre os catálogos e baixa relevância das buscas realizadas em sistemas de informação. Já existem, entretanto, ontologias para diversas tarefas relacionadas a sistemas de informação sobre músicas como, por exemplo, modelagem dos sistemas, catalogação dos fonogramas musicais, consultas, raciocínio e integração entre fontes de dados heterogêneas[429].

427NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.
428VAN HOUWELING, Molly. Author Autonomy and Atomism in Copyright Law. 96 Virginia Law Review. 2010. p. 549.
429ALBUQUERQUE, Marcelo de Oliveira. Fonogramas musicais: conceitualização para catalogação e representação em uma proposta de ontologia. UFRJ: 2009.

Se destaca o importante papel que o registro poderia desempenhar além de suas funções tradicionais na facilitação do exercício de direitos, ou seja, como um meio de provar a existência da obra e / ou sua titularidade, analisando o potencial de registro para resolver alguns dos problemas relacionados ao uso de conteúdo criativo, particularmente no que diz respeito às obras órfãs. Consideradas as características de controle tornadas possíveis pelo exercício de direitos em rede, a ausência de registros confiáveis inviabiliza a construção do domínio público positivo[430].

A ausência parcial de sistemas nacionais de registro voluntário, juntamente com a falta de comunicação ou interação entre eles, resulta em um cenário internacional altamente assimétrico. Além disso, o registro voluntário é muito diferente de um país para outro, incluindo sistemas onde o trabalho é de fato depositado – sistemas de depósito – e outros onde apenas as declarações são enviadas, sem depósito do trabalho – sistemas de registro.

Para a OMPI, a incerteza sobre a propriedade dos direitos autorais e o status das obras pode resultar na indisponibilidade das obras ao público, mesmo quando nenhuma pessoa viva ou entidade legal reivindicar a propriedade dos direitos autorais, ou quando o proprietário não tiver objeção a esse uso. Com relação a obras órfãs, a incerteza pode minar o incentivo econômico à criação, impondo custos adicionais aos usuários / criadores subsequentes que desejam incorporar material retirado de obras existentes em novas criações.

Entender como funcionam os diferentes sistemas de registro e depósito, tanto os estabelecidos no setor público quanto os emergentes, é útil para identificar trabalhos que caíram em domínio público. É importante entender como diferentes jurisdições definem o domínio público, direta ou indiretamente, e identificar as iniciativas e ferramentas existentes, técnicas e legais, que podem facilitar o acesso, o uso, a identificação e a localização do material do domínio público. Além disso, é necessário esclarecer a relação entre limitações e exceções de direitos autorais e o domínio público, incluindo aspectos legais, conceituais e funcionais[431].

430Além disso, a identificação da obra ou de seus titulares pode ser complexa, pois a tecnologia digital permite que o conteúdo seja reformulado em uma variedade de formas, enquanto a produção multimídia combina tipos completamente diferentes de obras em uma única modalidade. Embora existam muitas maneiras de localizar um titular de direitos autorais, é claro que, para países onde existe um sistema de registro, a pesquisa de registros pode desempenhar um papel conspícuo na localização do proprietário dos direitos autorais e na avaliação de esforços suficientes para esse efeito.

431GANGJEE, Dev S. Copyright formalities: A return to registration? in GIBLIN, Rebecca. WEATHERALL, Kimberlee. ANU Press. 2017. Disponível em https://www.jstor.org/stable/j.ctt1q1crjg.10 em 15/01/2020

O *Copyright Office* norte-americano afirma em consulta ter recebido comentários que discutem situações em que um usuário desejava fazer uso de um trabalho específico, mas descobriu que o autor ou proprietário original havia transferido direitos para outra parte. As circunstâncias dessas transferências abrangem um amplo espectro de situações específicas, de transferência de direitos de uma única obra a fusões entre duas empresas e aquisições de ativos de uma empresa inteira.

Os comentários, no entanto, levantam temas comuns entre eles. Primeiro, essas situações quase sempre envolvem titularidades de direitos autorais por uma entidade comercial. Segundo, os comentários demonstram que cada parte adicional envolvida na cadeia de titularidade adiciona outra camada de complexidade e dificuldade potencial a um usuário em potencial.

Os comentários também sugerem que várias transferências podem criar problemas para o próprio proprietário. Essas partes simplesmente desconhecem o que possuem. Determinar a propriedade de maneira conclusiva após várias fusões, transferências ou aquisições pode ser uma tarefa difícil e demorada[432].

O registro também pode ajudar a delimitar o domínio público e, consequentemente, facilitar o acesso ao conteúdo criativo para o qual não é necessária autorização do proprietário certo. As informações contidas nos registros nacionais não são apenas valiosas nas relações jurídicas e econômicas, mas também podem servir ao interesse público, fornecendo uma fonte de estatísticas nacionais sobre criatividade e cultura. Finalmente, os registros nacionais podem constituir um repositório do patrimônio cultural e histórico, pois representam coleções de criatividade nacional, incluindo obras e outras contribuições criativas[433].

Os trabalhadores culturais deste setor econômico possuem pouco acesso aos mecanismos pelos quais deveriam receber seus direitos; e apenas uma pequena parcela do mercado tem seus registros de obras e fonogramas organizado, completo ou sequer sabe como acessá-lo. Esse quadro tem como pano de fundo de uma falta de conhecimento mais generalizada sobre as diferentes espécies de contratos existentes; um dos casos clássicos do mercado é o compositor

---

432LIBRARY OF CONGRESS. US COPYRIGHT OFFICE. Report on Orphan Works. 2006. Disponível em https://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf em 15/01/2020

433WIPO. Copyright Registration and Documentation Systems. Disponível em https://www.wipo.int/copyright/en/activities/copyright_registration/index.html em 15/01/2020

que assina contratos de cessão total de direitos sobre obras acreditando estar contratando serviços de edição musical.

É complicado para os músicos saber o que está acontecendo com seus repertórios. Podem acompanhar os relatórios da execução pública, via *login* de sua associação, quando sabem que isto existe; mas precisam de muita organização e de uma estrutura profissional de apoio para determinarem com exatidão o quanto têm a receber de suas gravadoras, editoras e plataformas digitais, ou sequer ter acesso a seus contratos. Existem várias causas para tal fato; conforme mencionado, o "mercado musical" não é uma coisa só, ou sequer de natureza simples ou linear. O ponto comum entre tais atores é que direitos autorais são bens móveis[434]; e a falta de um sistema comum de registro de suas criações e das transações realizadas dificulta a aferição de seus diversos *status* jurídicos.

5.2.1. Formalidades

A suposta proibição de formalidades para proteção de direitos autorais é o resultado de um processo histórico. Antes da Convenção de Berna de 1886, cada país tinha suas próprias regras para o reconhecimento de direitos autorais em uma obra. Consequentemente, os autores tinham que cumprir as formalidades país a país. Berna introduziu o princípio de que os autores nos países da União precisam apenas cumprir as formalidades impostas pelo país de origem de uma obra.

Essa regra foi substituída na revisão da Convenção de Berlim, em 1908, pelo atual princípio de proteção isenta de formalidades, refletido no artigo 5 (2) da Revisão de Paris de 1971, segundo a qual o gozo e o exercício dos direitos autorais não estarão sujeitos a qualquer formalidade.

O Artigo 5 (2) da Convenção de Berna proíbe as formalidades que afetam o 'gozo' ou 'exercício' de direitos protegidos em relação a obras não domésticas. Existem diferentes tipos de formalidade, incluindo registro, registro de transferências de propriedade, requisitos de notificação e depósito. O gozo de direitos diz respeito aos direitos de autor que passam a existir e serem reconhecidos sem qualquer formalidade. No essencial, a proibição afasta as formalidades

434LDA Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

constitutivas e de manutenção das obras de origem não nacional, bem como as que funcionam como ‘condições de ação judicial’. Por outro lado, certas formalidades declaratórias são permitidas.

Há uma contradição entre o discurso justificativo do direito autoral como incentivo à criação, e a eliminação das formalidades. Neste aspecto, merece nota o caso norte-americano. Durante a maior parte de sua história, entre 1790 a 1976, a lei americana de direitos autorais exigiu procedimentos específicos – coletivamente chamados de “formalidades” - para afirmar e manter um direito autoral[435].

A partir da Lei do *Copyright Act* de 1976 e culminando no *Berne Convention Implementation Act,* BCIA, o Congresso eliminou as formalidades obrigatórias de direitos autorais em conformidade com os padrões internacionais. A renovação foi totalmente eliminada em favor de um termo de direitos autorais unitário, com um direito de rescisão. Embora a lei atual ofereça alguns incentivos para o registro, o depósito e o aviso legal, o não cumprimento não causa mais a perda da proteção de direitos autorais.

O impacto prático foi eliminar a função de "filtragem" que as formalidades obrigatórias haviam cumprido anteriormente. Do ponto de vista do modelo de incentivo, as formalidades fazem muito sentido, porque garantem que os direitos autorais sejam concedidos apenas aos autores para quem os direitos autorais importam, como evidenciado pelas etapas afirmativas que os autores adotaram para reivindicar direitos autorais.

Se o autor não se deu ao trabalho de reivindicar um direito autoral, parece provável que o direito autoral não foi o ímpeto para a criação da obra, ou, ao menos, que a obra tivesse um valor comercial mínimo. A eliminação das formalidades protege os autores das conseqüências de seu próprio descumprimento, seja voluntário ou meramente descuidado. Dessa forma, evita confiscos indesejados, mas com um custo social significativo de conceder direitos autorais por padrão a todos os autores – independentemente de precisarem ou não de incentivo e se desejam ou não reivindicá-lo.

435O resultado do descumprimento dessas formalidades geralmente era duro: o autor perderia efetivamente os direitos autorais, ou porque o direito deixaria de surgir, os direitos autorais se tornariam inexequíveis ou a obra cairia em domínio público. Do ponto de vista do direito internacional, essas formalidades eram uma característica anômala daquele país.

A eliminação de formalidades portanto está em forte tensão com o modelo de incentivo, independentemente de qual preocupação tenha motivado o artigo 5 (2) de Berna[436].

A narrativa formalista sobre a inexigibilidade de formalidades públicas para concessão do direito autoral não é isenta de críticas por parte daqueles que argumentam que o poder público poderia legalmente reintroduzir algumas formalidades públicas obrigatórias em nível nacional, dentro dos limites das disposições anti-formalidades de Berna / TRIPS.

Este argumento ignora amplamente as funções benéficas que as formalidades podem e têm desempenhado, mesmo que as implementações históricas tenham tido algumas deficiências. Essa narrativa também exagera as restrições que uma construção de direitos humanos dos direitos autorais imporia à expansão ou reintrodução de formalidades públicas.

De maneira semelhante, a interpretação formalista das disposições anti-formalidades de Berna / TRIPS, fundamentada no construto de direitos humanos, está em desacordo com a história nos níveis nacional e internacional. A doutrina recente deixa claro que essas disposições são melhor entendidas como refletindo reação às complexidades de uma colcha de retalhos de diversas formalidades nacionais, em vez de uma completa rejeição de formalidades; e também esclarece que as restrições de Berna / TRIPS não são tão abrangentes quanto se supõe.

Em particular, existem oportunidades para reintroduzir formalidades públicas que tirariam vantagem de novas tecnologias para otimizar sua administração e que poderiam ajudar a desempenhar uma função de filtragem com relação a trabalhos publicados na Internet. Consequentemente, é um momento propício para se pensar criativamente sobre como as formalidades públicas podem ser expandidas, remodeladas ou reintroduzidas para permitir melhor que a lei de direitos autorais promova seus objetivos políticos[437].

5.2.2. Registros Voluntários, Públicos e Privados

Embora respeitando os princípios estabelecidos na Convenção de Berna, vários membros

436HICKEY, Kevin J. Copyright Paternalism. VAND. J. ENT. & TECH. L.[Vol. XIX:3:415]. Disponível em http://www.jetlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/Hickey_Final.pdf em 15/01/2020

437CARROL, Michael W. A Realist Approach to Copyright Law's Formalities (June 23, 2014). 28 Berkeley Technology Law Journal 1511 (2013); American University, WCL Research Paper No. 2014-34. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2457995 em 15/01/2020

da União de Berna estabeleceram sistemas nacionais voluntários de registro de direitos autorais e, as vezes, também de direitos conexos. O registro facilita o exercício dos direitos autorais e direitos conexos, fornecendo aos proprietários de direitos um meio simples e eficaz para estabelecer claramente a titularidade dos direitos.

Os sistemas nacionais de registro e registro geralmente mantêm informações valiosas sobre criações, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Operando em modelo de escritório legal, um registro de direitos autorais pode disponibilizar certificados de registro, cópias autenticadas de documentos do registro que fornecem, com efeitos jurídicos variados, informações sobre uma obra ou outro artefato cultural, seu autor ou, através de uma cadeia de transferência documentada, sua titularidade atual.

Mas existem alguns problemas com os sistemas nacionais voluntários, como o registro de obras da Biblioteca Nacional, no caso brasileiro. A indústria musical, por exemplo, não utiliza, ou sub-utiliza, tais informações para distribuição de direitos, já que se apoia num complexto conjunto de bancos de dados distintos, alocados por determinados mantenedores que muitas vezes operam de forma para-estatal, como EGCs, ou na iniciativa privada.

Diferentes abordagens dos dados coletados e sua disponibilidade são seguidas, já que algumas entidades, como as EGCs, coletam dados para seus membros com o objetivo de gerenciar os direitos que lhes são confiados, enquanto outras realizam a coleta de dados como uma operação comercial para terceiros. Em alguns casos, a tarefa de fornecer um registro de transações e declarações de terceiros é limitada a um número fechado de partes interessadas ou ao ambiente digital, e mesmo nos caso em que existem obrigações legais de disponibilização de tais dados, seu acesso é limitado[438].

Da mesma forma, a distinção público / privado obscurece amplamente os numerosos sistemas de formalidades administrados por particulares, utilizados por titulares de muitas áreas criativas. Formalmente, Berna e TRIPS, como instrumentos do direito internacional público, regulam as formalidades "públicas" promulgadas por meio dos processos formais de legislação de um Estado-Membro. No entanto, Berna e TRIPS simultaneamente deixam espaço aberto para formalidades “privadas” impostas por atores, como as EGCs, que dependem em parte do poder

438De maneira geral, existe uma separação ainda entre órgãos nacionas de registro voluntário de direitos autorais como a Biblioteca Nacional (BN), no caso brasileiro, e a emissão de códigos da indústria, os quais efetivamente são utilizados para remuneração de usos, tanto da execução pública quanto de usos privados ou por plataformas digitais.

estatal para funcionar. A discussão de políticas sobre o papel das formalidades de direitos autorais não deve ser restringida, concentrando-se apenas no papel dos requisitos públicos e da administração pública, mas também deve levar em conta os atores privados que impõem e dependem de requisitos formais que afetam o gozo e o exercício dos direitos autorais.

O ECAD, por exemplo, não utiliza o catálogo da Biblioteca Nacional para remunerar usos de fonogramas, mas o *International Standard Recording Code,* ISRC, código integrante do sistema da *International Organization for Standardization,* ISO, cuja emissão, guarda, alteração e utilização em relações contratuais é originariamente do produtor fonográfico; mas tanto esta categoria de titulares quanto os autores e editoras também precisam registrar seus contratos com as EGCs, que são as responsáveis legais e de fato pela custódia de tais informações[439].

Sistemas e práticas de documentação privada de direitos autorais se dividem em (a) registros particulares (b) bancos de dados de organizações de gestão coletiva. Isso cobriria o uso da documentação de direitos autorais, inclusive na forma de Informações de Gerenciamento de Direitos – *Rights Management Informations,* RMI – por entidades como organizações de gerenciamento coletivo ou o sistema Creative commons e examinaria como esses sistemas identificam ou podem contribuir para identificar o conteúdo protegido ou no domínio público.

