

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 7

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 7 (julho/dezembro 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

DIREITOS AUTORAIS, DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

COPYRIGHT, LIABILITY AND DEVELOPMENT OF NEW TECHNOLOGIES

Carlos Affonso Pereira de Souza

Resumo: O artigo trata da relação entre a proteção dos direitos autorais e o desenvolvimento tecnológico. Partindo de análise sobre importantes ações indenizatórias propostas nos Estados Unidos, o texto aborda como a tutela judicial dos direitos autorais deve acompanhar o progresso das novas tecnologias, impedindo que o recurso ao Poder Judiciário se transforme em mecanismo abusivo. Nessa direção são investigadas as experiências envolvendo ações indenizatórias cujo resultado poderia ser o desestímulo à inovação tecnológica, além de recentes decisões judiciais nacionais que ordenaram a filtragem de conteúdo exibido por provedores na internet, expondo os desafios de implantação dessas medidas em ambientes de produção colaborativa de conteúdo.

Palavras-Chave: Direitos Autorais. Internet. Tecnologia. Responsabilidade Civil.

Abstract: The article addresses the interplay between copyright protection and new technologies. Based on the analysis of relevant US caselaw, the text advocates that lawsuits filed for copyright infringement should not hinder technology development. Recent Brazilian caselaw is addressed as well, highlighting law suits brought

against internet service providers (ISPs) and the challenges of ordering ISPs to filter content in a collaborative environment.

Keywords: Copyright. Internet. Technology. Civil Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A relação entre proteção autoral e desenvolvimento tecnológico: do vídeo-cassete ao compartilhamento de arquivos na internet. 3. Os desafios da filtragem de conteúdo em ambientes colaborativos. 4. Conclusão.

1. Introdução

Existe uma relação importante entre a tutela dos direitos autorais e o desenvolvimento tecnológico. Concebido como forma de incentivar a criação intelectual, a proteção autoral tem sido manejada nos últimos anos como forma de proteger modelos de negócio estabelecidos frente ao avanço da tecnologia e o conseqüente surgimento de alternativas às formas conhecidas de acesso e distribuição de músicas, filmes e livros.

Não raramente essa tentativa de bloqueio ao progresso tecnológico é realizada através de ações indenizatórias que, ao redor do mundo, exploram as fronteiras da proteção autoral.

A função principal da responsabilidade civil é criar mecanismos para compensar os danos sofridos pela vítima. A chamada função reparadora ou compensatória da responsabilidade civil traz para a vítima o foco de todo o trabalho de construção das ações indenizatórias como forma eficiente e proporcional para superar os prejuízos causados pelo ato danoso. Dessa forma, quanto maior for a incidência de uma situação danosa, mais é esperado que a mesma seja acompanhada de um crescimento no número de ações indenizatórias que visem a reparar as suas vítimas.

Se a tutela autoral se expandiu nos últimos anos, conferindo proteção para exercícios cada vez mais diversificados dos direitos au-

torais, tornando assim a sua inovação cada vez mais freqüente como forma de tutelar interesses privados, o mesmo processo ocorre com o recurso a ações indenizatórias. O recrudescimento da legislação e dos julgados envolvendo direitos autorais, no Brasil e no mundo, condenando aqueles que infringem a proteção conferida pelo ordenamento, e avançando eventualmente sobre usos que poderiam ser legitimados por princípios constitucionais concorrentes, ou mesmo por exceções e limitações aos direitos autorais, encontra paralelo com a expansão da responsabilidade civil.

O agravamento do combate à chamada pirataria fez convergir para a mudança legislativa para e a propositura de ações judiciais os esforços de autores e dos titulares de direitos autorais. Esse movimento pode ser percebido como resposta da indústria cultural às inovações tecnológicas que tornam mais fáceis e corriqueiras as infrações aos direitos autorais. Da mesma forma, o crescimento do recurso à responsabilidade civil como mecanismo de resolução de conflitos pode ser analisado como uma conseqüência da pluralidade e a maior freqüência com que novas situações danosas são criadas no meio social. O aumento sucessivo de hipóteses que poderiam ser inseridas na categoria de “novos danos”, como aqueles derivados do uso das tecnologias, faz com que a propositura de ações indenizatórias se torne também mais usual.

Isto porque a responsabilidade civil é geralmente o primeiro recurso que o ordenamento jurídico oferece para uma eventual hipótese de dano, já que se trata de instrumento dotado de grande flexibilidade, de estrutura simples, e cuja aplicação depende em grande parte da construção prática traçada pela jurisprudência¹.

Mas não necessariamente é a responsabilidade civil o melhor mecanismo para solucionar situações que, com notória regularidade,

1 Maria Celina Bodin de Moraes. “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439.

causam danos no meio social. O recurso freqüente à ação indenizatória deve ser percebido como um indicador de que determinada relação jurídica está a demandar uma regulamentação urgente para estancar o crescimento das hipóteses de ocorrência de dano. Nessas hipóteses, pode a responsabilidade civil antecipar as condições para uma futura reforma legislativa.

No caso das ações indenizatórias que buscam, de forma massificada, compensar autores e titulares de direitos autorais por usos não autorizados de suas obras, existe um paradoxo que impede a responsabilidade civil de exercer a sua função compensatória como medida justa para garantir a ampla reparação da vítima. Isto é, o crescimento do número de ações indenizatórias que busca condenar terceiros por usos não autorizados de obras autorais pode se tornar um exercício abusivo da proteção concedida pela lei àqueles que movem o mecanismo da responsabilidade civil.

Dessa forma, é preciso, no caso das ações indenizatórias por ilícitos contra os direitos autorais, analisar com cautela o que motiva o aumento no manejo da responsabilidade civil e separar a sua utilização em larga escala daquelas circunstâncias em que o aumento do número de ações representa a expansão de danos a interesses legítimos, cujos titulares são vítimas a serem compensadas através dos devidos instrumentos legais, daquelas que servem de instrumento para se alcance vantagens não prestigiadas pelo equilíbrio que deve existir entre os interesses privados e públicos na tutela autoral.

Dito de outra forma, o próprio mecanismo da responsabilidade civil, por servir de instrumento para o abuso do direito autoral, faz com que os tribunais efetivem o desequilíbrio entre os interesses na tutela das criações intelectuais, quando, finalisticamente, deveria ser justamente o contrário.

O equilíbrio entre a proteção autoral e o desenvolvimento de novas tecnologias pode ser visto por pelo menos dois prismas: ou as tecnologias são apropriadas pela indústria cultural, servindo de meio para a divulgação e o acesso de obras intelectuais, ou a mesma passa

a ser vista como inimiga do modelo de negócio previamente desenvolvido para a difusão de obras autorais e, com isso, adota-se o recurso aos tribunais para fazer valer a legislação contra usos ilícitos que se tornaram possíveis com o desenvolvimento tecnológico. Em certos casos, ao se adotar essa última opção, as ações indenizatórias não visam a responsabilizar quem comete o ilícito em si, mas sim quem desenvolve a tecnologia em foco e promove a inovação no meio social.

A grande preocupação aqui exposta não é investigar o litígio em massa contra aqueles que violam os direitos autorais — estratégia adotada em alguns países ao longo dos últimos anos, especialmente com o aumento das formas de troca de arquivos digitais na Internet² — mas sim analisar como a proteção do direito autoral se relaciona com o desenvolvimento tecnológico, enfatizando a possibilidade de se abusar da tutela autoral para, em nome da preservação dos interesses privados, garantir o bloqueio do progresso tecnológico. Trata-se das hipóteses em que, em sede de ações indenizatórias, buscou-se impedir, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de determinada tecnologia, usualmente caracterizada como forma de cometimento freqüente de novos atos ilícitos.

Para essa finalidade é importante analisar três precedentes da jurisprudência norte-americana, não apenas pela influência desses julgados, mas principalmente porque eles oferecem uma perspectiva clara sobre como a proteção conferida aos direitos autorais recrudescu nos últimos anos e como a responsabilidade civil teve papel determinante nesse processo de abuso da proteção intelectual. Em seguida, será analisado o recurso da filtragem de conteúdo, prática comumente determinada pelas decisões judiciais para evitar a ocorrência de danos, também como gerador do efeito de bloqueio tecnológico e desestímulo à inovação.

