

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NOS ESTADOS UNIDOS EM FACE DA DIGITALIZAÇÃO: O CASO NAPSTER

Carlos Alberto Rohrmann*

INTRODUÇÃO

I – REVISÃO DO DIREITO PROTETIVO AOS DIREITOS AUTORAIS NOS ESTADOS UNIDOS - O REGIME DO *COPYRIGHT*

- A. *O Estudo da Legislação Federal Referente ao "Copyright" nos Estados Unidos*
- B. *As Obras Protegidas pelo "Copyright" nos Estados Unidos*
- C. *Os Requisitos Legais para a Proteção Jurídica: A Exigência de Fixação em um Meio Tangível e outras Formalidades*
- D. *Ofensa ao Direito de "Copyright", Defesas e Exceções*
- E. *Remédios Disponíveis em Face da Violação do Copyright*

II – O CONFLITO ENTRE O MODELO DO *COPYRIGHT* E A DIGITALIZAÇÃO DAS MÚSICAS NA INTERNET

- A. *O Fenômeno da Digitalização da Informação*
- B. *O Formato de Arquivos Digitais de Música do Padrão MP3*
- C. *A Tecnologia do Napster*
- D. *As Perspectivas da Legislação Protetiva do Copyright em Face da Ação Judicial Referente ao Napster*

CONCLUSÃO

* Professor da Faculdade de Direito Milton Campos. **Bolsista da CAPES-Brasília, Brasil**, durante o curso de Doutorado em Direito na Universidade da Califórnia em Berkeley. Master of Laws (UCLA). Mestre em Direito Comercial (UFMG). Bacharel em Direito (FDMC). Bacharel em Ciência da Computação (UFMG). Membro professor da *Computer Law Association*. Advogado. Rendo os meus sinceros agradecimentos aos seguintes professores: Prof. Dr. Arthur José Almeida Diniz, Prof. Eugene Volokh, Prof. Laurent Mayali, Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault, Prof. Mark Lemley, Prof. Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima, Profª. Pamela Samuelson, Prof. Robert Merges, Prof. Stuart Biegel e ao Prof. Dr. Wille Duarte Costa. Agradeço a João Bosco Miquelão por sua valiosa ajuda durante o trabalho de pesquisa e redação deste artigo. Este artigo encontra-se disponível em formato "pdf" no *web site* do *Instituto Online para Direito e Informática*, em <http://www.home.earthlink.net/~lcgems/Nap.pdf>, fevereiro de 2001.

INTRODUÇÃO

O ano de 2000 foi marcado por um grande número de ações judiciais envolvendo a proteção à propriedade intelectual na Internet nos Estados Unidos. Dentre tais ações, merece especial destaque a que envolve o caso *Napster*. Trata-se de um processo que discute os próprios parâmetros de proteção aos direitos autorais na Internet.

A proteção oferecida pelo direito à propriedade intelectual tem sofrido muitos desafios desde a popularização do uso da Internet. Os motivos são diversos, todavia podem ser resumidos em basicamente dois: de um lado, a facilidade da cópia dos dados digitais, e, de outro, a perfeição da cópia. No que toca à facilidade, é inegável que cada computador é também uma máquina copiadora. Em relação à perfeição, temos que, enquanto as cópias de dados analógicos (como as fitas K-7) sempre são piores do que os originais, o mesmo não acontece com as cópias digitais. Uma vez que a seqüência de "zeros" e "uns" da cópia do dado digital é a mesma do dado original, não há perda de qualidade.

Várias medidas legais foram tomadas no sentido de se adaptar a legislação protetiva dos direitos autorais nos Estados Unidos em face dos desafios trazidos pela digitalização dos dados e pelo uso da Internet. Dentre tais medidas pode-se citar novas leis que tornam ilegal a disponibilidade de ferramentas de *software* que visam quebrar a proteção tecnológica de propriedade intelectual.

O interessante acerca do caso *Napster* é o fato de que o serviço prestado pelo *Napster* não é um serviço de cópias, todavia um serviço de localização de arquivos de músicas para que, após localizados, possam ser copiados pelo usuário. Nota-se pois que o *Napster* é mais um serviço de localização na Internet (como aqueles oferecidos por muitos

web sites, tais como www.altavista.com e www.yahoo.com). Ocorre que o *Napster* localiza músicas protegidas por direitos autorais.

Em decorrência da peculiaridade do serviço prestado pelo *Napster*, a *Record Industry Association of America* - RIAA ajuizou uma ação contra o *Napster* por responsabilidade subsidiária pelas muitas cópias (e, conseqüentemente, muitas violações de direitos autorais) realizadas todos os dias pelos usuários da Internet que acessam o serviço.

Além do serviço prestado pelo *Napster*, ainda no ano de 2000, surgiu nos Estados Unidos um novo serviço, muito semelhante ao *Napster*, intitulado *Gnutella*. É também um serviço de busca de músicas na *web*, todavia difere-se do *Napster* por não se basear em um computador central. O *Gnutella* faz uso de uma estrutura descentralizada de pesquisa de arquivos de música.

Como teremos oportunidade de estudar, as músicas em questão estão armazenadas em formato digital, do tipo "MP3". Esse formato torna possível armazenar músicas com qualidade próxima do CD normal que é vendido nas lojas, em um arquivo digital muito pequeno que pode ser transferido pela Internet em espaço de tempo muito curto.

O presente artigo busca explicar o caso *Napster*. Como se trata de um caso da justiça norte-americana, inicialmente, faremos uma revisão do direito de proteção aos direitos autorais nos Estados Unidos. A seguir, estudaremos, especificamente, as questões referentes aos arquivos de música MP3 e ao caso *Napster*. Por fim, este artigo concluirá que a legislação protetiva dos direitos autorais hoje existente é eficaz para proteger os interesses dos autores no tocante aos arquivos de música MP3.