Em relação aos sistemas de registro de direitos autorais, o papel das RMI tem um enorme potencial para identificar e localizar conteúdo. O RMI é prevalente no ambiente de rede, o que ajuda os usuários a personalizar suas pesquisas, encontrar o conteúdo que estão procurando e, quando apropriado, firmar contratos de licença com os proprietários de direitos[440].

Conforme destacado nos capítulos anteriores, informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que

439LDA, Art. 98 § 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

440WIPO. Committee on Development and Intellectual Property (CDIP). CDIP/4/3. Project on Intellectual Property and the Public Domain (Recommendations 16 and 20). Disponível em https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=129708 em 15/01/2020

pode e o que deve ser feito. A infraestrutura comum (os *commons*, ou "baldios") estaria representada pela própria rede, e os bens digitais seriam por natureza não rivais (podendo entretanto serem constritos, e ao mesmo tempo atuarem como constritores de comportamentos em rede).

Todos os sistemas de documentação de direitos autorais e, até certo ponto, todos os registros que oferecem algumas informações ao público fornecem bens comuns (produzidos por particulares). Além dos benefícios que resultam diretamente no registro de titulares de direitos, esses sistemas geram externalidades positivas na forma de informações disponibilizadas ao público em geral[441].

Ao considerar que os registros privados de direitos autorais geram efeitos positivos (mais ou menos relevantes) para a sociedade como um todo, pode ser aconselhável que os formuladores de políticas sustentem esses serviços. A alternativa à manutenção direta ou indireta dos sistemas privados de registro e documentação de direitos autorais tradicionalmente pensaria em reforçar os sistemas públicos de registro e documentação.

Quais são os prós e os contras de um sistema público na geração de bens comuns? Um problema constatado em muitos países é a dificuldade de os sistemas de registros públicos permanecerem atualizados com relação aos avanços tecnológicos. Outra questão seriam os custos: não apenas porque os sistemas públicos provavelmente precisam de apoio financeiro de órgãos públicos, mas também porque esses sistemas são mais caros, em média, para seus usuários diretos do que os privados, resultando em uma quantidade menor de informações relacionadas a direitos autorais.

Variedade e diversidade são atributos que também são apreciados pelos usuários. De fato, a diversificação de recursos é outro ponto forte dos registros privados. Existem vantagens para o registro público, um dos quais é o alto grau de confiança e imparcialidade que os órgãos públicos possuem (ou deveriam possuir). Isso sugere que, para apoiar sistemas de registro privados, a primeira medida a ser tomada é tornar explícitos os requisitos que os sistemas privados precisariam satisfazer para se qualificarem como uma fonte confiável e imparcial e,

441A razão pela qual isso equivale à provisão privada de bens comuns pode ser entendida, por exemplo, se considerarmos o problema de obras órfãs que poderia ser solucionado a partir de um registro aberto e voluntário. Não é de surpreender que alguns dos registros de direitos autorais que oferecem mais serviços a terceiros sejam os que definimos como *commons*.

consequentemente, alcançar um status equivalente aos sistemas públicos de registro, de modo a conceder a seus usuários as mesmas vantagens oferecidas pelo registro público.

Os registros privados de direitos autorais estão crescendo em termos tanto do número total de registros existentes quanto da quantidade total de obras registradas, e a quantidade de informações disponibilizadas pelos sistemas privados de documentação de direitos autorais estão crescendo em um ritmo ainda mais rápido (no número de centenas de milhões), graças a plataformas que permitem a anexação de informações estruturadas de licenciamento às EGCs.

Independentemente do sucesso em termos de registrantes, os registros privados de direitos autorais são um mecanismo de inovação, não apenas porque oferecem serviços novos, mais confiáveis ou convenientes aos seus usuários (por exemplo, registro automático ou sistemas de pagamento diversos), mas também porque incentivam outros players, incluindo plataformas online que oferecem conteúdo e registros públicos, a inovar diretamente – por meio de colaborações e parcerias – e indiretamente – por meio de competição e emulação (ou simples imitação)[442].

Também é razoável esperar que essa tendência a inovar continue; em parte graças às sinergias entre os serviços de registro e monitoramento de direitos autorais e aos desenvolvimentos em andamento relacionados à interoperabilidade do registro e às tecnologias da web semântica. Além disso, determinadas maneiras adicionais de inovação podem passar por colaborações tecnológicas explícitas e diretas entre registros privados (ou seus desenvolvedores) e EGCs ou registros públicos.

No geral, os registros privados não são apenas capazes de prestar um serviço a algumas categorias de criadores, mas também servem como bens públicos para a sociedade como um todo (e possíveis criadores em particular) na forma de informações acessíveis ao público sobre as obras registradas. No entanto, para fins práticos, a massa relevante de conteúdo com informações de direitos autorais associadas é fornecida por meio de recursos de documentação de direitos autorais incorporados nas plataformas de publicação de conteúdos associados às plataformas digitais e/ou às EGCs.

Em particular, as formalidades exigem que os detentores de direitos autorais forneçam a

442WIPO. Survey of Private Copyright Documentation Systems and Practices. Disponível em https://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_cr_doc_ge_11/pdf/survey_private_crdocystems.pdf em 15/01/2020

potenciais parceiros de transação informações suficientes para identificar o detentor dos direitos autorais, de modo que negociações sobre licenciamento ou aquisição de direitos possam começar.

Percebendo que o artigo 5 (2) de Berne e o artigo 9 (1) do TRIPS removeram formalidades do direito público, a perspectiva realista muda o foco da política para como aqueles sujeitos à regulamentação de direitos autorais podem criar substitutos privados para essas formalidades públicas. Nessa perspectiva, o espaço antes ocupado por um sistema de formalidades administrado por funcionários públicos foi privatizado, e não abandonado[443].

5.2.3. Registros de Obras Musicais e Fonogramas

Conforme analisado, uma particularidade deste mercado é que a rentabilização de seus ativos é bastante complexa; uma única música pode conter interesses de diversos titulares. A icônica "Garota de Ipanema", de Tom Jobim e Vinicius de Morais, é um excelente exemplo. Canção símbolo da Bossa Nova, é uma das músicas mais regravadas de todos os tempos. Cada um dos seus autores é representado por uma editora musical – no caso, Jobim Music Ltda. e Tonga Editora Musical Ltda., respectivamente. A última empresa, entretanto, tem seu repertório administrado pela Universal Music Publishing Ltda.[444]; portanto, qualquer interessado em realizar uma fixação desta obra terá que negociar com ao menos duas editoras – Jobim Music e Universal, as quais representam em conjunto os cinco titulares de direito autoral aqui mencionados.

Mas digamos que o hipotético produtor fonográfico interessado em regravar a canção estivesse de olho no mercado externo. Ele teria que incluir nesta equação também os direitos do versionista da obra derivada em língua inglesa, a tradução clássica de Norman Gimbell, bem como a autorização de sua editora.

Editoras registram as composições de seus autores junto às EGCs, mediante formulário que discrimina as informações das obras e seus autores, em especial qual o percentual de autoria

443CARROL, Michael W. A Realist Approach to Copyright Law's Formalities (June 23, 2014). 28 Berkeley Technology Law Journal 1511 (2013); American University, WCL Research Paper No. 2014-34. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2457995 em 15/01/2020

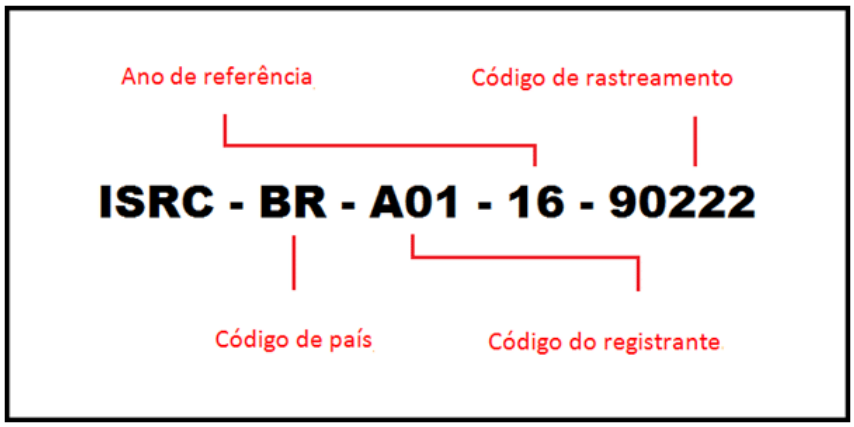
444Consulta ao ECADNET. Disponível em https://www.ecadnet.org.br/client/app/#/Detalhes/Obra/O/789 em 15/01/2020 mediante login

atribuído para cada, bem como o percentual de cada editora, e gerencia utilizações contratuais, como licenças de fixação ou sincronização. É responsabilidade dos autores e das editoras a manutenção de tais informações, mediante a apresentação de declarações e contratos para as entidades de gestão coletiva que os representam. As ECGs atuam na manutenção da consistência de tais informações, agindo como mediadoras no caso de disputas de titularidade – até um certo ponto. Em caso de impasses, meramente procedem ao bloqueio dos repasses até que as partes transijam ou litiguem[445].

De posse de todas estas autorizações e contratos, o produtor teria que então contratar um intérprete e músicos executantes para gravar a obra – afinal, ninguém escuta "obras", já que a composição é algo abstrato. Ela se materializa na interpretação; e a sua fixação resulta no fonograma. A partir deste ponto, nosso produtor deveria, em tese, publicar o fonograma, mediante a geração de um código ISO específico desta indústria – o ISRC, *International Standard Recording Code*, utilizado como referência na distribuição de direitos.

O ISRC é um código alfanumérico associado a uma planilha, a qual discrimina quais os titulares, e em qual proporção, dos fonogramas:

Figura 05. Estrutura do código ISRC



Fonte: https://blog.santoangelo.com.br/gere-o-isrc-e-receba-seus-direitos-autorais/

445Para arrecadação de verbas não-contratuais (comunicação ao público), as editoras recebem do ECAD mas também se apoiam em convênios com empresas especializadas em matches de obras com fonogramas para remuneração no ambiente digital; e não existe uma base única, global ou compreensiva que encompasse todas essas informações.

No Brasil, por convenção do ECAD, o *split* ou divisão percentual de um fonograma é assim distribuído:

> 41,7% para a rubrica de produtor fonográfico
> 41,7% para a rubrica de intérprete
> 16,6% para a rubrica de músico executante[446]

A geração do ISRC é responsabilidade do produtor fonográfico, já que ao publicar o fonograma este estabelece sua qualidade de titular originário do mesmo[447] - ou seja, o produtor fonográfico é a princípio o único autorizado a licenciar seu uso ou ceder tais direitos, em consonância com a natureza de bem móvel atribuída aos direitos autorais. Mas cada uma dessas rubricas, inclusive a de produtor fonográfico, pode ser subdividida de modo a contemplar os diversos arranjos contratuais ou negociais existentes – assim, é muito comum músicos independentes aceitarem contratos de distribuição com *majors* nos quais cedem parcialmente seus direitos de produção fonográfica, por exemplo. Tais contratos costumam também trazer provisões sobre as formas de exercício da titularidade, em tais casos.

Para continuar com o exemplo adotado, vamos supor que estamos tratando da gravação de "Garota de Ipanema" feita por Frank Sinatra em 1961 para o selo Reprise, da gravadora Warner. Neste caso, no Brasil, a Warner teria 41,7% deste fonograma; Sinatra, ou seus herdeiros, outros 41,7% relativos à rubrica de intérprete; os músicos executantes – bateria, piano, metais, etc., e inclusive o próprio Frank Sinatra (na qualidade de vocalista) – dividiriam os 16,6% relativos aos músicos executantes; vamos considerar um banda de jazz com seis integrantes, incluindo o vocal.

Portanto, podemos identificar os seguintes titulares de direitos relacionados àquele fonograma específico: autores, dois. Versionista, um. Editores, quatro (três editores diretos, um administrador). Gravadora, uma. Intérprete, um. Músicos executantes, seis, incluindo Sinatra, que também é intérprete, e entra em duas categorias: um total de quatorze pessoas físicas e jurídicas distintas, em quatro rubricas diferentes.

Em relação às receitas contratuais, são as categorias empresariais – editoras e gravadoras – que realizam a gestão de tais ativos, e prestam contas aos demais participantes. Entretanto, toda

446Regulamento de distribuição do ECAD, Art. 9º, item III
447Lei de Direitos Autorais (LDA), Lei 9.610/98 Art. 5º, XIV: Para os efeitos desta Lei, considera-se: titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.

a comunicação ao público é remunerada pela gestão coletiva, de forma direta para cada titular, com base em tais registros.

Estamos diante de um sistema complexo de remuneração de usos que se apoia em informações controladas em sua maioria por terceiros que não são os titulares das obras ou fonogramas, mas sim seus representantes contratuais ou sindicais, no sentido atribuído por Oliveira Ascensão.

Tais representantes atuam como *gatekeepers* dos dados, que são mantidos em *walled gardens*[448]: temos camadas e camadas de intermediários entre o usuário e os titulares das obras e fonogramas, entre plataformas de música e vídeo, distribuidoras digitais, agregadoras, gravadoras agentes, editores, administradores, e as próprias entidades de gestão, que realizam pagamentos com base em tais registros, porém os mantém longe do escrutínio público.

5.2.4. Interesse Público no Registro de Obras e Fonogramas

O interesse público, na área cultural, é o direito de acesso aos bens culturais. Os direitos autorais protegem o autor, individualmente, ou seus herdeiros, no entanto a arte tem como destinatário o público, toda a coletividade. No âmbito da relevância social da obra de arte, está o direito de acesso aos bens culturais, constitucionalmente tutelado[449].

É de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras, sobretudo porque o modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos mas também pela possibilidade de utilização de tais dados em contextos diversos. A Lei 12.853/13 alterou a redação do Art. 98 da Lei 9.610/98 para instituir algumas obrigações legais para as associações de autores, entre as quais a de manter cadastro atualizado de obras e titulares. A obrigação legal de manutenção do cadastro está assim delimitada:

448ZITTRAIN, Jonathan. The Future of the Internet – And How to Stop It. Yale University Press. New Haven & London: 2008.
449CONRADO, Marcelo M. A Arte nas Armadilhas dos Direitos Autorais: uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. UFPR. Curitiba: 2013.

> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013)
> [...]
> § 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

Da mesma forma, a redação do parágrafo sétimo do mesmo dispostivo legal determina o caráter público de tais informações:

> Art. 98 § 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações.

Conforme se verifica na LDA, são previstas a) a existência da obrigação legal de se manter o cadastro; b) o direito de qualquer outro interessado, em ter acesso a tal cadastro; e c) quais os dados mínimos que tal cadastro deve conter.

A LDA portanto estabelece obrigação legal, para as EGCs, de manutenção de cadastro centralizado de contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e fonogramas, bem como as *participações individuais em cada obra e em cada fonograma*.

Estabelece ainda expressamente que tais informações possuem caráter de interesse público, e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado de forma gratuita. Tais disposições foram incorporadas pela Lei 12.853/13, a qual alterou de maneira significativa o regime de obrigações e responsabilidades das EGCs e do ECAD.

O então Ministério da Cultura, por sua vez, promulgou a Instrução Normativa 03/15, a qual regulamenta, entre outros, quais são os dados mínimos que devem constar de tal cadastro[450].

450INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 7 DE JULHO DE 2015

Art. 2o § 1º As bases de dados a que se refere o inciso VIII do caput devem conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - dados relativos aos titulares de direitos filiados à associação: a) nome do titular e nome artístico, se houver; b) número de inscrição do titular no CPF ou no CNPJ; c) categoria do titular, como autor, compositor, intérprete, executante ou produtor de fonograma; e **d) relação das obras, interpretações ou execuções ou fonogramas sobre os quais o titular detém direitos, com indicação da porcentagem de participação do titular**

Cumpre notar que a Instrução Normativa, ao regulamentar o acesso a tais dados, houve por bem limitar o acesso às informação do público, inovando em relação ao texto legal e criando uma categoria de funcionários que detém acesso privilegiado aos dados de registro:

> Art. 6º As associações deverão tornar disponíveis gratuitamente ao público e aos seus associados informações sobre autoria e titularidade das obras, das interpretações ou execuções e dos fonogramas, tais como:
> I - no caso de obra musical: a) título da obra original; b) título da obra derivada, com referência à obra da qual deriva, se for o caso; c) nome dos autores da obra original; d) nome dos autores da obra derivada, se for o caso; e e) para cada autor, a identificação de seu editor ou subeditor, se for o caso;
> II - no caso de fonograma: a) título original da obra e título da versão, quando aplicável; b) data de lançamento ou de publicação, ainda que estimada; c) nome do grupo ou banda, se houver; d) nome ou pseudônimo dos intérpretes; e) nome ou pseudônimo dos arranjadores, coralistas, regentes e músicos acompanhantes, os respectivos instrumentos ou tipo de participação, se houver; f) nome do produtor fonográfico; e g) país de origem;
> [...]
> §1º **Além das informações dispostas no caput, as associações disponibilizarão, gratuitamente, à Diretoria de Direitos Intelectuais, para fins de consulta, e aos seus associados,** todas as informações necessárias para a correta identificação das obras, interpretações ou execuções e fonogramas de titularidade ou autoria de seus associados, administrados pela associação, **tais como:**
> I - no caso de obra musical: a) códigos identificadores; b) data de cadastro da obra; c) identificação da associação que cadastrou a informação; **d) porcentagens de cada participação na titularidade da obra**; e e) contratos, declarações e documentos de qualquer natureza, quando for titular ou tiver participação na obra;
> II - no caso de fonograma: a) país ou países da primeira publicação; e b) caso não tenha sido publicado originalmente em Estado contratante da Convenção Internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, promulgada pelo Decreto nº 57.125, de 1965, se, dentro dos trinta dias seguintes à primeira publicação, foi também publicado em Estado contratante, com comprovação;

Tal distinção é contrária à lei federal, a qual não estabelece qualquer limite para tal acesso, mormente em prol das conclusões obtidas a partir da análise de precedentes do STF, o qual realizou o julgamento conjunto de duas ADIns que contestaram a lei 12.853/13, que modificou dispositivos da lei de direitos autorais (9.610/98). A norma foi questionada em duas ADIns, uma ajuizada pelo Ecad e mais 6 associações de titulares de direitos autorais, e a outra ajuizada pela UBC - União Brasileira de Compositores e pela Ubem - União Brasileira de Editoras de Músicas; nos dois casos, as EGCs – que são as controladoras dos dados, mas não suas titulares – esgrimem um suposto direito de intimidade ou privacidade por parte dos autores como

---

sobre cada obra, interpretação ou execução ou fonograma e dos códigos de identificação de obra ou fonograma;
[...]

motivo para não abrir mão do controle do banco de dados, o qual lhes foi negado pela Corte.

A lei 12.853/13 previa que o Ecad fosse fiscalizado pelo hoje extinto Ministério da Cultura (MinC), que poderia interferir em seu funcionamento em caso de irregularidades. Estabelece também que as associações de gestão coletiva integrantes do Escritório devem manter um cadastro atualizado dos titulares, obras e fonogramas. Na exposição de motivos do projeto de lei que gerou a Lei 12.853/2013, assim se expressou o MinC sobre o tema (grifo nosso):

> O serviço de registro público de obras e fonogramas, apresenta importante e inovadora estruturação com a unificação da sua base de dados informatizada, a ser administrada pelo Ministério da Cultura, onde serão reunidos todos os dados e elementos para tornar possível a proteção efetiva das obras e fonogramas e a identificação do seu domínio público, **para efeito do seu livre acesso, utilização e exploração, mesmo econômica, sem as restrições impostas pelo direito de autor**. Além disso, prestará serviços on-line pela internet e de gerenciamento e compartilhamento dessas informações agrupadas com os órgãos públicos e atores da sociedade civil interessados, licenciamento de obras no meio digital e fornecimento dos elementos e dados necessários à elaboração de índices e indicadores da produção cultural nacional[451].

Segundo os autores das ADIns, os dispositivos alterados e acrescentados à lei 9.610/98, pela lei 12.853/13, introduziram no ordenamento jurídico normas desproporcionais e ineficazes para os fins a que se destinam, além de violar diretamente princípios e regras constitucionais concernentes ao exercício de direitos eminentemente privados e à liberdade de associação.

De acordo com as associações, as alterações seriam incompatíveis com os princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa, a propriedade privada, a liberdade de associação, o direito à intimidade, a proporcionalidade, o devido processo legal, a separação entre os Poderes e as respectivas regras que materializam, na ordem constitucional, tais princípios; a lei 12.853/13 retomaria, de forma mais invasiva, o modelo de intervenção estatal do sistema que vigorava antes da promulgação da Constituição de 1988.

Em relação ao ponto específico de acesso às informações sobre obras e fonogramas, as requerentes da ADI nº 5.065 sustentaram que o art. 98, §§6º, 7º e 8º da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, "torna de 'interesse público' e acessíveis a 'qualquer

451MINC. EM. 000 /2011. Exposição de motivos relativa à mudança da Lei Autoral – CGU.

interessado' todas as informações referentes à participação de cada titular de direitos 'em cada obra e em cadafonograma', assegurando ao Ministério da Cultura 'acesso contínuo e integral atais informações'; além de atribuir ao Ministério da Cultura o papel de árbitro emconflitos privados". Pedem a inconstitucionalidade das referidas regras por ofensa ao direito à privacidade**,** e ao princípio da proporcionalidade.

Particularmente, as requerentes alegam que a proteção constitucional à intimidade garante ao titular de direitos autorais a possibilidade de se opor à divulgação pública de informações referentes à sua participação em determinada obra. Relembram que "é prática absolutamente corrente em diversos tipos de manifestação artística o uso do pseudônimo", seja para a proteção do autor, seja para viabilizar a execução de suas obras. Nesse contexto, o dispositivo legal estatuiria um controle público e estatal sobre tais participações, e violaria o direito à intimidade dos autores.

Ressaltam ainda que os titulares de direitos autorais têm acesso, no âmbito das Associações de que participam e do próprio ECAD, às informações relevantes para o fim de acompanhamento e controle de seus respectivos direitos patrimoniais; daí que a disposição legal ora comentada não guarda qualquer relação com esse direito do autor, limitando-se a criar um controle público e estatal sobre as obras musicais, a documentação e os contratos a elas relativos; controle este que, segundo a petição inicial, confere a órgão estatal poderes de avaliar essas informações e mandar retificá-las, se considerá-las inconsistentes.

Na ADI nº 5.065, a UBC alega que a disponibilização de dados é prerrogativa exclusiva do titular de direitos autorais. Uma obra musical ou uma gravação sonora reúne um elenco de titulares e informações acerca do controle econômico da obra, os percentuais de remuneração, cujos dados são particulares e não podem ser disponibilizados para suprir curiosidade alheia. Aduz que tais informações estão abrigadas pelo direito da privacidade e do sigilo de dados, conforme definido na CF em seus incisos X e XII, do artigo 5º. E conclui: ainda que possam parecer passíveis de acesso, este só poderá ocorrer mediante autorização expressa do seu proprietário, sendo vedado às associações darem cumprimento ao determinado pela Lei, sob pena de violarem os direitos pessoais de seus associados.

Tais argumentos foram examinados pelo STF. Em seu voto[452], o relator, ministro Luiz Fux, pontuou que as garantias gerais, como propriedade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação, não são por si incompatíveis com a presença da regulação estatal. Ele ressaltou que o próprio monopólio do Ecad é produto da intervenção do Estado:

> Tenho dificuldades de sufragar os argumentos apresentados nestas ações diretas por uma singela razão: o ECAD ostenta, por força de lei, o monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas (lei 9.610/98, art. 99). Ora, sendo o único escritório regular, nenhuma associação eventualmente barrada ou excluída do ECAD terá meios de fiscalizar e cobrar pela execução pública das obras pertencentes ao seu repertório. É evidente, neste caso, a fragilização da tutela jurídica dos direitos do autor, assegurada expressamente pelo art. 5º, XXVII, da CRFB.

O ministro relatou em seu voto também a experiência internacional, na qual, segundo ele, é variado o grau de participação do estado na gestão coletiva de direitos autorais e essa pluralidade de regimes sugere que não existe modelo único perfeito e acabado de ação estatal nesse campo:

> O maior ou o menor protagonismo do Poder Público depende das escolhas políticas das maiorias eleitas. No Brasil, em 1973, a Lei nº 5.988 previu um modelo regulatório com ampla supervisão estatal. Em 1998, com a Lei nº 9.610, optou-se por não haver supervisão pública. Em 2013, a Lei nº 12.853 retomou, com prudência e cautela, como pude constatar, o monitoramento, agora exercido pelo Ministério da Cultura. Essa experimentação de diferentes modelos ao longo dos tempos é a essência do jogo democrático.

O ministro explica que "os argumentos não convencem". O novo marco regulatório do setor previu "um cadastro unificado de obras, que será administrado de forma aprevenir o falseamento de dados e promover a desambiguação de títulos similares de obras, dando-se publicidade aos dados que são de interesse público, mas preservando-se as informações de cunho somente individual como valores distribuídos a titular".

O interesse público na existência deste cadastro unificado de obras explica-se, portanto, a partir de duas finalidades básicas: (i) prevenir a prática de fraudes e (ii) evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares. Essas finalidades decorrem de diagnóstico fático quanto à fragilidade do sistema anterior. A pouca transparência

452STF. ADI 5.065 Distrito Federal. Voto do Relator Min. Luis Fux.

quanto à gestão coletiva pode ameaçar a proteção efetiva do direito autoral e expor usuários a cobranças indevidas. O ministro pondera entre os princípios em jogo:

> Não considero que a Lei nº 12.853/2013, ao criar o cadastro público centralizado, tenha extrapolado os limites conferidos ao legislador para a conformação e o equacionamento de conflitos existentes entre direitos fundamentais. Com efeito, embora haja impacto sobre o direito à privacidade dos titulares, é de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras, sobretudo porque o modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos (art. 98, §15).

Em relação à execução pública, o Brasil utiliza como parâmetro para distribuição de direitos o catálogo de obras e fonogramas mantidos pelo ECAD, o qual por obrigação legal[453] deveria ser amplamente acessível, inclusive no que diz respeito aos seus mecanismos de solução de controvérsias.

A lei 12.853/13, ao alterar a LDA, prevê que o ECAD e as associações que o compõem devem manter um cadastro atualizado dos autores e de suas obras. A Lei ainda prevê que tais informações são de caráter público e devem ser fornecidas gratuitamente para qualquer interessado. A constitucionalidade desta Lei foi portanto declarada, com exame expresso da questão do acesso ao cadastro, no julgamento das ADIn 5.062 e ADIn 5.065, que foram apensas e restaram assim ementadas – aqui parcialmente reproduzida, apenas com a matéria em comento:

> ADI 5062 / DF. ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE. [...]
> 4. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, impõe a divulgação de informações concernentes à execução pública de obras intelectuais, notadamente músicas, e à arrecadação dos ADI 5062 / DF respectivos direitos (art. 68, §§ 6º e 8º, e art. 98-B, I, II e parágrafo único), além de vedar a pactuação de cláusulas de

453LDA, Art. 98 […] § 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

§ 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindose ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações.

> confidencialidade nos contratos de licenciamento (art. 98-B, VI), estabelecendo penalidades em caso de descumprimento (art. 109-A). [...]
> 6. O art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, ocupando, assim, um espaço público não-estatal, conforme sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 201.819 (red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, rel. Originária, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006). [...]
> 18. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013: a) exige que as associações mantenham e disponibilizem, por meio eletrônico, cadastro centralizado de dados relativos aos direitos autorais (art. 98, §6º), assegurando ao Ministério da Cultura acesso contínuo e integral a tais informações (art. 98, §7º); b) atribuí ainda ao Ministério da Cultura o papel de arbitrar eventuais conflitos e de retificar as informações necessárias (art. 98, §8º).
> 19. O cadastro unificado de obras justifica-se como forma de (i) prevenir a prática de fraudes e (ii) evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares; problemas esses que vicejavam ante a pouca transparência da sistemática anterior. [...]

Assim, considerando a expressa disposição legal, conjugada com a interpretação oferecida pelo STF, resta claro que o direito à privacidade dos titulares de obras e fonogramas não subsiste, em face do direito da sociedade ter acesso a tais informações.

5.3. ACESSO AO REGISTRO DE OBRAS E FONOGRAMAS NO BRASIL

Todavia, a efetivação de tal direito não se verifica, no caso brasileiro. Ainda que se observe tanto a obrigação legal de manutenção de tais informações (inclusive dos percentuais relativos às participações individuais em obras e fonogramas) quanto do acesso que deveria ser comum aos titulares, público geral e poder público, na prática o que se observa é que foi criado um regime diferenciado para acesso a tais informações por intermédio de instrução normativa do então Ministério da Cultura, que acaba sendo o único ente a ter acesso a todas as informações do registro, excetuadas as EGCs.

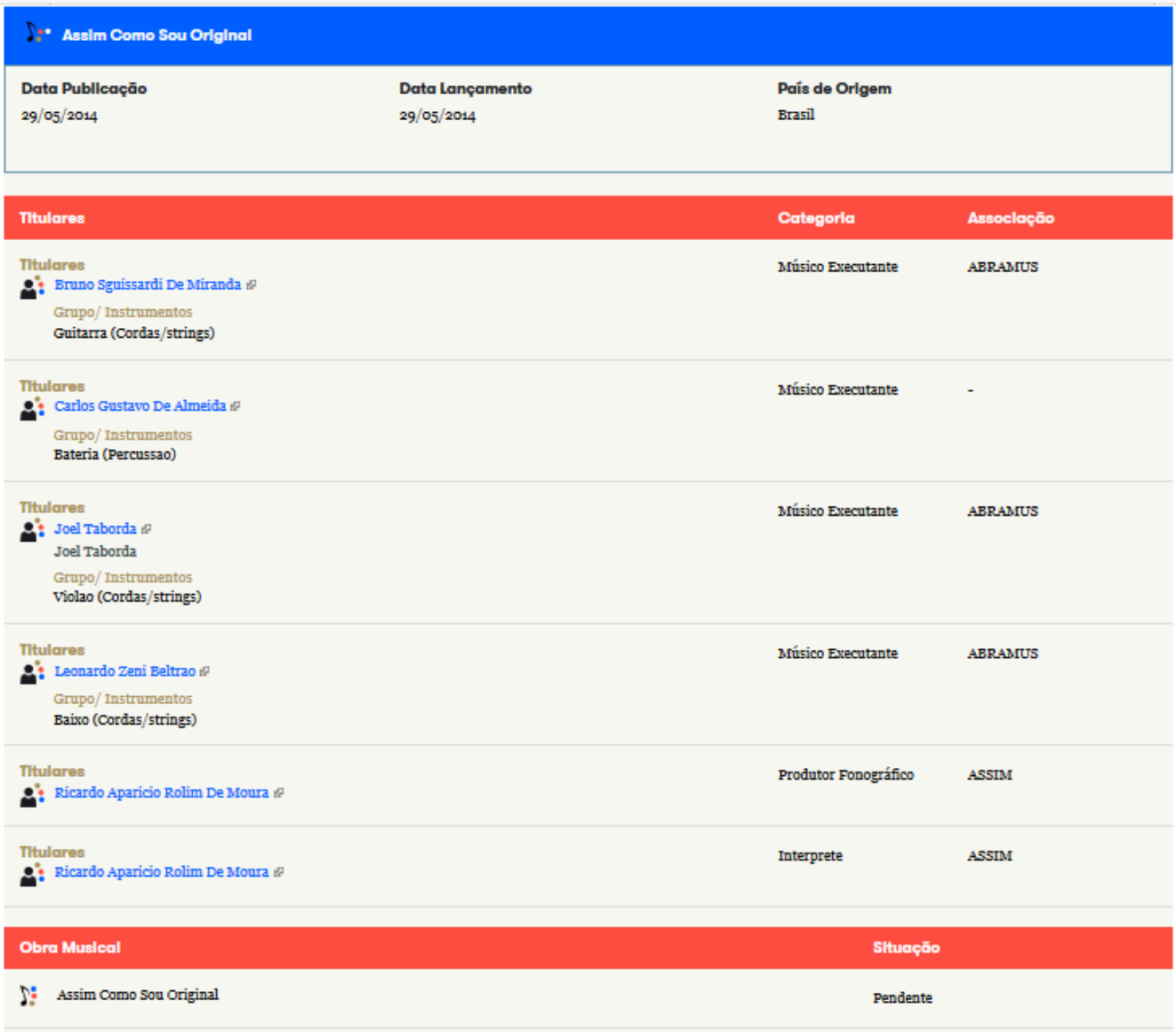
O acesso oferecido ao público é incompleto e parcial. Este se dá por meio do sistema ECADNet – https://www.ecadnet.org.br/, no qual são oferecidas duas modalidades de acesso (“Publico geral” e “Ministério do Turismo”, o qual absorveu as funções do Ministério da Cultura). Na modalidade “Público Geral”, as consultas podem ser realizadas por Titular, Obra ou Fonograma. Os resultados de tais consultas, entretanto, estão limitados aos campos de

titularidade, mas não incluem os percentuais atribuídos a cada titular.