2 Para maiores referências sobre as ações movidas contra usuários que fizeram download de músicas na Internet, vide "<http://www.eff.org/riaa-v-people>" (acessado em 15.12.2010).

2. A relação entre proteção autoral e desenvolvimento tecnológico: do videocassete ao compartilhamento de arquivos na internet

O primeiro caso a ser destacado, derivado da experiência norte-americana, é o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1984, do caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*³, referido usualmente como a mais famosa decisão judicial sobre direito autoral naquele país⁴. Esse caso ficou conhecido como o “caso Betamax” porque estava em jogo na decisão a tese apresentada por alguns estúdios de Hollywood no sentido de que a empresa Sony, fabricante dos videocassetes que utilizavam o formato Betamax (depois substituído pelo formato VCR), deveria ser responsabilizada por todas as cópias de programas de televisão feitas por usuários de videocassete.

O argumento apresentado pelos titulares dos direitos autorais defendia que não haveria qualquer interesse público em se permitir que pessoas, em seus domicílios e para uso privado, gravassem uma cópia integral dos programas que são transmitidos através da televisão. Essa utilização de obra autoral seria indevida, não se enquadraria nos limites dos usos permitidos pela regra do *fair use*, e com isso, aquele que desenvolve tecnologia que permite essa infração em massa aos direitos autorais deveria responder perante autores e titulares da proteção intelectual.

O efeito prático do argumento apresentado pelos detentores dos direitos autorais seria um bloqueio à produção de novos equipamentos que permitissem a gravação de programas de televisão para uso doméstico. Com isso, compreende-se que o intuito maior das

3 Suprema Corte dos Estados Unidos, *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*; j. em 17.01.2004.

4 Essa é opinião de Jessica Litman. “The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins meets the Boston Strangler.”, in Jane Ginsburg e Rochelle Dreyfuss (ed). *Intellectual Property Stories*. Nova Torque: Foundation Press, 2006, p. 368.

pretensas vítimas da ação indenizatória seria resguardar um modelo de negócio já estabelecido, mesmo que isso importasse na restrição no grau de inovação que o desenvolvimento tecnológico poderia trazer no futuro.

A defesa do estúdio de Hollywood assim como os argumentos apresentados pela Sony receberam o apoio de vários *amicus curiae*. Dentre as petições recebidas em apoio à tese da indústria cultural, os *amicus curiae* da MPAA (*Motion Picture Association of America*) e da rede de televisão CBS merecem destaque, por enfatizarem como a proteção dos direitos autorais dependia de uma tutela, reconhecida pelo tribunal, que enfatizasse o papel central do autor.

O *amicus curiae* da MPAA apela para o fato de que os autores compõem uma classe especial de indivíduos na sociedade, cuja natural dificuldade de fazer valer os seus direitos, dependia de uma resposta da Suprema Corte que preservasse os interesses individuais em detrimento mesmo de eventuais demandas públicas. Dessa forma, assim argumentou a referida petição:

Autores e titulares de direitos autorais são, por causa de sua criatividade e talento para o empreendedorismo, um grupo único. Eles são uma minoria que não consegue rapidamente mobilizar grande apoio popular em assuntos legislativos, particularmente naqueles que envolvem direitos autorais, que afetam os seus interesses diretamente, e, em última instância, os nossos também. Isso é especialmente verdadeiro quando ao público em geral é oferecida a possibilidade de optar por usar uma propriedade autoral sem qualquer pagamento — ou ostensivamente de graça. Mas porque as suas contribuições para o bem-estar, para a cultura, e para a economia da nação são muitas, a proteção dos seus interesses reside em nossa consciência não apenas como um assunto de justa regulação, mas também de equidade⁵.

5 MPAA. *Amicus Curiae* no caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, datado de 27.10.82, p. 12 (in “http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_amicus_mpa2.pdf”, acessado em 15.12.2010). A percepção de que os autores formariam uma categoria desorganizada, cujos interesses precisam ser tutelados de forma extensiva pela legislação justamente para

O equilíbrio entre interesses privados e públicos alcançado através da proteção autoral foi um dos tópicos desenvolvidos pelo *amicus curiae* apresentado pela rede CBS no caso Betamax. A limitação das demandas públicas sobre a utilização de obra autoral fazia-se necessária para que o mecanismo de incentivo consistente na exclusividade não fosse frustrado. Sobre o tema, assim desenvolveu o referido documento:

É o sistema de proteção ao direito autoral que atende ao interesse da sociedade em dispor de obras intelectuais disponível publicamente. O sistema prevê incentivos econômicos para a criação intelectual, e a protege contra usos não autorizados de modo que autores não sintam medo de divulgar as suas obras ao público. O Congresso positivou a doutrina do *fair use* para casos em que a responsabilização por uma violação de direito autoral teria o efeito de inibir, ao invés de estimular a criatividade. Os autores desta ação ao argumentarem a favor de um maior 'acesso' parecem se equivar à situação em que, após a construção de ponte para a cobrança de pedágio, o interesse do público em acessar a ponte estaria melhor atendido pela simples eliminação do pedágio. Esse é um argumento que destruiria as fundações econômicas do sistema de direito autoral⁶.

Em decisão por maioria (5 a 4), a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, mesmo que o vídeocassete pudesse propiciar usos ilícitos de obras autorais, não seria papel do Poder Judiciário

que os mesmos possam ser protegidos não é isenta de críticas e nem recente. Se por um lado cumpre alertar para o fato de que a proteção que se busca erigir é justamente contra demandas de natureza pública por maior equilíbrio na proteção autoral, não sendo o autor tratado como um hiposuficiente, por outro lado, pode-se encontrar esse discurso em obras jurídicas de mais de sessenta anos atrás, pois, nessa direção, Paul Olganier já defendia que “na busca perpétua pelo ideal, o artista perde o contato com a vida prática, devendo assim a legislação vir em sua ajuda.” (*Le Droit des Artistes Interprètes et Exécutants*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1937, p. 6).

6 CBS. *Amicus Curiae* no caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, datado de 27.10.82, p. 12 (in “http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_amicus_cbs2.pdf”, acessado em 15.12.2010).

aplicar o regime de responsabilização sobre quem desenvolve uma nova tecnologia capaz de gerar atos ilícitos, principalmente quando essa mesma tecnologia também cria as condições para o desenvolvimento de uma série de situações lícitas. A decisão afirmou assim que, no caso da gravação de programa de televisão por videocassete, haveria apenas uma mudança no momento em que a obra intelectual seria exibida (*time-shifting*), o que estaria protegido pelas regras do *fair use*.

O voto vencedor no julgamento do caso utilizou o equilíbrio entre os interesses privados e públicos como linha de argumentação, afirmando que a mera possibilidade de gerar usos lícitos já impediria o pleito no sentido de responsabilizar o desenvolvedor de certa tecnologia pelos potenciais usos de natureza ilícita. Segundo o voto vencedor:

Deve existir um equilíbrio entre a demanda legítima de um titular de direitos autorais por uma efetiva — e não meramente simbólica — proteção conforme a exclusividade conferida pela lei, e o direito de terceiros de livremente desenvolver práticas comerciais substancialmente não relacionadas. Dessa forma, a venda de equipamento de reprodução não implica em responsabilidade por parte da empresa se o produto é amplamente usado para propósitos legítimos e inquestionáveis. Na verdade, ele precisa apenas ser capaz de usos não substancialmente ilícitos⁷.

O legado do caso Betamax foi uma ponderação entre as demandas existentes pela remuneração devida pelo uso da obra por terceiro, sendo esse um fator de estímulo para a produção autoral e, de outro lado, a necessidade de se garantir certa liberdade para o desenvolvimento de novas tecnologias, não bloqueando a sua produção através da responsabilização daqueles que inovam na geração de formas para criar, utilizar e distribuir conteúdo autoral.

7 In “<http://www.enfacto.com/case/U.S./464/417/>” (acessado em 15.12.2010).

A ameaça representada pelo surgimento de uma revolucionária nova tecnologia surgiria de forma muito mais disseminada na sociedade no final dos anos noventa do século passado com as redes de trocas de arquivos digitais na Internet⁸.

