

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL
TESE DE LÁUREA

**O “FAIR USE” E SUA (IN)APLICABILIDADE FRENTE AO REGIME BRASILEIRO
DE LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR**

DENIS CESAR DA SILVA

N.º USP 5414373

SÃO PAULO

2021

DENIS CESAR DA SILVA

N.º USP 5414373

**O “FAIR USE” E SUA (IN)APLICABILIDADE FRENTE AO REGIME BRASILEIRO
DE LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR**

Tese de Láurea apresentada como requisito para a
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor: Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Candidato: Denis Cesar da Silva

N. USP: 5414373

*A meu amado pai, e àquele seu livro de Isaac Asimov,
que à palavra me guiaram.
Louvados sejam.*

*À minha mãe,
Cujo amor é serviço, temperança e humildade.
Que Deus a abençoe.*

*“We can forgive a man for making a useful thing
as long as he does not admire it.
The only excuse for making a useless thing is
that one admires it intensely.*

All art is quite useless.”

[“Podemos perdoar um homem por produzir algo útil
desde que ele não o admire.
O único pretexto para produzir algo inútil é
que se o admire intensamente.

Toda arte é deveras inútil.]

(Oscar Wilde, do prefácio de *O retrato de Dorian Gray*)

RESUMO

Este estudo dedica-se o *fair use*, cláusula geral do sistema americano de proteção ao direito de autor (*copyright*) que constitui o principal e mais frequente meio de defesa daqueles a quem tenha sido imputada violação dos direitos patrimoniais autorais e que diz respeito à possibilidade de uso de obra protegida sem a necessidade de autorização prévia por parte do autor quando forem observadas determinadas condições. Num primeiro momento, o instituto será estudado sob a ótica do sistema jurídico no âmbito do qual se desenvolveu, com enfoque em sua evolução histórica e sua consolidação por meio da jurisprudência dos tribunais federais e da Suprema Corte Americana e, posteriormente, de sua positivação estatutária. Em seguida, este trabalho passa a analisar o sistema brasileiro de limitações de direito de autor, buscando traçar inter-relações com o *fair use* por meio de diálogos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o debate doutrinário nacional a respeito do tema.

Palavras-chave: *fair use*, *copyright*, Lei Brasileira de Direitos Autorais, limitações ao direito de autor.

ABSTRACT

This study is dedicated to fair use, a general clause belonging to the American copyright system which constitutes the main and the most frequent means of defense of those who have been charged with copyright claims and which refers to the possibility of using a protected work without any previous authorization from the author, whenever some conditions are reached. In the first part of the work, this legal institution will be studied within the context of the legal system in which it developed itself, focusing on its historical evolution and its consolidation throughout various precedents of Federal Courts and the Supreme Court of the United States, and later, in its statutory form. The second part of the study will analyze the Brazilian system of limitations to copyright, attempting to relate it to fair use through the precedents of the Superior Tribunal de Justiça (STJ) and the Brazilian doctrine on the subject.

Keywords: fair use, copyright, Brazilian Copyright Law, limitations to copyright

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, agradeço antes de tudo a meus pais, Vicente Soares da Silva (*in memoriam*) e Maria Aparecida Cesar da Silva, e meu irmão Roger Cesar Soares da Silva, cujo apoio incondicional durante esses últimos cinco anos foi o que me permitiu aportar são e salvo em águas mais tranquilas.

Ao professor Otávio Luiz Rodrigues Junior, cuja dedicação e amor ao ensino semearam meu desejo de trilhar as belas sendas do direito civil.

A Abraham Lincoln Dorea Silva e William Galle Dietrich, por todos os comentários e conselhos durante a consecução deste trabalho.

A Beatriz Areias, a melhor amiga que as Arcadas e o Vila Rosa poderiam me ter trazido e que para sempre levarei comigo.

Aos amigos do USPeão, André, Antonio, Bruno, Jonathan Mauro, Ronaldo e Wilson, por todos os momentos de companheirismo em meio a essa árdua, porém tão bela viagem.

A todos os estagiários, funcionários e advogados do Huck Otranto Camargo com quem tive o privilégio de trabalhar ao longo dos últimos quase dois anos.

A todos os meus amigos, novos e velhos, ao lado de quem é dever que a vida seja sempre celebrada e cantada.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CUB – Convenção da União de Berna

ECAD – Escritório Central de Arrecadação

LDA – Lei n.º 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais)

MCI – Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)

OMC – Organização Mundial do Comércio

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal da Justiça

TRIPS – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
AGRADECIMENTOS	7
SIGLAS E ABREVIATURAS	8
SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	10
1. Objeto de estudo.....	10
2. Considerações iniciais e justificativa	10
3. Estrutura do presente trabalho.....	15
PARTE 1 – O FAIR USE COMO CLÁUSULA GERAL DE LIMITAÇÃO AO COPYRIGHT NO DIREITO AMERICANO	17
1.1. Breve contextualização a respeito do <i>copyright</i>	17
1.2. Origens históricas	21
1.3. O caso <i>Folsom v. Marsh</i> , 1841.....	22
1.4. Positivção do <i>fair use</i>	24
a) Da finalidade do uso da obra protegida.....	25
b) Da natureza da obra protegida por <i>copyright</i>	26
c) Da quantidade e da substancialidade da parcela da obra usada em relação ao todo da obra.....	27
d) Do efeito da cópia sobre o mercado potencial da obra	28
1.5. Definição de <i>fair use</i>	29
1.6. O <i>fair use</i> em casos paradigmáticos das cortes americanas	30
1.6.1. <i>Sony Corp. of America v. Universal City Studios</i> , 1984 (<i>Caso Betamax</i>).....	30
1.6.2. <i>Luther R. Campbell, aka Skyywalker, et al. v. Acuff-Rose Music, Inc.</i> , 1994.....	32
1.6.3. <i>Oracle America, Inc. v. Google LLC</i> , 2021	34
1.7. <i>Fair use</i> , Convenção de Berna e a regra dos três passos (<i>three-step rule</i>)	38
PARTE 2 – O FAIR USE E O SISTEMA BRASILEIRO DE LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR	42
2.1. Considerações iniciais	42
2.2. A posição do STJ.....	48
2.2.1. <i>Questões metodológicas</i>	48
2.2.2. <i>Recurso Especial n.º 983.357/RJ</i>	49
2.2.3. <i>Recurso Especial n.º 1.217.567/SP</i>	52
2.2.4. <i>Recurso Especial n.º 1.512.647/MG</i>	55
2.2.5. <i>Síntese conclusiva</i>	59
2.3. A posição da doutrina.....	61
2.3.1. <i>Argumentos favoráveis</i>	61
2.3.2. <i>Argumentos desfavoráveis</i>	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

1. Objeto de estudo

A presente pesquisa tem como objeto o seguinte problema: É compatível com o regime brasileiro de proteção ao Direito de Autor o instituto americano de limitação do *copyright* denominado *fair use*?