Os titulares possuem acesso completo, mas apenas às suas próprias obras e fonogramas; e o público geral possui o acesso limitado aos nomes e categorias, mas não aos *splits* – aos percentuais individuais de titularidade. Para as EGCs, o direito à informações sobre as participações individuais nas obras e fonogramas está limitado ao direito do público em saber se fulano tocou guitarra, beltrano bateria, quem é o intérprete e qual a gravadora.

Assim, comparem-se os seguintes quadros. O primeiro é o resultado de uma consulta ao sistema ECADNet, aberto ao público em geral, sobre o fonograma "Assim como sou", gravado pelo músico e compositor Ricardo Moura:

Figura 06. Consulta ECADNet – fonograma "Assim Como Sou" (Ricardo Moura)



Assim Como Sou Original

Data Publicação	Data Lançamento	País de Origem
29/05/2014	29/05/2014	Brasil

Titulares	Categoria	Associação
Titulares Bruno Sguissardi De Miranda Grupo/ Instrumentos Guitarra (Cordas/strings)	Músico Executante	ABRAMUS
Titulares Carlos Gustavo De Almeida Grupo/ Instrumentos Bateria (Percussao)	Músico Executante	-
Titulares Joel Taborda Joel Taborda Grupo/ Instrumentos Violao (Cordas/strings)	Músico Executante	ABRAMUS
Titulares Leonardo Zeni Beltrao Grupo/ Instrumentos Baixo (Cordas/strings)	Músico Executante	ABRAMUS
Titulares Ricardo Aparicio Rolim De Moura	Produtor Fonográfico	ASSIM
Titulares Ricardo Aparicio Rolim De Moura	Interprete	ASSIM

Obra Musical	Situação
Assim Como Sou Original	Pendente

Fonte: ECADNet

É possível verificar quais os músicos acompanhantes, quem é o produtor fonográfico e quem é o intérprete. E só. As "participações individuais" informadas se limitam à categoria de cada titular, e no caso dos músicos, quais instrumentos tocaram. Compare-se com o quadro abaixo, que é o ISRC deste mesmo fonograma, gentilmente cedido pelo artista para esta pesquisa:

Figura 07. ISRC "Assim Como Sou" (Ricardo Moura)

Produtor Fonográfico: RICARDO APARICIO ROLIM DE MOURA **CPF/CNPJ:** 530.450.419-49
Endereço: RUA ACYR GUIMARAES, 436 **Telefone:** 41 92

Responsável pela autorização da reprodução da obra:
Título da Obra: ASSIM COMO SOU (ASSIM COMO SOU)
Título da Versão: ORIGINAL **Subtítulo:** ASSIM COMO SOU

ISRC: BRRRD1400001 **GRA:** **Lançamento:** 29/5/2014
Procedência: NACIONAL **Gênero:** POP ROCK **Gravação Original:** 10/2/2012 **Duração:** 04:27
Classificação: STUDIO **Tipo de Mídia:** CD **Emissão:** 29/5/2014
Instrumental: NÃO **Catálogo:** R001

TITULARES - ÁREA AUTORAL

NOME CIVIL	CATEGORIA	TP	CÓD	CPF/CNPJ/ECAD	PSEUDÔNIMO	PART(%)
RICARDO APARICIO ROLIM DE MOURA	COMPOSITOR/AUTOR	1		530.450.419-49	RICARDO MOURA	100

TITULARES - ÁREA CONEXA (INTÉRPRETES E PRODUTORES)

CATEGORIA	NOME CIVIL	TP	CÓD	CPF/CNPJ/ECAD	PSEUDÔNIMO	COLETIVO	PART(%)
INTERPRETE	RICARDO APARICIO ROLIM DE MOURA	1		530.450.419-49	RICARDO MOURA		41,7
PRODUTOR FONOGRÁFICO	RICARDO APARICIO ROLIM DE MOURA	1		530.450.419-49	RICARDO MOURA		41,7

TITULARES - ÁREA CONEXA (MÚSICOS ACOMPANHANTES)

INSTRUMENTO	NOME CIVIL	TP	CÓD	CPF/CNPJ/ECAD	PSEUDÔNIMO	OMB
GUITARRA	BRUNO SGUISSARDI DE MIRANDA	1		033.045.099-92		
BATERIA	CARLOS GUSTAVO DE ALMEIDA	1		026.464.229-54	CARLOS ALMEIDA	
VIOLAO	JOEL TABORDA	1		039.507.169-04	JOEL TABORDA	
BAIXO	LEONARDO ZENI BELTRÃO	1		996.274.429-68		

COLETIVOS DO FONOGRAMA

NOME	PSEUDÔNIMO

Fonte: Ricardo Moura

Mediante exame das informações do ISRC, é possível extrair as informações detalhadas sobre as participações individuais de cada titular de direitos associada àquele fonograma, em especial os *splits*, as porcentagens individuais atribuídas a cada participante daquela gravação. São estes os dados relativos às participações individuais; são estas as informações que realmente importam no sentido de extração de valor, de generatividade de rede e de construção de um domínio público positivo.

Saber que o músico X tocou bateria no fonograma Y é trivial. Saber que a participação de tal baterista no fonograma em questão corresponde a um percentual determinado, por outro lado, aumenta de forma exponencial os usos potenciais de tal informação: permite a criação de sistemas de pagamento automatizados que dispensem intermediários; permite a aplicação do princípio da cartularidade no direito autoral, possibilitando a construção de modelos de rentabilização de tais ativos, como a criação de carteiras ou fundos de investimentos ou ainda a tokenização das obras e fonogramas, gerando artefatos digitais que respondam a *smart contracts*; evita ambiguidades; permite a intervenção individual na gestão de tais direitos, possibilitando que

músicos e compositores recebam diretamente seus quinhões dos usuários diretos; e torna factível o mapeamento do domínio público no ambiente digital, entre diversas outras possibilidades.

Atualmente, no Brasil, não é possível o acesso às particpações individuais sobre obras e fonogramas. Estas conclusões são amparadas no entendimento extraído de duas ações judiciais propostas pelo autor da presente pesquisa, movidas com o objeto de obter acesso ao registro completo de obras e fonogramas.

Considerando que a lei estabelece que são as associações de titulares as responsáveis pela manutenção de tais informações, e que a UBC e a Abramus respondem por aproximados 85% do mercado brasileiro, foram manejadas ações judiciais em Curitiba, capital do Estado do Paraná, sede da UFPR, contra UBC e Abramus, pelo pesquisador, almejando acesso ao registro completo de obras e fonogramas, inclusive os *splits*. As ações ainda não transitaram em julgado.

5.3.1. Ação UBC

A ação contra a UBC corre junto à 21ª Vara Cível de Curitiba, sob o n. 0004336-36.2017.8.16.0194. Da sentença exarada em 19/01/2018, a qual julgou improcedente o pedido com base em que a instrução normativa do então MinC, a qual regulamenta o acesso, reserva tal acesso ao Executivo – grifos nossos:

> Trata-se o presente caso de uma ação de obrigação de fazer em que a parte autora pugna pelo acesso ao cadastro das informações relacionadas no artigo 98, § 6º da Lei 9.610/98, ao argumento de que tais dados são fundamentais para a confecção e conclusão de sua tese de doutorado na Universidade Federal do Paraná.
> A questão se cinge, porém, quanto a obrigatoriedade da parte ré em disponibilizar ao autor as informações por ele postulada, a saber, aquelas relacionadas no artigo 98, §6º da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).
> A Lei nº 9.610/98 exige que as associações mantenham e disponibilizem, por meio eletrônico, cadastro centralizado de dados relativos aos direitos autorais (art. 98, §6º), assegurando ao Ministério da Cultura acesso contínuo e integral a tais informações (art. 98, §7º).
> Atribui, ainda, ao Ministério da Cultura o papel de arbitrar eventuais conflitos e de retificar as informações necessárias (art. 98, §8º).
> Dito isto, foi determinada a expedição de ofício ao Ministério da Cultura para emissão de parecer específico sobre o caso discutido nestes autos.
> Sobre a controvérsia, o Ministério da Cultura assim manifestou no item 6 do ref. 79.1:
>
> 6. Em consulta realizada ao sítio eletrônico da União Brasileira de Compositores (UBC), verifica-se que as informações acima listadas são disponibilizadas ao público em geral.

> Cumpre informar, ainda, que, nos termos do parágrafo único do Art. 11 do Decreto 8.469/2015, no caso das associações para execução musical pública, tais informações podem ser disponibilizadas pelo Ecad, tendo sido verificada no portal EcadNet que tais informações também estão disponíveis ao público geral.
>
> Complementou, ainda, que é facultativo o fornecimento de informações sobre as participações individuais nas obras a qualquer interessado, mas sim somente a diretoria de Direitos Intelectuaisaos seus associados (ref. 79.1 –itens 7 e 8).
> Por fim, o autor sustenta que há uma sobreposição da Instrução Normativa nº 03/2015 do Ministério da Culturasobre a lei 9.610/98, desrespeitando a hierarquia das normas. As instruções normativas são atos públicosmais detalhistas e devem satisfazer os preceitos contidos nas Leis. Existem para permitir a execução das leis de forma mais detalhada. A Instrução Normativa nº 03/2015 do Ministério da Cultura não inovou, nem modificou o texto legal, mas veio, de maneira mais detalhada, especificar as informações que devem ser disponibilização ao público pelas referidas associações.
> Logo, se **o órgão estatal competente pelo controle considera consistente as informações prestadas pela ré, ou seja, as informações previstas em lei são disponibilizadas pela ré por meio eletrônico e gratuitamente, não há como obrigar a parte ré a cumprir o que fora postulado, razão pela qual a improcedência da demanda é a medida que se impõe.**

Diante de tal decisão foi interposta apelação em cujas razões foram alegados, no mérito, que: (a) em razão da sua natureza jurídica, a ré se submete à Lei de Acesso à Informação; (b) a apelada deve, *in casu*, disponibilizar na rede mundial de computadores o disposto no art.98, § 6 e 7, da Lei 9.610/98, especificamente sobre as participações individuais nas obras, quais sejam, as porcentagens de cada artista; (c) os preceitos contidos na Leinº 9.610/98 não devem ser relativizados por Instrução Normativa. Tal apelação restou assim acordada, grifos nossos:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – RECURSO DO AUTOR. ALEGAÇÃO DE QUE A RÉ SE SUBMETE À LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LEI Nº 12.527/11) EM RAZÃO DA SUA NATUREZA JURÍDICA – IMPROCEDÊNCIA – RÉ QUE NÃO É ÓRGÃO PÚBLICO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL MUNICÍPIOS, NEM TAMPOUCO RECEBE RECURSOS PÚBLICOS DIRETAMENTE DO ORÇAMENTO, MEDIANTE SUBVENÇÕES SOCIAIS OU OUTRO INSTRUMENTO CONGÊNERE. ALEGAÇÃO DE QUE OS PRECEITOS CONTIDOS NA LEI Nº 9.610/98 NÃO DEVEM SER RELATIVIZADOS POR INSTRUÇÃO NORMATIVA – IMPROCEDÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA DE RELATIVIZAÇÃO DA LEI – INSTRUÇÃO NORMATIVA QUE TEM A FINALIDADE DE DETALHAR COM MAIOR PRECISÃO O CONTEÚDO DA LEI. PEDIDO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DOS PERCENTUAIS DE CADA ARTISTA SOBRE AS PARTICIPAÇÕES INDIVIDUAIS NAS OBRAS – IMPROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DESSA INFORMAÇÃO AO PÚBLICO – DISPONIBILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO RESTRITA À DIRETORIA (DE DIREITOS INTELECTUAIS) E

> AOS ASSOCIADOS. RECURSO NÃO PROVIDO, COM MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FASE RECURSAL[454].

Cabe comentário entretanto sobre o voto do relator do recurso, já que este afirma:

> Acrescente-se que a expressão "participações individuais" presente no §6º do artigo 98 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/983) deve ser interpretada de maneira sistemática com o restante do diploma normativo, de modo que, tal como consta no artigo 17 da mesma Lei, diz respeito à identificação das participações individuais em cada obra e em cada fonograma, inclusive coletivas, com a respectiva divulgação (§7º do art. 98), **e não à identificação dos percentuais das respectivas remunerações que cada associado ou terceiro recebeu em razão da sua participação individual.**

O objeto da ação não era a identificação das respectivas *remunerações* ou *royalties*, mas sim quais os percentuais de titularidade atribuídos a cada titular das diversas obras e fonogramas. O valor dos *royalties* percebidos de forma individualizada diz respeito ao interesse financeiro de cada titular; mas o percentual de titularidade de obras e fonogramas é informação que possui caráter público – desde interessados diretos, como demais titulares ou interessados em utilizar tais obras e fonogramas, até interesses indiretos que incluem o domínio público ou o tratamento de tais dados.

O mesmo voto declara ainda a abordagem diferenciada do poder público no acesso à informações sobre obras e fonogramas:

> Da análise do §1º do artigo 6º da instrução normativa supratranscrita é possível concluir que a disponibilização do percentual de cada artista nas"participações individuais em cada obra e em cada fonograma", prevista no § 6ª do artigo 98 da Lei nº 9.610/98, é restrita à Diretoria de Direitos Intelectuais e aos associados. **Não se trata, portanto, de informação que deve estar disponível ao público geral.**

O processo foi admitido em 03/09/2020 em grau de Agravo em Recurso Especial – Aresp 1751604/PR – pelo Superior Tribunal de Justiça, e aguarda distribuição interna.

5.3.2. Ação Abramus

454APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004336-36.2017.8.16.0194, 17ª Câmara Cível, TJ/PR

A segunda ação, movida contra a Abramus, corria na 14ª Vara Cível de Curitiba (Processo 0004335-51.2017.8.16.0194), e foi movida com base nos mesmos argumentos da anterior. Entretanto, e ainda que exista sede da Abramus na cidade de Curitiba, houve por bem o juízo *a quo* declinar a competência para a cidade de São Paulo, decisão mantida em sede de agravo. Até o momento não há decisão de mérito no caso, tendo a lide até agora se limitada a questões processuais relativas ao foro. O processo está em fase de saneamento.

