FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS DA NOVA ECONOMIA.

FUNCTIONALIZATION OF COPYRIGHT IN THE COLLABORATIVE PLATFORMS OF THE NEW ECONOMY.

FUNCTIONALIZACIÓN DE COPYRIGHT EN EL COLLABORATIVO PLATFORMS OF THE NEW ECONOMY.

QUERINO MALLMAN[1]

GUSTAVO HENRIQUE G. NOBRE[2]

RESUMO

Este trabalho tem como escopo analisar o papel das novas plataformas colaborativas no contexto de profundas mudanças no modelo socioeconômico compreendido por um sistema de produção que redesenha a clássica estrutura mercadológica, envolvendo o contexto da propriedade intelectual, altamente necessitada de uma perspectiva funcionalizada de sua estrutura. Para tal intento, buscou-se trabalhar com uma abordagem dedutiva, propondo uma revisão bibliográfica do que há de exposto sobre os núcleos temáticos do trabalho apresentado, adotando-se uma abordagem harmonizada com a perspectiva da constitucionalização do direito privado na contemporaneidade.

Palavra-chave: Nova economia. Plataformas Colaborativas. Propriedade Intelectual. Funcionalização. Direito Autoral.

ABSTRACT

This work aims to analyze the role of new collaborative platforms in the context of profound changes in the socioeconomic model comprised by a production system that redesigns the classic market structure, involving the context of intellectual property, highly needed from a functionalized perspective of its structure. For this purpose, we sought to work with a deductive approach, proposing a bibliographical review of what has been exposed on the thematic nuclei of the presented work, adopting a harmonized approach with the perspective of the constitutionalization of private law in the contemporary world.

Keywords: New economy. Collaborative Platforms. Intellectual property. Functionalization. Copyright.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar el papel de las nuevas plataformas colaborativas en el contexto de profundos cambios en el modelo socioeconómico comprendido por un sistema de producción que rediseña la clásica estructura mercadológica, involucrando el contexto de la propiedad intelectual, altamente necesitada desde una perspectiva funcionalizada de su estructura. Para ello, se buscó trabajar con un enfoque deductivo, proponiendo una revisión bibliográfica de lo

[1] Doutor em Direito da Propriedade Intelectual. Professor Associado da Universidade Federal de Alagoas, atuando nos cursos da Graduação e no Mestrado em Direito da UFAL, com projetos de pesquisa cadastrados na plataforma: CNPq/CAPES. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/2702091606416581, e-mail: qmallmann@hotmail.com, **orcid**.org0000-0003-3451-5478.

[2] Advogado e Mestrando em Direito Público na linha de Constitucionalização dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: Gustavo@bclnadvogados.com.br.

que hay de expuesto sobre los núcleos temáticos del trabajo presentado, adoptando un enfoque armonizado con la perspectiva de la constitucionalización del derecho privado en la contemporaneidad.

Palabras clave: Nueva economía. Plataformas Colaborativas. Propiedad intelectual. Funcionalización. Derecho de Autor.

1 INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual na contemporaneidade é fruto do desafio de racionalizar as manifestações intelectivas do espírito humano projetadas no plano social e econômico. Sua estrutura, de fato, movimenta a economia, a sociedade e os padrões culturais, o que reflete, sobremaneira, no grau de importância que essa vertente do direito apresenta sobre o sistema jurídico como um todo.

É exatamente desse contexto que a engrenagem do direito intelectual, mais precisamente em seu viés autoral, pode colaborar de forma eficiente com problemas apresentados, se o seu corpo normativo for estruturado como um todo biodinâmico, capaz de garantir uma efetiva reação normativa/sistêmica que, de maneira integrada, equilibrada e total, decida e assim resolva, os problemas a ele apresentados.

É nesse momento que surge a necessidade de o aplicador do direito buscar a compreensão da norma em sua contextura sistêmica e entregá-la ao plano prático. Uma perspectiva globalizada do ordenamento jurídico, donde o referencial normativo - Constituição Federal - para além do caráter formal da mera validação da norma no âmbito infraconstitucional, permite a construção duma operação decisória, no caso do Direito Autoral, em seu instrumental jurídico privado, imprescindível ao jogo do tráfego jurídico.

Assim, é perceptível que a constitucionalização do direito autoral é fruto desse fenômeno, o qual entrega o protagonismo à Constituição Federal, força motriz de um novo momento da esfera patrimonial a qual a marcha histórico-jurídica conduziu à introdução de novas bases axiológicas para o ordenamento brasileiro, onde o mercado, em conformidade com o elemento sociabilidade, repercute, formal e materialmente, na validade e fundamentação das normas privatistas.

