

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i1.351>

4. A CAMINHO DE UM DIREITO DE AUTOR MOLDADO AO SÉCULO XXI:

Ideias voltadas para uma futura regulamentação de bens criativos

4. AUF DEM WEG ZU EINEM URHEBERRECHT FÜR DAS 21. JAHRHUNDERT:

Ideen für eine zukünftige Regulierung kreativer Güter

Till Kreutzer^{1 2}

RESUMO

O artigo descreve os desafios da proteção autoral no mundo digital. Iniciando pela observação de que o direito autoral é um dos sistemas regulativos mais disputados no século XXI, analisa as razões para a intensidade do debate público e político. O que foi indicado para ser um sistema regulativo de agentes do mercado profissional se tornou um sistema legal de conduta para o público em geral. Entretanto, o passo necessário para o reconhecimento dessa mudança elementar nunca foi tomado pelos legisladores. O artigo conclui que um direito de autor que afeta tanto autores profissionais, produtores, consumidores necessita de sensíveis modificações conceituais.

PALAVRAS-CHAVE: direito digital, internet, direito autoral.

ABSTRACT

The article describes the challenges of copyright protection in the digital world. Starting from the observation that copyright is one of the most disputed regulative systems in the 21st century, it analyses the reasons for the intensity of the public and political debate. What was designed as a regulative system for professional market players became a statutory code of conduct for the general public. However, the necessary steps to acknowledge this elementary change were never taken by the legislators. The article concludes that a copyright that affects professional authors, rights holders, prosumers and consumers alike needs significant conceptual modifications.

KEYWORDS: digital rights, copyright, internet

¹ Advogado em Berlim e membro fundador, chefe-redator da Revista Eletrônica iRights.info.

² Tradução de Karin Grau-Kuntz, Dr.jur, LL.M. - IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual.

1. Introdução

As tecnologias modernas permitem aos usuários copiarem e distribuírem muito mais obras protegidas do que há 50 anos atrás. O direito de autor moderno não logra proteger com eficácia os seus titulares. Ele necessita de uma reforma radical para que possa, efetivamente, garantir aos sujeitos criativos os seus direitos que, ao contrário do que se pensa, não vêm sendo restringidos em primeira linha pelos usuários individuais, mas antes pela chamada indústria de direitos de autor. Para tanto são necessárias medidas a curto, a médio e a longo prazo.

Atualmente o direito de autor se apresenta como uma área normativa das mais controversas. Já há tempos ele rompeu com os limites das discussões puramente técnicas, tornando-se tema de discussões públicas. É surpreendente como o [*tema*] direito de autor vem dando vazão a reações acaloradas, como vem levando a discussões que ganham proporções tais, ao ponto de nos referirmos a elas como a “guerra dos direitos autorais”. Iniciativas normativas como a Stop Online Piracy Act (SOPA) e a Prevent Internet Piracy Act (PIPA) nos EUA, ou a chamada Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), levaram em todo o mundo centenas de milhares de pessoas às ruas. Escritores e jornalistas ou roteiristas juntam-se a iniciativas que clamam na mídia diária por respeito ao direito de autor. A seu turno os cidadãos por eles rotulados como piratas e contrafatores contra-atacam com tiradas de luta, fazendo referência a “máfia de conteúdo” ou mascarando-se como “Anonymus” e atacando o servidor da

GEMA^{NT1} ou, ainda, demonstrando insatisfação com a situação política votando nas eleições parlamentares nos partidos piratas dos vários países europeus.

A questão está em compreender o que levou à intensificação discursiva em relação a um tema que, durante séculos, esteve restrito à pauta de discussões de especialistas. Se há 15 anos tivesse sido procedida junto à população uma pesquisa sobre o direito de autor, o resultado teria, sem dúvida, indicado um percentual menor do que dez por cento de entrevistados conscientes da existência de tal direito, e ainda um número menor relativo àqueles capazes de explicar a qual objeto tal direito se relaciona. Esta situação transformou-se de

^{NT1} A GEMA, em alemão Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, é o escritório alemão de arrecadação e distribuição de direitos autorais, correspondendo ao ECAD brasileiro.

forma abrupta com advento e implementação da Internet como meio de comunicação, o que ocorreu definitivamente com a evolução da “Web 2.0”.

2. A transformação do significado do direito de autor

A principal razão do ácido debate sobre o direito de autor está vinculada a alteração de seu significado, alteração que de forma alguma foi levada em consideração quando das reformas legislativas. Os fundamentos e as formas de manifestações essenciais do Direito de Autor reportam a tempos, quando ele interessava apenas a uns poucos. Em consequência foi ele concebido de forma puramente técnica. Os mecanismos de regulação do direito de autor são destinados a sujeitos normativos específicos, como as empresas que atuam profissionalmente [*na exploração destes direitos*] (empresas fonográficas, indústria do cinema, editoras etc.), como os entes especializados em gestão coletiva e criadores intelectuais profissionais representados por advogados e agentes. Enquanto os usuários privados não foram afetados pelo direito de autor esta concepção [*normativa*] mostrou-se funcional.