5.4. REGISTROS DESCENTRALIZADOS

Nas indústrias musicais *post-record*, a gravação é deslocada – como forma de arte, como artefato, como mercadoria tangível. Os músicos ainda fazem gravações, e estas são mercantilizadas de maneiras novas e antigas. Mas não são mais centrais para determinar o escopo e o sucesso da publicação de repertórios, turnês ao vivo, a demanda por mercadorias, os orçamentos do estúdio e as aparições dos artistas na mídia. A gravação – em CD, como download, como fluxo – perde valor como produto industrial, como uma mercadoria tangível vendável e como um símbolo cultural. Dentro da economia digital, a gravação adquire novos valores de troca como conteúdo e mercadoria de dados, e novos valores de uso para os consumidores no fluxo sônico onipresente por meio de assinaturas, aplicativos, *playlists* e assim por diante[455].

Músicos, gravadoras e editoras têm feito campanha para que a música gravada seja reconhecida por seu valor criativo e artístico (ao invés de conteúdo que atrai tráfego) e receba maior recompensa econômica pelas características que a tornam valiosa, e seu valor deve ser reconhecido, tanto culturalmente quanto economicamente. À medida que os conglomerados digitais continuam a influenciar as condições em que a música circula e é consumida, há mais conflitos iminentes sobre como os músicos e as companhias musicais devem ser recompensados pelo valor de dados de sua música.

Embora há alguns anos ofertas legítimas de mídia comercial estivessem ausentes da

455NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

Internet e o conteúdo de mídia fosse compartilhado por meio de redes de compartilhamento de arquivos ponto a ponto (P2P), as empresas hoje parecem ter descoberto novos modelos de negócios aproveitando o *long tail*[456], conteúdos criados pelo usuário e micro-publicidade. Aparentemente, esse novo acordo é que os consumidores (usuários) geram conteúdo e as empresas comerciais usam esses dados para seus serviços na web. Os consumidores podem usar esses serviços gratuitamente junto com o conteúdo publicitário ou sem anúncios e com recursos adicionais ao pagar uma taxa de assinatura. Como o modelo *freemium*[457] geralmente não compensa as obras do usuário nem do artista, temos evidências claras de que ainda falta uma plataforma interoperável para a gestão de direitos autorais, compensação de direitos e micropagamento de serviços.

Operadores de rede, EGCs e plataformas de conteúdo parecem estar bastante satisfeitos com o status quo, que preserva seus monopólios. Portanto, eles mantêm obstáculos técnicos e legais, por exemplo, operando sistemas proprietários de gerenciamento / faturamento de assinantes ou concedendo acesso aos seus serviços por meio de contratos de licença de usuário final (EULAs), que são um mistério para o consumidor médio, ou bloqueando pura e simplesmente o acesso aos dados. Os provedores de serviços, em sentido amplo, controlam os negócios. Essencialmente, parece claro que tais empresas não pretendem apoiar os criadores. Ao lhes fornecer os meios para se beneficiarem de suas criações, as plataformas obtém o seu *overhead* simplemente porque são os nós centrais de tais redes.

5.4.1. Distribuição Direta

Teoricamente, o estado tecnológico atual permitiria aos usuários finais que desejam acessar determinado conteúdo negociar diretamente com os titulares. Ainda assim, nenhuma solução genérica para a compensação de direitos e pagamento de conteúdo está no horizonte, que seja compatível com várias plataformas e fornecedores. Portanto, da perspectiva dos criadores e usuários finais, a melhor solução seria um sistema descentralizado onde pares individuais (criadores e usuários finais) podem registrar o conteúdo e negociar entre si os termos e condições

456ANDERSON, Chris. The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More. Hyperion: 2006.
457Cf. item 5.1.2, acima.

de uso do conteúdo[458]; em suma, uma rede descentralizada de titulares de direitos / usuários com dados amplamente acessíveis, de maneira que sua topografia permita o mapeamento dos recursos disponíveis em função do seu status de direitos (positivos e negativos), gerando a camada de dados sobre a qual pudessem rodar aplicações distribuídas.

Já em 2008, a Electronic Frontier Foundation. EFF, formulou uma proposta bastante coerente para a gestão de direitos no meio digital, que partia do princípio do licenciamento coletivo voluntário. Nos termos da proposta, a indústria musical deveria formar várias entidades de gestão, as quais ofertariam aos fãs a oportunidade de se "legalizarem" ("*get legit"*), a partir do pagamento de taxas entre US$ 5 a US$10 mensais, com um rateio do volume total gerado pelo número de usuários numa razão proporcional à popularidade das obras. O modelo então proposto diferia de propostas de *levy*, já que partia do pressuposto da coordenação entre a adesão voluntária e a dinâmica do mercado. A métrica proposta seria pelo monitoramento de tráfego das redes P2P misturado com uma análise por amostragem[459].

O foco da proposta estava centrado em monetizar os usuários de redes P2P, por meio de vários incentivos de mercado como pagamentos indiretos via ISPs ou universidades, ou ainda ao se legalizarem iniciativas P2P, afastando a incerteza jurídica deste mercado. Não foi exatamente o que se verificou; as redes P2P continuaram existindo numa área cinzenta entre a cópia privada, argumentos exaltados sobre quedas de vendas na indústria e artistas destacando seu potencial de divulgação.

Mesmo assim, o que se constata é o sucesso do modelo de acesso completo ao catálogo, mediante assinatura, apesar da absoluta divergência que se observa entre alguns dos mecanismos então propostos e as maneiras em que tal situação se concretizou. A banda larga é fator primordial neste processo, como se vê, já que possibilitou a emergência do modelo até então inédito do streaming.

Ao mesmo tempo em que as redes P2P permanecem como *locus* de exercício da cópia privada, elas essencialmente perdem valor em face da agregação de serviços disponíveis em

458ALTON-SCHEIDL, R. BENSO, J. SPRINGER, M. The Value of Registering Creative Works. In: DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.
459EFF. A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing. 01/04/08. Disponível em https://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing em 15/01/2020

modelos de acesso ao catálogo, mediante remuneração. O sucesso do modelo Netflix, por exemplo, reside na facilidade e no conforto com que se assiste a um filme (legendado, direto na TV, ampla variedade do repertório) em contraste com o empenho despendido e o conhecimento necessário para se achar um arquivo torrent, esperar o download, localizar uma legenda compatível, etc. Portanto, há que se reconhecer definitivamente a existência deste espaço semi-privado representado pelas redes P2P, e se pensar em mecanismos de gestão coletiva que efetivamente busquem a remuneração e explorem modelos inovadores.

Uma tentativa no mundo real de criar um registro voluntário é o projeto conjunto entre um grupo de diferentes EGCs: Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) e PRS for Music[460].

Este projeto tem como objetivo desenvolver uma prova de conceito sobre o uso de *blockchain* para melhorar a precisão dos dados para titulares de direitos. O objetivo é criar um protótipo para um sistema compartilhado que gerencia informações autorizadas de direitos autorais de músicas. O sistema consistiria em um banco de dados descentralizado de metadados em obras musicais "com atualização em tempo real e recursos de rastreamento". Ele gerenciaria as ligações entre dois códigos padrão de gravações musicais existentes, a saber, o International Standard Recording Code (ISRC) e o International Standard Work Code (ISWC).

Bodó, Gervais e Quintais afirmam que as registros baseados em *ledgers* distribuídos também podem ser passivos ou ativos. Na forma passiva, são usados para registrar informações de RMI, como uma entrada com data e hora em um livro-razão público que qualquer pessoa pode consultar. Dado que essas informações só são úteis se forem autoritativas, é mais provável que o RMI seja mantido por intermediários confiáveis (como EGCs). Em tal cenário, ledgers distribuídos são uma, mas certamente não a única, ou mesmo a maneira mais eficaz de publicar e manter um registro público oficial do RMI[461].

Esta solução mantém as EGCs como intermediárias, operando redes centralizadas. Um

460SACEM, ASCAP, SACEM, AND PRS FOR MUSIC initiate joint Blockchain Project to improve data accuracy for rightsholders. Disponível em https://societe.sacem.fr/en/press-resources/per-publication/press-releases/ascap-sacem-and-prs-for-music-initiate-joint-blockchain-project-to-improve-data-accuracy-for-rightsholders em 01/08/2020

461BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

modelo ideal de registro descentralizado não apresenta autoridade central. Num cenário baseado em *ledgers* distribuídos ativos, os direitos são convertidos em tokens, que podem ser transferidos; e os detentores de direitos são titulares de contas. Portanto, eles não apenas registram, mas facilitam as transações de direitos.

Os dados principais podem ser publicados e acessados publicamente por qualquer pessoa, a qualquer momento. Esses dados principais podem não incluir detalhes sobre pagamentos de royalties; mas as informações básicas sobre quem criou uma música, quem tocou nela, quem foi um artista convidado – e quanto daquele ativo pertence a cada um – devem estar abertas a todos[462].

Um catálogo escalonável, com registro do histórico de alterações de titularidades. Se os direitos de uma música forem transferidos para outra pessoa, essa alteração deverá aparecer no registro, para garantir que a pessoa certa receba os royalties.

Dados confidenciais podem ser mantidos em sigilo e compartilhados com base em relacionamentos. Por exemplo, negociações sobre porcentagens e disputas entre compositores constituem informações confidenciais, que o público não precisa saber. É possível o controle de alterações e criação de formas descentralizadas de mediação de disputas, bem como a regulação pela via judicial.

O Brasil possui a Estratégia de Governo Digital 2020-2022[463], que fala em rede blockchain nacional com nove bases e novos modelos de assinaturas digitais. O Governo Federal já está em fase avançada na estruturação do Documento Nacional de Identificação, DNI, uma base centralizada do cidadão e novos modelos de assinatura digital. O Serpro, que desde 2017 estuda e desenvolve soluções em blockchain para diversas instituições de governo, como a Receita Federal e Banco do Brasil, acredita que em dois a três anos poderá ter uma identidade digital autossoberana pronta para ser usada.

As informações de uma pessoa numa instituição, como um banco, vão para o cidadão em forma de credencial por rede *blockchain* e são armazenados na sua carteira digital, que não está

462TSE, Chris. Building Decentralized Media Registries. Medium, 09-out-2019. Disponível em https://medium.com/cardstack/building-decentralized-media-registries-a953fd36d3d4 em 31/01/2020
463Decreto nº 10.332 de 29 de abril de 2020

na *blockchain*. Quando um outro órgão, como a Receita Federal, solicitar o dado, esse pedido vai para o cidadão que decide se libera a informação, por sistema de mensageria.

Os dados do usuário não ficam em *blockchain*, mas na carteira digital. Já os dados da carteira estão criptografados na nuvem ou em dispositivo móvel, com acesso apenas pelo seu dono e por meio de chaves criptográficas. A *blockchain* confirma se os dados estão corretos e se ainda existem. Se for mudado algum dado, quando uma instituição pedi-lo, vai receber uma informação de erro na hora em que a outra ponta fizer a validação[464]. Com a tokenização das obras e fonogramas, uma estrutura de carteira digital poderia ser utilizada por cada titular, individualmente, para manter o controle sobre os direitos de seu catálogo.

5.4.2. Registro de Direito Autoral por Blockchain

A ideia de um banco de dados central confiável sobre propriedade e uso de música há muito tem sido uma suposta meta da indústria musical, uma meta que não foi alcançada, devido a diversos motivos; um dos quais, sem dúvida, é quem ficaria no controle de tal banco de dados. Dotar uma única entidade do poder de atribuir todos os pagamentos, em escala global, contitui uma concentração enorme de poder, demonstrando o problema em modelos de registro central.

Supondo que aplicativos desse tipo sejam escalonáveis e atinjam uma massa crítica, pode-se imaginar um mundo onde a exploração de obras (pelo menos de um certo tipo, como gravações de som) no reino digital depende do registro em um livro-razão digital. Trabalhos de copyright dentro desse sistema baseado em blockchain podem ser facilmente licenciados, seu uso rastreado (e a remuneração correspondente paga) e, claro, reforçados se essa função puder ser desempenhada pelo contrato inteligente que o acompanha. As obras fora do sistema teriam dificuldade em garantir esse nível de proteção, fornecendo o incentivo necessário (embora por si só inadequado) para se registrar. Embora não seja imposto por lei, o registro em tal razão se

464MANCINI, Claudia. Serpro desenvolve ID autossoberana e cria solução que chama atenção de comunidade internacional. Disponível em https://www.blocknews.com.br/index.php/2020/09/21/serpro-desenvolve-id-soberana-e-cria-solucao-que-chama-atencao-de-comunidade-internacional/ em 21/09/2020

tornaria, de fato, um pré-requisito essencial para a exploração. A principal questão legal que surge neste contexto é se tal registro constituiria uma formalidade proibida pelo direito internacional.

O registro voluntário de obras em um sistema baseado em *blockchain* pode ser visto como uma variante das "formalidades de novo estilo". Estas são ‘ferramentas legais que estabelecem um vínculo entre as obras, seus criadores e / ou os atuais proprietários dos direitos autorais’, incluindo ‘marcação de metadados de obras digitais, o armazenamento de informações de gerenciamento de direitos em repositórios digitais’ e outras ferramentas digitais.

É difícil argumentar que um registro voluntário baseado em *blockchain* viola a Convenção de Berna. Na prática, a única maneira de um autor explorar um fragmento de direito específico é frequentemente ingressar em uma EGC, como no caso do licenciamento de transmissão de música. Essa não é uma formalidade proibida pela Convenção de Berna. Nem é, por exemplo, a necessidade de cumprir uma regra de procedimento ou evidência de um tribunal em um determinado país. Somente formalidades específicas de direitos autorais impostas pelo governo são proibidas. Em outras palavras, uma "obrigação" *de facto* de aderir a um sistema destinado a permitir o exercício coletivo ou individual dos direitos de autor não é uma "formalidade" proibida sob Berna[465].

Por fim, essa modalidade também contribui de forma decisiva com a questão das obras órfãs. A legislação da UE contém um exemplo representativo desse requisito, geralmente considerado em conformidade com a lei internacional de direitos autorais[466]. Funciona da seguinte maneira: em primeiro lugar, apenas algumas instituições culturais da UE podem beneficiar do regime de obras órfãs. Para estabelecer o status de órfão da obra (ou fonograma), essas instituições devem realizar uma "pesquisa diligente prévia” - *dilligent due search* – para cada obra, feita consultando as fontes apropriadas para a categoria de obras e outros materiais protegidos em questão.

465BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

466Diretiva 2012/28 / UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa a certas utilizações autorizadas de obras órfãs JO L 299 de 27.10.2012

Essa adequação é determinada por cada Estado-Membro em consulta com os detentores de direitos e usuários, e a lista de fontes deve incluir pelo menos aquelas identificadas no anexo da diretiva. Em geral, a pesquisa deve ser realizada no Estado-Membro da primeira publicação. As instituições beneficiárias devem manter registros das suas pesquisas diligentes e fornecer um conjunto de informações relacionadas às autoridades nacionais competentes. Por último, os Estados-Membros devem implementar uma base de dados centralizada para as informações geridas pelo Gabinete de Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO). Se uma obra se qualifica como órfã, as instituições beneficiárias recebem uma exceção para certos usos não comerciais.