Ora, com essa perspectiva constitucionalizadora, o Direito Autoral, arraigado de um forte conjunto de valores voltados para a manutenção da propriedade intelectual, passa a contagiar-se com o espírito constitucional sintonizado com a visão daqueles que buscam na dignidade humana/solidariedade, o norte para o perfazimento do ideal de justiça.

Essa é uma tendência dogmática vigente e até mesmo fulgente, essa aliás, é a perspectiva presente na Nova Economia, movimento mercadológico focado muito mais no acesso compartilhado

aos bens de consumo do que na propriedade em si. O eixo de tudo isso, conforme se perceberá, passa pelas plataformas de participação (ou de compartilhamento), denominadas de *Peers Inc.*, figuras negociais um tanto quanto inovadoras e que demandam uma análise mais apurada quando relacionadas com os direitos do autor.

O que são plataformas de participação e Nova Economia? Como funcionam? Onde se encontra a funcionalização dos direitos autorais nesse contexto? E qual o atual estágio jurídico quanto ao tema? É o que se almeja responder ao longo do presente trabalho.

Tem-se como anunciado, a necessidade de se fazer uma deferência – ainda que de passagem e preambular – ao conceito de Nova Economia (em um sentido amplo), para que o leitor da área jurídica consiga imergir no tema de direito autoral ao fim proposto.

Antes, contudo, de se avançar na presente leitura, é fundamental que se tenha em mente aa consideração de que a diversidade analítica de apreender o Direito Autoral como objeto de análise capaz de se mostrar perfeitamente imperfeito, inacabado, móvel e, ao mesmo tempo, aberto a solucionar os problemas sociais, culturais e mercadológicos, no caso concreto, apresentado a sua luz, faz dele um elemento multifacetado. Para compreendê-lo, portanto, em caráter holístico, torna-se pertinente segui-lo sem contornos excludentes e/ou purificadores de sua estrutura. É o que fará no próximo tópico.

2 NOVA ECONOMIA

A expressão “Nova Economia” é utilizada aqui em um sentido amplo, vinculado mesmo a um novo fenômeno mercadológico, atrelado à internet, ao compartilhamento patrimonial, à produção colaborativa, aos financiamentos coletivos (ou *crowndfundings*) ao *empoderamento*[3] do consumidor, ao trabalho focado na análise de grandes cadeias de dados (*big data)* e na inteligência artificial, entre outras regras e modelos negociais e tecnológicos.

Daí a percepção do elevado nível de complexidade dessa dita novidade econômica. Abandona-se, ou pelo menos arrefece-se, o velho modelo focado na produtividade industrial, fortemente atrelado às heranças dos modelos industriais fordistas e toyotistas, para dar espaço ao que Robin Chase denominou de a Economia *Peers Inc*., que “combina o melhor do poder das pessoas com o melhor do poder corporativo” (CHASE, p. XI, 2015).

Em outras palavras, deixa-se de comprar carros (Ford), para usar veículos de terceiros via aplicativos (como o UBER), deixa-se de construir um hotel (Hilton), para utilizar-se de acomodações particulares, em geral, desocupadas ou subutilizadas (AirBnB), deixa-se de comprar CD (Som Livre),

[3] Neologismo utilizado, no presente contexto, para caracterizar a ação de dar poder a uma pessoa.

para, através da internet, via *streaming*, acessar sua lista de músicas favoritas (Spotfy), deixa-se de assinar uma TV a cabo, uma revista física ou comprar dvd`s e cd´s, para acessar o conteúdo, dos mais distintos seguimentos e matizes, disponibilizados, alimentados e compartilhados em plataformas como YouTube, Facebook, Scribd e a brasileira Passei Direto.

Paulatinamente está-se passando de uma sociedade de consumo acumuladora a um modelo de sociedade de consumo colaborativo ou compartilhador. Passando-se de o mero produzir ou prestar, para uma experiência de consumo cada vez mais focada nas necessidades do cliente.

A lógica é quase sempre a do inovar para permitir uma escalabilidade negocial alinhada a uma redução do custo marginal do produto ou serviço, fornecidos/prestados com níveis qualitativos e quantitativos de excelência, o que seria impossível sem o auxílio de novas tecnologias e de modelos de negócios inovadores.

Veja-se, por exemplo, o *YouTube*, plataforma colaborativa gerenciada pelo *Google* (a *Inc.* da expressão *Peers Inc.*) onde os colaboradores/usuários (também denominados de *Peers)* compartilham conteúdo por intermédio de uma plataforma com modelo aberto, mais o músico é remunerado. Em contrapartida o usuário tem acesso ao serviço, supostamente grátis, apenas dando como compensação sua audiência às propagandas anunciadas entre um e outro conteúdo tocado. É aí que o plano de negócios dessas *Incs.,* como é o caso do *Google*, por trás de plataformas como o *YouTube*, funcionam.