É importante dizer que este trabalho não visa comparar o regime jurídico do *copyright* norte-americano com a legislação protetiva dos direitos de autor no Brasil.

I - REVISÃO DO DIREITO PROTETIVO AOS DIREITOS AUTORAIS NOS ESTADOS UNIDOS - O REGIME DO *COPYRIGHT*

A. O Estudo da Legislação Federal Referente ao "Copyright" nos Estados Unidos

A Constituição norte-americana, em seu art. I, seção 8, cláusula 8, confere ao Congresso Norte-Americano o poder para legislar sobre direitos autorais (embora não trate, explicitamente, do termo *copyright* em seu texto):

*"The Congress shall have the power ... To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."*¹

Em face do poder constitucional acima explicitado, o Congresso Norte-Americano editou lei específica regulamentadora dos direitos autorais nos Estados Unidos. Inicialmente, houve o *The Copyright Act of 1909*, e, mais recentemente, o *Copyright Act of 1976*, devidamente emendado em 1988 quando da adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna.²

Nota-se que, por se tratar de matéria de lei federal norte-americana, a legislação estadual fica preempta em face do *Copyright Act*. Todavia, há de se ressaltar que alguns itens que não foram objeto de regulamentação pela lei federal podem ser regulamentados, diferentemente, pelos estados federados. Outro ponto importante é o fato de a lei federal

¹ U.S. Constitution, article I, section 8, clause 8. É interessante ressaltar que este é o único local no qual aparece a palavra "right" no corpo da Constituição dos Estados Unidos da América.

² O *The Copyright Act of 1976* foi codificado no *United States Code*, como 17 U.S.C. O *Copyright Act* é dividido em seções que são representadas pelo símbolo §, por exemplo: 17 U.S.C. § 101 refere-se à seção número 101 do *Copyright Act* que, por seu turno, cuida das definições.

possibilitar ao autor de uma ação envolvendo *copyright* o manejo da Justiça Federal Norte-Americana.

No que tange à natureza do *copyright* no direito americano, não é pouca a doutrina que a caracteriza como um monopólio concedido ao autor como um incentivo econômico ao desenvolvimento da criação intelectual.³ Uma análise mais profunda da natureza do *copyright* está além do escopo deste texto.⁴

Uma vez que o sistema jurídico norte-americano é o sistema da *Common Law*, diferente do nosso sistema brasileiro do Direito Civil, a importância do precedente judicial é muito maior nos Estados Unidos do que no Brasil. Não são poucos os casos envolvendo *copyright* que já chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos. Cabe lembrar que uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos é um precedente que vincula todos os demais tribunais e juízes daquele país. Por outro lado, os Estados Unidos adotaram a forma federativa de Estado, ressaltado-se ainda o fato de que os estados federados norte-americanos têm maior autonomia do que os brasileiros. Um vez que a Justiça Federal é dividida em vários tribunais regionais⁵ (que podem englobar mais de um estado federado) podem ocorrer situações nas quais uma mesma questão de *copyright* tem interpretação diferente em tribunais federais diferentes. A uniformização só é possível na hipótese de um dos casos ser conhecido em grau de recurso pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Por fim uma última diferença entre o sistema jurídico norte-americano e brasileiro deve ser apontada. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem a discricionariedade para

³ GORMAN, Robert A. e GINSBURG, Jane C. *Copyright for the Nineties*. 4^a. ed. Charlottesville: The Michie Company, 1997

⁴ Maiores referências são encontradas em LANDES & POSNER. *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. Legal Studies, 325 (1989).

⁵ Conhecidos como "circuit courts". Assim, por exemplo o 9th Circuit é o tribunal regional com sede em São Francisco e que cuida dos recursos referentes às ações da justiça federal que tramitam, por exemplo, na Califórnia.

admitir o recurso que quiser. O juízo de admissibilidade é, portanto, um ato discricionário da Suprema Corte Norte-Americana quando do *writ of certiorari*. O Brasil não possui tal sistema.

Uma vez definidos estes parâmetros básicos do sistema jurídico norte-americano, passamos, a seguir, a uma análise específica do estudo dos institutos trazidos à baila pelo *Copyright Act*.

B. As Obras Protegidas pelo "Copyright" nos Estados Unidos

A lei norte-americana estabelece que a proteção do *copyright* existe para os "*original works of authorship fixed in a tangible medium of expression*".⁶ Fica a cargo das decisões jurisprudenciais a definição (ou, melhor dizendo, a interpretação) do termo "original".

Ao longo dos anos, a jurisprudência norte-americana firmou o entendimento segundo o qual a obra deve ser suficientemente criativa em sua expressão. Em outras palavras, não se requer total originalidade (ou novidade), mas sim, criatividade na expressão das idéias.

Não existe proteção, pelo regime jurídico do *copyright*, à idéia, apenas à expressão da idéia. A lei vai além, e ainda explicita o que mais não é protegido pelo regime legal do *copyright*, além da idéia, a saber:

"Em nenhum caso a proteção conferida pelo *copyright* à obra original estende-se à idéia, procedimento, processo, sistema, método de operação, conceituação, princípio, ou

⁶ 17 U.S.C. § 102 - Subject Matter of Copyright.

descobrimto, independentemente da forma na qual é feita a descrição, explicação, ilustração..."⁷

Para melhor explicarmos a dicotomia idéia-expressão, passamos agora à análise da possibilidade de proteção a alguns tipos de obras. A possibilidade de proteção do *copyright* varia de obra para obra, todavia, pode-se resumir brevemente as regras jurisprudenciais aplicadas aos mais variados tipos de obras, como teremos oportunidade de ver, exemplificadamente, a seguir.