Esta descrição correspondeu até os meados do século XX à realidade. Até aquele momento as pessoas naturais não podiam, de fato e no sentido técnico da palavra, “utilizar” as obras intelectuais, uma vez que faltavam em seus lares as tecnologias de reprodução ou até mesmo de distribuição adequadas. Os cidadãos podiam ler livros e jornais, podiam ouvir música ou assistir filmes. Tudo isto corresponde a atividades não abarcadas

pelo direito de autor, posto o “aproveitamento intelectual da obra” não representar utilização relevante para o direito de autor.

Foi apenas com o desenvolvimento das primeiras tecnologias de reprodução – inicialmente com os gravadores, que as pessoas privadas entraram em contato com o direito de autor. Ainda no que toca as cópias privadas, foram elas por um tempo relativamente longo tema tão simples de enfrentar, que o usuário nem ao menos percebia a existência de um direito do autor. O legislador lançou mão aqui de uma construção não só lógica, mas também genial: foi criada a chamada exceção da cópia privada, que cobria todas as utilizações possíveis naquele tempo (gravar uma música, fazer uma fotocópia etc.).

Para compensar o titular do direito criou-se então o sistema de remuneração compensatória sobre aparelhos e suportes de fixação de conteúdos, através do qual uma pequena parte do preço de compra de aparelhos de reprodução é repassada através de associações de gestão coletiva para o titular do direito. O usuário não percebia a existência do sistema e, ao mesmo tempo, não tinha como evitá-lo. Em outras palavras, era praticamente impossível aos cidadãos cometerem violações de direito de autor.

No que toca o usuário privado a disposição de conexões de Internet nos domicílios transformou de forma radical a importância do direito de autor. A difusão de tecnologias digitais como os computadores e os celulares e suas conexões com a internet, um fenômeno hoje corriqueiro, possibilita a praticamente qualquer um agir não

apenas como usuário ou autor [*de obras intelectuais*], mas ainda como produtor e distribuidor. Diariamente milhões de pessoas lançam mão destas possibilidades. Essas pessoas tiram fotos e as expõem na Internet, ou ainda retiram fotos de outras páginas eletrônicas e as baixam em seus blogs ou Websites. Elas baixam textos, músicas e filmes contidos na rede, montam colagens digitais, edições de fotos, vídeos, remixes e mashups e, por sua vez, apresentam os resultados em plataformas como Youtube, Flickr ou Rapidshare, não só exibindo o resultado de seus trabalhos, mas ainda pretendendo compartilhá-los com outras pessoas.

Isto nada tem a ver com a tão invocada “mentalidade do grátis”. Basicamente as pessoas continuam a fazer o que sempre fizeram: elas são criativas e comunicam, trocam experiências com outras pessoas e partilham o que descobriram ou criaram. A única transformação encontramos em relação aos meios técnicos com os quais estas práticas culturais e sociais vêm sendo realizadas. A troca de arquivos através de redes de compartilhamento – mesmo e apesar dos efeitos deste compartilhamento atingirem hoje o autor de forma muito mais grave – corresponde ao mesmo padrão de comportamento notado antigamente nos pátios de escolas, quando eram compartilhadas faixas de música gravadas pelo próprio usuário em fitas-cassete em branco. A diferença é que, ao contrário do que ocorria naquele tempo, o compartilhamento e a comunicação online exigem a atenção ao direito de autor.

É natural que o alargamento do âmbito de aplicação do direito de autor gere uma situação de atrito considerável.

Por um lado as dificuldades serão evidentes quando se pretende que uma lei, em sua origem concebida para atender os interesses de destinatários profissionais deva, de repente, ser observada por todos. Não menos evidente é (na verdade) o fato de que os valores incutidos em um regulamento normativo devam ser repensados e reestruturados quando o círculo dos destinatários é alargado, em curto espaço de tempo, de um pequeno grupo altamente especializado para um grupo de milhões, senão até mesmo bilhões de pessoas privadas.

A razão principal das „guerras dos direitos de autor“ acima descritas reside no fato do direito de autor não ter, até o momento, logrado considerar devidamente os dois aspectos já mencionada. Por um lado ainda não foi possível reconhecer nem ao menos uma mínima vontade (política) no sentido de reconhecimento de sua nova função social e, como consequência disto, das alterações em relação à constelação dos interesses envolvidos, ou muito menos de iniciativas neste sentido. Também não há evidências de iniciativas políticas que visem simplificar radicalmente o direito de autor, considerando-o, como ele de fato atualmente o é, como um direito geral voltado a regular comportamento, de forma que possa vir a servir como uma espécie de código de trânsito para a Internet.