Não obstante, é claro que este não é um mundo somente de maravilhas e encantamentos, onde tudo é doce e seguro. A complexidade dessa economia gera uma profunda modificação, inclusive, no cenário da responsabilidade civil e da teoria do dano, sem contar que a força da disseminação de dados e informações pessoais, serviços, produtos e conteúdo, oferta um altíssimo potencial ofensivo à sociedade e ao próprio mercado, requerendo estudos da doutrina privatista/autoralista cada vez mais aprofundados sobre o tema.

Nesse contexto, máxime, os direitos autorais carecem de ser olhados com parcimônia e muita atenção. Mas como o que diferencia o antídoto do veneno é a dose, deve-se preocupar em aperfeiçoar os estudos para promoção de inovação legislativa sem que com isso inviabilize-se a Nova Economia, a qual, como será visto adiante, tem em suas empresas uma delicada formação estrutural que pode encontrar no excesso burocrático brasileiro, mais precisamente no sistema brasileiro de Propriedade Intelectual, um ambiente hostil para o desenvolvimento de novas tecnologias (AZEVEDO, p.25, 2016). O equilíbrio é o caminho adequado.

Veja-se, por exemplo, que quase sempre um dos polos interativos da economia tradicional é tido como tecnicamente hipossuficiente e que, portanto, possui uma fragilidade em sua posição relacional com fabricantes, fornecedores e prestadores de serviço.

Na Nova Economia a figura transmuta-se e, como já dito, empodera-se, com acesso à democratização e facilitação do consumo, em que pese a existência da polarização presente na tensão que se vislumbra da substituição, ou quem sabe, da transmutação da Economia Tradicional em Nova Economia (NASCIMENTO, p.15, 2000).

É dessa realidade complexa que nasce a necessidade, mais do que premente, de buscar um Direito Autoral compatível com os choques de realidade e de mudança impostos por um novo tempo, daí, ressalte-se, a existência de um Direito Autoral aberto e flexível a ser compreendido com os valores de uma nova sociedade, valores esses que se coadunam, perfeitamente, com aqueles elencados no texto constitucional, os quais servirão de marco teórico para este artigo.

3 O QUE SÃO PLATAFORMAS DE PARTICIPAÇÃO?

Se se for para os manuais de Direito buscar uma resposta sobre qual seria a definição de uma plataforma de participação não se teria uma resposta definitiva, já que elas podem se apresentar como sendo um complexo de elementos típicos de vários institutos de direito empresarial, o que demonstra seu caráter *sui generis*.

A melhor resposta, hoje, não está no direito. Contudo, tem-se algo para iniciar os estudos. Alguns indícios, talvez.

Para Robin Chase, cofundadora da ZipCar, uma das principais plataformas de participação/compartilhamento de carros dos Estados Unidos, a definição mais usual para descrever a natureza dessa espécie empresarial totalmente atípica em seu modelo negocial, seria a de que "o propósito de uma plataforma é liberar o valor escondido na capacidade excedente mobilizando os ativos, o tempo, o conhecimento e a criatividade dos outros"(CHASE, p.48, 2015). A empresarialidade, inicialmente, pode não ser o elemento fulcral de uma plataforma dessas, em que pese seu potencial empresarial futuro.

Em outras palavras. Pegando como exemplo o *YouTube*, atualmente controlado pelo *Google*, tem-se que seu surgimento se deu no intuito inicial de liberar e compartilhar vídeos, muitas vezes inutilizados e jogados em algum lugar qualquer de um sistema computacional privado. Resultado disso foi a criação de uma das plataformas mais conhecidas e acessadas do mundo, que transformou aos poucos em uma importante ferramenta de democratização e acesso à cultura, à educação e ao entretenimento.

Ao certo esse é um movimento empreendedor que dificilmente morrerá, dado o altíssimo potencial econômico agregado a uma mentalidade que ultrapassa fronteiras geográficas, culturais e socioeconômicas. A empresa em forma de *Peers Inc.* pode ser remota, o produto, em geral, é virtual

e a possibilidade de ação é global, agindo-se local. Tudo isso aliado à cultura cujo o mantra é o "faça você mesmo".

Entende-se que o clássico direito privado, em suas bases sisudas e inflexíveis não é capaz de comportar a rapidez, dinamicidade e, principalmente, a pressão por respostas jurídicas rápidas e adequadas ao sopro inovador da Nova Economia. Nesses termos, a criticada constitucionalização do direito privado, em verdade, mostra-se como uma alternativa viável e segura, conforme se verá no próximo tópico.