Um caso decidido no longínquo 1879 pela Suprema Corte dos Estados Unidos trata de formulários em branco. O caso discute a possibilidade da aplicação da proteção jurídica do *copyright* a formulários em branco utilizados em contabilidade. Firmou-se jurisprudência no sentido de que formulários em branco não podem ser objeto de proteção jurídica do *copyright*.⁸

Palavras e frases pequenas, em regra, não são objeto de proteção por parte do *copyright*. A regra deve-se ao fato de palavras não serem quantitativamente suficientes para demonstrar criatividade.⁹ Existem decisões recentes nos Estados Unidos, apontando que pequenos parágrafos podem ser objeto de proteção do *copyright*.¹⁰

As compilações por si só não são objeto de proteção do *copyright* nos Estados Unidos. Mais uma vez, a regra a ser aplicada é a regra da criatividade na expressão da idéia. Em relação às compilações, a regra da criatividade está intimamente ligada aos parâmetros de seleção, disposição e coordenação dos fatos (deve-se lembrar que os fatos

⁷ 17 U.S.C. § 102 (b).

⁸ *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

⁹ Conforme o decidido quando do julgamento do caso *Magic Marketing v. Mailing Services of Pittsburgh*, 634 F. Supp. 769 (1986).

¹⁰ *Sebastian Int'l, Inc. v. Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 664 F. Supp. 909 (1987).

não são protegidos por *copyright*).¹¹ A mera compilação exaustiva de dados, por mais trabalhosa que seja, não é objeto de proteção jurídica pelo *copyright*. Trata-se do corolário da decisão de um recente caso que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos em 1991; uma situação na qual a operadora de telefonia local quis obter proteção de *copyright* à sua lista telefônica. Ocorre que a referida lista apenas continha, em ordem alfabética, dados singelos do assinante, como o nome, telefone e o endereço. Embora o trabalho de obtenção e catalogação dos dados seja inegável, tal suor, por si só, não tem o condão de merecer proteção de *copyright* se a compilação for desprovida de criatividade em termos de parâmetros (ou critérios) de seleção, disposição e coordenação dos fatos compilados.¹²

Fotografias também são objeto de proteção pelo *copyright* e pode-se dizer que, ao contrário de palavras simples, não requerem muita criatividade para serem protegidas. Por exemplo, fotos de tortas de chocolate foram consideradas protegidas em caso decidido há mais de 40 anos.¹³

Músicas são protegidas na categoria "*sound recordings*", assim definida pela lei norte-americana:

"Sound recordings are works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the material objects such as disks, tapes or other phonorecords, in which they are embodied".¹⁴

É importante precisar alguns conceitos relativos às músicas. O *sound recording* é a gravação eletrônica ou magnética da música, que é protegida. Ocorre que também são

¹¹ Conforme o decidido em *Nash v. CBS*, 899 F.2d 1537 (1990), a descoberta de fatos não confere proteção de *copyright* ao responsável pelo descobrimento.

¹² *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340 (1991).

¹³ *Kitchens of Sara Lee, Inc. v. Nifty Foods Corp.*, 266 F.2d 541 (1957).

¹⁴ 17 U.S.C. § 101 - Definitions.

protegidas a letra da música e a música propriamente dita (representada pelas notas musicais), aqui sob a categoria de *musical composition*.¹⁵

A diferença entre *sound recordings* e *musical compositions* é importante devido às chamadas "licenças compulsórias". No regime legal norte-americano, as *musical compositions* estão sujeitas ao regime de licenças compulsórias. Em outras palavras, artistas podem gravar suas próprias versões de músicas desde que paguem o valor legal pela licença.¹⁶ Não existe tal licença para os *sound recordings*, assim, não é permitido, por exemplo que alguém venda, sem autorização, as cópias do versão original de *Yesterday*, dos *Beatles*.

Um outro tipo de obra que também merece proteção do regime jurídico do *copyright* é a obra derivada (*derivative works*). Conforme a própria definição legal¹⁷, trata-se de "uma obra baseada em uma ou mais obras pré-existentes, tais como uma tradução, dramatização, (...) transformação ou adaptação." Neste caso, mais uma vez o teste a ser aplicado é o da criatividade. Ocorre que aqui a criatividade reside naquilo que foi acrescentado pelo novo autor à obra já existente. A tendência jurisprudencial é no sentido de se exigir cada vez mais contribuição do novo autor para que sua obra seja protegida independentemente da obra existente anteriormente.¹⁸

Uma obra de arquitetura também recebe proteção jurídica do *Copyright Act of 1976*. O *copyright* de uma obra de arquitetura, no entanto, não tem o condão de impedir um

¹⁵ Conforme a lição de MERGES, Robert, et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*. Aspen Law & Business, 1997.

¹⁶ O procedimento para a obtenção de tal licença está expresso na lei: 17 U.S.C. §115.

¹⁷ 17 U.S.C. 101.

¹⁸ *Gracen v. Bradford Exch.*, 698 F.2d 300 (1983).

terceiro de tirar fotos do prédio, nem o dono de fazer as alterações que julgar necessárias no prédio.¹⁹

Outras obras estão sujeitas à proteção do *copyright*, sendo sempre exigida a criatividade na expressão da idéia. A lista completa das oito categorias de obras protegidas encontra-se na seção 101 da lei norte-americana em análise.

C. Os Requisitos Legais para a Proteção Jurídica: A Exigência de Fixação em um Meio Tangível e outras Formalidades

Muito se pergunta sobre o que deve ser feito para que uma determinada obra tenha proteção jurídica do *copyright* nos Estados Unidos. A resposta é simples: basta que o autor faça a "fixação em uma cópia ou fonograma, sendo que tal fixação é suficientemente permanente ou estável a fim de permitir que seja percebida, reproduzida ou de alguma outra forma comunicada por um período de tempo maior do que uma duração meramente transitória".²⁰

Na prática, a maioria dos meios tangíveis é considerada suficientemente estável para caracterizar o requisito da fixação. As exceções ficam por conta das improvisações, conversas e lições (aulas) dadas sem gravações.