As denominadas redes *peer-to-peer* (“ponto-a-ponto”) são redes de comunicação em que cada computador conectado atua como servidor e cliente da transmissão de informação, eliminando, na forma mais atual de desenvolvimento desse tipo de rede (*peer-to-peer* descentralizado), a necessidade de qualquer espécie de servidor central fixo, pelo qual todo o fluxo de informações devesse necessariamente passar. Rapidamente as redes *peer-to-peer* se tornaram a forma mais utilizada para a troca de arquivos protegidos por direitos autorais sem a devida autorização para tal uso.

A primeira grande ação indenizatória promovida pela indústria fonográfica contra essas redes de trocas de arquivos foi a proposta por A&M Records contra a empresa responsável pelo *website* Napster, sendo apreciada, em grau de recurso, pelo Tribunal Federal de Apelações do Nono circuito⁹.

O *website* originário do programa Napster constituía uma forma rudimentar de rede *peer-to-peer*, pois requeria que o usuário da rede fizesse o seu acesso através de um *website*, submetendo a consulta sobre os arquivos disponíveis dentre os demais usuários da rede ao processamento de um servidor central fixo, situado no Estado da

8 Segundo Lydia Esteve González, a Internet apresenta algumas características que tornam mais complexas as tentativas de se imputar responsabilidades, dentre as quais pode-se destacar: (i) o seu caráter descentralizado; (ii) a interatividade, que permite a todo usuário ser emissor e receptor de informações; (iii) a digitalização ou desmaterialização dos dados; (iv) a acessibilidade, que faz com que a rede possa ser acessada de todos os países do mundo; (v) a sua transnacionalidade; e (vi) a situação peculiar dos provedores como intermediários das relações travadas na Internet (*Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet*. Granada: Comares, 2006, pp. 14/15).

9 Tribunal Federal de Apelações do Nono Circuito. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*; j. em 12.02.2001.

Califórnia, nos Estados Unidos. A existência de um servidor centralizado terminou por facilitar a suspensão das atividades do *website*, conforme determinado pela decisão judicial. Uma vez verificado que infrações ao direito autoral estavam sendo cometidas por seus usuários, bastou lacrar o servidor central que toda a rede teve as suas atividades interrompidas.

Em 26 de julho de 2000, atendendo a um pedido cautelar (*injunction*) dos autores, o juiz responsável pelo caso ordenou que as atividades do *website* Napster fossem suspensas até o julgamento de mérito do caso. A decisão de mérito, por sua vez, manifestando-se favoravelmente ao pleito apresentado pelos Autores, ordenou que o Napster, além de pagar a indenização devida pelas reiteradas infrações ao Direito Autoral, aperfeiçoasse o seu sistema de compartilhamento de arquivos de modo a evitar — com 100% de precisão — que a troca de arquivos musicais protegidos por direito autoral prosseguisse sem a autorização dos autores das respectivas obras.

A decisão do caso Napster claramente toma outros rumos com relação àqueles definidos no caso Betamax. As implicações para o equilíbrio entre a regulamentação dos direitos autorais através de ações indenizatórias e a tutela do potencial inovador do desenvolvimento tecnológico convergiram aqui para um predomínio dos interesses privados como fator determinante para o futuro das práticas de distribuição de obras intelectuais.

Uma análise interessante sobre como novas tecnologias precisam ser apreciadas por decisões judiciais, especialmente aquelas envolvendo direitos autorais, foi realizada por Lawrence Lessig em parecer oferecido em apoio aos réus. Segundo o autor, a decisão judicial que ordenou o fechamento da rede de troca de arquivos teria considerado a relação que deve existir entre a regulamentação jurídica e o progresso tecnológico. Assim, para se averiguar se uma decisão judicial que de alguma forma interfere no desenvolvimento de tecnologias preserva o equilíbrio entre aspectos jurídicos e aspectos tecnológicos, cumpriria submetê-la a três testes: (i) a existência, no caso con-

creto, da possibilidade de uso lícito da tecnologia; (ii) a existência de meio menos gravoso para se alcançar o resultado pretendido; e (iii) o efetivo atendimento ao interesse dos autores¹⁰.

Analisando-se a decisão do caso Napster especificamente, conclui-se que a decisão que suspende as atividades do *website*, demandando que seja obtida uma eficiência perfeita no controle do direito autoral, tornou o seu cumprimento impossível para o réu.

Note-se que, inicialmente, igual raciocínio já havia sido implementado nos Estados Unidos quando da publicação, em 1996, do chamado *Communications Decency Act*, que, alterando a Lei de Telecomunicações norte-americana, impôs pesadas penas para os titulares de *websites* de teor adulto que não impedissem o acesso de menores de idade aos seus conteúdos¹¹. A referida legislação foi declarada inconstitucional por decisão da Suprema Corte norte-americana, entendendo a maioria dos julgadores que a nova legislação onerava de forma desmesurada os provedores de conteúdo na Internet, impondo aos mesmos uma obrigação que não haveria como ser cumprida com eficiência perfeita.

Sendo assim, partindo-se das premissas apresentadas por Lessig, pode-se perceber que, de fato, a decisão proferida no caso Napster não apenas suspendeu as atividades do *website* como efetivamente impediu que o mesmo voltasse a operar, estabelecendo-se um requisito tecnológico que, naquele momento, não haveria como ser implementado pelos réus. Isto é, obrigar o *website* a criar mecanismo de controle que impossibilitasse a troca indevida de arquivos protegidos por direito autoral significava exigir um comportamento que a própria tecnologia não dispunha dos meios para possibilitar.

10 Lawrence Lessig, *Expert Report* apresentado no caso *A&M Records Inc. e outros contra Napster Inc.*, (in “<http://www.lessig.org/content/testimony/nap/napd3.doc.html>” — acessado em 15.12.2010).

11 O texto da legislação referida pode ser encontrado no *site* Electronic Privacy Information Center (“<http://www.epic.org>”) — acessado em 15.12.2010).

É importante ainda perquirir sobre a possibilidade de usos legítimos e lícitos daquela ferramenta. O Napster foi apenas o primeiro programa de rede *peer-to-peer* que demonstrou o potencial democrático da Internet com relação à produção e acesso a obras intelectuais e ele não operava apenas como uma ferramenta viabilizadora de infrações à proteção autoral. Nesse sentido, usuários que se valiam do programa para fins que não infringiam direitos autorais foram prejudicados pela decisão judicial.

Pela primeira vez na história da rede mundial de computadores foi possível ao público em geral perceber como a própria estrutura da Internet revolucionaria o tratamento do direito autoral. Programas como o Napster foram os embriões de uma nova forma de divulgação de obras intelectuais, superando os eventuais entraves de uma negociação com empresários e gravadoras e aproximando o artista de um público que demanda um acesso cada vez mais amplo a conteúdo cultural.

Adicionalmente, e se valendo dos testes propostos por Lessig, a decisão do caso Napster não atendeu ao princípio da proporcionalidade, pois existiam outros meios para a proteção dos direitos autorais que não a imposição de um ônus desmesurado, que praticamente inviabiliza o desenvolvimento de uma atividade, através de decisão judicial.

Ao contrário do que usualmente se imagina, a tecnologia digital, aliada a particularidades da rede mundial de computadores, gera para o autor um controle inédito sobre a utilização e o destino de sua obra. O número de vezes em que um texto pode ser acessado, o estabelecimento de restrições à impressão de um livro eletrônico ou à cópia em formato digital de uma imagem afixada em um *website* são exemplos de como a tecnologia pode ser empregada para proteger o direito do autor, ainda que atualmente exista grande controvérsia sobre a conveniência e a funcionalidade de algumas dessas medidas, além de aceso debate sobre o abuso de tais recursos, tema a ser investigado mais adiante¹².

12 Criticando o uso das tecnologias de controle sobre os usos de obras autorais, Cory Docto-

Por fim, a retirada do ar do *website* Napster pouco acrescentou à proteção dos direitos autorais na Internet. Muito ao reverso, a tecnologia desenvolvida pelos programadores do Napster revolucionou o método de desenvolvimento de sistemas de compartilhamento de arquivos, gerando programas cada vez mais sofisticados hoje em dia para a troca de informações entre usuários conectados em rede, não mais dependentes de um servidor fixo.