4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: PROPOSTA PARA UM DIREITO AUTORAL CONTEMPORÂNEO E FUNCIONALIZADO.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988 foi tecido o binômio dignidade humana e solidariedade. Seriam esses princípios a imposição da reciprocidade, para além do individualismo.

Encontrar-se-ia, nesse binômio, o caminho rumo à moralidade democrática que implica no reconhecimento "de um elo de reciprocidade que une um sujeito a outro" (RABENHORST, p.47, 2001). Tudo isso porque "somos diferentes e reconhecemos esta diferença exatamente porque percebemos que somos iguais entre nós" (RABENHORST, p.47, 2001).

O direito privado, por óbvio, não ficou inerte à virada axiológica aqui descrita, onde a Constituição, norma ápice do sistema, passou a repercutir, formal e materialmente, na validade e fundamentação das normas, espraiando-se sobre todos os ramos do Direito, como é o caso do empresarial.

Mas o que seria o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado? Na perspectiva da primazia constitucional, a esfera privada, arraigada de um forte conjunto de valores voltados para a manutenção da propriedade e para a liberdade e igualdade individual - princípios supremos da Economia Clássica - como manifestações formais, passa a contagiar-se com o impulso constitucional sintonizado com a visão daqueles que buscam especialmente na dignidade humana/solidariedade (EHRHARDT JÙNIOR, p.17, 2008) - princípios que ao temperar aqueles da Economia Clássica, dá um norte estruturante à Nova Economia.

Tal mudança paradigmática inaugurada pela Carta Constitucional de 1988 impôs uma alteração do próprio centro gravitacional do Direito Privado. Sendo assim, o binômio dignidade da pessoa humana/solidariedade passa a ser colocado no ponto central do ordenamento, em que pese a figura patrimonial não ser transportada para uma localização sistêmica tangencial, sendo ainda posição detentora de grande importância para a sociedade civil organizada.

Destarte, impingiu-se, no Direito Autoral, princípios como o da função social, que pode repercutir setorialmente na propriedade em si, conforme nítida influência do já citado binômio da Nova Economia: solidariedade/dignidade humana.

Na esteira desse raciocínio, sobre a égide da Constitucionalização do Direito Autoral, eis que surge, por óbvio, um novo marco teórico. Tal postura apresenta o sistema como um produto constitucionalizado no qual o todo normativo tem o propósito de "assegurar, na maior medida possível, a validade e a eficácia do sistema de direitos e princípios constitucionais, de modo a conferir máxima efetividade à ordem constitucional" (EHRHARDT JÙNIOR, p.63, 2008).

Afastando-se sobremaneira da militância acadêmica, de fato, em terreno jurídico cujo Direito Autoral, não pode apresentar traços de apatia em relação aos clamores constitucionais por dignidade humana e solidariedade. Essa é a única lente que verdadeiramente está pronta e adequada a compreender o que seria a Nova Economia, conforme dito linhas atrás.

Sendo assim, como forma de compreender a integralidade do fenômeno da constitucionalização, tem-se, segundo Barroso, que a temática meramente individualista da igualdade e liberdade em suas acepções formais, engendradas pelo Estado liberal, em sua formatação vinculada aos limites dos poderes estatais, foram substituídas pela agenda do *walfare state* (BARROSO, pp. 03-04, 2001).

Nessa linha histórica, é plenamente perceptível que vários foram os princípios que surgiram como resultado do potencial *normogenético* do Estado Social, dentre eles – e o mais relevante para as linhas do presente trabalho – tem-se a função social da propriedade arts. 5º, XXIII (estática), da CF/88 e 170, III, da CF/88, (dinâmica) princípio de direito privado que, conforme o próprio nome sugere, é fruto de uma mudança paradigmática da concepção de propriedade.

Mais detalhadamente, trata-se da visão que alcança a função da propriedade – aqui em seu viés autoral - para além dos limites do usar, do fruir e do dispor, da maneira como o proprietário bem entender e permitir, para a necessidade de se exercer esses direitos com a possibilidade de conciliá-los com os próprios interesses/expectativas legitimamente aguardadas pela sociedade (COMPARATO, p.76, 1986).

Conforme concluiu Sávio de Aguiar Soares, em dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, tem-se que:

> Em suma, o princípio da funcionalidade do direito subjetivo autoral é considerado elemento que reordena o sistema juscivilístico aplicável na relação entre o Direito autoral e as normas fundamentais constitucionais, suscitando a reintegração completa da teoria da propriedade intelectual no contexto da chamada sociedade da informação em que as novas

> tecnologias da informação e comunicação demarcam um novo quadro de relações sociais, jurídicas e econômicas. (SOARES, 2007)

Em outras palavras, os direitos autorias deixaram de ser regidos pelo asceticismo na humanidade, friamente talhados como meros simulacros da preservação rígida ao tráfego jurídico negocial, dando espaço a um patrimonialismo intelectual mais vívido e antenado com as dores e os anseios da sociedade (ARONNE, p.121, 2009).