A definição legal ainda considera que a obra que consiste de imagens ou sons, ou ambos, é considerada "fixada" (em outras palavras, é protegida por *copyright*) quando está sendo transmitida e a fixação está sendo realizada ao mesmo tempo que a transmissão. Assim, caso eu esteja proferindo uma aula sobre a presente matéria, nos Estados Unidos,

¹⁹ 17 U.S.C. § 120 (b).

²⁰ 17 U.S.C. § 101.

aquela aula não é protegida por *copyright*, todavia, se a mesma está sendo transmitida e ao mesmo tempo gravada, neste caso a aula está protegida. Assim, uma gravação feita por um terceiro, ao mesmo tempo, já é uma violação aos meus direitos autorais. O mesmo não seria o caso se eu estivesse apenas gravando a aula (fixando) sem estar transmitindo a mesma. Neste caso, ao final da gravação, o requisito da fixação estaria satisfeito e haveria proteção, todavia, se algum aluno fizesse sua gravação, aquela gravação não violaria os meus direito autorais (futuras cópias da primeira gravação violariam os meus direitos autorais, mas aquela gravação feita pelo aluno não violaria o meu direito de *copyright* e poderia ser comercializada). Deve-se ressaltar que o mesmo não se aplica às músicas cantadas ao vivo que podem impedir a fixação, por parte de terceiros não autorizados, daquela exibição por força de lei.²¹

Dentre outras formalidades legais que podem fulminar a proteção jurídica do *copyright*, temos as seguintes: Primeira, as obras do governo federal dos Estados Unidos não são protegidas²² (o mesmo pode não ocorrer em relação às obras dos governos dos estados federados). Segunda, a própria proteção pode ter expirado, devido ao lapso temporal. A regra geral do prazo é o tempo de vida do autor mais 70 anos para os casos de o autor ser uma pessoa natural, e 75 anos de publicação ou 100 anos da criação (o que expirar primeiro) para os casos de o autor ser uma pessoa jurídica.²³

A famosa letra (c) como símbolo de *copyright*, ou os dizeres "*copyright by xxxxx*" não são mais obrigatórios (desde 1989). Ademais, não há exigibilidade de registro da obra

²¹ 17 U.S.C. § 1101 (a).

²² 17 U.S.C. § 105.

²³ Diz-se regra geral porque os prazos variam em função de lei vigente quando da criação da obra. Uma vez que os prazos legais foram sendo alterados, diferentes obras estão sujeitas a diferentes regimes. Os livros didáticos sempre apontam complicadas tabelas de prazo de proteção ao direito do autor. A análise detalhada dos prazos está além do objeto deste texto. V. MERGES, 1997 (p. 402), para um exemplo de tabela explicativa dos prazos legais.

na Biblioteca do Congresso para proteção da mesma, todavia, existem algumas sanções legais para a falta de registro.²⁴

O direito de *copyright*, originariamente, via de regra, é de titularidade do autor. Ocorre que o direito pode ser transferido a terceiros por atos *inter vivos* conforme uma licença exclusiva (o que faz com que o autor deixe de ter os direitos de *copyright*) ou por uma licença não exclusiva (neste caso, o autor guarda para si os direitos e pode transferi-los a terceiros através de outra licença). Também *causa mortis* admite que os direitos sejam transmitidos.

D. Ofensa ao Direito de "Copyright", Defesas e Exceções

Para que se possa caracterizar a ofensa aos direitos de autor decorrentes do *copyright*, faz-se mister definir quais são tais direitos exclusivos do autor em obras sujeitas ao regime do *copyright*. A lei do *copyright* lista seis categorias de direitos exclusivos, a saber:

"Seção 106 - Direitos exclusivos nas obras protegidas por *copyright*.

- 1) Direito de fazer cópias;
- 2) direito de preparar obras derivadas;
- 3) direito de distribuir as cópias para publicação, venda, aluguel;
- 4) o direito de encenar publicamente a obra (no caso de obras dramáticas, literárias, musicais, coreográficas);
- 5) o direito de exibir a obra publicamente; e,

²⁴ As sanções são: uma pequena multa, conforme 17 U.S.C. § 407 (d), e impossibilidade da cobrança de *statutory damages*, como teremos oportunidade de ver a seguir, item I.E., *infra*.

6) no caso dos *sound recordings*, o direito de tocá-los publicamente fazendo uso de transmissão digital de áudio."²⁵

Deve-se lembrar que só haverá ofensa aos direitos de *copyright* se houver violação de um dos seis direitos exclusivos quando da utilização da expressão que foi usada pelo autor da obra originalmente protegida (diz-se "expressão" porque as idéias e os fatos, mais uma vez, não são protegidos pelo regime do *copyright*).

Em se tratando de matéria de prova, os tribunais norte-americanos admitem duas situações como prova circunstancial da violação do *copyright*. A primeira ocorre quando o autor demonstra que o réu teve acesso à obra e existe uma similaridade razoável entre as obras. A segunda alternativa ocorre quando o autor demonstra uma similaridade notável, impressionante. É interessante notar que existem casos decididos pela justiça norte-americana, afirmando que a violação dos direitos de *copyright* pode ser tanto consciente como inconsciente.²⁶

O teste aplicado pelas cortes norte-americanas pode ser grosseiramente resumido em "quão semelhante é a expressão de uma obra em relação à expressão da idéia da obra protegida". Nota-se pois que o teste não é "quão diferentes são as obras".

²⁵ Trata-se de uma tradução parcial nossa dos direitos estabelecidos pela lei, na seção 106 do *Copyright Act*, a saber:

Sec. 106. Exclusive rights in copyrighted works:

Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending; (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

²⁶ Um caso interessante demonstra a possibilidade da ofensa inconsciente ao direito de *copyright*. Cuida-se do *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.* 722 F.2d 988, 221 U.S.P.Q. 490 (1983). Trata-se de um caso decidido em Nova Iorque, envolvendo as músicas "My Sweet Lord" e "He is so Fine". Entendeu-se

O primeiro direito exclusivo do autor (o de fazer cópias, de reproduzir) é o mais amplo e mais usado pelos autores em ações judiciais. Qualquer reprodução, a princípio, caracteriza uma ofensa ao direito exclusivo de fazer cópias, tanto para fins comerciais quanto para fins particulares (há certos argumentos que podem ser usadas pelo réu em certos casos, como a "defesa do *fair use*", como veremos logo mais).