Logo após a queda do *website* Napster, muitos usuários passaram a utilizar a rede de troca arquivos Gnutella, que já representava um avanço em termos tecnológicos sobre a estrutura do Napster, sendo radicalmente descentralizado. O Gnutella não sustentou o grande número de usuários e acabou sendo rapidamente superado pelo Kazaa, uma rede de troca de arquivos que não mais se restringia à música e que adotava uma estrutura de *super-peers*, isto é, se valia dos computadores dos seus usuários para cumprir, em menor escala e de forma descentralizada, as funções desempenhadas pelo servidor central do Napster. No início de 2004 o software Kazaa havia se tornado o programa mais baixado na história da Internet, superando a marca de trezentos e dezenove milhões de vezes¹³.

row, em palestra concedida ao Microsoft Research Group, em 17.06.2004, afirma que o recurso a tais sistemas de gestão de direitos autorais é uma prática nociva à sociedade (usuários em geral), aos artistas, e ao desenvolvimento das atividades negociais (in “<http://www.changethis.com/pdf/4.03.DRM.pdf>”, acessado em 15.12.2010). Segundo o autor, os sistemas de DRM (*digital rights management*) restringem em demasiado o espectro de utilização de uma obra intelectual, estimulando a pirataria e desestimulando inovações tecnológicas derivadas dos equipamentos multimídia hoje disponibilizados. É interessante notar que, em junho de 2000, ao redigir o seu parecer para o caso Napster, Lawrence Lessig apontou os sistemas de DRM como um dos fundamentos que justificavam o não banimento do Napster, conforme originalmente concebido, por meio de uma decisão judicial. Segundo o autor, os sistemas de DRM representavam uma forma menos gravosa de proteção ao direito autoral quando comparada com a retirada do *website* do ar. Quatro anos depois, com a expansão dos limites impostos ao uso da obra intelectual pelos sistemas de DRM — tema a ser investigado no item 3.2.3 —, a solução tornou-se novamente, segundo exposto por Cory Doctorow, um problema, demandando renovada atenção por parte dos estudos jurídicos sobre Direito Autoral. Trata-se da velha história do retorno do pêndulo, ou, se for preferível, uma comprovação do sempre repetido adágio atribuído a Paracelsus: “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”.

Talvez o efeito mais emblemático da decisão do caso Napster foi relançar o discurso que restou vencido com a decisão do caso Betamax no que diz respeito à relação entre desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos autorais. É preciso perceber que o combate que se trava em ações indenizatórias como as propostas, seja contra a fabricante do videocassete, seja contra a empresa que explora uma rede de troca de arquivos *online*, é pela melhor forma de sanção dos atos ilícitos, não se devendo confundir o apenamento das trocas não autorizadas com uma censura nada velada à inovação no progresso tecnológico¹⁴.

A questão se torna definitivamente mais grave quando se observa práticas desenvolvidas através da Internet, uma vez que a rede mundial de computadores foi criada com uma finalidade primordial consistente na possibilidade de difusão cada vez mais ampla de informações, sem qualquer preocupação sobre a filtragem ou a seleção de conteúdos que trafegam pelo seu espaço.

Uma decisão mais recente da Suprema Corte dos Estados Unidos reforçou o precedente do caso Napster, ao condenar a empresa que explorava o *website* Grokster, outra rede de troca de arquivos digitais na Internet¹⁵. Conforme consta da decisão do referido caso:

13 Segundo Jack Goldsmith e Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 109.

14 A confusão entre o sancionamento dos eventuais atos ilícitos propiciados pela tecnologia e o desenvolvimento da tecnologia em si pode ser percebido tanto no caso Betamax como nas diversas ações judiciais propostas contra as empresas que exploram redes *peer-to-peer* para troca de arquivos. Se as redes P2P são as vítimas atuais desse equívoco na apreciação das relações entre direito e tecnologia, até bem pouco tempo atrás o formato de arquivos digitais para música “mp3” era o alvo do mesmo tipo de confusão. O formato “mp3” representou um avanço para a disponibilização de músicas online ao possibilitar a compressão de gravações de áudio, com boa qualidade, em arquivos de tamanho reduzido. Dada a grande difusão do formato e a troca de músicas gravadas em arquivos “mp3”, principalmente através de redes p2p, de forma ilícita, o senso comum terminou por associar o formato em si à ilicitude. No início do século, essa vinculação era tão natural que a própria doutrina precisava esclarecer, como fazem André Bertrand e Thierry Piette-Coudol, que “o mp3 é um formato e é não representa por si só um ilícito.” (in *Internet et le Droit*. Paris: PUF, 2000, p. 43).

Quem distribui uma invenção com o objetivo de promover seu uso para violar direitos autorais, tais como através de uma afirmação expressa ou de outras iniciativas tomadas para encorajar a violação, indo além da distribuição com o conhecimento da ação de terceiros, é responsável pelos resultantes atos de violação perpetrados por terceiros que utilizam a invenção, não obstante os usos legais dessa invenção¹⁶.

O precedente do caso Grokster é em alguma medida diferente daquele julgamento anterior envolvendo o website Napster porque, para a Suprema Corte, foi especialmente relevante para o resultado que condena o website o fato do mesmo publicamente incentivar a troca de arquivos protegidos por direito autoral, incentivando assim a ocorrência de violação à tutela autoral em série. A teoria derivada desse caso, justamente por isso, passou a ter o elemento de contribuição ao evento danoso como figura central para futuras ações indenizatórias (*contributory infringement*).

Os três casos apresentados mostram como a tutela autoral pode se valer de ações indenizatórias para direcionar o progresso tecnológico, buscando a responsabilização daqueles responsáveis pela inovação no campo da tecnologia. Essa opção por responsabilizar o desenvolvedor poderia ter sido adotada como forma de excluir outra alternativa consistente em mover processos judiciais contra os usuários que efetivamente trocam arquivos protegidos por direito autoral.

Contudo, desde novembro de 2003, ambas as estratégias têm sido utilizadas pela indústria cultural, processando tanto os provedores de serviços e desenvolvedores de novas tecnologias como os usuários dessas redes e demais formas de distribuição de conteúdo

15 Suprema Corte dos Estados Unidos. *MGM Studios, Inc. et al. v. Grokster, Ltd. et al.*; j. em 29.03.2005.

16 Suprema Corte dos Estados Unidos, *MGM Studios Inc et al v. Grokster Ltd et al*, j. em 29.03.2005, tradução de Marcel Leonardi publicada na *Revista de Direito Autoral*, ano II, nº IV (fev/06), p. 269.

online sem a autorização de seus autores e titulares de direito autoral¹⁷.

As redes de trocas de arquivos, que se estruturaram a partir do caso Napster acabaram se tornando cada vez mais sofisticadas e o seu progresso parece ter como orientação a construção de arquiteturas que torne mais difícil a responsabilização daqueles que tornam possível a troca, evitando-se assim a falha estrutural do Napster. Por parte dos desenvolvedores dessas redes, com exceções, a adoção de uma postura não incentivadora da pirataria parece ser a tônica para evitar o precedente do caso Grokster. Esses dois elementos, quando conjugados, constituem a base de várias das novas redes de troca de arquivos, sobretudo daquelas que se utilizam dos arquivos *torrent* para efetuar a transferência de músicas, filmes, jogos e etc.

A decisão judicial mais notória envolvendo um *site* que hospeda arquivos *torrent* foi, até o momento, a proferida pela Corte Distrital de Estocolmo sobre o *The Pirate Bay*. Em 31.01.2008, uma ação indenizatória foi proposta por um conjunto de titulares de direitos autorais, representados pela *International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI), contra quatro indivíduos que seriam os responsáveis pela administração do *website*. A acusação pretendia demonstrar que os quatro réus são responsáveis por “promover infrações aos direitos autorais”¹⁸.

A dificuldade em se responsabilizar os desenvolvedores de uma rede de troca de arquivos *torrent* ficou nítida no segundo dia do julgamento, pois, em 17.02.09, metade dos argumentos da acusação foi rejeitada. A alegação de que os réus contribuía diretamente para infrações aos direitos autorais de seus usuários, reproduzindo obras intelectuais de terceiros (*assisting copyright infringement*) não conse-

17 Sobre as ações contra os usuários de redes de trocas de arquivos, vide, dentre outros Jack Goldsmith e Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 114 e ss.