Pode-se perceber que é com essa nova concepção do Direito Autoral, mais funcionalizada, posto ser constitucionalizada, que se vislumbra um cenário teórico realmente capaz de compreender a Nova Economia, as *Peers Incs.* e uma Propriedade Intelectual de matriz Contemporânea - peça fundamental ao bom funcionamento desse ecossistema inovador.

4.1 FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL EM SI

A funcionalização impõe a análise ativa da propriedade intelectual sobre o qual buscar-se-iam os efeitos e os fins desejados pela sociedade, para além da mera estrutura da patrimonialista em sentido material, a qual não é desprezada, mas sim, reposicionada, em seu grau de influência e importância quanto ao direito autoral na contemporaneidade.

Assim, a funcionalização da propriedade intelectual impõe o dever de priorizar tanto os interesses autorais quanto os interesses da sociedade, juridicamente tutelados e que, de alguma forma, são tocados pela influência da força normativa da Constituição. É desse ponto em diante que o sistema é funcionalizado.

Ademais, por funcionalização entenda-se uma assunção do direito autoral de valores de uma ordem pública heterogeneamente composta por indivíduos, observados em seu caráter humano e pelo prisma do jogo democrático estabelecido pela Constituição, rebatendo as críticas daqueles que costumam atrelar a função social a uma inferência “supraindividual” do Estado máximo nos termos das ideologias autoritárias como, por exemplo, o fascismo e o comunismo, afeitos ao regime ditatorial militar que antecedeu a Constituição de 1988 (TEPEDINO, 2017).

Outra acepção, igualmente combatida acerca da função social, é aquela que indica sua existência como um limite meramente externo ao desenvolvimento obrigacional, ficando esse afeito, em seus ditames materiais, unicamente desenvolvidos pela autonomia privada. Em que pese mais complexa tal crítica, tem-se que a força constitucional também repercute nas categorias jurídicas de maneira interior, afetando toda a sua estrutura, para além da autonomia privada (TEPEDINO, 2017). Fique claro que autonomia privada/propriedade privada, presentes no direito autoral, não morreram, contudo se encontram imbuídas de uma nova regra enunciada e atinente ao programa constitucional.

Não basta, portanto, atender aos requisitos formais postos à legislação, por via constitucional, é preciso ir além, para também atender aos ditames materiais democraticamente postos pela constituinte. É exatamente neste ponto que reside a tese da funcionalização do direito autoral, imbrincada pela influência das cláusulas gerais e dos princípios condizentes com o formato do direito privado constitucionalizado.

Tem-se cada vez mais a percepção de que as empresas, principalmente em seu formato de plataforma de participação*,* exercem forte pressão sobre a sociedade civil como um todo, interferindo, para além das relações de trabalho e de consumo, no patrimônio intelectual. Mas como buscar um caminho de equilíbrio entre a Nova Economia, aqui representada pelas *Peers Incs.* e o Direito Autoral, sem necessariamente ter que optar entre um e outro, de maneira excludente, é o que se verá no próximo tópico.

5 PLATAFORMAS COLABORATIVAS E OS DIREITOS AUTORAIS

Expostas as premissas básicas que permeiam o modelo de negócio das plataformas colaborativas, é chegada a hora de pavimentar uma análise sobre o funcionamento concreto dessas empresas e como seus produtos estão, ou não, adaptados à realidade legislativa brasileira, no que toca os direitos autorais.

Inicialmente, há de se perceber que os valores dessas referidas empresas de compartilhamento, ao que consta de sua página de apresentação, é a liberdade, obviamente que responsável, na rede. O *YouTube*, por exemplo, é calcado em quatro liberdades: de expressão, de informação, de oportunidades e de participação.[4]

Sendo uma crença corporativa real ou um mero *slogan* de transferência de valores para o *branding* da plataforma, as citadas liberdades são, em verdade, algo ao menos ansiado pela comunidade de usuários da internet.

Assim, o problema da maior ou da menor tutela dos direitos autorais passa a circunscrever dois interesses conflitantes, quais sejam, os interesses patrimoniais[5] dos autores, de um lado, e os interesses culturais e informativos, do outro. No meio encontram-se as *Incs*. desenvolvedoras das tecnologias que amparam as plataformas de compartilhamento.