Em relação ao direito de reprodução, já vimos que uma exceção legal é a licença compulsória para *musical compositions*. Outra exceção é a cópia de uso não comercial, por parte de um consumidor final, de *musical recordings* que também é, em certos casos²⁷, legalmente estabelecida como permitida.²⁸

Uma outra doutrina limitadora dos direitos exclusivos do autor é a *First Sale Doctrine*.²⁹ Esta doutrina limita o direito de distribuir cópias para venda. Basicamente, ela confere ao dono de uma cópia feita legalmente o direito de exibir a cópia no local onde a cópia encontra-se, bem como o direito de vendê-la.

A doutrina em análise não autoriza execuções públicas da cópia. É interessante observar que a doutrina permite a re-importação para os Estados Unidos de cópias legalmente feitas nos Estados Unidos; todavia, não permite a importação de cópias que

que houve violação inconsciente do copyright de "He is so Fine" pelo ex-beatle George Harrison, quando da composição de "My sweet lord."

²⁷ Como teremos oportunidade de ver, uma nova lei, sancionada pelo então presidente Clinton, em 1997, limitou essa exceção, com a criminalização de certas condutas. Trata-se do "The no Electronic Theft Act".

²⁸ 17 U.S.C. § 1008.

²⁹ A doutrina já está encampada pela lei, em 17 U.S.C. 109 (a):

Sec. 109. Limitations on exclusive rights: Effect of transfer of particular copy or phonorecord (a) Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord. (...)

foram feitas fora dos Estados Unidos (ainda que as cópias tenham sido elaboradas legalmente).³⁰

É muito importante o estudo de duas hipóteses nas quais o réu não ofendeu o direito de *copyright* do autor, todavia, o réu é também responsabilizado. Cuida-se dos casos de responsabilidade subsidiária, também chamada de responsabilidade vicariante (*vicarious liability*) e da contribuição para a infração (*contributory infringement*). Estas duas espécies merecem especial atenção visto que foram a causa de pedir dos casos alegados pelos autores da ação contra o *Napster*.

Na responsabilidade vicariante (*vicarious liability*), existe responsabilidade do réu se, primeiro, ele podia controlar diretamente a conduta daquele que violou o *copyright* e, segundo, se o réu obteve algum ganho financeiro na operação.

Ocorre contribuição para a infração (*contributory infringement*) quando o réu reúne as seguintes duas condições: Primeira, o réu sabia ou deveria saber que alguém estava violando *copyright*; e, segunda, o réu, materialmente, contribuiu para a conduta que violou o *copyright*. Quando a atividade do réu é apenas a de venda de produtos que fazem cópias (como videocassetes), uma terceira condição existe: o produto do réu não é utilizado para cópias que não infringem o *copyright*. Esta terceira condição decorre de um caso envolvendo videocassetes. No caso ficou decidido que um fabricante de videocassetes não contribui para infração ao *copyright* porque os vídeos são usados apenas para *time shifting* (ou seja, as pessoas gravam programas para assistir em outros horários).³¹

³⁰ 17 U.S.C. § 602 (a).

³¹ Trata-se do caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Neste caso, a Universal alegava que os videocassetes propiciavam a violação de *copyright*, pedindo, pois, que a responsabilidade da Sony pelas infrações a *copyright* fosse declarada com base na teoria da *contributory infringement*. Ocorre que a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que, em face do grande número de utilizações dos videocassetes em atividades que não infringem *copyright*, não haveria o que se falar em *contributory infringement*:

Por fim, o *Digital Millenium Copyright Act* exclui os provedores de acesso à Internet das responsabilidades acima analisadas em relação aos atos de seus clientes que violem *copyright*.

A principal defesa que pode ser articulada em face da violação de *copyright* é conhecida como *fair use*.³² Para que se possa fazer uso da defesa em análise, faz-se mister que o réu apresente alguns fatores caracterizadores do *fair use*. Tais fatores estão estabelecidos na lei.³³ São fatores que somam a favor do *fair use*: uso preferencialmente não comercial; maior transformação da obra protegida por parte do réu e uso por entidades de educação sem fins lucrativos. Paródias, críticas e comentários tendem a ser mais protegidos.

Em relação à natureza da obra protegida, quanto maior a originalidade da obra, menor a tendência de o réu poder ser amparado pela defesa do *fair use*, ao passo que obras

" Owners of copyrights on television programs brought copyright infringement action against manufacturers of home videotape recorders. The United States District Court for the Central District of California, denied all relief sought by copyright owners and entered judgment for manufacturers, and owners appealed. The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, reversed district court's judgment on copyright claim, and manufacturers petitioned for writ of certiorari. The Supreme Court, Justice Stevens, held that manufacturers of home videotape recorders demonstrated a significant likelihood that substantial numbers of copyright holders who licensed their works for broadcast on free television would not object to having their broadcasts time shifted by private viewers and owners of copyrights on television programs failed to demonstrate that time shifting would cause any likelihood of nonminimal harm to the potential market for, or the value of, their copyrighted works and therefore home videotape recorder was capable of substantial non-infringing uses; thus, manufacturers' sale of such equipment to general public did not constitute contributory infringement of respondents' copyrights.

Reversed."

³² 17 U.S.C. § 107.

³³ *Id.*

"Sec. 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include - (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."

predominantemente fatuais estão mais sujeitas a sofrer a defesa do *fair use*. O uso de obras ainda não publicadas também é menos sujeito à defesa em questão.