18 “http://en.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay_trial”, acessado em 15.12.2010.

guiu ser provada pela acusação, restando a acusação sobre a contribuição para que terceiros apenas coloquem à disposição material protegido por direitos autorais (*assisting making available*)¹⁹. Essa última acusação foi tida por procedente e a decisão judicial condenou os Réus ao pagamento de pesadas multas.

O debate sobre o sancionamento da própria criação de rede para a troca de arquivos transparece em algumas propostas de alteração legislativa em debate nos mais diversos países. Na Espanha, Ignacio Garrote Fernández-Diez argumenta que:

a Lei de Propriedade Intelectual poderia ser modificada para declarar que a conduta de colocar à disposição do público programas P2P que facilitam a infração de direitos exclusivos de propriedade intelectual é em si mesmo um ato ilícito, dada a íntima conexão entre as atividades infratoras e a conduta dos operadores de redes P2P²⁰.

A percepção do abuso nas ações indenizatórias cujo efeito principal é impedir o desenvolvimento tecnológico é bastante claro. Em nome da manutenção de um modelo que supostamente remunerar adequadamente os seus autores e titulares de direitos autorais, impede-se que novas utilizações sejam criadas pela tecnologia existente, ou mesmo se tenta impedir, com a ameaça de responsabilização, o progresso de novas tecnologias que potencialmente infringem a tutela autoral.

3. Os desafios da filtragem de conteúdo em ambientes colaborativos:

O mesmo efeito de bloqueio do progresso tecnológico, anali-

19 "<http://www.guardian.co.uk/technology/2009/feb/17/pirate-bay-internet>", acessado em 15.12.2010.

20 Ignacio Garrote Fernández-Diez. *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Granada: Comares, 2005, p. 316.

sado no item anterior, pode ser alcançado através das ações indenizatórias que cumulam, com o pedido de pagamento de certa indenização, a proibição de que certo conteúdo seja exibido pelo *website*. Esses casos são especialmente relevantes no cenário atual de desenvolvimento da rede mundial de computadores, pautada pelo crescimento dos websites cujo conteúdo é construído colaborativamente, isto é, através da inserção de materiais realizada diretamente por seus usuários.

Nesses casos, o conteúdo exibido pelo *website* não é gerado por uma central de edição própria, mas sim pelos seus próprios usuários, que disponibilizam fotos, vídeos ou inserem arquivos musicais. Essas obras intelectuais exibidas nos *websites* podem ser de autoria e/ou titularidade do usuário, casos nos quais caberá ao mesmo se adequar aos eventuais termos de licenciamento de conteúdos daquele *websites*.

Todavia, quando as fotos, vídeos e músicas forem de autoria alheia ou a titularidade de direitos autorais seja de terceiros — e a sua utilização não se enquadre nas hipóteses de limitações à tutela autoral — a devida autorização deve ser buscada. Nos casos em que não existe autorização para a exibição ou demais usos da obra, poderiam as empresas ou as pessoas que exploram os *websites* colaborativos, aqui denominados conjuntamente de “provedores”, serem processados pelo uso indevido, além dos próprios usuários que diretamente causaram o ilícito.

Nessas ações judiciais, é comum o autor, além da indenização pelos eventuais danos causados, solicitar ao juiz que determine a proibição de nova utilização do material protegido por direito autoral. Essa proibição, imposta ao provedor que explora o *website*, usualmente determina que uma multa será aplicada a cada nova violação do direito autoral, isto é, a cada nova exibição da foto, vídeo, ou música objeto da ação judicial.

O problema com essas determinações judiciais reside no mecanismo de filtragem de que os provedores deverão dispor para im-

pedir que obra protegida por direito autoral seja exibida por seus usuários. Essa filtragem pode ser questionada em termos de eficácia e pelos efeitos negativos que a mesma pode causar para o desenvolvimento tecnológico e para a inovação, tal qual analisado nos casos norte-americanos, além de possuir outras derivações prejudiciais como ser ineficaz, atingir outros conteúdos que não o objeto da ação judicial e interferir na chamada “neutralidade da rede”.

De início, faz-se necessário tecer algumas críticas à escolha da filtragem do conteúdo veiculado por um *website* como forma de tutelar os direitos autorais. Diversas são as ações judiciais que têm buscado a retirada de conteúdo de um *website* quando ele viola direito da eventual vítima, não consistindo esse expediente apenas em problema derivado do uso não autorizado de obras protegidas pela tutela autoral. Aliás, a maior parte dos casos apreciados pela jurisprudência brasileira diz respeito não aos direitos autorais, mas sim a supostas violações do direito à imagem e à privacidade, em seu confronto com a liberdade de expressão e informação. De qualquer forma, como o número de ações indenizatórias por infração aos direitos autorais em *websites* colaborativos tem aumentado, e elas podem proporcionar o efeito de bloqueio ao progresso tecnológico aqui caracterizado como prática abusiva, cumpre analisar o recurso da filtragem nessas hipóteses.

Uma dificuldade preliminar com a filtragem reside na determinação de quais seriam os critérios utilizados para a inserção de tal mecanismo para a seleção do que poderia e do que não poderia ser exibido em determinado *website*. Essa é a primeira questão que pode ser levantada sobre a opção pelo bloqueio de conteúdo na Internet. A maior parte das decisões judiciais que determina a retirada de algum material de *website* apenas exige que o réu cumpra a decisão judicial, não especificando quais seriam os termos utilizados para o estabelecimento do filtro, quais expressões seriam proibidas, etc.

A consequência da indeterminação sobre os métodos a serem adotados para que se operacionalize a filtragem é a tomada de deci-

são sobre como implementá-la justamente pelo réu. Curioso é perceber que, nesse ponto, a indefinição apresentada pelas decisões judiciais pode atuar tanto a favor como em detrimento do mesmo réu, pois se de um lado ele é livre para decidir como filtrar o conteúdo protegido por direito autoral, por outro — e esse efeito prejudicial parece ser mais grave — ele poderá ser novamente questionado se a filtragem adotada falhar e o vídeo, foto ou música voltar a ser exibido no *website*. Nesse segundo momento, é provável que a sanção que se busque aplicar seja até mais severa, pois se estaria tratando de uma hipótese de descumprimento de decisão judicial. O que parece não estar claro na jurisprudência nacional é que, muitas vezes, o pretenso descumprimento judicial deriva justamente da dificuldade técnica em se excluir certo conteúdo, especialmente de *websites* colaborativos, problema esse agravado pelo silêncio da própria decisão sobre como a filtragem deveria ser realizada.

Caso a decisão judicial indicasse os parâmetros de filtragem, o réu não apenas teria uma orientação sobre como proceder para atender à ordem judicial, mas também contaria com um instrumento para evitar novas condenações caso o conteúdo impugnado voltasse a ser exibido no *website*, mas através de parâmetros que estariam fora das recomendações feitas pelo tribunal. Na dúvida, e no atual estado da técnica, a retirada de URLs²¹ (*Uniform Resource Locator*) específicas parece ser mais adequada do que a implementação de métodos de filtragem inapropriados.

É claro que o réu deve sempre adotar a postura de colaborar com a eliminação do dano e a sugestão aqui feita não pode se tornar uma saída fácil — ou mesmo abusiva — para que provedores se isentem de agir quando assim determinado pelo Poder Judiciário. Todavia, ao deixar o réu decidir como filtrar o conteúdo, termina-se por impor um ônus excessivo sobre a empresa ou sobre a pessoa que

21 Em definição simplificada, a URL seria o comumente chamado “endereço” da página eletrônico, como, por exemplo: “<http://pt.wikipedia.org/wiki/URL>” .

explora o *website* uma vez que ela deverá tomar decisões complexas sobre a exibição de conteúdo *online*, aplicando um mecanismo controvertido como a filtragem, correndo ainda o risco de ser novamente questionada em juízo caso as suas decisões tomadas para eliminar o dano venham a se mostrar insuficientes. Esse é justamente o cenário de desestímulo à inovação que pode ser explorado por práticas abusivas efetuadas através de ações indenizatórias.