Pode-se, neste ínterim, tecer um paralelo entre a liberdade dos utentes da rede e as limitações desses mesmos usuários, para proteção da criação autoral. Aqui tem-se que essas

[4] Disponível em: < https://www.youtube.com/intl/pt-BR/yt/about/>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
[5] A omissão quanto aos aspectos morais dos direitos autorais é algo colocado, neste trabalho, de maneira proposital tendo em vista que o acréscimo de tal categoria aumentaria, sobremaneira, as bases analíticas deste artigo que, ao cabo, preza pela objetividade e simplicidade expositiva.

restrições cumprem o papel de incentivar os autores pelos seus intentos criativos que, no fim, sustentarão o próprio interesse público no acesso a conteúdo informativos e culturais (ADOLFO, p. 284, 2008). Eis aqui o sentido teleológico que enquadra o raciocínio patrimonialista da legislação autoral.

Contudo, não se desconhece, apesar de não se concordar, pragmaticamente, com a existência de um discurso libertário que não enxerga sentido na proteção ao patrimônio autoral por carecer do elemento valorativo da escassez, indispensável à atribuição de valor econômico a certo bem da vida. Nem a primeira posição, tampouco a segunda, acredita-se que o equilíbrio está no meio, conforme já indicado neste trabalho.

A despeito disso, é certo que os permissivos para utilização de obras sem prévia autorização da Lei de Direitos Autorais encontram-se dissonantes com o conjunto, cada vez mais complexo e fluido, dos acessos aos meios autorais disseminados em rede.

O resultado é uma anarquia generalizada. O Estado faz de conta que não está vendo os problemas existentes nesse âmbito socioeconômico, os autores acabam remando contra correnteza da tecnologia e as empresas acabam, de maneira quase que clandestina, tendo que expor seus produtos tecnológicos aos riscos da insegurança jurídica. Quem paga a conta é o próprio desenvolvimento econômico e cultural brasileiro.

Corroborando para essa bagunça tem-se o próprio Marco Civil da Internet, que ao invés de ter enfrentado o problema de frente, colocou ainda mais força na discussão ao prever no artigo 19, em seu parágrafo 2º, o seguinte:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
> (...)
>
> § 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

A doutrina, por sua vez, ao comentar sobre tal dispositivo indica que:

> Apesar de ser louvável a intenção do legislador brasileiro em deixar para a legislação específica o tratamento das violações de direitos autorais na Internet (dadas as peculiaridades desses direitos), geram-se dúvidas em relação à forma como os direitos autorais (não) foram tratados pelo MCI, pois, cenas de nudez e de atos sexuais privados receberam tratamento mais

> rígido do que aquele despendido aos direitos autorais.(CAPARELLI *et* ZINNI, p. 78, 2016)

Pior que a admissão do legislador quanto à necessidade de uma lei específica tratando da questão autoral no ambiente digital é a sua conclusão, um tanto quanto comodista, para não dizer preguiçosa, a qual o Marco Civil da Internet acabou por indicar no em seu art. 31, o seguinte:

> Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2o do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

Ora, a remissão de uma lei da era digital a uma legislação autoral, criada e pensada para trabalhar com um ambiente totalmente analógico e engessado, consequentemente, acaba por acarretar em uma série de problemas para a própria comunidade, tolhida em seu acesso às novas tecnologias, como um todo, refletindo, por fim, na adequada liberdade de acessar conteúdos e informações (CAPARELLI et ZINNI, p. 80, 2016).

O problema principal desse lapso legislativo é que tais plataformas, que tem um papel democratizador importantíssimo no acesso à cultura e inovação no século XXI, ficam reféns de suas próprias tecnologias. E o pior, a compreensão do art. 46 a 48, da lei de direitos autorais, é marcada em seus permissivos autorizadores de superação das limitações da propriedade intelectual como sendo algo restrito em suas possibilidades, leia-se: rol taxativo de autorizações.

Comentando sobre tal taxatividade insculpida nos arts. 46 a 48, tem-se, em Bittar, que “em todos os casos, prevalece a interpretação estrita, de sorte que sempre devem ser respeitados todos os requisitos expostos, a fim de que tranquila possa ser a utilização” (BITTAR, p.284, 2008).

Como a promoção de conteúdo compartilhado pelas empresas *Peers Inc*., quando maduras, é feita por uma comunidade de milhões de usuários espalhados por várias localidades, algumas normas básicas de orientação legal direcionadas ao uso livre devem ser revistas ou, até mesmo, ampliadas, como forma de atender os anseios culturais, científicos e informativos de milhões de indivíduos sedentos por conhecimento.