Pelo contrário, os últimos 15 anos do desenvolvimento do direito de autor foram marcados por razões distintas. Do ponto de vista do direito de autor (e do titular beneficiário do direito) a Internet vem sendo considerada desde seus primórdios apenas como uma ameaça. Desde então (e praticamente de forma exclusiva) a preocupação política esteve

centrada na questão de como combater a “pirataria online”. Especialmente no âmbito internacional os esforços de reforma do direito de autor não estão voltados a otimizar o sistema e ao desenvolvimento de regras devidamente adaptadas [*a nova realidade*], mas antes apenas se ocupam com a melhor forma de impor o direito de autor (em inglês: “to enforce” = “impor”). Um direito que depende de ser imposto milhões de vezes apresenta, por óbvio, deficiências fundamentais, que só poderão ser corrigidas através de alterações estruturais. Mas este detalhe está escapando de ser percebido, seja no âmbito político ou no círculo dos lobistas da economia criativa, como, da mesma forma, até então não foi percebido que correções não só beneficiariam a todos mas que, ainda, se apresentam como essenciais.

3. Os desafios

Muitos estudiosos do direito de autor acordam no que toca este ponto, no sentido de que correções nos detalhes da estrutura não lograrão levar aos resultados desejados. Um direito de autor adequado ao século XXI deve compatibilizar uma série de interesses. Ele deve considerar na mesma proporção os interesses daqueles que ganham dinheiro com suas criações ou produções intelectuais, os interesses daqueles que desejam amortizar seus investimentos e os interesses públicos. Especialmente estes últimos são variados e delicados, envolvendo aspectos os mais diversos, como a liberdade de informação e comunicação ou a proteção da esfera privada, o interesse em educação e pesquisa, o fomento da arte e da cultura, de uma economia criativa próspera, a

geração de empregos e muitos outros.

Antes de enveredar pela forma como o direito de autor deve ser adaptado, de modo a satisfazer as exigências da sociedade de informação, é ainda necessário insistir no problema.

Nos termos da legislação vigente muito daquilo que hoje (tecnicamente) se possibilita às pessoas está proibido. Espera-se que as pessoas privadas tenham consciência desta situação, que não façam uso das possibilidades técnicas, que não satisfaçam seus desejos pessoais e que cumpram com a lei. E porque elas não podem agir assim, ou também porque não querem agir assim, são elas notificadas e processadas aos milhares. Isto, entre outros fatores, gerou a seguinte situação: o direito de autor passou a ser considerado como extremamente injusto. Consequência disto é a perda de aceitação e a “desobediência civil” generalizada, que toma forma nas violações de direito de autor.

E se ainda tem-se em conta as dificuldades de controle na Internet, e o fato de que este controle é difícil de ser imposto, a situação descrita ganhar contornos fatais. Quanto mais um direito sofrer com a perda de controle por conta de dificuldade [*fática*] de sua aplicação, maior será a sua dependência por aceitação [*por parte dos destinatários das normas*]. E para o incremento duradouro da aceitação do direito é necessário que os destinatários desenvolvam consciência em relação ao valor do bem jurídico protegido pelo direito (e não, ao contrário, que desenvolvam a consciência de estarem agindo contra a lei)³.

³ Quando é simples contornar o direito não basta

De forma um tanto exagerada poder-se-ia afirmar ser hoje voluntário o ato de pagamento de cópias de música, filmes ou software. Quase todos os conteúdos criativos podem ser acessados na rede de forma gratuita.⁴ Apesar do esforço investido em uma ampla perseguição das violações jurídicas, o risco de que o violador venha a de fato ter de suportar alguma consequência jurídica é baixo, especialmente quando se tem domínio dos conhecimentos técnicos.

Neste contexto, aqueles que desejam lucrar na era digital

a consciência de se estar agindo contra a lei. O fato de algo ser proibido não significa, necessariamente, que a norma que contém a proibição deva ser cumprida e, especialmente, este não será o caso, quando à violação não corresponder consequência alguma (seja porque a violação não é perseguida, ou porque não é possível perseguir a violação). A consciência sobre o valor do bem jurídico protegido, ao qual estão vinculados valores morais, é o único meio de superação do problema. Apenas no momento em que o violador sentir que ao violar o direito está a agir mal, ou seja, quando a consciência do valor do bem jurídico protegido coincidir com a norma, ter-se-á alcançado um efeito protetivo durador.

⁴ As pessoas que pagam voluntariamente pelos bens criativos assim o fazem não necessariamente para garantir o acesso aos produtos específicos (pois estes também estão à disposição de forma gratuita). Na verdade os usuários estão dispostos a pagarem pelo conforto e boa estrutura de serviços oferecidos por preços razoáveis e, especialmente, vinculados a grande quantidade de ofertas. A tarefa do prestador de serviços consiste em comercializar valores, valores que por sua vez que não podem ser copiados. Estes valores imateriais são, por exemplo, a disponibilidade imediata, a personalização, a autenticidade, a forma de apresentação (como, por exemplo, versões sofisticadas de álbuns de música ou apresentações ao vivo) ou a facilidade em encontrar o produto desejado (vide K. Kelly: *Better than free*, 2008, http://www.edge.org/3rd_culture/kelly08/kelly08_index.html).

disponibilizando conteúdo criativo ao consumidor (autores profissionais, editoras, empresas fonográficas, indústria do cinema, empresas de programas de computadores), dependem especialmente do aceite dos usuários no sentido que paguem pelos bens criativos. A tendência é que essa relação de dependência continue a crescer. Pois uma coisa parece certa: os velhos tempos não só não retornarão como, ainda, no futuro não será mais possível obrigar de forma efetiva o usuário a respeitar um direito de autor que ele recusa. Em outras palavras, é ingênuo imaginar ser possível, lançando mão de instrumentos jurídicos, obrigar de forma eficiente as pessoas na Internet a não utilizarem aquilo que a técnica lhes proporciona. E isto independe da forma como se avalie a situação, seja positiva ou negativamente.