Pode-se indicar que a indefinição sobre os critérios de filtragem é um problema preliminar na análise desse mecanismo como gerador de efeitos negativos para o desenvolvimento tecnológico. Existem pelo menos três outras considerações que podem ser feitas sobre o manejo da filtragem que, em última instância, contribuem para perceber a relevância das ações indenizatórias no quadro das condutas abusivas do direito autoral. Sendo assim, pode-se afirmar que a filtragem de conteúdos *online* é (i) ineficaz; (ii) extrapola os limites específicos para os quais foi requerida; e (iii) afeta a chamada “neutralidade da rede”²².

Diz-se que a *filtragem é ineficaz* pois, no estado atual do desenvolvimento tecnológico, não há como garantir, com perfeição, que determinado conteúdo seja exibido em *websites* de natureza colaborativa. Isso se dá porque os meios para burlar a proibição imposta pela filtragem são simples e estão em constante atualização, tornando o bloqueio de determinado conteúdo uma verdadeira perseguição aos novos modelos de burla das regras de controle.

No caso dos *websites* colaborativos em que a filtragem é determinada judicialmente — sem a indicação de qualquer metodologia — caberá à empresa ou à pessoa que explora o website criar condições para evitar que a foto, o vídeo ou a música objeto da ação judicial não

22 Esses três efeitos negativos da filtragem já foram explorados, sob outra perspectiva, em Carlos Affonso Pereira de Souza, Pedro de Paranaguá Moniz e Sérgio Branco Vieira Júnior. “Neutralidade da rede, filtragem de conteúdo e interesse público: reflexões sobre o bloqueio do site Youtube no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo* nº 246 (set-dez/07), pp. 67 e ss.

seja novamente inserida por seus usuários. Por mais que a proibição possa até mesmo constar das regras de utilização do *website*, como em termos e condições de uso, essas determinações mostram como não raramente o código, isto é, a tecnologia, pode afetar os efeitos da regulamentação jurídica²³.

Quando as filtragens ocorrem no conteúdo disponibilizado pelo *website*, caberá a quem o explora impor as proibições sobre os seus usuários. Todavia, e demonstrando a ineficácia do mecanismo de filtragem, quando a mesma tem por alvo o *website* por inteiro, como, por exemplo, quando o *website* You Tube foi proibido de ser veiculado no território nacional, existem meios pelos quais os usuários poderão ainda acessá-lo utilizando um servidor *proxy*²⁴, ultrapassando assim as regras de filtragem.

Naturalmente, e essa ressalva vale para demonstrar os efeitos de uma ação indenizatória que vise tirar do ar conteúdo de uns poucos *websites*, é importante destacar que a proibição de que certos

23 Vide, por todos, Lawrence Lessig. *Code and other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999. A tese de Lessig é assim sintetizada por Pedro Mizukami: “Lessig demonstra que é perfeitamente possível restringir as possibilidades de conduta na Internet por meio de *regulação indireta*, pelo direito, e a partir da *regulação direta*, pela arquitetura da rede. Dito de outra forma: se por um lado a arquitetura da Internet permite uma série de condutas que acabam por colocar em xeque a soberania dos estados e a execução das sanções que sustentam o direito estatal, por outro, a própria arquitetura da Internet não é imune a regulação e é, ela mesma, uma modalidade de regulação. É plenamente possível para o direito, por meio de regulação direta da arquitetura da Internet, exercer influência indireta no comportamento dos usuários da rede. Modificando-se a arquitetura da Internet, é possível limitar ou ampliar o leque de condutas disponível aos seus usuários. Não é, em outras palavras, porque a estrutura atual da Internet permite uma série de comportamentos desestabilizadores da autoridade estatal, que esses comportamentos continuarão a ocorrer. Tudo depende de *como* a estrutura da Internet será regulada, no que surge o justificado temor de Lessig de que a contra-reação regulatória, por código ou direito, seja prejudicial tanto aos processos de produção e distribuição cultural, quanto a uma série de direitos fundamentais (como, por exemplo, liberdade de expressão e privacidade).” (MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 (mimeo), pp. 27/28).

24 Cf. “Brasil Telecom censura a internet no Brasil bloqueando acesso ao YouTube”, disponível em “<http://www.softwarelivre.org/news/8219>”, acessado em 15.12.2010.

websites exibam o conteúdo impugnado não impede que outros o façam, perpetuando o dano na rede mundial de computadores. Esse é exatamente o terceiro teste sugerido por Lawrence Lessig no parecer proferido no caso Napster: qual seria a eficácia de uma ação indenizatória que visasse à suspensão das atividades de uma rede de troca de arquivos enquanto a mesma não implementasse um mecanismo de filtragem perfeito? A resposta é a migração de seus usuários para outros *websites*, nos quais o eventual dano prosseguirá.

Nesse ponto, a ausência de um centro de controle da rede mundial de computadores é uma característica que impede a adoção de uma filtragem que englobe todas as formas de exibição de conteúdo na Internet, dificultando que o mecanismo da responsabilidade civil possa desempenhar a sua função compensatória. Essa descentralização, vale ressaltar, até agora garantiu um pluralismo cultural e uma liberdade de expressão poucas vezes experimentada nos meios de comunicação.

Como ressaltado por Tim Bernes-Lee, tido como um dos “pais” da Internet, ao detalhar as perspectivas que poderiam ser adotadas para a construção de sua arquitetura:

Entre inspirações por desejos de natureza mercadológica e ideais humanísticos, percebemos que a adoção da perspectiva do controle era uma opção errada. Eu deixei claro que havia desenhado a rede para que não houvesse um centro no qual as pessoas deveriam registrar um novo servidor ou obter aprovação para inserção de novo conteúdo. Qualquer um poderia construir um novo servidor ou inserir um novo conteúdo. Filosoficamente falando, se a Internet deveria ser um bem universal, ela deveria crescer de forma ilimitada. Tecnicamente falando, se houvesse um ponto de controle, ele rapidamente se tornaria um gargalo para o crescimento da Internet e ela jamais ganharia a escala desejada. A sua falta de controle era o que importava²⁵.

25 Tim Bernes-Lee. *Weaving the Web: The original design and ultimate destiny of the World*

Por isso, pode-se concluir que ações indenizatórias que sejam decididas em favor da filtragem de conteúdo geralmente propiciam para os seus autores a adoção de uma solução claramente ineficaz, contribuindo ainda para gerar impactos negativos sobre o estímulo à inovação na Internet e o desenvolvimento tecnológico.

Esses efeitos se tornam mais claros quando se percebe que *a filtragem extrapola os limites específicos para os quais foi ordenada*, pois não raramente se verifica que o mecanismo de filtragem, quando implementado de acordo com a decisão judicial, termina por restringir o acesso a outros conteúdos que não exatamente aqueles cuja exibição se procurava proibir²⁶.

Essa segunda característica da filtragem se relaciona diretamente com a questão preliminar sobre os critérios, ou a metodologia, adotada para se proibir a exibição de conteúdo. Inserir o nome da foto, do filme ou da música como termos proibidos na chave de busca ou na base de dados do website é um recurso simples e, poder-se-ia imaginar, ser essa atitude que melhor atende à ordem judicial.

Todavia, é importante se indagar sobre quantos outros materiais, lícitamente inseridos no *website* colaborativo poderão ter a sua exibição evitada pelos mesmos termos ou expressões vetados pela inserção do mecanismo de filtragem. Obras com títulos idênticos ou semelhantes parecem ser a primeira evidência de que o mecanismo de filtragem precisa passar por um aperfeiçoamento constante para

Wide Web by its inventor. HarperCollins: Nova Iorque, 1999, p. 99. No mesmo sentido, enfatizando que a finalidade da Internet é criar um canal de difusão de informação cada vez amplo, sem qualquer escrutínio sobre a qualidade do que é transmitido por esse meio, vide Giuseppe Rossi. “*Il cyberlaw tra metafore e regole*”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, nº 06 (nov-dez/2002), p. 798.

²⁶ Tornou-se célebre na Internet o bloqueio de *websites* que relatavam a exploração espacial do planeta Marte por um carro-robô da NASA (National Aeronautics and Space Administration), pois a maior parte dos filtros inseridos em computadores domésticos para controlar a navegação de crianças impedia o acesso a *websites* que contivessem a palavra “sexo”. Em inglês, juntando-se as palavras “Mars” (Marte) e “Exploration” (Exploração), o resultado é a palavra “sex”, justamente bloqueada pelos sistemas de filtragem (“<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D00E2D8163BF937A25756C0A9669C8B63>”, acessado em 15.12.2010).

seja minimamente segura a sua adoção sem que terceiros, que nada têm a ver com a ação indenizatória, venham a sofrer os seus efeitos.