A título ilustrativo, tem-se o caso de inúmeras plataformas que exercem um papel de difusão de informação sem precedentes na história da humanidade, nelas compartilham-se de tudo o que é necessário para que um indivíduo ganhe autonomia intelectual. Para tanto, basta um mero ponto de acesso à internet para que um indivíduo, de uma comunidade remota, em poucos cliques, tenha acesso quase que ilimitado a um dos maiores acervos bibliográficos do mundo, a internet.

Mas como dar acesso amplo a esse avanço comunicacional se a legislação a pátria se encontra dissonante com esses progressos? Para que se tenha uma ideia do problema, Marcos Wachowicz, da Universidade Federal do Paraná, afirma que " se levarmos a legislação de direitos autorais ao pé da letra, teremos que fechar o *YouTube*".[6] Nas linhas do presente trabalho, considera-se como uma das saídas para esse imbróglio, a doutrina do *fair use*, conforme será abordada no próximo tópico.

5.1 *FAIR USE* APLICADO AO CONTEXTO BRASILEIRO

Incialmente, cumpre salientar que o *fair use* (uso justo) é uma doutrina desenvolvida no contexto pragmático/jurisprudencial dos Estados Unidos no intuito de dar melhor fluidez jurídica e aproveitamento sociocultural aos conteúdos protegidos pelo manto da patrimonialismo autoral (FRAGOSO, p.305, 2009).

Na contramão do que do que o senso comum pensa sobre a doutrina do uso justo, é de se salientar, conforme apontado por Ruy de Queiroz, amparado nas lições de Lawrence Lessig, que:

> Ironicamente, a quebra das leis do direito autoral pela juventude por meio de compartilhamento de arquivos, ao mesmo tempo em que a criminaliza, a ajuda a se tornar mais criativa e colaborativa. O fato concreto é que a juventude não parece disposta a desistir de baixar música, filme, etc.: trata-se de uma geração que nasceu e cresceu numa cultura em que a remixagem é a "arte essencial". As propostas de Lessig para reforma do direito autoral são convincentes, pois convocam a repensar, e não abandonar, o conceito de propriedade intelectual em si. O argumento é baseado no fato de que a economia "híbrida", que combina a "comercial" (por exemplo, Amazon.com) e a "compartilhadora" (por exemplo, Wikipedia.org), pode criar valores para ambos os lados. (QUEIROZ, 2017)

Na esteira desse raciocínio, Ruy de Queiroz afirma que "um dos conceitos mais importantes em toda discussão sobre reforma na lei de propriedade intelectual é o conceito de "fair use" (QUEIROZ, 2017). Ao que se entende, essa talvez seja uma das poucas saídas que eficientemente pode permitir a manutenção dos direitos autorais ao lado dos anseios da comunidade digital.

Todavia, a grande dificuldade de importação de tal instituto perpassa pela sua necessária configuração processual ativista, que obriga uma certa liberdade proativa dos magistrados. Nesses termos, no desenvolvimento de suas decisões, sob pena de criar teratologias na seara do direito autoral, exige-se que os aplicadores da citada doutrina norte-americana, faça uso de uma base argumentativa forte, capaz de contemplar o casuísmo teórico direcionado a tal jogo decisório.

[6] Brasil: uma das piores legislação de direitos autorais do mundo, **Estadão**, 02 de maio de 2010. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-uma-das-piores-legislacao-de-direitos-autorais-do mundo,10000044383>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

Sendo assim, a questão mais ardilosa do *fair use* é, de fato, estabelecer uma gama de balizas suficientes para o seu desenvolvimento em solo pátrio, algo comum aos institutos que contemplam o ativismo judicial.

Nessa acepção, seria indispensável a compreensão da doutrina nacional no sentido de assimilar o rol do art. 46 ao 48, da Lei de Direitos Autorais, como um rol meramente exemplificativo.

Com essa compreensão, seria mais do que possível aplicar o *fair use* em solo brasileiro, sobretudo se se utilizar a ideia do binômio dignidade humana/solidariedade em conjunto com base principiológica do direito privado constitucionalizado que guarda na função social da propriedade - aqui segmentada para o direito autoral – mecanismos de expansão interpretativa das possibilidades de utilização/flexibilização de obra protegida, mesmo sem a autorização do autor.