2. Considerações iniciais e justificativa

A preocupação em delimitar as hipóteses em que não incide a proteção ao direito de autor foi desde suas origens invariavelmente relegada a um segundo plano em detrimento da tutela dos interesses dos titulares de direitos¹.

Em cada salto tecnológico e cultural, as civilizações ocidentais louvaram a si mesmas e aos indivíduos considerados responsáveis por promover tais avanços. No campo dos direitos autorais, o entusiasmo pelo intelecto humano e pela possibilidade de se auferir vantagens econômicas através dele levou à constante revisão dos paradigmas jurídicos, com o fim de privilegiar o incremento da proteção autoral.

A importância que se conferiu a esse conjunto de direitos foi tão grande, que foi no âmbito do direito de autor que se deram alguns dos primeiros esforços de internacionalização de institutos jurídicos, já na segunda metade do século XIX. Precisamente em 1886, diversas nações europeias se reuniram na Suíça para entabular uma das convenções internacionais mais antigas em vigor até hoje, a Convenção da União de Berna, a qual o Brasil aderiu em 1922.

Naquele contexto, impulsionados pelo incremento da circulação de bens e pessoas propiciada pelos desenvolvimentos tecnológicos decorrentes da Revolução Industrial – responsáveis por transformar a cultura, o livro e os demais objetos culturais em verdadeiros bens exportáveis –, muitos Estados de economia avançada chegaram à conclusão de que não poderiam se fiar somente em suas legislações internas para garantir a tutela do direito de autor.

¹ SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais. Em: ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro. *Propriedade Intelectual: Direito Autoral*. São Paulo: DireitoFGV/Saraiva, 2014, p. 63.

Esse processo de expansão e internacionalização da tutela do Direito de Autor foi apoiado até mesmo por um *lobby* composto por diversos escritores entre eles, Victor Hugo, autor de romances clássicos como *Os miseráveis* e *Os trabalhadores do mar*, que temiam a redução de sua proteção autoral em virtude da publicação de suas obras em países com menor proteção a seus direitos de exclusividade².

O fato é que muitos dos autores mais prolíficos à época, especialmente ingleses e franceses, como Honoré de Balzac, Alexandre Dumas e Charles Dickens, passaram a ser distribuídos e lidos para além das fronteiras de seus próprios países, redundando em formas de difusão cultural jamais antes observadas na história³. Nesse contexto, os Estados nacionais estavam comprometidos a prestigiar uma noção individualista do direito, evitando, assim, que os autores de obras intelectuais sofressem violações quando suas obras fossem publicadas em países estrangeiros.

Embora a Convenção da União de Berna tenha sido assinada originalmente apenas por pequena fração de nações europeias, sobretudo as aderentes do subjetivismo do *droit d'auteur*⁴, seus aditamentos e revisões posteriores, mormente as duas últimas, elaboradas em Estocolmo, em 1967, em Paris, em 1971, destinaram-se a viabilizar o maior número possível de adesões de novos membros, acomodando, para tanto, as sistemáticas protetivas de diferentes tradições jurídicas, notadamente o *copyright* americano e a proteção coletiva e social da União Soviética⁵.

Além dessa finalidade de promover a adesão de novos membros da União, entre os anos 1960 e 1970, já se sentia um certo descompasso entre o direito de autor e outros direitos fundamentais, especialmente os chamados de segunda e terceira geração, que passaram a ser consagrados nas constituições dos membros da Convenção e de outros países que desejavam nela ingressar. Por essa razão, de maneira inédita, a União ocupou-se não somente dos mecanismos de proteção a direitos, mas também de sua limitação, na medida das necessidades do interesse público e da difusão da cultura e do conhecimento.

² Consoante destaca PIERRE SIRINELLI (Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins. *Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*. Genebra: OMPI, 1999, p. 38), Victor chegou mesmo a fundar, em 1878, a Association Littéraire Artistique Internationale no âmbito da qual defendia a tutela do direito do autor como prática de interesse geral, eis que estaria intimamente relacionada à proteção da propriedade, sacralizada na Revolução Francesa.

³ MORETTI, Franco. *Atlas do romance europeu: 1800-1900*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 134.

⁴ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 110-111.

⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 110-111.

Para tanto, afora as hipóteses de limitação do direito em espécie, introduzidas no art. 10º da Convenção, o legislador convencional criou uma cláusula geral, inserida no art. 9º, e que ficaria conhecida como “regra dos três passos”, que se caracteriza como uma norma destinada a orientar os países no estabelecimento de suas próprias regras internas a respeito da limitação aos direitos de autor. O propósito dessa previsão de caráter genérico era, de um lado, impossibilitar os países de desnaturar a proteção autoral, mediante a proliferação de exceções, e, de outro, harmonizar os variados sistemas jurídicos.

Os esforços empreendidos pela União revelaram-se efetivos para os fins pretendidos. Conforme aduz José Carlos Costa Netto:

“até o início da década de 1970 – *a exemplo da brasileira de 1973* -, muitas leis internas foram sendo editadas, ou modificadas, de forma a se ajustar à orientação internacional. Até os Estados Unidos – *que buscavam difundir mundialmente o seu regime especial de copyright* – acabaram se filiando ao regime de Berna em 1º de março de 1989”⁶.

Ainda que os participantes da União de Berna tenham se comprometido a produzir legislação interna que se enquadrasse aos ditames da norma convencional, a Convenção abria margem para que os legisladores pátrios interpretassem a convenção de acordo com suas próprias tradições jurídicas e suas necessidades fáticas.

Esse arranjo, que terminou por ser institucionalizado no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e da Organização Mundial do Comércio (OMC), parece ter funcionado sem grandes contradições ou problemáticas relevantes, até o advento da internet, que rapidamente se tornou o meio de comunicação privilegiado das relações sociais contemporâneas.