A quantidade que o réu usou da obra protegida também conta contra a defesa do *fair use*, bem como a substância (se se usa o principal, o núcleo da obra, dificilmente a defesa poderá ser aproveitada).

Nota-se que outros fatores também podem ser levados em consideração pelos tribunais ao apreciar a defesa em questão. Dentre eles podemos citar a relevância do mercado (maior mercado leva a menor possibilidade do manejo da defesa).

Portanto, a defesa *fair use* depende de muitos fatores que devem ser pesados pelas cortes quando da análise dos fatos de cada caso. Nota-se que, como é uma defesa que envolve fatos alegados pelo réu, cabe ao réu o ônus da prova³⁴ de que seu uso encaixa-se dentro dos parâmetros caracterizadores do *fair use*.

E. Remédios Disponíveis em Face da Violação do Copyright

Uma vez reconhecida a ofensa aos direitos decorrentes do *copyright*, o autor tem alguns remédios à sua disposição. Via de regra, embora trate-se de uma discricionariedade do juiz, uma liminar pode ser obtida no sentido de impedir as atividades do réu que violam os direitos do *copyright* do autor. Um ponto deve ficar claro: o *copyright* é um direito de propriedade (propriedade intelectual), assim, pode-se conseguir uma liminar com base na propriedade, a fim de se garantir a exclusividade do uso por parte do autor. Obviamente, o autor tem direito ao ressarcimento dos danos que sofreu em decorrência da violação de seus

³⁴ Este tipo de "defesa" é conhecido no direito norte-americano como *affirmative defense*, deslocando, pois, o ônus da prova para o réu.

direitos, aí incluídos o dano emergente e os lucros cessantes. Nos casos de obras registradas na biblioteca do Congresso dos Estados Unidos, anteriormente à ofensa aos direitos de *copyright*, o autor pode pedir os chamados *statutory damages* (danos estabelecidos pela lei). O valor dos danos estabelecidos por lei variam de duzentos a mais de vinte mil dólares.³⁵

Pode haver ainda a responsabilidade criminal no caso de ofensas ao *copyright* dolosas, basicamente em dois casos elencados pela lei. Primeiro, se se tratar de ofensas envolvendo cópias em atividades de cunho comercial. O segundo caso aplica-se às atividades de cunho não-comercial e se refere às ofensas que envolvem cópias de valor superior a mil dólares durante um período de tempo de cento e oitenta dias.³⁶ A redação do segundo caso deve-se a uma lei de 1997 que foi elaborada objetivando-se coibir especificamente as ofensas aos direitos de *copyright* efetuadas em meio digital. Trata-se da lei: *The No Electronic Theft Act of 1997*, sancionada pelo então presidente Clinton em 16 de dezembro de 1997.

Até o advento dessa nova lei, as cópias realizadas pela Internet, sem fins comerciais, não eram objeto de ação criminal nos Estados Unidos. Assim, anteriormente à edição deste diploma legal, um usuário de Internet que se limitasse a fazer cópias para disponibilizar em seu *site*, sem nada cobrar pelas cópias, dificilmente teria problemas criminais. As reações a esta lei foram diferentes nos Estados Unidos. De um lado, a indústria do entretenimento

³⁵ 17 U.S.C. 504.

³⁶ 17 U.S.C. 506:

"Sec. 506. Criminal offenses a) Criminal Infringement. - Any person who infringes a copyright willfully either - (1) for purposes of commercial advantage or private financial gain, or (2) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than \$1,000, shall be punished as provided under section 2319 of title 18, United States Code. For purposes of this subsection, evidence of reproduction or distribution of a copyrighted work, by itself, shall not be sufficient to establish willful infringement."

ofereceu um vigoroso apoio, ao passo que as comunidades acadêmicas e científicas opuseram-se em decorrência da limitação à liberdade de expressão e às atividades não-comerciais.³⁷

II - O CONFLITO ENTRE O MODELO DO *COPYRIGHT* E A DIGITALIZAÇÃO DAS MÚSICAS NA INTERNET

A. *O Fenômeno da Digitalização da Informação*

O computador digital foi responsável pela revolução tecnológica referente à representação dos dados em zeros e uns (daí o termo digital). Em arquivos digitais, pode-se representar textos, gráficos, imagens e sons. Esta foi a grande revolução da tecnologia digital: a representação do conhecimento em apenas duas variáveis.

Os arquivos digitais que armazenam sons tendem a ser muito grandes. Inicialmente, usava-se o formato ".WAV". Ocorre que tal formato não é muito eficiente em termos de ocupação de espaço. Uma música ocupa muito espaço de armazenamento de memória em formato ".WAV". Conseqüentemente, o tempo de transmissão de um arquivo de música do formato ".WAV" por meio das redes de computadores é muito grande.

B. *O Formato de Arquivos Digitais de Música do Padrão MP3*

³⁷ BIEGEL, Stuart. *The No Electronic Theft Act*. <<http://www.gseis.ucla.edu/iclp/hr2265.html>>, visitado em 16 de janeiro de 2001.

MP3 é a sigla de *Moving Picture Experts Group 1 (MPEG) Audio Layer 3*. Trata-se de um arquivo de computador extremamente comprimido (assim como um arquivo do tipo ".ZIP"). Esse formato é utilizado para a gravação de áudio (músicas). O formato MP3 está sendo utilizado como o padrão da indústria como a melhor forma de comprimir áudio para *downloading* através da Internet. A grande popularidade do MP3 é devida a dois fatores básicos: a alta taxa de compressão e a boa qualidade do som. Antes da tecnologia MP3, um arquivo de áudio de um CD de 4 minutos de som, por exemplo, ocuparia cerca de 40 Megabytes, valendo-se do formato ".WAV". Através da conversão de um arquivo no formato ".WAV" em ".MP3", o resultado é um arquivo consideravelmente menor do que o arquivo original da música. A taxa de compressão pode chegar a ser de 12 para 1 e sem perda na qualidade da música!