Para esse intento, mister se faz a utilização, como no direito estadunidense, das quatro balizas relacionadas pelo Copyright Act of 1976, quais sejam:

> (1) o propósito e caráter do uso, uso Incluindo Tal Se é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos;
> (2) a natureza do trabalho com direitos autorais;
> (3) a montante e a substancialidade da parte usada em relação aos trabalhos com direitos de autor como um todo; e
> (4) o efeito do uso sobre o mercado potencial ou valor do trabalho com direitos autorais.[7]

Entretanto, mais importante do que estabelecer as balizas limitadoras para a viabilização da utilização da doutrina do “uso justo” seria, hodiernamente, estabelecer uma linha jurisprudencial apta a superar o equívoco no uso dessa expressão atrelada ao rol indicado como taxativo/exaustivo previsto no mencionado arts. 46 ao 48, da Lei de Direitos Autorais.[8]

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve superar o equívoco limitador, para só então poder utilizar, da maneira correta, a doutrina do *fair use* e seu sentido teleológico conformador de um direito autoral mais justo e antenado com as necessidades da sociedade em rede.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que as relações jurídico-autorais já não podem ser percebidas com um olhar estanque e afastada da realidade social/econômica e cultural da era da tecnologia da informação e, tendo em vista ainda, que a propriedade intelectual já não pode ser representada pela lógica da

[7] Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/107>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
[8] Utilizando a expressão de forma inapropriada veja-se REsp 1217567 SP (STJ) e Apelação TJSP nº 0000449-45.2011.8.26.0010. Em sentido apropriado vide REsp 1512647 MG (STJ).

Economia Clássica, mas sim pela lógica da Nova Economia, desperta-se, então, a necessidade de melhor analisar os novos fenômenos das plataformas colaborativas.

Nessa realidade, onde empresa, consumidor, autores, devem se unir para formar uma perspectiva funcionalizante dos direitos autorais, o esforço coletivo e/ou compartilhado do empreendedorismo passa-se à busca da concreção da Nova Economia, revelando um conteúdo de direito autoral de orientação constitucional, tendo como escopo o binômio a dignidade humana/solidariedade.

É de fato uma nova conformação autoral, manifestado por intermédio da constitucionalização da propriedade intelectual, o que justifica a atualidade do tema proposto. Imprime-se, portanto, ao ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de expandir novas concepções teóricas conectadas com essa contemporaneidade econômica/jurídica, é o caso, sem sombra de dúvidas, da utilização, em termos corretos, do *fair use*.

Assim, há que se perceber que um desenvolvimento desordenado da Nova Economia, amparada em grande parte nas plataformas *Peers Incs.,* as quais exigem mais do que um simplista aperfeiçoamento legislativo, mas uma mudança de postura da própria doutrina e, máxime, da própria jurisprudência.

Com esse pano de fundo, tentou-se mostrar ao longo do desenvolvimento deste trabalho, como a importação de institutos bem-sucedidos do direito autoral, quando bem aplicados em na jurisprudência pátria, podem colaborar com todo o sopro inovador da Nova Economia e, principalmente, desenvolvendo e libertando o espírito de busca cultural e informacional do ser humano, faminto a consumir os conteúdos, de diversão e arte, veiculados nas plataformas de compartilhamento.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga da Silva. **Obras Privadas, Benefícios Coletivos: a Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade de Informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ARONNE, Ricardo. Propriedade Intelectual e Direitos Reais: Um Primeiro Retomar da Obviedade. *In:* **Perspectivas atuais do direito da propriedade intelectual.** Helenara Braga Avancini; Milton Lucídio Leão Barcellos (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano de. Inovação, *Startups* e o Direito. *In*: JÚDICE, Lucas Pimenta *et al.* **Direito das *Startups***. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista diálogo jurídico.** Salvador: Centro de Atualização Jurídica, pp.03-14, Vol.I, n.6, set.2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** Rio de Janeirio: Forense, 2008.

CAPARELLI, Mariana de Souza Cruz; ZINNI, Aline Junqueira de Andrade Tucci. O Conteúdo ilícito na internet na prática. In: SCHAAL, Flavia Mansur Murad (Coord.). **Propriedade Intelectual, Internet e o Marco Civil.** São Paulo: Edipro, 2016.

CHASE, Robin. **Economia Compartilhada**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM do Brasil, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. *In:* **Revista de Direito Mercantil**, vol. 63. São Paulo: RT, jul. - set. de 1986.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor:** Da antiguidade à Internet**.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NASCIMENTO, José Rafael. Nova Economia, Novo Consumidor. **Revista Comunicação e Marketing**, ano 1, n. 1. Lisboa: ISCEM, pp. 01-31, dez. 2000.

QUEIROZ, Ruy de. **Propriedade intelectual digital e o conceito de uso razoável.** Disponível em: < http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=224>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SOARES, Sávio de Aguiar. **O princípio da funcionalidade e os direitos de autor no âmbito da utilização pública das obras artístico-musicais.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

RECEBIBO 05/09/2017
APROVADO 15/10/2017
PUBLICADO 31/10/2017
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928