Se por um lado a informatização trouxe consigo o entusiasmo generalizado por suas virtualmente infinitas e ainda não completamente exploradas possibilidades de difusão cultural e científica, o direito de autor passou a enxergar novos riscos de esvaziamento da tutela por ele conferida, dada a facilidade e a rapidez com que um indivíduo

⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 112.

pode, por exemplo, fazer *downloads* de obras protegidas e distribuí-las em violação ao Direito de Autor.⁷

Como se pode notar, é precisa a observação comumente feita pela doutrina autoralista no sentido de que os avanços tecnológicos, com suas especificidades, costumam propiciar a revisão de toda a sistemática do Direito de Autor, incluindo o seu regime de exceções e limitações. Nesse sentido:

“A evolução tecnológica dos meios de comunicação sempre impulsionou a concomitante adaptação – *a cada salto evolutivo* – do regime de proteção de direitos autorais em relação a cada nova modalidade de utilização das obras intelectuais surgidas nesse processo.”⁸

Tal afirmação encontra relevância no presente estado de coisas, em que se observa o processo referido por Carlos Alberto Bittar, de acordo com a terminologia cunhada pelo sociólogo francês Gilles Lipovetsky⁹, como *desmaterialização da vida*. Com a digitalização dos meios de comunicação e dos sistemas de distribuição de informação e conhecimento:

“o Direito de Autor já se vê confrontado com concretos problemas técnicos e de eficácia de seus institutos, mas também será desafiado a se reinventar, diante de novos desafios e perspectivas de atuação regulatória, com a necessidade de se adaptar a novas equações e exigências tecnológicas”¹⁰.

Apesar de sensação geral de anarquia ocasionada pela internet¹¹, a realidade, porém, é que existem legislações internas destinadas a combater violações ao Direito de Autor ali ocorridas. O Brasil, por exemplo, possui a Lei n.º 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais/LDA), que, a despeito da não previsão expressa, é plenamente aplicável ao meio digital. Esse diploma legal foi complementado pela Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da

⁷ OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. A proteção autoral na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 1.013, pp. 63-78, mar. 2020.

⁸ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 321.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 7.ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019, p. 39.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 39.

¹¹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito de Autor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 138.

Internet/MCI), que permitiu a interpretação dos fatos jurídicos digitais, sobretudo no que tange à responsabilidade civil de provedores e usuários.

No entanto, embora o MCI tenha trazido importantes contribuições para a disciplina do Direito de Autor, de outro terminou por escancarar a necessidade de revisão de alguns de seus institutos. Exemplo disso é o art. 4º, incisos II e III, do MCI, que estabelece como objetivos da regulação da internet: o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; a inovação e o fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

Nesse sentido, é possível concluir que o Direito de Autor pode impactar na consecução desses objetivos, na medida em que um modelo demasiadamente protetivo poderia eventualmente conflitar com o acesso à cultura e à informação, além de prejudicar o pleno desenvolvimento de novas tecnologias benéficas ao desenvolvimento pessoal dos usuários da internet¹².

Na qualidade de tributária da Convenção de Berna, a LDA ocupou-se precipuamente em construir uma rede de proteção robusta às obras intelectuais, estabelecendo as permissões para uso sem a necessidade de autorização do titular (limitações ao Direito de Autor) tão somente de maneira secundária e em hipóteses taxativamente arroladas nos oito incisos de seu artigo 46.

Essa opção do legislador pátrio é muito amiúde criticada por parte da doutrina, que a considera insuficiente e obsoleta no mundo contemporâneo para dar conta dos desafios das novas tecnologias e da efetivação de outros direitos fundamentais, como o acesso à cultura, à educação e a liberdade de expressão¹³.

Por essas razões, uma parte do debate atual a respeito do direito de autor tem focado em encontrar soluções jurídicas que venham a ampliar as hipóteses de uso livre e independente de permissão do titular do Direito de Autor. Nesse contexto, ganham corpo no Brasil algumas propostas originadas da experiência norte-americana a respeito do tema, a exemplo do *Creative Commons* e do *copyleft*¹⁴. No presente trabalho, porém, abordaremos um

¹² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Cultura, informação e direitos do autor: um dilema da sociedade cibernética. *Revista de Direito Empresarial*, v. 21, dez./2016, pp. 127-146.

¹³ A esse respeito: VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Op. cit.*; VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 119, pp. 48-60, jul./ago. 2012; NETO, Aristides. Digital Rights Management e fair use. *Revista dos Tribunais*, v. 966, p. 41-71, abr. 2016.

¹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito de Autor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 140.

instituto do direito positivo americano, o *fair use*, que já tem sido invocado, ainda que de maneira esparsa, pela jurisprudência brasileira, incluindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A relevância do tema para nós se justifica, ademais, no fato de que um elevado número de violações ao direito de autor cometidas no meio digital se dá em plataformas de conteúdo com servidores sediados nos Estados Unidos, como as redes sociais Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp, que exercem um importante papel de controle privado de interesses relativos à proteção do direito de autor.

Muitas dessas plataformas lastreiam suas políticas globais de gestão dos interesses autorais no direito americano, recorrendo a dispositivos legais daquele país e tratando de conceitos como o *fair use*¹⁵, para esclarecer a seus usuários como podem agir para evitar que violem direitos autorais de terceiros.

Naturalmente, tais previsões não têm o condão de afastar a incidência da lei brasileira, nas hipóteses em que a violação tiver ocorrido em terminal de computador situado em território brasileiro, porém, de qualquer forma, é razoável presumir que a influência desses institutos se fará sentir cada vez entre nós, especialmente se o legislador brasileiro se demorar a encontrar soluções adequadas para essas problemáticas.

3. Estrutura do presente trabalho

Este trabalho é constituído de duas partes.

Na primeira parte, será estudado o instituto do *fair use* em seu contexto originário: o sistema de *copyright* do direito americano. Após uma contextualização preliminar e exposição histórica, que explicará suas origens remotas na jurisprudência até o momento de sua inserção no direito positivo, onde assumiu suas feições contemporâneas, o capítulo tratará de alguns julgados importantes, históricos e atuais, com o intuito de exemplificar e demonstrar de que maneira os tribunais americanos, sobretudo a Suprema Corte, endereçam a questão do *fair use*. Por fim, será feita uma breve exposição acerca da relação entre o *fair use* e a “regra dos três passos”, no âmbito da Convenção de Berna.

¹⁵ “O Twitter responde a reclamações relacionadas a direitos autorais enviadas de acordo com o Digital Millennium Copyright Act (“DMCA”)”. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/copyright-policy>. Acesso em: nov. 2021. No mesmo sentido, as orientações fornecidas pelo Facebook, disponíveis em: <https://pt-br.facebook.com/help/1020633957973118>. Acesso em: nov. 2021.