Por fim, e tendo em vista a análise procedida, o direito desponta aqui como um “testa de ferro” de questões que na verdade reportam a outros conteúdos. Também alterações substanciais no próprio direito de autor não lograrão resultar em alterações dos comportamentos nos mercados e ainda que os hábitos de uso cessem ou venham até mesmo a sofrer reversão. Em muitos casos o clamor por uma lei melhor possivelmente desvia a atenção do cerne do problema. Respostas a problemas reais como, por exemplo, como ganhar dinheiro com conteúdos jornalísticos, ou como seria possível colocar o mercado fonográfico de volta ao curso do sucesso não serão encontradas aqui. O direito de autor fornece, de fato, importantes parâmetros para o mercado. Em si considerado, porém, não tem ele por condão determinar que um título musical ou um livro sejam mais vendidos ou, ainda, que uma pessoa vá ao cinema. Isto será determinado no mercado e a partir

da concorrência.

4. Princípios regulatórios para um direito de autor moderno

No que tange as diversas opções que se colocam frente a uma possível reorganização, ou pelo menos a uma adaptação do direito de autor, é aconselhável distinguir entre perspectivas a curto, a médio e a longo prazo. A razão que justifica esta priorização não está necessariamente vinculada a uma eventual urgência na adoção de medidas, mas antes ao fato de que determinadas medidas requerem mais tempo para serem adotadas do que outras. Por um lado o desenvolver das motivações políticas em diferentes direções representa um obstáculo. Alguns dos problemas, bem como a importância deles, já foram reconhecidos, o que permite que possam ser resolvidos em um futuro próximo. Outros, porém, permanecem desconhecidos ou, ainda, não se pretende ter conta deles.

Mais importantes do que os obstáculos políticos são os de natureza jurídica. O direito de autor está vinculado a inúmeros acordos internacionais e por normas do direito comunitário. Não é incomum que reformas no nível nacional estejam condicionadas a alterações normativas anteriores, a nível internacional e europeu. E este é um processo difícil e moroso.

5. Medidas a curto prazo

Várias medidas parecem ser, no momento, especialmente urgentes. Todas elas são aplicáveis a curto prazo, posto

não fazerem necessária qualquer alteração nos direitos de cunho europeu ou internacional.

- **Reforma do direito aplicável aos contratos de direito de autor:** o legislador deveria continuar a desenvolver o chamado direito autoral contratual [*Urhebervertragsrecht*]. O direito autoral contratual tem como função primordial proteger o autor no que toca os contratos com os agentes exploradores de direitos de autor, de forma que estes não acabem por gozar de posição mais do que vantajosa. Uma vez que nos mercados de bens criativos o autor ocupa geralmente a posição de sujeito mais fraco, este tipo de proteção é de suma importância.

O legislador reconheceu [*a necessidade deste passo*] e reformou em 2002 o direito autoral contratual de forma significativa. Entre outras medidas foi introduzido um “direito a compensação equitativa”, que garante a qualquer autor o direito de exigir compensação equitativa de seu parceiro contratual. Porém, até o momento é difícil fazer valer este direito, especialmente porque as associações de autores e de agentes exploradores de direitos de autor praticamente não lograram acordar sobre regras de “compensação equitativa” que, uma vez dotadas de validade geral, pudessem ser aplicadas para a determinação de um montante equitativo. Apesar da lei prever este tipo de regras de compensação como medida de auto-regulação, falta ainda determinar, de forma vinculante, que o acordo sobre a compensação equitativa deva ser realizado dentro de um lapso de tempo razoável. Este é um detalhe essencial para o autor poder fazer valer o direito de compensação equitativa: se não há previsão de regras vinculantes,

então cada autor, para fazer valer o seu direito de compensação equitativa, deverá agir diretamente contra a sua editora ou contra um outro tipo de agente que exerça a atividade de exploração de seus direitos de autor. Tendo em vista a difícil realidade do mercado, como por exemplo aquela em que atuam os jornalistas “freelancer”, este tipo de ação direta sempre apresentará riscos.

Por fim a lei ainda pede apenas alguns ajustes, de forma que logre oferecer mais vinculação entre os contraentes. Isto poderá ocorrer durante a próxima reforma de direito de autor (a chamada “terceira cesta”).

Das Gesetz bedarf diesbezüglich letztlich nur einiger Feinjustierungen, um mehr Verbindlichkeit für die Kontrahenten zu schaffen. Diese könnten im Zuge der nächsten Urheberrechtsreform (dem sogenannten Dritten Korb) vorgenommen werden.