Na prática, o requisito de 'busca diligente' é complicado e resultou em uma baixa taxa de liberação de direitos por parte de instituições culturais. Para resolver esse problema, Goldenfein e Hunter propõem uma plataforma blockchain que coleta e registra cada vez que uma busca pelo proprietário de uma obra é concluída. As funções da plataforma podem variar dependendo do esquema legal subjacente do sistema. Onde, como na UE, esse esquema depende de uma exceção de direitos autorais, um registro baseado em blockchain funcionaria, em combinação com um sistema de pesquisa automatizado, como um banco de dados para divulgar que um determinado trabalho poderia ser usado sob a exceção de direitos autorais e fornecer um registro da busca por proprietários[467].

5.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Laymert Garcia dos Santos afirma que quando se trata de questionar o estatuto da tecnologia, o máximo que as pessoas conseguem é discutir políticas tecnológicas[468]. Na sociedade em rede, tal axioma é fundamental, já que o modo de efetivação dos direitos é seu próprio meio tecnológico. O autor considera a tecnologia como um objeto de crítica por excelência. Tributário de Walter Benjamin, problematiza a tecnologia em suas relações com o ambiente, com a

467GOLDENFEIN, J. HUNTER, D. Blockchains, Orphan Works, and the Public Domain (2017) 41(1) Columbia Journal of Law & the Arts.
468SANTOS, Laymert Garcia dos. Demasiadamente pós-humano: entrevista. Novos estud. - CEBRAP no.72 São Paulo July 2005. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0101-33002005000200009 em 01/08/2020

sociedade, com a arte e com o futuro do humano. Amplia o debate iniciado por Benjamin, com o interesse em apontar os processos de modelação exercidos pelas máquinas na experiência humana. Diz ele:

> A potência das máquinas se exerce em todas as dimensões da vida de um modo mais extenso e intenso do que podíamos imaginar – seus efeitos colaterais, seus riscos, seus acidentes, estão em toda parte. Sentimos que nossa experiência é crescentemente mediada por elas e que o ritmo de nossa existência é cada vez mais modelada pela aceleração tecnológica. [...] Ninguém fica de fora, nem mesmo quem é excluído do processo por não querer ou poder participar. E, no entanto, em nossas relações com a tecnologia parece ainda prevalecer uma grande ingenuidade: como se ainda fosse possível considerá-la apenas quando ela nos "serve"![469]

Os objetivos daqueles interessados em proteger tais liberdades devem, portanto, levar em conta esta junção da lei com o código hoje existente, e a provavel evolução da regulação algorítmica. Paradoxalmente, a falha de regulação efetiva tende a enfraquecer os valores de liberdade de expressão, já que favorece os detentores do poder econômico[470].

5.5.1. *Lex Cryptographia*

A blockchain permite a criação de moedas descentralizadas, contratos digitais autoexecutáveis e ativos inteligentes que podem ser controlados pela Internet (propriedade inteligente). Também permite o desenvolvimento de novos sistemas de governança com tomadas de decisão mais democráticas ou participativas, e organizações descentralizadas autônomas que podem operar em uma rede de computadores sem qualquer intervenção humana.

Esses aplicativos levaram muitos a comparar a blockchain à Internet, com previsões de que essa tecnologia mudará o equilíbrio de poder das autoridades centralizadas no campo das comunicações, negócios, política e direito. Sua implantação generalizada levará à expansão de

469SANTOS, Laymert Garcia dos. Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003.
470PESSERL, Alexandre R. A Biblioteca Pública Digital: Direito Autoral e Acesso na Sociedade Informacional. UFSC: 2011. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf em 01/08/2020

um novo subconjunto de leis, batizada como *Lex Cryptographia*[471]: regras administradas por meio de contratos inteligentes autoexecutáveis e organizações descentralizadas.

À medida que a tecnologia blockchain se torna amplamente adotada, autoridades centralizadas, como agências governamentais e empresas, podem perder a capacidade de controlar e moldar as atividades de diferentes pessoas através dos meios existentes. Como resultado, haverá uma pressão regulatória intensa na criação e implantação dessas organizações emergentes, de maneiras que ainda precisam ser exploradas sob a teoria jurídica atual. A observação do processo de implementação das governança algorítimica das duas últimas décadas sugere fortemente que os conglomerados digitais buscarão manter ambientes regulatórios progressivamente moduladores, sugerindo alta probabilidade de captura e assimilação da estrutura pelo intermediário.

A doutrina apresenta várias possibilidades e incertezas. Dada a extrema complexidade do direito autoral, a tecnologia blockchain poderia ser usada pelos detentores de direitos para contornar esta complexidade estrutural e substituí-la por soluções tecnológicas padronizadas? Os *ledgers* distribuídos padronizarão os RMIs? Os contratos inteligentes padronizarão as relações licenciador-licenciado em escala? As *blockchains* realmente representam um ponto de descontinuidade na história dos direitos autorais, uma oportunidade de reimaginar, do zero, a proteção e o uso de propriedades intelectuais, desta vez otimizado para as possibilidades de um escala planetária, tecnologia altamente padronizada e automatizada[472]?

Relatório do *Copyright Office* dos Estados Unidos aponta que partes interessadas sugeriram que o governo poderia assumir a tarefa de criar e manter um banco de dados abrangente, incluindo um sistema de identificação padrão. Porém, o documento conclui que não seria adequado o governo começar um trabalho do zero, especialmente porque o universo relevante de dados musicais compreende dezenas de milhões de obras musicais, gravações de

471WRIGHT, Aaron. DE FILIPPI, Primavera. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. 2015. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2580664 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664 em 01/08/2020

472BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

som e informações sobre estas. Para além de aspectos legais ou regulatórios, há uma inviabilidade técnica.

O papel do governo seria estabelecer incentivos para os atores privados coordenarem seus esforços com vistas a uma base de dados publicamente acessível e autorizada. Mas, apesar desses esforços, até agora, nenhuma solução abrangente para a questão dos dados emergiu. Em parte, isso parece ser um problema de coordenação de atores privados, muitos dos quais investiram, e compreensivelmente confiam, em seus próprios sistemas de dados e não desejam diminuir o valor desses ativos importantes[473].

5.5.2. Abertura de Dados

E este é o ponto crucial. A abertura de tais dados deve ser mandatória, num esquema *two-tier* de regulação de rede. Os atratores de rede, seus vértices e pontos focais em matéria de registros, são as EGCs; portanto elas são o vetor natural da regulação. Os dados devem ser amplamente acessíveis. Conforme declarado pelo STF, não existe um direito à privacidade de titulares de direitos autorais em relação às informações sobre obras e fonogramas que possa ser arguido em prol de seu sigilo.

Um sistema de direitos autorais vinculado ao ecossistema reticular da criação e produção musical, no ambiente digital, que aproveite as características inatas da rede na maximização de usos e retornos sociais para seus criadores, vascularizando a comunidade e permitindo o acesso à ferramentas profissionais de controle dos catálogos é uma boa perspectiva, do ponto de vista do trabalhador da música.

473UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Copyright and the Music Marketplace a report of the register of copyrights. Washington, february 2015. Disponível em https://copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf em 01/08/2020

6. CONCLUSÃO

O mercado musical é marcado pela complexidade de suas relações econômicas e jurídicas. A cadeia produtiva existente neste setor apresenta muitas camadas de intermediários entre os criadores e o público, que retém parcela expressiva das receitas em detrimento da remuneração dos autores, intérpretes e músicos. Obras musicais e fonogramas são objetos de direitos autorais que usualmente apresentam uma multiplicidade de titulares – autores, editores, produtores fonográficos, intérpretes e músicos executantes. Cada um destes atores pode, por sua vez, licenciar ou ceder seus direitos patrimoniais para terceiros, sem necessidade legal de registro da transação.

Tais fatores criam uma dificuldade na determinação dos titulares corretos de obras ou fonogramas, o que pode gerar incertezas sobre a titularidade e abre margem para fraudes, aumentando os custos de transação do setor. As consequências incluem impedir ou diminuir o interesse no uso de obras e fonogramas, dificultar sua remuneração adequada e criar entraves na determinação de seu estatuto perante o domínio público, em especial em relação aos usos digitais.

O impacto do ambiente digital causou mudanças profundas no relacionamento entre os atores das indústrias culturais; os custos de produção e distribuição despencaram, o mercado se ampliou em escala global e o público pela primeira vez obteve o acesso ao catálogo completo de obras, fonogramas e outros artefatos culturais. A desmaterialização do suporte superou uma estrutura fabril, com grande concentração de mercado e controle de oferta, em prol de uma estrutura virtual de criação e distribuição de músicas gravadas e de obras protegidas. Mas, se o consumo de conteúdos em formato digital é cada vez mais ubíquo, predominante e massivo, os artistas responsáveis por tais criações não são beneficiados por tal estrutura de distribuição, com redução da receita que está fluindo para compositores, intérpretes e músicos.

A natureza intangível da música cria problemas de ordem prática no controle de seus usos, tradicionalmente endereçados por meio de entidades de gestão coletiva, que operam como mandatárias dos titulares. As estruturas de pagamento de direitos existentes, por sua vez, determinam a titularidade das obras e fonogramas de acordo com registros mantidos e

administrados pelo sistema de gestão coletiva, aos quais o acesso público é limitado. E não existe um registro unificado, global e responsivo de obras musicais e fonogramas. Os motivos para tal estado das coisas são os mais variados, desde a fragmentação ou esfarelamento das diversas fontes de dados existentes até preocupações de ordem monopolísticas em relação ao poder da entidade responsável por tal base de dados, demonstrando a insegurança que permeia o modelo de registro centralizado.

As características de controle da informação intrínsecas ao ambiente digital levam a um embaçamento dos contornos de competências entre a gestão coletiva, as práticas de mercado e os mecanismos jurídicos de controle, que costumavam ser mais definidos no ambiente físico. O meio digital apresenta características intrínsecas, as quais tornam possível a aferição de utilizações de obras de forma completa e individualizada, bem como a correta atribuição de tais direitos. É possível utilizar o código em prol da criação de sistemas de governança que permitam que as tomadas de decisão ocorram de formas democráticas e participativas.

Permitir o acesso à informações digitais deveria ser uma das responsabilidades chaves de nossas instituições culturais e do setor público. Manter tais recursos ao alcance do público e assegurar que estejam livremente disponíveis para todos é instrumental para permitir a inclusão e garantia de acesso, fundada em estruturas de controle que tenham introjetadas em si os conceitos de generatividade e interoperabilidade, mediante o uso de padrões e informações abertos.

O modelo regulatório adotado admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos; portanto, é de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras e fonogramas. Existe interesse público em jogo, e assim um registro amplamente acessível se caracteriza como um *commons*, já que possui usos que interessam à sociedade como um todo. A abertura de dados deste porte atrai novas utilizações, criando correlações e oportunidades de negócios, sendo portanto altamente desejável.

Entre os efeitos esperados do amplo acesso ao registro, está a utilização de *ledgers* distribuídos em *blockchain,* numa topologia descentralizada, de forma a permitir a implementação de esquemas de licenciamento individuais em massa, com alto grau de executoriedade. É a hipótese de distribuição direta, por meio da tokenização de obras musicais e fonogramas.

Os impactos prováveis incluirão a criação de novos modelos de negócios, como plataformas musicais P2P com remuneração direta entre público e criadores, ou sistemas automatizados de licenciamento. Algoritmos de *machine learning* e de inteligência artificial muitas vezes descobrem padrões ou correlações não percebidas, a partir do processamento em larga escala de *datasets* gerados pela interação humana; a aplicação de tais tecnologias sobre os dados em questão pode revelar conexões ou aplicações não previstas. A própria disponibilidade dos dados aumenta a generatividade do sistema, criando um ambiente propício à inovação.

Também será necessária a análise dos impactos do registro aberto em relação às funções dos intermediários atuais, como as entidades de gestão coletiva. Na qualidade de nós centrais de redes centralizadas, coletam os dados de terceiros. Elas não são as titulares das informações de registros; são suas mantenedoras, por expressa disposição legal. Tal papel pode coexistir com, e se beneficiar imensamente de um sistema de desambiguação, já que uma das suas principais funções administrativas é justamente a conciliação cadastral.

Outra consequência direta da abertura dos dados é a viabilização do mapeamento das obras musicais e fonogramas, com impacto direto na questão das obras órfãs e da implementação do domínio público positivo, o qual é diretamente impactado nessa discussão. A lógica atual é a de que nenhum uso é permitido sem autorização, exceto quando em domínio público, ou hipótese de limite ou exceção; entretanto, sem acesso aos registros da obra, não é possível a determinação do seu status jurídico protetivo; e assim ela deixa de ser utilizada devido à insegurança jurídica, ainda que possa estar livremente disponível. A materialização do direito de acesso às informações sobre obras e fonogramas permite a topografia dos ativos culturais existentes e de seus status jurídicos, abrindo espaço para a atuação de instituições culturais, como museus, bibliotecas e acervos na preservação e reciclagem de tais conteúdos.

A discussão passa portanto a ser mais ampla do que a questão do acesso às obras, para incluir o acesso aos dados sobre as obras. A abertura e circulação de tais dados possibilita a criação de novas formas de fruição de obras e fonogramas. O direito de acesso aos dados sobre obras musicais e fonogramas vai muito além da relação existente entre determinado titular e determinada obra ou fonograma. Diz respeito a um recurso informacional de interesse da sociedade, que apresenta impactos diretos na construção dos modelos possíveis de distribuição de

obras protegidas e afeta diretamente a capacidade dos indivíduos e instituições na utilização de obras órfãs e do domínio público.

7. REFERÊNCIAS:

AKDENIZ, Yaman. Case Analysis of League Against Racism and Antisemitism (LICRA), French Union of Jewish Studens, v Yahoo! Inc. (USA), Yahoo France, Tribunal de Grande Instance de Paris, Interim Court Order, 20 November, 2000. Electronic Business Law Review, 1(3) 110-120. Disponível em http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo_ya.pdf em 15/01/2020

ALBUQUERQUE, Marcelo de Oliveira. Fonogramas musicais: conceitualização para catalogação e representação em uma proposta de ontologia. UFRJ: 2009.

ALMEIDA, Virgilio; FILGUEIRAS, Fernando. "Recursos do mundo digital são tão exauríveis quanto os do ambiente". Folha de São Paulo, 18/01/2020. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/01/recursos-do-mundo-digital-sao-tao-exauriveis-quanto-os-do-ambiente.shtm em 18/01/2020

ALPAYDIN, Ethem. Introduction to machine learning. 3rd ed. Cambridge, MA: The MIT Press; 2014.

ALTON-SCHEIDL, R. BENSO, J. SPRINGER, M. The Value of Registering Creative Works. In: DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.

ANDERSON, Chris. The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More. Hyperion: 2006.

ANTONOPOULOS, Andreas. Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies. O'Reilly Media: 2014.

ARENHART, Gabriela. Gestão coletiva de direitos autorais e a necessidade de supervisão estatal. Jus.com, 11/2011. Disponível em https://jus.com.br/artigos/20431/gestao-coletiva-de-direitos-autorais-e-a-necessidade-de-supervisao-estatal em 15/01/2020

ARMSTRONG, Stephen. Move over Bitcoin, the blockchain is only just getting started. Wired. 07/11/2016. Disponível em https://web.archive.org/web/20161108130946/http://www.wired.co.uk/article/unlock-the-blockchain em 01/08/2020

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2a.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito de Autor no Ciberespaço. Revista da EMERJ, v.2., n.7, 1999. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista07/revista07_21.pdf em 15/01/2020

_____. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n. 03. Recife: ESMAFE, 2002

_____. Direito da Internet e da Sociedade de Informação. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. O futuro do direito moral. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, jan./mar., 2003, p. 47-67.

_____. Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia, in “IV Congresso Iberoamericano de Direito de Autor e Direitos Conexos – La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo – Panamá 2002”, OMPI / SGAE / AISGE / IIDA / República do Panamá, Tomo II, 2004, 729-735; inRFDL, XLIV (2003), n.os1 e 2, 65-71; e in“Direito da Sociedade da Informação”, vol. V, APDI/Coimbra Editora: 2004, 83-90.