Na segunda parte, o *fair use* será estudado em suas inter-relações com o direito brasileiro. De início, será feita exposição a respeito do sistema brasileiro de limitação do direito de autor, localizando-o na tradição romano-germânica do *droit d'auteur*. Ato contínuo, os estudos passarão a relatar e comentar três acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que evocam o instituto do *fair use*. Conclui-se essa parte com uma coleta de pareceres jurídicos doutrinários acerca da viabilidade de adoção de uma cláusula semelhante ao *fair use*, mesmo em face das peculiaridades do direito brasileiro.

Por fim, serão feitas considerações finais, onde se expõe a opinião do autor a respeito da viabilidade de uma cláusula aberta de limitação do direito de autor no direito brasileiro.

PARTE 1 – O *FAIR USE* COMO CLÁUSULA GERAL DE LIMITAÇÃO AO COPYRIGHT NO DIREITO AMERICANO

1.1. Breve contextualização a respeito do *copyright*

O direito de reprodução de obras intelectuais e artísticas (*copyright*) remonta a época anterior à constituição da Federação Americana. A esse respeito, a doutrina costuma assinalar o ano de 1710 como o marco zero do modelo de proteção ainda hoje compartilhado pelos países integrantes do *Common Law*. Foi naquele ano que se deu a aprovação, em Londres, pela Casa dos Comuns, de uma das primeiras legislações positivas a respeito do tema: o Estatuto da Rainha Ana.

Conforme ensinamento de José Carlos Costa Netto¹⁶, acompanhando a lição de Leonardo Machado Pontes¹⁷, o regime escolhido pelos legisladores de então foi subsidiado pelas concepções filosóficas da escola jusnaturalista de John Locke, que exerceu forte ativismo a fim de que fosse reconhecida a possibilidade de que artistas, cientistas e pensadores pudessem gozar dos frutos de sua própria atividade intelectual.

Não obstante o entusiasmo de Locke, que chegou a sugerir que o privilégio de exploração econômica da obra fosse concedido ao autor não somente de maneira vitalícia, mas também até setenta anos após a sua morte¹⁸, a proteção aprovada restringiu-se ao período de 14 anos, prorrogáveis por igual quantidade. Como se tratava tão somente de garantir a proteção ao direito do autor para que não tivesse sua obra reproduzida sem seu consentimento, as sanções previstas eram tão somente o recolhimento das obras contrafeitas e a imposição de multas, calculadas com base na quantidade de folhas reproduzidas em violação ao direito exclusivo.

Dessa forma, a legislação inglesa tem como pano de fundo uma concepção de direito de autor ancorada em proteção de caráter objetivo, ou seja, da própria obra. Ensina Carlos Alberto Bittar¹⁹ que no modelo anglo-saxônico, por ele denominado *sistema comercial*, a proteção é concedida “*ao titular, mas, para efeito de expansão da cultura e da ciência, exigindo-se formalidades para o gozo da exclusividade*”.

¹⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁷ PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes Editor, p. 22-23.

¹⁸ PONTES, Leonardo Machado. *Op. cit.*, apud COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor. Op. cit.*, p. 28.

Portanto, desde sua gênese, o *copyright* foi desenvolvido sob a égide do fomento ao desenvolvimento das artes, das ciências e da cultura, não tendo como lastro a concepção individualista do direito continental europeu, segundo a qual a obra protegida representaria uma verdadeira emanção da personalidade de seu autor, devendo, nesse sentido, ser protegida em seus aspectos tanto patrimonial como moral. Disso redundava que o sistema desenvolvido pelos ingleses a princípio mostra-se menos protetivo que aquele resultante do processo franco-revolucionário, segundo o qual o *droit d'auteur* seria “*la plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage*”^{20 21}.

A despeito de seu rompimento com as estruturas do Estado inglês, os revolucionários americanos mantiveram-se fiéis ao sistema de proteção ao *copyright* criado pelos britânicos. Em 1787, o texto da Constituição dos Estados Unidos da América, na Seção 8 de seu art. 1º, elenca, entre as competências legislativas e políticas do Congresso:

“To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”^{22 23}

Portanto, de acordo com o legislador constitucional americano, a proteção ao direito de exclusividade de exploração econômica de obras intelectuais sujeita-se à finalidade precípua e explícita de promoção de interesses que estão além da esfera individual, uma vez que dizem respeito ao progresso e ao bem-comum de toda a comunidade de cidadãos, assim como da própria nação.

O relevo que se conferia a esse objetivo constitucional pode ser constatado também no fato de que três anos depois, em 1790, o recém-instituído Congresso americano aprovaria sua primeira lei infraconstitucional sobre *copyright*, o *Federal Copyright*

²⁰ [“*a mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra*”] (tradução nossa).

²¹ *Apud* SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais. Em: ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Propriedade Intelectual: Direito Autoral*. São Paulo: Direito FGV, 2014, p. 67. Comenta o autor que a “*frase é atribuída ao relator do projeto [da Constituição francesa], Le Chapelier, e deriva de outra afirmação do advogado Cochu*” (p. 67)

²² [“*Promover o Progresso da Ciência e das Artes úteis, assegurando a Autores e Inventores, por Tempo limitado, o Direito exclusivo a seus respectivos Escritos e Descobertas*”] (tradução nossa)

²³ *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution>. Acesso em: nov. 2021.

Act, que, como observado por Patricia Peck Pinheiro²⁴, ateu-se à lógica comercial do Estatuto da Rainha Ana, inclusive prevendo o direito de exclusividade pelo período prorrogável de 14 anos e proteção condicionada ao prévio registro da obra, diferenciando-se, assim, do sistema de *droit d'auteur*, que não exige qualquer forma de registro para sua tutela.

A respeito dessa lei, aduz João Henrique da Rocha Fragoso:

“Afinado com a disposição do Artigo I da Seção 8 da Constituição, o *Copyright Act* de 1790 estampa, logo em seu início:

*An Act for the Encouragement of Learning, by Securing the Copies of Maps, Charts and Books to the Author and Proprietor of Such Copies (...)*²⁵

A expressão “*for Encouragement of Learning*”, também constante no preâmbulo do Ato da Rainha Ana, marcaria a visão de um futuro voltado para o progresso da ciência, das técnicas e das artes (“*to promote the progress of Science and useful arts*”), certamente uma declaração de princípios inspirada pela necessária livre circulação de ideias e dos bens intelectuais como um dos fundamentos da democracia”.²⁶

Nessa ordem de ideias constituiu-se o *copyright* no direito americano. Cabe observar que, desde suas fundações, a legislação e a jurisprudência têm passado por evoluções, mutações e adaptações, sobretudo em decorrência da adoção massificada de novas tecnologias, como a fotografia, o cinema e, mais recentemente, a internet. A adesão do país ao sistema da Convenção Universal, em 1952, viabilizou importantes reformas, como o aumento do prazo de proteção aos direitos e a eliminação do requisito do registro da obra, incorporando assim alguns elementos do *droit d'auteur*.