Curiosamente, e reforçando a posição pouco confortável dos provedores de conteúdo na Internet, caso a foto, filme ou música de terceiro que ali foi exibida termine por ser eliminada pelo filtro em casos como o acima descrito, poderia essa pessoa prejudicada tomar as medidas (mesmo judiciais) para que a sua obra autoral voltasse a ser exibida. Por mais que os provedores possam evitar situações como essas fazendo constar de seus termos e condições de uso que as obras exibidas poderão ter a sua disponibilização afetada por ações judiciais, essa possibilidade de se gerarem novos problemas com a filtragem não pode ser descartada.

Nesse cenário hipotético, parte-se de uma situação inicial na qual existe apenas uma vítima (o autor ou o titular dos direitos autorais), para um segundo momento no qual já existe uma outra vítima, essa agora gerada pela solução que se procurou adotar para sanar o dano causado à primeira, ou seja, a adoção de filtragem no *website*.

Esse cenário reduz consideravelmente o grau de inovação na Internet, pois novos provedores poderão optar por simplesmente não experimentar novos modelos de negócio com receio de que venham a ser responsabilizados por atos de seus usuários. No caso das infrações ao direito autoral, a responsabilização das empresas que operam redes *peer-to-peer*, em última escala, poderia levar ao desestímulo ao desenvolvimento da tecnologia que, claramente, não se destina apenas à produção de atos ilícitos, na esteira do precedente reconhecido no caso Betamax.

Sobre os problemas enfrentados pela filtragem de conteúdo *online*, Sofia de Vasconcelos Casimiro ressalta que essas tecnologias “apresentam, contudo, alguns problemas que parecem incontornáveis e que se relacionam com o facto de que, por um lado, bloquearem mais conteúdo do que os pretendidos, podendo assim redundar numa dissimulada censura”²⁷.

27 Sofia de Vasconcelos Casimiro. *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 39.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de apreciar caso no qual a empresa Anima Produções Audiovisuais Ltda., detentora dos direitos autorais do filme “Pelé Eterno”, que retrata a vida e a carreira do jogador de futebol, ingressou com ação judicial para a retirada de trechos do filme do *website* de vídeos You Tube, dentre outros pedidos. No *website*, segundo consta dos autos, mais de cem cliques teriam sido criados por usuários inserindo novas imagens, comentários e trilhas sonoras. Tratava-se de uso indevido da obra autoral²⁸. Da decisão do Agravo de Instrumento, vale destacar as seguintes passagens:

3. Independentemente do direito da autora auferir eventuais proventos pecuniários decorrentes de sua utilização, insistindo ela na suspensão da exibição da obra, por falta de autorização ou cessão de direitos, estando ocorrendo ofensa pela reprodução não autorizada, aproveitando-se as requeridas das imagens de outrem, ainda que incorporados elementos outros, mas que compõem a unidade artística da criação da produtora, sua autora única, impõe-se o acolhimento do recurso, ante a presença dos requisitos mencionados no artigo 273, do Código de Processo Civil, demonstrada a verossimilhança entre a alegação e a prova apresentada, bem assim vislumbrando-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

(...)

5. Ante o exposto, concede-se a antecipação da tutela, para que as requeridas retirem dos seus “web sites”, de forma a impedir a exibição, os trechos da obra, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, com a ressalva de que não incidirá a pena pecuniária na hipótese de compartilhamento de vídeos que estejam circulando pela rede, cujo bloqueio seja tecnicamente impossível, ficando excluída a responsabilidade pela eventual disseminação através de “links” alternativos em “sites” ou portais diferentes, ou, mesmo, pela recolocação do vídeo, (hospedagem), nos próprios sites das requeridas, por terceiros usuários, tudo sem prejuízo da indenização por perdas e danos, na qualidade de criadoras e mantenedoras dos serviços, no caso de procedência da ação.

28 TJSP, Agravo de Instrumento nº 497 958 4/7-00; rel. Des. Testa Marchi; j. em 13.03.2007.

A decisão assinala com nitidez as dificuldades do mecanismo de filtragem e, principalmente, adota postura de cautela na imposição de responsabilidades pelos vídeos que podem ser encontrados na Internet²⁹ que sejam acessados através de *links* alternativos³⁰, ou cujo bloqueio seja mesmo impossível.

Finalmente, e reforçando os efeitos negativos da adoção de filtragem como resultado de ações judiciais, cumpre destacar que ela *afeta a chamada neutralidade da rede*.

Em caso envolvendo a modelo brasileira Daniela Cicarelli, que foi filmada em cenas de sexo numa praia, e tendo o vídeo sido exibido amplamente na Internet, pode-se observar mais um problema que atinge a filtragem. Para além da determinação da retirada do vídeo impugnado do *website* YouTube, dentre outros, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que acolheu o pedido da autora, determinou que, em não sendo possível impedir a exibição do mencionado vídeo, o acesso aos *websites* alvos da ação deveria ser cancelado em território nacional³¹.

Essa decisão atingiu milhões de usuários da Internet brasileira ao determinar que o acesso integral ao referido *website* fosse blo-

29 Como a ação foi ingressada contra a empresa Google Brasil Internet Ltda, o pedido incluía, além da remoção de trechos do filme do *website* "You Tube", a sua eliminação também do *website* "Google Videos", ambos operados pela ré.

30 Parece estar assentado na doutrina nacional e internacional que a pessoa que faz um *link* para determinada página não pode ser responsável pelo conteúdo que lá se encontra. Esse entendimento está baseado principalmente no fato de que o conteúdo da página direcionada pode ser alterado, sem que isso seja percebido pelo autor do *link*. A dinâmica de responsabilização por uma simples conduta como essa geraria não apenas um desestímulo para que fossem realizadas as conexões entre as páginas eletrônicas, que constitui uma das principais características da *world wide web*, como também exigiria um monitoramento não compatível com boa parte das atividades desempenhadas *online*. Nesse sentido, vide Flip Petillion e Sophie Huart. "La responsabilité des intermediaries dans la violation des droits dauteurs", in *Droits Intellectuels: à la recontre dune stratégie pour lentreprise*. Bruxelas: Bruylant, 2002, pp. 577/579.

31 Cf. "Leia a íntegra da medida que manda desbloquear o YouTube no Brasil", disponível em "http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/01/09/idgnoticia.2007-01-09.7954769479/IDGNoticia_view", acessada em 15.12.2010.

queado. Por mais que nova decisão, publicada dias depois, tenha esclarecido que não havia sido essa a determinação judicial, duas empresas que operam os *backbones* da rede brasileira atenderam ao que parecia, pelo que constava de seus próprios termos, ser o objeto da ordem judicial.

O bloqueio de um website inteiro por conta da exibição de um vídeo que pretensamente lesionava, no caso, o direito à imagem e à privacidade de duas pessoas, demonstra como a adoção da filtragem é uma solução negativa para o exercício de uma série de direitos fundamentais, além de infrutífera para os interesses dos autores, pelas razões já comentadas. Conforme já se teve a oportunidade de ressaltar:

Com uma medida de tais proporções, o Brasil ingressou de forma inusitada no rol de países que bloqueiam *a priori* o conteúdo da rede mundial de computadores disponível para usuários que acessam através de seus territórios. Esse tipo de medida fere frontalmente um dos fundamentos principais do sucesso e expansão da Internet como hoje conhecida: a sua neutralidade, ou, em outras palavras, a não interferência prévia e discricionária no conteúdo que pode ou não ser exibido³².

A retirada do acesso a um *website* como um todo constitui uma espécie de filtragem prévia, que avança sobre direitos fundamentais de comunicação através da rede mundial de computadores de forma nítida. Nos casos aqui retratados, certo conteúdo — e só ele — é o objeto da proibição, adotando-se o mecanismo (falho, como visto) da filtragem. Uma decisão como aquela adotada pelo TJSP é claramente mais grave e demonstra como uma ação indenizatória pode causar danos que extravasam em muito os limites da lide.