Os resultados da taxa de compressão oferecida pela tecnologia MP3 são sentidos quando das transmissões pela Internet, daí o MP3 estar sendo largamente utilizado.³⁸ Através da utilização de um modem de 56K, é possível fazer o *download* de tal arquivo MP3 em algo como 15 minutos (para uma música de 4 minutos). É claro que este tempo pode ser reduzido através da utilização de tecnologias de conexão de rede mais rápidas. Assim, fazendo uso de um *cable modem*, essa mesma música pode ser baixada em um computador em questão de segundos. Uma vez realizado o *downloading* do arquivo MP3, tudo o que é necessário é apenas um *software* que leia e "toque" a música gravada em arquivo MP3. Um exemplo desse *software* é o *WinAmp* (ou outros disponibilizados, por exemplo, pela empresa *Real Player*). É possível conseguir alguns desses *softwares* de graça

³⁸ Vide LATONERO, Mark. *Survey of MP3 Usage: Report on a University Consumption Community*. USC Annenberg's Norman Lear Center Study, junho de 2000, disponível em <http://www.entertainment.usc.edu/publications/mp3.pdf>, visitado em junho de 2000, para um estudo mais profundo acerca do tema.

na Internet. A música será ouvida no computador com a qualidade de uma música de CD normal. Existem, ainda, tocadores de MP3 portáteis. Eles custam cerca de 200 dólares e permitem a transferência de arquivos MP3 dos computadores dos usuários para aparelhos portáteis. Exemplos desses aparelhos são: *Diamond Rio*, *Samsung Yepp* e *MpMan*, dentre outros.

Existem muitos *sites* na Internet que disponibilizam músicas em formato MP3. Alguns *sites* são legais e cobram pela transferência dos arquivos MP3, outros são *sites* piratas que disponibilizam de graça as músicas. Devido a essa facilidade, as letras "MP3" tornaram-se o segundo conjunto de letras mais procurado em programas de busca na Internet (como "*Lycos*"), só perdendo para a combinação das letras "S", "E" e "X".

C. A Tecnologia do Napster

Inicialmente, os arquivos de música MP3 foram disponibilizados em *sites* que ofereciam, muitas vezes, gratuitamente, tais músicas. Tais *sites* operavam da seguinte forma: os usuários poderiam carregar músicas MP3 e descarregar outros arquivos MP3. Assim, se eu tivesse interesse em uma determinada música, simplesmente iria até o *site* e faria o *downloading* da música do *site* para o meu computador. Como normalmente os serviços eram gratuitos, muitas pessoas também faziam o *uploading*, carregando suas músicas nos *sites*, permitindo a retroalimentação do sistema.

Ocorria que poucos serviços de busca eram verdadeiramente eficientes na localização dos arquivos MP3. Foi exatamente nesse ponto fraco que surgiu a tecnologia do *Napster*.

Napster é um programa que permite o compartilhamento de arquivos de música do formato MP3 pela Internet. O serviço pode ser localizado no *web site* do *Napster*.³⁹ Com o uso do *Napster*, não ocorre a dependência de pessoas carregando e descarregando arquivos MP3 nos *sites* do *Napster*. O *Napster*, ao contrário, permite que um usuário compartilhe os arquivos de música MP3 do seu computador com arquivos de música MP3 de outros computadores. A utilização do serviço do *Napster* é tão fácil quanto a navegação na Internet com o uso de *sites* de pesquisa. O número de usuários registrados no *Napster* já ultrapassou os cinco milhões durante o ano de 2000.

A idéia do *Napster* é muito interessante uma vez que ela permite o compartilhamento de arquivos digitais do tipo MP3 por inúmeras pessoas conectadas à rede Internet. Assim, ao invés de se usar um determinado *web site* como aquele que vai hospedar os diversos arquivos a serem compartilhados, o *Napster* permite que todos os usuários da Internet (desde que fazendo uso do serviço, é claro) compartilhem os dados de seus próprios computadores. Trata-se, sem dúvida, de uma importante e interessante inovação da tecnologia, conhecida como *peer-to-peer*.

Outro serviço semelhante ao *Napster* e que surgiu logo após foi o *Gnutella*, que não se baseia em um computador central de controle e permite o compartilhamento de vários arquivos digitais dos diversos computadores, não se limitando a arquivos de música padrão MP3. Cuida-se, pois, de mais uma extensão da idéia da tecnologia do *peer-to-peer* trazida pelo *Napster*.

³⁹ Napster encontra-se online em: <<http://www.napster.com>>, visitado em 20 de janeiro de 2001. O programa é fácil de ser instalado e de ser utilizado por qualquer usuário com mínima habilidade em navegação e utilização dos *web sites* de busca e pesquisa disponíveis na Internet.

D. As Perspectivas da Legislação Protetiva do Copyright em Face da Ação Judicial Referente ao Napster

Como já foi visto, o *Napster* não faz cópias de arquivos MP3, uma vez que ele não armazena os arquivos em seus computadores. O *Napster* apenas aproxima as pessoas que querem trocar arquivos MP3. Obviamente, esta "troca", na verdade, é uma operação de cópia a qual pode ofender um dos direitos exclusivos do autor, conforme a seção 106 do *Copyright Act de 1976*.⁴⁰ Uma vez que o *Napster* não faz cópias, ele não pode ser diretamente responsabilizado pelas infrações. Caso houvesse responsabilidade por violações a direito de *copyright*, a responsabilidade do *Napster* só poderia ser a responsabilidade vicariante (*vicarious liability*) ou a responsabilidade por contribuição (*contributory infringement*).

Do ponto de vista da responsabilidade vicariante (*vicarious liability*), o *Napster* alega que não há como caracterizar tal instituto jurídico, uma vez que a conduta dos usuários que, efetivamente, podem estar a infringir direitos de *copyright* não é, de forma alguma, diretamente controlada pelo *Napster*.