- **Maior liberdade de uso para instituições culturais, de ensino e ciência:** instituições de ensino e cultura (como museus, arquivos, universidades, escolas) reclamam há anos que o regime do direito de autor em vigor não lhes permite mais cumprir com suas missões públicas. Sente-se especialmente falta de previsão de liberdades de usos adequadas, isto é, liberdades cujo desenho considere que as instituições públicas não só já fazem uso das mídias digitais (online), como ainda o fato de que elas devem fazer uso dessas mídias. O quadro legislativo atual permite este tipo de uso de forma muito limitada e clama, portanto, por um ajuste urgente.

Um exemplo: a fim de preservar e tornar disponível o patrimônio cultural é

necessário adotar medidas de preservação digital altamente complexas e caras. A realização de tais medidas faz inevitáveis determinadas intervenções no direito de autor. Obras analógicas precisam ser digitalizadas, convertidas em obras digitais, armazenadas em servidores e sistemas redundantes de cópia de segurança etc. As normas autorais referentes ao arquivamento datam de 1965. E elas foram elaboradas tendo-se em mente o arquivamento de cópias de textos ou fotografias em microfichas ou fotocópia e, portanto, permitem apenas “uma única reprodução de uma obra própria” (original). Desta forma muitas das medidas necessárias para a preservação digital não são permitidas. Se apesar disto pretende-se adotá-las, então, nos termos do direito vigente, deverão ser celebrados contratos com os titulares dos direitos de autor ou com as sociedades de gestão coletiva. Porém, em razão da complexidade do processo de licenciamento a celebração de contratos geralmente não possível. Os mesmos problemas são enfrentados por escolas, museus, universidades.

- **Medidas contra a “febre das notificações”:** o direito de autor ainda clama por urgente correção a curto prazo no que toca a “onda de notificações” contra o consumidor final. Esta “onda”, calcada em violações de direito de autor em “bolsas de compartilhamentos”, vem sendo patrocinada especialmente pela indústria fonográfica, cinematográfica e de jogos eletrônicos. Centenas de milhares usuários privados são anualmente forçados ao pagamento de muitas vezes grandes somas em razão de uploads ou downloads de alguns arquivos individuais.

Esta forma de fazer valer direito prejudica extremamente o –

urgentemente necessário – processo de aceitação da proteção sobre as criações intelectuais. Partindo de uma observação pessoal é possível afirmar que especialmente os jovens tendem a violar deliberadamente o direito de autor, posto entenderem este tipo de medida como extremamente injusta. Esta atitude afeta não apenas a sociedade e o estado de direito como tal, mas ainda a classe criativa e a economia. Se os atos de violação de direito de autor não são apenas tolerados como desobediência civil, mas ainda são “saboreados” como tal, então mais cedo o mais tarde o sistema de proteção entrará em colapso.

Uma vez que esta dinâmica vem aparentemente sendo ignorada por determinados sectores, o legislador cuidou já em 2000 de prescrever normas que fazem das notificações em massa um negócio não lucrativo. Mas até agora o desejado efeito de redução do fenômeno não pôde ser observado. A verdade é que hoje, mais do que nunca, pessoas privadas vêm sendo notificadas. Isto em vista o Ministério da Justiça apresentou em 2011 uma nova proposta legislativa com a intenção de prevenir de forma eficaz a onda de notificações.⁵ Mas esta medida reformadora parece estar dividindo o destino de outras medidas tão necessárias voltadas a reformar o direito de autor: foi posta no gelo.

6. Medidas a médio prazo

- **Simplificação do direito de autor:** a febre de notificações é apenas efeito de um problema muito mais

profundo, nomeadamente do fato dos usuários privados não compreenderem o direito de autor e/ou não desejarem respeitá-lo. Para poder enfrentar o verdadeiro problema o direito de autor deveria sofrer uma ampla simplificação ou, melhor ainda, dever-se-ia encontrar um caminho que possibilitasse retirar o usuário privado da posição de sujeito-destinatário do direito de autor (como, aliás, era antigamente), passando apenas a considerá-lo como um “sujeito pagante”. O direito de autor em sua estrutura atual, i.e. abarcando de forma direta as pessoas privadas, está fadado a não funcionar.

Uma simplificação do direito de autor de modo a adaptá-lo nos moldes de “regras de trânsito” da Internet não parece possível. O direito de autor é uma figura tão complexa, que parece impossível a um leigo na área atender a todas as regras sem que, ao mesmo tempo, abra mão em parte ou completamente de fazer valer as liberdades privadas garantidas⁶.

Em todo o caso não bastará simplificar a redação das normas legais. Pessoas privadas geralmente não dão atenção aos textos legais. Neste sentido soam interessantes os modelos que simplesmente levam as pessoas privadas a não mais violarem a lei. Esses modelos estão calcados na (velha) concepção de

⁵ Siehe z. B. <http://www.sueddeutsche.de/digital/abzocke-im-internet-justizministerin-sagt-abmahn-industriedem-kampf-an-1.1179632>.