_____. A Pretensa "Propriedade" Intelectual. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 20/2007 | p. 243 - 261 | Jul - Dez / 2007.

_____. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. Revista da ESMAPE. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008

_____. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. pg. 17. In "Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais". WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (org.) – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010.

_____. A supervisão de gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). Por que mudar a Lei de Direito Autoral?: Estudos e Pareceres. Florianópolis: Funjab, 2011.

_____. Questões Críticas do Direito da Internet. In WACHOWICZ, Marcos. PRONER, Carol (orgs.) Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012

_____. Direito fundamental de acesso à cultura intelecual. In: Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. X, p. 127-136.

AZENHA, Gustavo S. Tecnologias de promoção e distribuição digitais e música latino-americana: abrindo novas oportunidades ou reforçando a marginalização?. Disponível em http://www.iaspmal.net/wp-content/uploads/2012/01/GustavoAzenha.pdf em 15/01/2020

BAIARDI, Amilcar. Elinor Ostrom, a premiação da visão unificada das ciências humanas. Cad. CRH vol.24 no.61 Salvador Jan./Apr. 2011. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792011000100014 em 01/08/2020

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2a edição revista e atualizada. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf em 01/08/2020

_____. Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral. 1999, com atualizações.

_____. Direito Autoral e Liberdade de Expressão Estudos de Direito. 2005. Disponível em http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf em 01/08/2020

BARBOSA, Denis Borges. BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Direitos Autorais e TRIPS. Disponível em http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direitos_autorais.pdf em 01/08/2020

BARBROOK, Richard. Futuros imaginários: das máquinas pensantes à aldeia global. São Paulo: Peirópolis, 2009.

BARTHES, R. A Morte do Autor. In: BARTHES, R. O Rumor da Língua. São Paulo: Martins Fontes, 2004

BELLEI, Sérgio Luiz Prado. A Morte do Autor: Um retorno à cena do crime. Criação e Crítica 12. Disponível em https://www.revistas.usp.br/criacaoecritica/article/view/69866 em 01/08/2020

BENJAMIN, Walter. Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, 1936. Disponível em 01/07/2020 em https://web.archive.org/web/20100828031510/http://www.arteclab.uni-bremen.de/%7Erobben/KunstwerkBenjamin.pdf

_____. Über den Begriff der Geschichte, VII. 1940. Disponível em 01/07/2020 em https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-36d7-41d4-ffff-ffffa7cb2e14/benjamin.pdf

BENKLER, YOCHAI. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. EUA: Yale University Press. 2006.

BERNAL, P. Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate. Journal of Cyber Policy1 (2) 243-264. 2016.

BERTALANFFY, Ludwig von. Robots, Men and Minds: Psychology in the Modern World. New York: George Braziller, 1967.

BERTRAND, André. Las obras informáticas en ele derecho de autor: razones y perspectivas. In: Num novo mundo do direito de autor? II Congresso Ibero-Americando do Direito de Autor e Direitos Conexos. Lisboa, 15-18 de novembro de 1994. Comunicações. Tomo I. Lisboa: Edições Cosmos/ Livraria Arco-Íris, 1994, p. 315-328.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, International Journal of Law and Information Technology, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014 em 01/08/2020

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOYLE, James. Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1996, ISBN 0674805224. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/270923213_James_Boyle_Shamans_Software_and_Spleens_Law_and_the_Construction_of_the_Information_Society_Cambridge_MA_Harvard_University_Press_1996_ISBN_0674805224_288_pp_4300_hb_1850_pb em 01/08/2020

BUCKLAND, M. K. Information as thing. Journal of the American Society for Information Science (JASIS), [S.l.], v.45, n.5, p.351-360, 1991.

CADE Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83

CÂMARA, Edna Torres Felício. Os Dilemas do Estado em Rede na Era da Informação: Articulações entre o Direito ao Desenvolvimento e a Liberdade Informática. Curitiba: UFPR, 2017.

CARBONI, Guilherme C. O Direito de Autor na Multimídia. Quartier Latin: 2003.

CARROL, Michael W., A Realist Approach to Copyright Law's Formalities (June 23, 2014). 28 Berkeley Technology Law Journal 1511 (2013); American University, WCL Research Paper No. 2014-34. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2457995 em 15/01/2020

CASTELLS, M. La Era de la Información: la Sociedad Red. Vol. 1. Madri: Alianza Editorial, 1997

_____. Comunicación y poder. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. p.45-50

CASTELLS, Manuel. HIMANEN, Pekka. A sociedade da informação e o estado-providência. p. 04. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

CAVOUKIAN, Ann. Privacy by Design: the definitive workshop. A foreword by Ann Cavoukian, Ph.D. Identity in the Information Society. 3 (2): 247–251. doi:10.1007/s12394-010-0062-y

CESAR, Rafael do Nascimento. De Francisca a Chiquinha: o pioneirismo insuspeito de Chiquinha Gonzaga. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 30, n. 1. Acesso em http://www.scielo.br/pdf/ts/v30n1/1809-4554-ts-30-01-0305.pdf em 15/01/2020

CHAVES, Antônio; Direitos Autorais na Radiodifusão (Rádio e TV).v.284. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1993.

COHEN, Peter. Undergångens arkitektur (Arquitetura da Destruição). Documentário, 1989.

COLOMBET, Claude. Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde, 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992.

CONRADO, Marcelo M. A Arte nas Armadilhas dos Direitos Autorais:uma leitura dos conceitos de autoria, obra e originalidade. UFPR. Curitiba: 2013.

COOKE, Chris. Songwriters and artists call on US court to uphold Copyright Royalty Board's streaming rate increase. Complete Music Update (CMU), 20/11/2019. Disponível em https://completemusicupdate.com/article/songwriters-and-artists-call-on-us-court-to-uphold-copyright-royalty-boards-streaming-rate-increase/ em 15/01/2020

CORNISH, W. R. The Author as Risk-Sharer. 15th Manges Lecture, Columbia Law School. 26 Columbia Journal Of Law & Arts (2002). Disponível em https://lse.rl.talis.com/items/14D4C559-CDE4-60C7-37FB-76ABBBD87B82.html em 01/08/2020. Tradução livre.

CORREA, Carlos M. Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: the TRIPS Agreement and Policy Options. Zed Books: Third World Network. 2000.

Corte de Justiça da União Europeia. Digital Rights Ireland x Seitlinger. Sentença de 08 de Abril de 2014.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. Sentença de 19 de Setembro de 2006.

COVEY, Denise Troll. Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books. p. 07. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources. Washington, D.C.: 2005

COYLE, Karen. Descriptive Metadata for Copyright Status. Disponível em https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/1282/1202 em 01/08/2020

DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.

DIAS, Marcia Tosta. Os Donos da Voz: Indústria Fonográfica Brasileira e Mundialização da Cultura. São Paulo: Boitempo, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. 22ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. Código Civil Anotado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Diretiva 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Novembro de 2003

DOCTOROW. Cory. The Machine Without the Factory: An Interview with Cory Doctorow. Disponível em https://brookfieldinstitute.ca/the-machine-without-the-factory-an-interview-with-cory-doctorow/ em 01/08/2020

DOLATA, U. The Music Industry and the Internet: A Decade of Disruptive and Uncontrolled Sectoral Change, SOI Discussion Paper 2011-02, University of Stuttgart, Department of Organizational Sociology and Innovation Studies, Institute for Social Sciences.

DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgílio A. F. What Is Algorithm Governance?. IEEE Internet Computing, vol. 20, no. 4, pp. 60-63, July-Aug. 2016, doi: 10.1109/MIC.2016.79

DREDGE, S. Why is the music industry battling YouTube and what happens next?. Guardian, 20/05/2016. Disponível em https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next em 01/08/2020

DRUMMOND, Victor G. Do círculo hermenêutico ao círculo criativo: (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2014.

DUSOLLIER, Séverine. Towards a Legal Infrastructure for the Public Domain. first Communia workshop, Turin, Italy. 2008. Disponível em http://www.communia-project.eu/ em 01/08/2020

DWORKIN, Gerald. The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries. Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, vol. 19, no. Issues 3 + 4,1994-1995, p. 229-268. Disponível em https://www.academia.edu/43170284/Dworkin_G_Moral_Rights_and_the_Common_Law_Countries_ em 01/08/2020

ECO, Umberto. Obra Aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas. São Paulo: Perspectiva, 2005. Disponível em https://teoliteraria.files.wordpress.com/2013/02/eco-umberto-obra-aberta.pdf em 01/08/2020

EFF. A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing. 01/04/08. Disponível em https://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing em 15/01/2020

EL GAMAL, Ashraf. The Evolution of the Music Industry in the Post-Internet Era. 2012. Claremont Colleges, em http://scholarship.claremont.edu/cmc_theses/532 em 15/01/2020

ELBERSE, A. Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business. London: Faber and Faber. 2013.

EUROPEAN COMISSION. FAQs on the Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Disponível em ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60452 em 15/01/2020

FARREL, Nick. ITunes threatens music industry more than piracy. Disponível em http://news.techeye.net/internet/itunes-threatens-music-industry-more-than-piracy em 15/01/2020

FETEIRA, Lucio. Honni soit qui mal y pense: A gestão coletiva de direitos de autor (e direitos conexos) e o Direito da concorrência. In Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP. Almedina. 2017.

FICSOR, Mihály. Collective Administration of Copyright and Neighbouring Rights, 2nd ed. (Geneva: WIPO, 2002).

_____. Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should It Remain Voluntary or May It Be "Extended" or Made Mandatory?. Copyright Bulletin October 2003. Disponível em http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/unesco/Ficsor+Eng.pdf em 15/01/2020

FITZGERALD, Brian; ATKINSON, Benedict. Third-party copyright and public information infrastructure/registries: How much copyright tax must the public pay? In Perry, M & Fitzgerald, B (Eds.) Knowledge Policy for the 21st Century: A Legal Perspective. Irwin Law Inc., Canada: 2011, pp. 225-268. Disponível em https://eprints.qut.edu.au/13627/ em 01/08/2020

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? Société Française de Philosophie, Bulletin 63 (3):73 (1969). Disponível em https://philpapers.org/rec/FOUQQA em 01/08/2020

FRITH, S. Music for Pleasure: Essays in the Sociology of PopCambridge: Polity Press. 1998.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Os Direitos Autorais Musicais Dos Ringtones E Dos Truetones: Execução Pública Ou Distribuição. Disponível em http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/08/palestra-silvia-regina-dain-gandelman-mesa-2.pdf em 01/07/2020

GANGJEE, Dev S. Copyright formalities: A return to registration? in GIBLIN, Rebecca. WEATHERALL, Kimberlee. ANU Press. 2017. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/j.ctt1q1crjg.10 em 15/01/2020

GANS, J., HANKS, F., e WILLIAMS, P. The treatment of natural monopolies under the Australian Trade Practices Act: Four recent decisions. Trade Practices Workshop of the Business Law Section of the Law Council of Australia. 2000. Coolum, Australia, 39 pp. Disponível em http://www.mbs.edu/home/jgans/papers/natmonop.pdf em 01/08/2020

GAUBERTI, Anabelle. How could the failed enforcement of the SGAE arbitration award have been avoided? Disponível em https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=09b4fb23-7cd6-44be-9a0f-effd724d6358 em 15/02/2020

GERVAIS, Daniel J. Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age. In: GERVAIS, Daniel J. (org.). Collective Management of Copyright and Related Rights. Klumwer Law International, 2010. Holanda.

_____. Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920391 em 15/01/2020

GERVAIS, D. MARCUSO, K. KILGORE, L. The Rise of 360 Deals in the Music Industry Landslide 3 (4) pp 1-6. 2011

GINSBURG, Jane C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law (January 10, 2003). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=368481 em 01/08/2020

_____. Overview of Copyright Law, Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Rochelle Dreyfuss & Justine Pila, Eds., Oxford University Press, 2018; Columbia Public Law Research Paper No. 14-518(2016).

GIORGETTI VALENTE, Mariana. Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998 / Mariana Giorgetti Valente; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria -- São Paulo, 2018. 450 p.

GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

GOMEZ MORENO, Harold Andres. Los Derechos de Autor, La propiedad Intelectual y Las Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Marco del Ordenamiento Jurídico Colombiano: Aciertos y Desaciertos en el Campo Práctico. Disponível em https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8117/HaroldAndres_GomezMoreno_2015.pdf em 01/08/2020

GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação. p. 17. Coimbra: Almedina, 2003

GUIBAULT, Lucie. GOMPEL, Stef van. Collective Management in the European Union. Disponível em http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf em 15/01/2020

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the commons. Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248. American Association for the Advancement of Science. Disponível em http://www.jstor.org/stable/172474 em 15/01/2020

HASSAN, Robert. THOMAS, Julian.The New Media Theory Reader. Open University Press, 2006.

HASSAN, S. DE FILIPPI, P. The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code. Field Actions Science Reports The journal of field actions. 2017; (Special Issue 17):88–90.

HICKEY, Kevin J. Copyright Paternalism. VAND. J. ENT. & TECH. L.[Vol. XIX:3:415]. Disponível em http://www.jetlaw.org/wp-content/uploads/2017/04/Hickey_Final.pdf em 15/01/2020

HORKHEIMER, Max. ADORNO, Theodor W. A Indústria Cultural: O Iluminismo como Mistificação das Massas. P. 170. in LIMA, Luiz Costa. Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HOVENKAMP, Herbert; LEMLEY, Mark A. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Edição revisada. Editora Aspen Publishers Online: 2009, tópico 22.1

IBM. Blockchain use cases. Disponível em https://www.ibm.com/blockchain/use-cases/ em 01/08/2020

IFPI. Global Music Report 2019. Disponível em https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019 em 15/01/2020.

IFRRO. Detailed Papers – Different Models of RRO Operation in Practice. Disponível em http://www.ifrro.org/papers/operat.html em 15/01/2020

INGHAM, Tim. New Music Drops Every Minute. But Back-Catalogs Are Driving the Industry's Transformation. Rolling Stone, 08/09/2020. Disponível em

https://www.rollingstone.com/pro/features/music-catalogs-value-keeps-rising-could-it-change-the-face-of-the-entire-industry-1056229/ em 20/09/2020

ISMAIL, Salim. MALONE, Michel S. GEEST, Yuri Van. Organizações Exponenciais. HSM do Brasil, 2015.

ISO/IEC 2382-01, Information Technology Vocabulary, Fundamental Terms

JAMES, Febin J. Popular Use Cases of Blockchain Technology You Need to Know. Disponível em https://medium.com/hackernoon/popular-use-cases-of-blockchain-technology-you-need-to-know-df4e1905d373 em 01/08/2020

JASZI, Peter. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of Authorship. Duke L.J. 455: 1991

JOKELA, S., TURPEINEN, M., SULONEN, R. Ontology Development for Flexible Conten. In: Education and Life-Long Learning (IJCEELL), Vol. 12, Nos 1-4. 2000. Disponível em http://www.computer.org/csdl/proceedings/hicss/2000/0493/06/04936056.pdf em 15/01/2020

KRETSCHMER, M. The failure of Property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments, European Intellectual. In: Property Review (EIPR), Vol. 24 (3): pp. 126-137. Disponível em http://www.cippm.org.uk/pdfs/kretschmer_eipr_032002.pdf em 01/08/2020

LESSIG, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. New York: Basic Books, 1999.

The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net. Berkeley Journal of Law and Technology. 1999.