No entanto, mesmo diante dos esforços de compatibilizar o direito interno com os sistemas estrangeiros, notadamente o romano-germânico, a fim de possibilitar

²⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. Na era digital qual o melhor sistema: copyright ou direitos autorais? *Revista de Direito Privado*, v. 69, set. 2019, p. 197-215.

²⁵ [“Uma lei para o Incentivo ao Aprendizado, assegurando as Cópias de Mapas, Cartas e Livros aos Autores e Proprietários de Tais Cópias”] (tradução nossa).

²⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 187.

a integração e as trocas culturais, os Estados Unidos sempre se mantiveram firmes em sua lógica utilitarista e centrada da proteção patrimonial do direito do autor.

Embora hodiernamente o direito americano disponha de meios de proteção à personalidade do autor²⁷, eles nunca foram incorporados ao sistema do *copyright*:

“Os direitos morais de autor são, ao fim e ao cabo, o ponto onde se repulsam os dois sistemas autorais existentes, ambos assentados igualmente, no princípio estabelecido da criação intelectual como propriedade. A questão, todavia, é a natureza de tal propriedade. Entre os aspectos essenciais dos direitos morais, na esfera do *Droit d’Auteur*, encontram-se a sua irrenunciabilidade e inalienabilidade, implicitamente estabelecidas no artigo *6bis* da Convenção, além do direito à integridade da obra. E o ponto nodal a confrontar os dois sistemas autorais assenta-se na inadmissibilidade da renúncia dos direitos morais pelo autor no sistema do *Droit d’Auteur*, e sua admissibilidade (*waiver*) no sistema do *Copyright*”.²⁸

Essas reflexões são importantes porque é partir dos objetivos constitucionalmente previstos que o direito americano extrai as hipóteses sobre as quais não incidirá a norma protetiva. O raciocínio de fundo é bastante simples: se o *copyright* se destina a promover o progresso das artes e da ciência e permitir que os titulares de direitos possam extrair proveito econômico dos frutos de seu intelecto, os usos das obras protegidas, mesmo que não autorizados, não se consideram violações ao exclusivo quando não tiverem conteúdo econômico.

A esse princípio, a jurisprudência, a doutrina e, mais tarde, o direito positivo deram o nome de *fair use*. Não obstante a regulação das exceções ao *copyright* não se esgote nesse instituto²⁹, a cláusula geral do *fair use* mostra-se como o instrumento mais célebre e relevante de defesa daqueles a quem é imputada violação de direito de exclusivo. Passemos a tratar dela.

²⁷ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Op. cit.*, p. 187.

²⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Op. cit.*, p. 198-199.

²⁹ MAGRANI, Eduardo. A problemática das exceções e imitações na atual Lei de Direitos Autorais e a inaplicabilidade do *fair use* ao contexto brasileiro. Em: LEAL, Fernando (Org.). *Direito Privado em perspectivas: teoria, dogmática e economia*. São Paulo/Rio de Janeiro: FGV Direito Rio/Malheiros, 2017, p. 77.

1.2. Origens históricas

Como já discutido no tópico anterior, o *copyright* foi concebido, no final do século XVIII, sob a égide do entusiasmo liberal pela capacidade intelectual humana – e das potencialidades de se auferir benefício econômico através dele. Por meio da proteção conferida pelo direito, esperava-se estabelecer um ambiente favorável às produções intelectuais e às criações do espírito, protegendo aqueles que obtinham renda primária em atividades ligadas ao intelecto.

Àquela época, a nova ordem jurídica americana procurou maximizar o conteúdo dos direitos considerados essenciais para o desenvolvimento econômico da nação, contrapondo-se às limitações outrora sofridas em função do domínio imperial. Por essa razão, não houve grande preocupação dos legisladores do *Copyright Act* em delimitar áreas de não incidência da norma jurídica, pois no fundo se tinha certa aversão a normas que pudessem representar limitações ao exercício de direitos que eram considerados decorrentes da própria natureza humana.

Ainda que a doutrina tenha pensado nos rudimentos da sistemática de limitação do direito, a exemplo da possibilidade de condensar obras alheias – o que então passaria a ser considerada criação independente –, a prática das primeiras décadas de vigência do *Copyright Act* jamais testemunhou a aplicação desses princípios³⁰.

No entanto, com o florescimento do mercado cultural dos Estados Unidos e o aparecimento das primeiras grandes casas editoriais sediadas naquele país, ao longo do século XIX, paulatinamente se passou a impor a necessidade de sistematizar uma doutrina que pudesse dar conta dos conflitos de interesse decorrentes do uso não autorizado de obras protegidas.

Em 1841, a *Court of Appeal* do Estado de Massachusetts foi acionada para decidir um caso que se tornou paradigmático e deu importante contribuição para a formatação da moderna doutrina do *fair use*, como passaremos a comentar.

³⁰ BERGERON, Catherine. “Fair dealing” canadien et “fair use” américain: une analyse de l’exception d’utilisation équitable en matière de droit d’auteur. *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, v. 13. n. 12, pp. 291-292.

1.3. O caso Folsom v. Marsh, 1841

Em 1841, um reverendo e historiador de Boston, Charles Upham, publicou uma obra biográfica em dois volumes sobre George Washington, intitulada *The Life of Washington in the Form of an Autobiography*, por intermédio da casa editorial Bela Marsh, na qual foram transcritos trechos de diversas cartas redigidas pelo primeiro presidente dos Estados Unidos.

Ao tomar conhecimento da publicação, o bibliotecário e escritor Jared Sparks ajuizou uma ação de responsabilidade contra Upham e Marsh, sob a alegação de que os documentos pessoais de Washington reproduzidos na obra haviam sido todos extraídos, sem a devida autorização, de sua obra em doze volumes *The Writings of George Washington*, publicada em 1837 pela editora Folsom, Wells and Thurston.

Para os requerentes, o ilícito de pirataria decorria do fato de que os originais dos escritos reproduzidos por Upham eram todos de propriedade de Sparks e haviam sido divulgados pela primeira vez somente com a publicação de sua obra de doze volumes, de modo que seria evidente que a única fonte da qual poderia ter sido extraídos os trechos copiados era a obra de Sparks.