No tocante à alegação de *contributory infringement*, os argumentos do *Napster* são mais ligados ao caso dos videocassetes discutidos *supra* (nota 31). Em outras palavras, o *Napster* afirma que os seus serviços têm um substancial número de usuários que não infringem os direitos de *copyright*.

A despeito dos argumentos legais levados à baila pela defesa do *Napster*, outros argumentos de ordem de política de desenvolvimento e incentivo à Internet e à tecnologia

⁴⁰ 17 U.S.C. § 106 (1). Diz-se que a "troca" corresponde a uma operação de cópia dos arquivos porque há a geração de um novo arquivo de música, sem perda do arquivo original.

também foram articulados pelo *Napster*. Basicamente, tais argumentos referem-se à importância da preservação e do desenvolvimento de atividades baseadas na tecnologia do tipo *peer-to-peer* do *Napster*. Da conjunção dos argumentos legais⁴¹ e de política⁴², uma nova interpretação da legislação norte-americana do *copyright* pode estar por vir no futuro próximo.

CONCLUSÃO

Não foram poucos os autores que se apressaram em apontar o caso *Napster* como a prova de que a Internet não era regulamentável. Existe uma respeitável corrente de juristas norte-americanos que defende a tese segundo a qual "certas arquiteturas da Internet" não são passíveis de regulamentação jurídica. Insistem tais autores no argumento segundo o qual, *in casu*, a legislação do *copyright* não é capaz de ser aplicada à rede e,

⁴¹ Assim o professor Stuart Biegel resume os argumentos de ordem legal do Napster (disponível em <<http://www.gseis.ucla.edu/iclp/napster.htm>>, visitado em 10 de fevereiro de 2001: "Specifically, Napster's attorneys have set forth the following points in their briefs... The AHRA, Section 1008, immunizes all noncommercial consumer copying of music in digital or analog form. The district court erred in concluding that generalized knowledge is all that is required under the contributory copyright infringement doctrine. Under the substantial non-infringing uses exception set forth in *Sony v. Universal*, contributory copyright infringement will not be found if the product in question is capable of "substantial non-infringing uses." Millions of authorized uses of Napster, by tens of thousands of artists, render Napster capable of substantial non-infringing uses. Future authorization and sharing of secured files render Napster capable of substantial non-infringing uses. Space shifting of copyrighted music is a fair use. Sampling of copyrighted music is a fair use (and indeed helps increase sales of CD's). Under the rules for vicarious liability, Napster neither has a specific right and ability to control or supervise direct infringers, nor does it have a direct financial benefit which depends on the infringing nature of the activity (cf *Fonovisa*). In addition, in cases where vicarious liability has been imposed, the direct infringer and the vicarious infringer were both commercial parties to a commercial endeavor."

⁴² Id., para os argumentos de ordem política:

" Napster's Policy Arguments: Many commentators have argued in favor of Napster on policy grounds. Recurring contentions rely on one or more of the following points... The importance and inevitability of peer-to-peer technology. *Sony v. Universal* stands for the principle that you do not outlaw new technology before all the implications and potential uses of the technology can be ascertained. Even if Napster loses, the technology – and the file sharing that accompanies it – will not disappear."

conseqüentemente, a proteção às obras, por meios exclusivamente legais, na rede não seria possível (ou seria pouco prático).

Os doutrinadores que advogam a posição da corrente em análise valorizam em excesso o papel do código do programa de computador. Uma vez que a arquitetura das redes de computadores é definida pelo código do programa de computador, tais estudiosos referem-se à arquitetura como sendo a pedra de toque da possibilidade de o direito tradicional regulamentar a Internet. O argumento básico de tal corrente pode ser resumido na afirmação de que o código dos programas de computador que define a arquitetura da Internet pode ser manipulado pelos programadores, no sentido de se criar uma arquitetura de rede não-regulamentável pelo direito.

Não concordamos com tal posição. O direito não se resume à aplicação de penalidades. O direito pode ser interpretado como um sistema normativo que cria modelos os quais são seguidos, na maioria das vezes, independentemente de aplicação de sanções. Nota-se que não estamos a diminuir a importância da sanção jurídica, todavia, não se pode resumir o direito à possibilidade, ou não, de aplicação de sanção.

A arquitetura da Internet tem mais um valor simbólico para o direito do que um valor prático. O direito pode criar seus próprios dogmas (como o de conferir direitos de propriedade a uma obra intelectual, fruto de uma criação original de seu autor). Os dogmas jurídicos recebem proteção e tutela jurídica, independentemente da arquitetura que os reveste. Nota-se que os dogmas jurídicos são o resultado da conjugação de fatores tais como: as leis, as decisões judiciais, a repetição de tais decisões e a própria tradição.

Para melhor explicarmos como o direito pode criar um dogma que desconhece os "limites impostos pela arquitetura", tomemos como exemplo o caso da reprodução humana. A "arquitetura" da biologia da reprodução humana é baseada na concepção de um novo ser

humano. Somente assim os humanos podem ter filhos. O direito não se importa com tais limites biológicos e, através do dogma jurídico do instituto da adoção, permite que um terceiro, que não é filho, torne-se filho para todos os efeitos legais.

O mesmo raciocínio desenvolvido acima no caso do exemplo da adoção pode ser estendido à questão referente à regulamentação das arquiteturas da Internet. Assim, não há que falar "o código de programas de computadores é o direito de certas arquiteturas da Internet", ou "o código dos programas de computadores pode criar certas arquiteturas da Internet que não são passíveis de regulamentação jurídica".

Os programadores de computador não são legisladores nem, muito menos, juízes. Cabe à dogmática jurídica definir a regulamentação da Internet. Obviamente, tal definição deve ser feita preferencialmente pelo direito interno de cada Estado, mantendo sempre o respeito à cultura e aos valores locais, sob pena de o sistema jurídico, após certo tempo, entrar em colapso por falta de legitimação.

Em outras palavras, "o código de programa de computador não é lei".

Code is not law...