_____. Code version 2.0. Basic Books: New York, 2006.

LEVITIN, Daniel J. This is Your Brain on Music: The Science of a Human Obsession. p. 226. Dutton: New York, 2006

LEWICKI, Bruno. Historicidade do direito autoral. In: Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem a Pe. Bruno Hammes. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

_____. Limitações aos Direitos de Autor. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

LIBRARY OF CONGRESS. US COPYRIGHT OFFICE. Report on Orphan Works. 2006. Disponível em https://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf em 15/01/2020

LOBO, Paulo. Constitucionalização dos Institutos Fundamentais do Direito Civil. Disponível em http://genjuridico.com.br/2018/01/29/constitucionalizacao-do-direito-civil/ em 01/08/2020

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. Teoria dos sistema, teoria evolucionista e teoria da comunicação. In: LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992. p. 95-126. (Série Passagens).

MANCINI, Claudia. Serpro desenvolve ID autossoberana e cria solução que chama atenção de comunidade internacional. Disponível em https://www.blocknews.com.br/index.php/2020/09/21/serpro-desenvolve-id-soberana-e-cria-solucao-que-chama-atencao-de-comunidade-internacional/ em 21/09/2020

MARCUSE, Herbert. Sobre o caráter afirmativo de cultura. Cultura e sociedade. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. Tecnologia, Guerra e Fascismo. São Paulo: Unesp, 1998.

MARR, B. (2016, December 6). What is the difference between artificial intelligence and machine learning? Forbes. Disponível em http://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2016/12/06/what-is-the-difference-between-artificial-intelligence-and-machine-learning/ em 01/08/2020

MARSHALL, L. Let's keep music special. F-Spotify: on-demand streaming and the controversy over artist royalties. Creative Industries Journal8 (2): 177-189. 2015.

MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais – aplicação nos estudos de transferência da informação. Ci. Inf. vol.30 no.1 Brasília Jan./Apr. 2001. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0100-19652001000100009 em 01/08/2020

MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível em http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf em 01/08/2020

MEDEIROS, Heloísa Gomes. Software e direitos de propriedade intelectual. Curitiba: Gedai, 2019.

MEHRABI, Ninareh; MORSTATTER, Fred; SAXENA, Nripsuta; LERMAN, Kristina; GALSTYAN, Aram. A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning. Disponível em arXiv:1908.09635 em 01/08/2020

MILAGRE, José. SEGUNDO, José E. S. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago., 2015. ISSN 1518-2924. DOI:10.5007/1518-2924.2015v20n43p47

MINC. EM. 000 /2011. Exposição de motivos relativa à mudança da Lei Autoral – CGU.

MOSCO, V. To The Cloud: Big Data in a Turbulent World, Paradigm Publishers, Boulder Colorado. 2014.

NAKASHIMA, Ryan. Pandora wins court battle with music publishers. The Tenessean. 18/09/13. Disponível em http://archive.tennessean.com/article/20130918/BUSINESS/309180175/Pandora-wins-court-battle-music-publishers em 15/01/2020

NAPOLI, Philip. Digital intermediaries and the public interest standard in algorithm governance | LSE Media Policy Project. Disponível em http://eprints.lse.ac.uk/80242/1/Digital%20intermediaries%20and%20the%20public%20interest%20standard%20in%20algorithm%20governance%20_%20LSE%20Media%20Policy%20Project.pdf em 01/12/2020

NARAYANAN, A. et al. Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction (Princeton University Press 2016)

NASH, Ed. How Steve Jobs Saved the Music Industry. The Wall Street Journal. 21/10/11. Disponível em http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204002304576629463753783594 em 15/01/2020

NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. Media, Culture and Society, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

NESSON, Charles R. Foreword. In: DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.

OBERHOLZER-GEE, Felix; STRUMPF, Koleman S. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis. Journal of Political Economy, Vol. 115, pp. 1-42. 2007. Disponível em http://ssrn.com/abstract=961830 em 15/01/2020

OSTROM, Elinor. 1990. Governing the commons: The evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press

_____. Understanding institutional diversity. Princeton: Princeton University Press, 2005.

_____. MORAN, F. E. Ecossistemas florestais. São Paulo: SENAC / EDUSP. 2009.

PALMER, Tom G. Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. Symposium: Intellectual Property, Harvard Journal of Law & Public Policy 13, no. 3, 1990

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado.13ª Ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PERALTA, Patrícia P.; SILVA, Elizabeth F.; TERUYA, Dirceu Y. T. Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral. Perspect. ciênc. inf. vol.16 no.3 Belo Horizonte July/Sept. 2011. Disponível em https://doi.org/10.1590/S1413-99362011000300007 em 01/08/2020

PEREIRA, Alexandre L. D. Música e Electrónica: Sound Sampling, Obras de Computador e Direitos de Autor na Internet. Disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28784/1/MUSICA%20E%20ELECTR%c3%93NICA.pdf em 01/08/2020

PESSERL, Alexandre R. A Biblioteca Pública Digital: Direito Autoral e Acesso na Sociedade Informacional. UFSC: 2011. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95956/295643.pdf em 01/08/2020

_____. Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede.In: LEITE, Glauco Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014

_____.. Estudos Comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014.

PESSERL, Alexandre R.; BERNARDES, Marciele B. A Biblioteca Total: Google Book Search e obras órfãs. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Acesso em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2966.pdf em 01/08/2020

_____. Transformação criativa na Sociedade da Informação. In: III Mostra de Iniciação Científica da Associação Nacional de Pós Graduação, 2010, Rio de Janeiro. XXII Congresso Nacional de Pós Graduandos, 2010

PESSERL, Alexandre R.; WACHOWICZ, Marcos. Responsabilidade civil do provedor de serviços P2P no ordenamento brasileiro. In: CONPEDI, 18o Encontro Nacional, Maringá, 2009.

PETERS, Michael. Pós-estruturalismo e filosofia da diferença. Belo Horizonte: Autêntica. 2000.

PHAM, Alex; PEOPLES, Glenn. Seven Ways iTunes Changed the Music Industry. Disponível em http://www.billboard.com/biz/articles/news/1559622/seven-ways-itunes-changed-the-music-industry em 15/01/2020

PREY, R. Musica Analytica: The Datafication of Listening. In NOWAK, R., WHELAN, A. (org) Networked Music Cultures, London: Palgrave pp 31-48. 2016.

QUINTAS, João Pedro. Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU law. Kluwer Law International B.V.; 2017.

RAU, Nate. DOJ opens review of ASCAP, BMI consent decrees. The Tenessean, 09/06/14. Disponível em http://www.tennessean.com/story/money/industries/music/2014/06/03/ascap-bmi-justice-review-consent-degree-copyright/9942277/ em 15/01/2020

REIJERS, W. O´BROLCHÁIN, F. HAYNES, P. Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories (Ledger 2016) 134–51; H Nissenbaum, 'Values in the Design of Computer Systems' [March 1998] Computers and Society 38–39; M Flanagan, D Howe and H Nissenbaum, 'Embodying Values in Technology: Theory and Practice' in J van den Hoven and J Weckert (eds), Information Technology and Moral Philosophy (CUP 2008).

REINALDO FILHO, Demócrito. A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais – uma Análise de seus Aspectos Gerais. Disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS__UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx em 01/08/2020

RFC (Request For Comments) 1594, disponível em https://tools.ietf.org/html/rfc1594 em 01/08/2020

RIBEIRO, Paulo Silvino. "Considerações sobre cultura em Herbert Marcuse e Walter Benjamin"; Brasil Escola. Disponível em https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/consideracoes-sobre-cultura-herbert-marcuse-walter-benjamin.htm em 01/07/2020

RIFKIN, Jeremy. The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, where All of Life is a Paid-for Experience. Jeremy Rifkin. J.P. Tarcher/Putnam, 2001

RUTNER, Michael B. ASCAP Licensing Model and the Internet: A Potential Solution to High-Tech Copyright Infringement, The. BCL Rev., v. 39, 1997.

SACEM, ASCAP, SACEM, AND PRS FOR MUSIC initiate joint Blockchain Project to improve data accuracy for rightsholders. Disponível em https://societe.sacem.fr/en/press-resources/per-publication/press-releases/ascap-sacem-and-prs-for-music-initiate-joint-blockchain-project-to-improve-data-accuracy-for-rightsholders em 01/08/2020

SAFERNET. O que são Metadados? Disponível em https://new.safernet.org.br/content/o-que-são-os-metadados em 01/07/2020

SALTZER, J. H., REED, D. P. e CLARK, D. D. End-to-End Arguments in System Design. In: Proceedings of the Second International Conference on Distributed Computing Systems. Paris, França. IEEE Computer Society, pp. 509-512. 1981

SANTOS, Laymert Garcia dos. Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. Demasiadamente pós-humano: entrevista. Novos estud. - CEBRAP no.72 São Paulo July 2005. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0101-33002005000200009 en 01/08/2020

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito Autoral na Internet. In: GRECO, Marco Aurélio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SBC. Grandes Desafios da Pesquisa em Computação no Brasil – 2006–2016. Disponível http://www.gta.ufrj.br/rebu/arquivos/SBC-Grandes.pdf em 01/05/2020

SCHENKER. Heinrich. Der Geist der musikalischen Technik. Musikalisches Wochenblatt, Jahrgang 26 1895, p. 326.

SEABROOK, J. Revenue Streams: Is Spotify the music industry's friend or its foe?. The New Yorker, 24/11/2014. Disponível em https://www.newyorker.com/magazine/2014/11/24/revenue-streams em 01/08/2020

SENA, N. C. dos S. Acesso à Informação Pública: um diálogo possível entre John Thompson e Niklas Luhhmann. Revista Do Arquivo Público Do Estado Do Espírito Santo, 3(5), 97-105. 2019. Disponível em https://www.periodicos.ufes.br/revapees/article/view/32280 em 01/08/2020

SESAC. About SESAC. Tradução livre. Disponível em http://www.sesac.com/About/About.aspx em 15/01/2020

SHAPIRO, Carl. VARIAN, Hal R. Information Rules. Harvard Business School Press. ISBN 0-87584-863.X. 1999.

SHULMAN, Seth. Owning the Future: Staking Claims on the Knowledge Frontier. Houghton Mifflin (1999)

SIQUEIRA, Mariana. A inteligência artificial no Judiciário brasileiro. Disponível em https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-inteligencia-artificial-no-judiciario-brasileiro-28072020 em 01/08/2020

SILVA, Guilherme Coutinho. Gestão Coletiva e Remuneração do Autor: novas perspectivas. USP. São Paulo, 2018.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucionalista dos limites da proteção jurídica. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

_____. As Etapas Iniciais da Proteção Jurídica dos Direitos Autorais no Brasil. Justiça & História vol. 6 – no 11, 2006.

_____. Os direitos morais de autor. civilistica.com, a.2.n.1.2013. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53 em 01/08/2020

SPOTIFY. How we pay royalties: an overview. Disponível em http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#how-we-pay-royalties-overview em 15/01/2020

SPRIGMAN, C. Berne's Vanishing Ban on Formalities (2013) 28 Berkeley Technology Law Journal 1565–82.

STAUT JÚNIOR, S.S. Direitos Autorais entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

STF. ADI 2.054/DF. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

STF. ADI 5.065 Distrito Federal. Voto do Relator Min. Luis Fux.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

STJ – AREsp: 272625 SP 2012/0265857-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ16/10/2014

TAPLIN, Jonathan. Move Fast and Break Things: How Facebook, Google, and Amazon Cornered Culture and Undermined Democracy. Little, Brown and Company: New York, 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. Afinal, o que são dados (pessoais) à luz da LGPD? Disponível em https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/afinal-o-que-sao-dados-pessoais-a-luz-da-lgpd/ em 01/08/2020

THE WASHINGTON POST. NSA Slides Explain the PRISM Data-Collection Program". Disponível em https://www.washingtonpost.com/wp-srv/special/politics/prism-collection-documents/ em 01/08/2020

THEURER, Marcus. Aufstand der Stars. Frankfurter Allgemeine, 24/01/2020. Disponível em https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/helene-fischer-rammstein-und-sarah-connor-aufstand-der-stars-16599080.html em 25/01/2020

THOMPSON, John B. Mídia e modernidade: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998

TSE, Chris. Building Decentralized Media Registries. Medium, 09-out-2019. Disponível em https://medium.com/cardstack/building-decentralized-media-registries-a953fd36d3d4 em 15/01/2020

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Copyright and the Music Marketplace a report of the register of copyrights. Washington, february 2015. Disponível em https://copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf em 01/08/2020

United States v. ASCAP, 1941 Civ. 1395 (S.D.N.Y.)

United States v. BMI, 1964 Civ. 3787 (S.D.N.Y.)

VAN HOUWELING, Molly. Author Autonomy and Atomism in Copyright Law. 96 Virginia Law Review. 2010.

VASCONCELOS, Duarte. Da Necessidade e dos limites à gestão coletiva forçada de Direitos de Autor e Direitos Conexos. Revista de Direito Intelectual (2015) n. 01.

VIANNA, Bruno Pereira. A Reforma da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil. Revista Percurso – Unicuritiba. v. 2, n. 15 . Curitiba, 2014.

WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. A Gestão Coletiva De Direitos Autorais Da Obra Musical: Titularidade Originária, Supervisão Pública e Transparência. GEDAI: 2017. Disponível em http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_gestao_coletiva-_marcos_wachowicz.pdf em 15/01/2020

WACHOWICZ, Marcos; PESSERL, Alexandre R. Gestão Coletiva e Governança no Ambiente Digital / Collective Management in the Digital Environment. Curitiba, GEDAI. 2019.

WANG, S. OUYANG, L.YUAN, Y. NI, X. HAN, X. WANG, F. Blockchain-Enabled Smart Contracts: Architecture, Applications, and Future Trends. IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics: Systems, vol. 49, no. 11, pp. 2266-2277, Nov. 2019, doi: 10.1109/TSMC.2019.2895123.

WASKO, M. M. FARAJ, S. Why should I share? Examining social capital and knowledge contribution in electronic networks of practice. MIS Quarterly, vol. 29, no. 1, pp. 35–57, 2005.

WIENER, Norbert. Cybernetics and Society: The Human Use of Human Beings. Houghton Mifflin, 1950.

WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology. Disponível em https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf em 15/01/2020

WINNER, L. (1980). Do Artifacts Have Politics?. Daedalus, Modern Technology: Problem or Opportunity? (Winter, 1980), [online] Vol. 109,(№1), pp.pp. 121–136. Disponível em http://innovate.ucsb.edu/wp-content/uploads/2010/02/Winner-Do-Artifacts-Have-Politics-1980.pdf em 01/08/2020

WIPO. Collective Management of Copyright and Related Rights. WIPO Publication No. L450CM/E. ISBN 92-805-0897-0

_____. Committee on Development and Intellectual Property (CDIP). CDIP/4/3. Project on Intellectual Property and the Public Domain (Recommendations 16 and 20). Disponível em https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=129708 em 15/01/2020

_____. Copyright Registration and Documentation Systems. Disponível em https://www.wipo.int/copyright/en/activities/copyright_registration/index.html em 15/01/2020

_____. IP Survey. The Impact of the Internet on Intellectual Property Law. Disponível em http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap3.html em 15/01/2020

_____ Survey of Private Copyright Documentation Systems and Practices. Disponível em https://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_cr_doc_ge_11/pdf/survey_private_crdocystems.pdf em 15/01/2020

XU, X, et al. A Taxonomy of Blockchain-based Systems for Architecture Design. Software Architecture (ICSA), 2017 IEEE International Conference on Software Architecture (IEEE April 2017), 243–52.

ZAMBONELLI, Franco. SALIM, Flora. LOKE, Seng. DE MEUTER, Wolfgang. KANHERE, Salil. Algorithmic Governance in Smart Cities: The Conundrum and the Potential of Pervasive Computing Solutions. IEEE Technology and Society Magazine, vol. 37, no. 2, pp. 80-87, June

2018, doi: 10.1109/MTS.2018.2826080. Disponível em https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8371566 em 01/12/2020

ZITTRAIN, Jonathan. The Future of the Internet – And How to Stop It. Yale University Press. New Haven & London: 2008.