Como meio de defesa, Upham e seu litisconsorte argumentaram que os documentos de George Washington não estavam sujeitos a proteção do *copyright*, pois se cuidava o autor de pessoa falecida e que dano nenhum poderia sofrer pela divulgação de seus escritos pessoais; que os documentos não tinham natureza literária; e que os documentos tinham natureza pública e que haviam sido produzidos justamente para que se tornassem públicos³¹.

Ao decidir o caso, *Circuit Justice* Joseph Story asseverou que o *copyright* e a propriedade intelectual são as áreas do direito que mais se aproximam do que ele chama de *metafísica do direito*, obrigando julgadores a realizar distinções que muito amiúde se mostram sutis, como é o caso de determinar se duas obras podem ser consideradas cópias uma da outra:

“Patents and copyrights approach, nearer than any other class of cases belonging to forensic discussions, to what may be called the metaphysics of the law, where the distinctions are, or at least may be, very subtle and refined, and, sometimes, almost

³¹ Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>. Acesso em: nov. 2021.

evanescent. In many cases, indeed, what constitutes an infringement of a patented invention, is sufficiently clear and obvious, and stands upon broad and general agreements and differences; but, in other cases, the lines approach very near to each other, and, sometimes, become almost evanescent, or melt into each other. So, in cases of copyright, it is often exceedingly obvious, that the whole substance of one work has been copied from another, with slight omissions and formal differences only, which can be treated in no other way than as studied evasions; whereas, in other cases, the identity of the two works in substance, and the question of piracy, often depend upon a nice balance of the comparative use made in one of the materials of the other; the nature, extent, and value of the materials thus used; the objects of each work; and the degree to which each writer may be fairly presumed to have resorted to the same common sources of information, or to have exercised the same common diligence in the selection and arrangement of the materials.” (grifos nossos)^{32 33}

Em outras palavras, na concepção de Story, dada a natureza imaterial do direito protegido, não seria possível definir aprioristicamente uma regra segundo a qual se poderia estabelecer se determinado uso não autorizado de obra protegida poderia ou não ser considerado violação ao direito de reprodução. Seria necessária, de outra forma, a adoção de determinados parâmetros que guiassem o julgador em sua decisão tendo em vista as peculiaridades do caso concreto³⁴.

Ainda que em *Folsom v. Marsh*, Story tenha concluído ter havido violação de direitos, eis que 353 páginas da obra de Upham – constituída de 866 páginas no total – eram reproduções integrais dos documentos pessoais de Washington, cuja titularidade era dos Requerentes, e que não se tenha observado em relação a esse conteúdo qualquer labor

³² [“*Patentes e copyrights aproximam-se, mais do que qualquer outra classe de casos pertinentes às discussões jurídicas, do que pode ser chamado de metafísica do direito, onde as discussões são, ou ao menos deveriam ser, muito sutis e refinadas, e, por vezes, quase evanescentes. É certo que em inúmeros casos, o que constitui violação de invenção patenteada, é suficientemente clara e óbvia, e está assentada sobre semelhanças e diferenças amplas e gerais. Assim, em casos de copyright, é comum ser extremamente óbvio que toda a substância de uma obra foi copiada de outra, apenas com ligeiras omissões e diferenças formais, que podem ser tratadas tão somente como evasões estudadas, ao passo que em outros casos, a identidade de duas obras em substâncias, e para a questão de pirataria, frequentemente dependem de um bom sopesamento do uso comparativo de um material por outro; a natureza, extensão e valores dos materiais dessa forma utilizados; os objetos de cada obra, e o grau em que cada escritor pode contar com a presunção de ter recorrido às mesmas fontes de informação, ou que possa ter exercitado a mesma diligência comum na seleção e organização dos materiais*”] (tradução nossa)

³³ Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>. Acesso em: nov. 2021.

³⁴ “*These difficulties led to the formulation of the principle that whether there has been a ‘fair use’ or not is a pragmatic question to be determined by the court, taking into consideration the particular circumstances of each case.*” [“*Tais dificuldades levaram à formulação do princípio de que se houve fair use ou não é uma questão pragmática a ser determinada pela corte, levando em consideração as circunstâncias particulares de cada caso.*”] (tradução nossa) (YANKWICH, Leon R. What is fair use? *The University of Chicago Law Review*, 22. n. 1, 1954.)

intelectual que pudesse caracterizá-lo como obra original, o *decisum* criou os fundamentos para a paulatina construção jurisprudencial de uma doutrina que posteriormente foi sintetizada no termo “*fair use*”.

1.4. Posituação do *fair use*

Em seu primeiro século de existência, desde 1841, a evolução do *fair use* foi constante, porém, discreta³⁵. Em meados do século XX, em virtude da massificação de tecnologias de comunicação como o cinema, a fonografia e a fotografia, que deram surgimento a novas e lucrativas indústrias, os conflitos de interesse entre detentores de direitos, produtores de conteúdo, consumidores e demais interessados não se tornaram menos frequentes.

Como resultado, renovou-se o interesse pelo *fair use* ao ponto de ele ser positivado em 1976, no âmbito federal, no parágrafo 107 e seguintes do título 17 do US Code (Copyright Act, 1976). Na redação adotada, que ressoa o raciocínio de Joseph Story, o legislador consolidou os quatro critérios a ser considerados para que se configure o uso justo e independente de autorização pelo titular do direito:

“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copy-righted work as a whole; and

³⁵ “*Celui-ci [principe de l’usage équitable] continua d’être appliqué discrètement jusqu’au milieu du vingtième siècle, moment où la prolifération des décisions appliquant ce principe lui procura une place de choix dans la jurisprudence américaine*” [“*O princípio do fair use continuou a ser aplicado de maneira discreta até meados do século XX momento no qual a proliferação de decisões que aplicavam esse princípio alcançou posição de escolha na jurisprudência americana*”] (tradução nossa) (BERGERON, Catherine. *Op. cit.*, p. 292).

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copy-righted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”^{36 37}

Passemos a seguir a comentar individualmente cada um desses quatro critérios.

a) Da finalidade do uso da obra protegida

No primeiro momento de averiguação, deve-se ter em conta o propósito do uso não autorizado de obra protegida. Embora o dispositivo legal pareça traçar oposição entre usos “comerciais” e “educacionais sem fins de obtenção de lucro”, não se cuida de critério de aplicação automática, conforme o comentário de José de Oliveira Ascensão³⁸.