⁶ O que se pretende dizer é o seguinte: sob uma perspectiva teórica, poder-se-ia naturalmente evitar violações legais se a pessoa não instruída sobre o que é permitido e o que não é, decidisse não mais realizar nenhum ato com relevância para o direito de autor. Já mesmo a questão sobre o que é relevante e o que não é relevante sob a perspectiva do direito de autor é geralmente um desafio para a maior parte dos usuários privados e leigos. Isto desponta evidente nos dias de hoje no grande número e na variedade de violações de direito de autor.

que os *[usos]* privados são, de forma geral, permitidos, enquanto, ao mesmo tempo, exige-se em relação a eles o pagamento de uma compensação fixa obrigatória que não pode ser evitada. Um exemplo deste tipo de sistema regulativo é oferecido pelo modelo das cópias privadas e do pagamento de remuneração compensatória em relação aos aparelhos e suportes de gravação.

- O chamado modelo de compensação alternativa para a Internet, por exemplo, prevê que todos os proprietários de uma ligação com a Internet devam pagar uma taxa adicional que, obrigatória e inevitável, seria cobrada pelo provedor e adicionada à soma devida e cobrada pelo serviço de conexão. Em contrapartida as pessoas privadas estariam autorizadas a repartir na rede conteúdos protegidos pelo direito de autor. Há anos este modelo de compensação vem sendo tema de discussões no âmbito científico e político. Ele tem em comum com outros modelos de compensação fixa a vantagem de permitir os atos corriqueiros *[de comportamento na rede]*, enquanto impede, concomitantemente, que o pagamento devido seja burlado. Dependendo da forma como for estruturado, o usuário privado não precisará conhecer nenhum detalhe do direito de autor. O que ele faz na rede é permitido e ele paga por isso. São diversas as razões que explicam o porque do sistema de compensação alternativa para a Internet não ter ganho até agora na pauta do debate político o destaque devido. Do ponto de vista político e jurídico o debate é problemático, pois questiona-se, em primeira linha, se uma Diretiva Europeia deveria ser modificada ou não. Do ponto de vista econômico ele também é problemático, pois não está claro como o compartilhamento de

arquivos, então legitimado, impactaria sobre os recentes modelos de negócios online, como os da indústria fonográfica ou cinematográfica. Sob uma perspectiva político-social as preocupações são semelhantes àquelas referentes a qualquer imposição de taxas fixas (pense-se aqui, por exemplo, na GEZ)^{NT}, uma vez que muitos usuários deverão pagar por possibilidades em relação às quais não têm interesse ou, ainda, das quais não são capazes usufruir.

Por outro lado há boas razões que indicam pela preferência por este tipo de solução. Tais razões despontam especialmente evidentes quando se tem em conta a seguinte situação insuportável: a não ser que sejam tomadas medidas jurídicas drásticas, os titulares dos direitos continuarão a não receber qualquer compensação por lesões que sofrem com atos ilícitos que, por sua vez, são cometidos neste momento por milhões de pessoas. Mesmo e apesar das desvantagens vinculadas ao modelo de compensação alternativa para a Internet, o fato de nele o usuário privado ocupar na equação do direito de autor *[apenas]* a posição de sujeito pagante, e não a de sujeito ativo destinatário das normas, indica, sob uma perspectiva a médio e longo prazo, que está é a solução correta. Ainda, o modelo vem calcado em reconhecido princípio, já introduzido com a regulação da cópia privada (1996): “Remunerar o que não se pode controlar; permitir o que não se pode proibir”. Neste sentido as atenções devem estar voltadas a este modelo.

^{NT} A GEZ é um imposto que se paga pelo acesso a programação de emissoras de televisão e rádio públicas.

7. Medidas a longo prazo: reversão do processo de distanciamento dos objetivos do direito de autor

A justificativa do direito de autor moderno é encontrada na necessidade de proteção do autor. O “vínculo intelectual, pessoal” entre autor e obra deve ser protegido e ao autor deve ser garantida uma fonte de renda. Sob uma perspectiva vista jus-filosófica, e ainda sob influência do romantismo e do iluminismo, o direito de autor não necessitaria de nenhuma fundamentação ou justificação. Ele é direito natural, referido como “propriedade intelectual”.

Basta um lançar de olhos atento para percebemos que esta ideia básica não corresponde mais ao fundamento do direito de autor moderno. E uma análise ainda mais acurada demonstrará que, na verdade, isto nunca foi o caso. Mas apesar disto afirma-se ser ela muito adequada e, ainda, pretende-se que ela (mais uma vez) seja frutífera. De forma radical é possível afirmar que o direito de autor moderno é, em primeira linha, um instrumento de política industrial, um meio para a imposição de interesses econômicos. Nada depõe contra a proteção de interesses econômicos por meio dos direitos de propriedade intelectual, mas o mesmo não se pode afirmar em relação ao emprego manipulativo de argumentos ou de esquemas de justificação, posto induzirem a decisões equivocadas e a dificuldade de compreensão de fatos.