32 Carlos Affonso Pereira de Souza, Pedro de Paranaguá Moniz e Sérgio Branco Vieira Júnior. "Neutralidade da rede, filtragem de conteúdo e interesse público: reflexões sobre o bloqueio do site Youtube no Brasil", in *Revista de Direito Administrativo* nº 246 (set-dez/07), p. 71.

Embora o caso em foco não tivesse como objeto uma questão de direito autoral, a repetição de decisão como essa, enfocando a utilização não autorizada de obra intelectual, é o principal receio e talvez a demonstração mais nítida sobre o equívoco de se adotar a responsabilidade civil como recurso natural para a preservação de direitos autorais na Internet. A dificuldade de se conciliar a proteção de direitos, como os de autor, e a liberdade natural da rede mundial de computadores demonstra assim como o uso de ações indenizatórias com a adoção do mecanismo de filtragem espá longe de desempenhar de forma satisfatória um equilíbrio entre o atendimento das funções da responsabilidade civil e a preservação de direitos fundamentais na rede mundial de computadores³³.

Na prática das ações indenizatórias propostas no Brasil, percebe-se que geralmente o titular do direito ofendido processa o provedor de serviços que hospeda a obra intelectual inserida por seu usuário. É ele que, no ambiente da Internet, hospeda e exhibe o conteúdo, sendo certo que a opção por ingressar contra eventual ação indenizatória contra o provedor é pautada também por questões econômicas (pois, na maior parte das vezes, o provedor possui maiores condições financeiras de arcar com a indenização do que o seu usuário)³⁴.

Dessa forma, o provedor de serviços que opere *website* de conteúdo colaborativo convive com a constante ameaça de novas ações judiciais. Como medida para se evitarem novas ações pode-se presumir que uma prática de monitoramento constante no conteúdo inserido no *website* por seus usuários seja uma das atividades desempenhadas com afinco pelo provedor.

33 Apenas como curiosidade, vale notar que no mesmo dia 09 de janeiro de 2007, data em que o TJ/SP esclareceu que não exigiu o bloqueio do YouTube inteiro, senadores norte-americanos trouxeram de volta à pauta a discussão sobre a neutralidade da web, por meio do *Internet Freedom Preservation Act* Cf. Gross, Grant: "Senadores dos EUA recolocam projeto sobre neutralidade na web em pauta", disponível em "http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/01/10/idgnoticia.2007-01-10.8286737443/IDGNoticia_view", acessado em 15.12.2010.

34 Outro fator que impulsiona as medidas judiciais contra os provedores é o fato de possuírem eles endereço físico fixo, o que facilita a sua identificação e citação para fins processuais.

Essa percepção, todavia, esbarra em dois óbices relevantes. Inicialmente, o monitoramento perfeito de um *website* de conteúdo colaborativo demandaria a hipotética contratação de numerosa equipe para analisar, dependendo do tamanho do *website*, toda a extensão de materiais hospedados. A inserção de mecanismos de filtragem automatizados, como visto, apresenta uma série de imperfeições que apenas a observação humana pode suprir, ainda que mesmo a supervisão humana possa, evidentemente, falhar em seu juízo sobre a licitude da obra inserida no *website*.

Contudo, a contratação de equipe numerosa e especializada para a leitura e a remoção prévia do conteúdo do *website* não é medida suficiente para aplacar o risco de eventuais ações judiciais. Isso se deve ao fato de que os critérios de avaliação de um conteúdo como lesivo ao direito autoral também não são claros, vide a polêmica sobre no que consiste a expressão “pequenos trechos”, do artigo 46, II, da LDA. Na ausência de um critério uniforme, certamente o provedor optará pela retirada em detrimento da manutenção de conteúdo polêmico. Essa decisão não apenas empobrece o universo de conteúdo relacionado ao seu *website* como, em escala, termina por impor uma espécie de censura prévia que discrimina o que pode e o que não pode ser exibido na rede mundial de computadores.

Ao destacar a inusitada situação em que se encontra o provedor, como intermediário entre o seu usuário e o público em geral, do qual poderá surgir uma eventual vítima, assim resume Ronaldo Lemos:

O que chama a atenção quanto à responsabilidade do intermediário no Brasil, é que, diferentemente de outros países, não foi estabelecido nenhum critério legal para isenção ou atribuição de responsabilidade ao intermediário, mediante o recebimento de notificação. Dessa forma, o provedor de acesso à Internet por temor e incerteza quanto ao resultado de uma eventual decisão judicial, fica propenso a efetivamente retirar o conteúdo, sem qualquer verificação de sua legitimidade, não tendo, ao contrário, nenhum incentivo para fazer de modo diferente. Note-se que não há qualquer regime de previsão de ‘porto

seguro' no país que especificamente isentem o provedor de responsabilidade, caso ele cumpra determinados requisitos³⁵.

O futuro da inovação na Internet brasileira parece estar ameaçado pela adoção pouco criteriosa das técnicas de filtragem e o recurso massificado a ações de natureza indenizatória. Esse cenário não favorece a criação de novos modelos de negócio, nem mesmo incentiva a pesquisa em linhas de estudo que possam desenvolver tecnologias que, mesmo de forma remota ou indiretamente, possam vir a causar danos a terceiros. O equilíbrio entre a preservação legítima dos direitos intelectuais e a liberdade para a condução de atividades que se valem da tecnologia para incrementar a experiência única proporcionada pela Internet se perdeu.

O uso abusivo de ações indenizatórias, seja para confundir os usos ilícitos com o desenvolvimento da tecnologia, seja para impor a adoção de filtragem sobre determinado *website*, tornam-se condutas abusivas quando privilegiam, de forma desproporcional, o exercício da exclusividade conferida pela lei sobre a liberdade que deve existir na pesquisa de novos rumos na investigação científica e de novas práticas no cotidiano das relações travadas na Internet³⁶.

O prejuízo causado à inovação na Internet nacional passa necessariamente pela constatação da mencionada redução proposital de conteúdo dos provedores que, com receio, optaram por não inovar. Como lembra Ronaldo Lemos, “uma grande parte do conteúdo da rede, ainda que legítimo, deixa de ter qualquer proteção jurídica, ficando sujeita a atividades de entidades de classe e advogados em

35 Ronaldo Lemos. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 200, p. 125.

36 Para uma reflexão sobre como o direito autoral deve ser uma restrição proporcional ao acesso ao conhecimento e à informação, vide Nicolas Bronzo. *Propriété Intellectuelle et Droits Fondamentaux*. Paris: LHarmattan, 2007, pp. 103/118. Abordando especificamente os conflitos envolvendo a tutela autoral e o direito à educação, vide Sergio Vieira Branco Júnior. “A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação”, in *SUR — Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 4, nº 06, pp. 121/141.

nome de interesses específicos que, com ameaça aos intermediários, conseguem retirar, sem que haja maior escrutínio, conteúdo eventualmente legítimo da rede”³⁷.

4. Conclusão:

Por todo o exposto, percebe-se como as ações indenizatórias que visam impor responsabilidades sobre provedores ou desenvolvedores de novos programas podem, quando exercidas de forma abusiva, representar um impacto negativo para o progresso tecnológico e para o grau de inovação na pesquisa sobre usos da tecnologia e a criação de novos modelos de negócio.

Trata-se de exercício dos direitos autorais fora de suas funções, privilegiando os interesses individuais e patrimoniais em detrimento das demandas públicas por acesso ao conhecimento e à informação legitimadas pela função social. Quantas novas formas de conhecer, pesquisar e desenvolver a troca intelectual não teriam sido obstaculizadas por decisões judiciais, ou pelo receio de eventual responsabilização, é um número impossível de ser identificado.

Todavia, a construção de uma análise funcional do direito autoral, com a sua instrumentalização efetivada pelo abuso do direito, pode reequilibrar esse cenário e impedir que ações indenizatórias continuem a ser a campanha de um alarme para indicar não apenas a realização de atos ilícitos em série, mas também a utilização do mecanismo da responsabilidade civil para finalidades que vão muito além da reparação de uma suposta vítima. Esse viés de análise é fundamental para que se atinja um melhor equilíbrio entre a proteção autoral e o desenvolvimento tecnológico.

37 Ronaldo Lemos. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 125.