Ainda que o uso comercial de uma obra protegida seja um bom indicativo da impossibilidade de fazer incidir o *fair use* ao caso concreto, é possível pensar em situações em que o autor da derivação adiciona valor à obra original, sem, contudo, com o objetivo de estabelecer concorrência ou substituição. Seria o caso, por exemplo, de um filme cômico que incorpora diversos elementos de um filme dramático, sob a forma de paródia.

De outra sorte, poder-se-ia também caracterizar o *fair use* quando o uso da obra protegida é meramente incidental. Luiz Gonzaga Silva Adolfo³⁹ exemplifica essa

³⁶ [“Sem prejuízo das previsões das seções 106 e 106A, o *fair use* de obra protegida por copyright, incluindo o uso por meio de reprodução de cópias ou fonogramas ou por qualquer outro meio especificado nesta seção, para fins de crítica, comentário, produção de notícias jornalísticas, ensino (incluindo cópias para uso em sala de aula), utilização acadêmica, ou pesquisa, não constitui violação do copyright. Ao determinar se o uso de uma obra em qualquer caso em particular é *fair use*, os fatores a ser considerados serão:

(1) a finalidade e o caráter do uso, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou se se destina a finalidades educacionais;

(2) a natureza da obra protegida por copyright;

(3) a quantidade a substancialidade da parcela utilizada em relação à obra protegida por copyright como um todo; e

(4) o efeito do uso sobre o mercado potencial da obra ou o valor da obra protegida por copyright.

O fato de uma obra ser inédita não será por si só impedimento ao *fair use*, desde que tal constatação seja feita à luz dos fatores acima.”] (tradução nossa)

³⁷ US Code. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. O *Fair Use* no Direito Autoral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 365, n.º 99, p. 76, jan./fev. 2003 *apud* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 147

³⁹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 148.

hipótese com a situação em que um jornalista está “*diante de uma pintura protegida pelo Direito Autoral enquanto relata o roubo de trabalhos de arte*”. Nesse caso, não se trata de obter lucro com a exposição de trabalho alheio, mas tão somente estabelecer um contexto informativo a respeito do evento relatado.

b) Da natureza da obra protegida por *copyright*

O segundo critério diz respeito ao grau de originalidade e criatividade empregados pelo autor para a consecução da obra protegida. Nessa avaliação, reporta-se de um lado à própria carga imaginativa da obra considerada individualmente e, de outro, ao gênero ao qual a obra pertence.

No primeiro caso:

“Une œuvre qui reflète un apport considérable de ces deux caractéristiques [d’originalité et de créativité] est une œuvre qui, si utilisée par un tiers, est moins susceptible de faire l’objet d’un usage équitable qu’une œuvre qui est le produit d’un apport minimal d’originalité et de créativité”^{40 41}

Portanto, uma obra que, em virtude do gênio e arte de seu autor, torna-se paradigmática, desenvolvendo um estilo ou estética novos e criativos, é passível de proteção mais robusta do que outra obra cujo autor despendeu menos tempo na busca de uma expressão jamais vista.

Outrossim, o julgador deverá tomar em consideração que determinados tipos de obra, mormente aquelas de caráter informativo e educacional, são menos focadas na expressão e na originalidade estética. Assim, um tratado científico comportará maiores possibilidades de se alegar o *fair use* do que um romance ou um poema, até porque “*os fatos e*

⁴⁰ [“Uma obra que reflete uma carga considerável dessas duas características é uma obra que, se utilizada por terceiro, é menos suscetível de ser objeto de fair use que uma obra que é produto de carga mínima de originalidade e de criatividade”] (tradução nossa).

⁴¹ BERGERON, Catherine. *Op. cit.*, p. 295.

*ideias não são tutelados pelo Direito Autoral, e leva necessariamente ao reconhecimento de que algumas obras estão mais próximas do intuito de proteção autoral do que outras*⁴².

Outro fator a ser observado é constatar se já foi publicada ou não a obra que se atribui como fonte da obra a que se imputam violações ao *copyright*. Nessa hipótese uma vez mais se deve reportar à lógica comercialista do *copyright*, pois, como as obras inéditas nunca produziram benefícios econômicos a seus autores, entende-se como justo que se conceda a estas maior tutela⁴³, a fim de que não seja prejudicada a potencialidade futura de exploração econômica da obra.

Por derradeiro, cumpre observar que é no âmbito desse critério que o julgador poderá analisar se há interesse público envolvido na utilização desse material, o que poderia eventualmente justificar maior flexibilização da proteção nas situações em que os benefícios públicos sejam maiores que os interesses particulares de autores e titulares⁴⁴.

c) Da quantidade e da substancialidade da parcela da obra usada em relação ao todo da obra

Este critério contém duas facetas: uma quantitativa e outra qualitativa.

No primeiro caso, temos que, ainda que seja possível a reprodução de trechos de obra protegida pelo *copyright*, estes não podem alcançar magnitude relevante em relação ao total da obra. Repise-se, à guisa de exemplo, o precedente seminal *Folsom v. Marsh*, de 1841, em que quase metade da obra elaborada por Upham era composta de meras transcrições de trechos retirados de obra protegida. Em tal situação, não poderia ser cabível a alegação de *fair use*.

Todavia, mesmo que o uso de uma obra se restrinja a pequenos trechos, a lei prevê que estará constituída violação se houver substancialidade nesse uso, o que significa dizer que a essência, o âmago da obra imaterial deverá ser preservado contra violações cometidas por terceiros. “*Mesmo quando a quantidade tomada é quantitativamente pequena, o uso pode ainda não ser permissível se o que é tomado é sua porção nevrálgica ou principal*”⁴⁵.

⁴² ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 148.

⁴³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 148.

⁴⁴ MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 76.

⁴⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 149.

Vale observar que o art. 46, incs. II e VIII, da Lei Brasileira de Direitos Autorais-, contém regra semelhante a esta⁴⁶, o que será comentado em momento oportuno.

d) Do efeito da cópia sobre o mercado potencial da obra

Em decorrência da natureza objetivista do *copyright*, que se mostra como proteção voltada para a inserção mercadológica da obra intelectual, é comum que tanto a jurisprudência americana como a doutrina em geral afirmem que este é o critério de maior relevo para o teste do *fair use*⁴⁷, em não pequeno número de casos sendo aquele terá maior peso na decisão definitiva de aplicar ou não a exceção.