[Esta justificativa] tem grande valor no debate político e público, quando se quer argumentar de acordo com os interesses dos profissionais criativos. Como argumentar contra um direito que protege o sujeito criativo contra a exploração de seu trabalho e que garante

a ele um meio de subsistência? Quem poderia invocar contra estas considerações as várias extensões do prazo de proteção de tal direito, inicialmente garantido por 14 anos? Afinal de contas a proteção tem por objetivo oferecer segurança jurídica ao autor e seus herdeiros.

Mas este tipo de argumentação sempre ocupou uma posição muito secundária na estrutura do direito de autor. Prova disto é que, apesar de constante a necessidade de proteção do autor em relação à outra parte contratual (o editor, o produtor de cinema etc.), a estrutura do direito de autor sempre possibilitou ao autor abrir mão de forma mais ou menos abrangente de todas as posições jurídicas que possibilitariam a ele ganhar dinheiro. O princípio da liberdade contratual possibilita a poderosa indústria criativa decidir se e quanto o autor receberá em relação a receita vinculada a exploração de sua obra. Com o autor resta apenas o direito moral, e isto somente enquanto os interesses econômicos da indústria de direitos de autor não forem prejudicados. Tal sistema não é capaz (e poder-se-ia até mesmo dizer não ser ele nem mesmo destinado a) de garantir renda aos autores.

A (suposta) noção de destino comum entre o autor e o explorador dos direitos deste, aninhada no seio do direito de autor, nada mais é do que uma sacada de mestre da indústria criativa e, provavelmente, um dos lobby de maior sucesso de todos os tempos. Esta é a razão que explica (e possibilita) o lançar mão, no âmbito do debate em torno do direito de autor, de aspectos culturais, românticos e morais, mesmo e apesar deste direito estar centrado de forma particamente exclusiva em interesses

econômicos ou, e agora de modo específico, este é o argumento que viabiliza o presentear as editoras, as empresas fonográficas e cinematográficas com monopólios extensos para a maximização de seus lucros.

Essa “confusão” de funções completamente distintas em um “direito de autor” gera grande ineficiência e, ainda, é responsável pelo desvio da atenção dos diversos interesses e exigências necessários para a proteção do trabalho criativo. Evitar esta situação é um dos maiores desafios a ser enfrentado e representa o ponto de partida mais importante no que toca futuras reformas do direito de autor. Uma solução conceitual estaria no separar de forma sistemática os interesses dos autores dos dos exploradores de direitos de autor. Nesta oportunidade poder-se-ia criar um “verdadeiro” direito de autor, capaz de, de fato, servir aos interesses dos sujeitos criativos (um direito que, por exemplo, seria caracterizado, ao lado da previsão do direito moral, essencialmente pela presença de regras fortes relativas a contratos autorais). Ao lado do direito de autor seria ainda necessário a determinação de direitos econômicos especiais, que garantiriam, em uma mesma medida, os interesses dos exploradores dos direitos de autor (“interceptadores” de obras) bem como o bom funcionamento da concorrência. Ao contrário dos modernos *Leistungsschutzrechte*^{NT} (que a exemplo dos direitos conexos foram fortemente calcados no direito de autor, sem que

^{NT} *Leistungsschutzrechte* são direitos que protegem o trabalho que não logra satisfazer o patamar de originalidade necessário para a incidência de proteção autoral mas que, ao mesmo tempo, traduzem um investimento em trabalho que o legislador alemão considera como digno de alguma proteção.

para isso fosse necessário uma justificativa), os direitos dos autores e dos exploradores de obras devem ser estruturados de forma substancialmente distinta; as posições jurídicas deles resultantes devem estar desenhadas de forma a satisfazer as necessidades de cada um[*a das categorias*] de titulares.

Para efectivamente evitar a cumulação de direitos em relação a um objeto de proteção, bem como ainda evitar uma nova situação de “confusão” entre posições jurídicas, seria necessário proibir, ou pelo menos só permitir de forma limitada, a transferência a terceiros do direito de autor ou das posições jurídicas dele resultantes. Se os exploradores de direitos de autor contassem com um direito próprio, então a cessão de direitos por parte do autor não seria mais necessária⁷. Ela também não seria oportuna se se reconhecesse que as posições jurídicas resultantes do direito de autor são apenas legítimas enquanto nas mãos dos autores. É exatamente aqui onde encontramos o ponto doente do sistema em vigor: as posições jurídicas garantidas aos autores por razões morais podem, sem maiores dificuldades, estar nas mãos de outros grupos de interesses. Isto precisa ser evitado.

Um exemplo simples deixa explicar o pensamento: do ponto de vista da subsistência do autor parece razoável

⁷ Se ao autor fossem por exemplo garantidos direitos não transferíveis de participação nos lucros de exploração da obra, então um pacto de participação não seria necessário. As normas poderiam ser elaboradas de tal forma, que um pacto entre autor e explorador só fosse permitido nos casos de determinação de uma maior participação nos lucros, e nunca de uma participação menor [*que seria proibida*]. Dessa forma seria possível alcançar equilíbrio nas negociações entre autor e explorador.

garantir a ele direitos de participação econômica a longo prazo em relação a todos aqueles que lucrem com a [exploração de] sua obra. Porém, uma vez que o explorador da obra deve agir de acordo com os critérios de mercado (como qualquer outro empresário), a pretensão do autor, na dúvida e sob a perspectiva do agente econômico mencionado, não parecerá adequada. Se ao autor for permitido – como acontece no direito vigente – transferir seus direitos, então, e em razão de desigualdade na relação de poder, a tendência será pela transferência. Por essa razão a transferência dos direitos de autor deve ser proibida.

Um outro exemplo que permite demonstrar o quanto uma diferenciação sistemática entre direitos do autor e direitos do explorador faria sentido está relacionado ao prazo de proteção. O prazo de proteção autoral vigente para qualquer obra é de 70 anos contados a partir da morte do autor (o que com frequência resulta em um prazo de proteção para mais de 100 anos). Estes tipos de prazos de proteção de duração tão longa só poderão ser justificados por meio de argumentos que invocam os interesses dos autores na subsistência de seus herdeiros ou, ainda, por interesses pessoais. Do ponto de vista econômico estes prazos despontam como muito longos e quando nas mãos dos exploradores geram ineficiências, limitações concorrenciais que não se deixam justificar e, ainda, perda de bem-estar social. Para evitar este tipo de efeito sem que, concomitantemente, o autor sofra com a perda do valor de seu direito, o prazo de proteção em relação ao explorador deveria ser mais curto do que aquele garantido ao autor. Se, porém, for possível ao explorador obter os direitos do autor por meio de contrato, então este

tipo de diferenciação sistemática de direitos será de difícil realização.

Se, ao contrário, o direito do autor e o direito do explorador são sistematicamente moldados independentemente um do outro, então não será difícil estruturá-los de forma diversa. Em relação a questão relacionada ao prazo de proteção seria, por exemplo, natural calcular o prazo de proteção do direito do explorador com base em critérios econômicos, garantindo-os por um período de tempo curto ou até mesmo fazendo-os dependentes de registro. A exemplo do modelo do direito de patentes os direitos exclusivos poderiam ser garantidos nos limites de sua eficiência econômica. Para tanto e em caso de dúvida o prazo comum para a amortização dos investimentos necessários serviria de orientação⁸.

A distinção sistemática entre os direitos dos autores e dos exploradores poderia reverter o processo de distanciamento da “propriedade intelectual” em relação a seus objetivos e, ao mesmo tempo, por fim na crise de legitimação do direito de autor. Por outro lado ela iria promover o reconhecimento da proteção de bens imateriais e frear o processo de perda de importância do direito de autor (especialmente em relação aos interesses do autor dotado de maior importância).

⁸ O exemplo do prazo de duração da proteção indica que a doutrina ainda está engatinhando no que tocam as perspectivas a longo prazo relacionadas a uma regulação do direito de autor. Compare com T. Kreuzer: Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Baden-Baden 2008, S. 478 ff.; bem como com o Relatório Final do Projeto de Pesquisa: "Co:llaboratory - Regelungssysteme für informationelle Güter", págs 59 ss. (http://dl.collaboratory.de/reports/Ini3_Urheberrecht.pdf).

Conclusão

É difícil responder a questão de como será o direito de autor do futuro. No momento os estudos então centrados em analisar os problemas vinculados a ele. Do ponto de vista científico parece evidente que as coisas não podem permanecer como estão. Do ponto de vista econômico o direito de autor desponta fortemente vinculado a um modelo de negócio baseado na produção e comercialização de cópias (livros, discos etc.). Este modelo funcionou bem enquanto tais atos [*de produção de cópias*] vinham vinculados a ações complexas, complicadas e caras e, assim, enquanto o direito de autor vinha relacionado a um realmente pequeno segmento de mercado, onde atuam apenas sujeitos profissionais. O modelo atinge porém seus limites em um ambiente onde também as pessoas privadas (ou qualquer outro tipo de pessoas) podem, sem maiores dificuldades e ainda sem que haja possibilidade de controle, não só distribuir cópias, mais ainda fazê-lo em espaço mundial. O direito de autor, um regulador de comportamento, é muito complexo para o cidadão comum. Parece impensável poder simplificá-lo de forma a caracterizar um tipo de “Código de Trânsito” na Internet. Se se pretende alterar a situação insuportável a todos os envolvidos, caracterizada por violações maciças do direito, que ocorrem diariamente através de milhões de utilizações [*de obras protegidas*] sem a contrapartida de compensação financeira para o [*titular do direito*] artista ou empresa criativa, então é necessária uma reforma legal estrutural. E este tipo de reforma também é necessária para que o direito de autor possa finalmente proteger os sujeitos criativos, cumprindo com a missão que supostamente deve

cumprir e que sempre deveria ter cumprido.

JEL-Classification: D23, K11, O34