A dificuldade, porém, se instala no momento de precisar o conteúdo da expressão *potential market* (mercado potencial). Atualmente, considerando o mercado de obras derivadas, no qual o contrato de licença atua como a principal ferramenta por meio da qual os detentores de direitos intelectuais podem pôr em comércio os frutos de seu trabalho, uma parte da jurisprudência americana tem empreendido uma análise no sentido de que o mercado potencial de uma obra seria aquele no qual seus respectivos titulares de direitos poderiam demonstrar interesse em estabelecer relações negociais (licenciamento) que lhe seriam proveitosas do ponto de vista econômico.

Já no que tange ao mercado relativo ao uso de obras originais de autoria de terceiros, comenta Catherine Bergeron que a jurisprudência trabalha, nesse caso, sobre a premissa de que, se a obra original for utilizada para finalidades comerciais, então qualquer uso não autorizado que se fizer dela ocasionará impacto sobre seu mercado potencial⁴⁸, devendo ser coibida. Trata-se, portanto, de uma presunção relativa que engloba “*non seulement les droits déjà exploités par l’auteurs mais aussi ceux que l’auteur pourrait avoir um certain intérêt à exploiter dans le futur*”^{49 50}.

⁴⁶ “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de **pequenos trechos de obras preexistentes**, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

⁴⁷ Nesse sentido: BERGERON, Catherine. *Op. cit.*, p. 298; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 151; MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 76.

⁴⁸ BERGERON, Catherine. *Op. cit.*, p. 298.

⁴⁹ [“*não apenas os direitos já explorados pelos autores, mas também aqueles que o autor poderia ter certo interesse em explorar no futuro*”] (tradução nossa)

⁵⁰ BERGERON, Catherine. *Op. cit.*, p. 298.

Com base nessas considerações, é possível deduzir os motivos pelos quais este é o critério que mais prejudica a aplicação do instituto do *fair use*, “*tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais*”⁵¹. Uma vez constatado que cabe ao acusado demonstrar que o uso não autorizado de obra protegida não vem a impactar seu mercado potencial, tal tarefa revela-se bastante árdua, principalmente quando se cuida de especular a respeito de usos futuros.

No entanto, mister observar que o *fair use* é, no fundo, uma norma de tolerância e que, portanto, “*não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu, ou não, um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é, ou não, injustificado*”⁵². Eduardo Magrani⁵³ ilustra esse raciocínio com o uso da obra protegida que se fundamenta em algum interesse público, pois, nesse caso, ainda que haja prejuízo, ele se justifica em face da prevalência de outro de outros valores, como o acesso ao conhecimento e o progresso científico.

Na prática, com o intuito de viabilizar maior segurança jurídica, na sistemática de precedentes obrigatório que caracteriza o *Common Law*, a jurisprudência dos Estados Unidos tem paulatinamente construído um arcabouço de decisões que estabelecem áreas nas quais é seguro afirmar se determinado uso pode ou não ser considerado justo. São os chamados *safe havens* ou *safe harbors*, catalogados pela autoridade americana pertinente ao *Copyright* no *Fair Use Index* e disponíveis a todas os cidadãos⁵⁴, permitindo que sejam pautadas as tomadas de decisão a respeito da utilização de uma obra.

1.5. Definição de *fair use*

Tendo em consideração a constituição histórica do *fair use* e sua sistematização legal, por meio do U.S. Copyright Act, de 1976, arriscamo-nos a intentar uma sintética definição do instituto.

⁵¹ MAGRANI, Eduardo. Op. cit., p. 77.

⁵² MAGRANI, Eduardo. Op. cit., p. 77.

⁵³ MAGRANI, Eduardo. Op. cit., p. 77.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Copyright Office Fair Use Index. Disponível em: <https://copyright.gov/fair-use>. Acesso em: set. 2021.

Trata-se de uma cláusula geral (com conteúdo aberto) que se operacionaliza como o principal meio de defesa no direito americano daqueles a quem tenha sido imputada violação do direito de reprodução, permitindo que se afaste a proteção conferida pelo *copyright* desde que se constate que o uso justo da obra tutelada, ou seja, o uso que não conflite de maneira substancial com o direito do titular de obter proveito econômico de sua obra intelectual de acordo com os critérios definidos em lei.

1.6. O *fair use* em casos paradigmáticos das cortes americanas

1.6.1. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 1984 (Caso Betamax)*

O Caso Betamax é considerado um ponto nodal da jurisprudência da Suprema Corte do Estados Unidos a respeito do *copyright*, porquanto tenha sido uma das primeiras decisões que efetivamente se defrontaram com o impacto da introdução de novas tecnologias para a proteção do direito de cópia.

No final dos 1970, a companhia japonesa Sony introduziu no mercado americano a tecnologia dos VTRs (*videotape recorders*, conhecidos no Brasil como videocassetes) sob a marca Betamax. Tratava-se de aparelho que, de maneira até então jamais vista ou sonhada, permitia a seus proprietários, entre outras coisas, gravar em fitas a programação da TV para que consumissem esse conteúdo posteriormente quantas vezes desejassem.

A companhia californiana Universal City Studios, titular de *copyright* de diversos produtos culturais, como filmes, desenhos animados e programas de TV, propôs uma ação indenizatória contra a Sony, sob o argumento de que seu aparelho viabilizava a violação de seus direitos, na medida em que facilitava a pirataria e afetava o mercado potencial de seus produtos, que passariam a ser consumidos de maneira clandestina, fora da programação patrocinada da TV. Em suma, a ação visava à proibição dessa tecnologia.

Ao decidir o caso, a Suprema Corte reconheceu que estava diante de um conflito de interesses que os proponentes do Copyright Act de 1976, dez anos antes, sequer

poderiam imaginar que fosse ocorrer⁵⁵, tamanho o caráter disruptivo da tecnologia recentemente adotada.

Com relação à possibilidade de gravar programas de TV, desde que apenas para consumo pessoal, a Corte adotou a compreensão de que se tratava de *fair use*, uma vez que a prática não tinha o condão de ocasionar a perda de valor das obras utilizadas e que se destinava tão somente a um uso não comercial e individual.

Já acerca da possibilidade de responsabilizar a inventora da tecnologia pelos usos irregulares que dela se fizer, Aristides Tranquillini Neto comenta que a Suprema Corte Americana adotou o entendimento segundo o qual uma tecnologia não poderia por si só ser responsabilizada pelos usos ilícitos que dela se faz. No caso concreto, a Corte concluiu que o Betamax poderia ser utilizado para diversas finalidades que não implicavam a violação de *copyright*, a exemplo da possibilidade de ver filmes em casa, produzir cópias de filmes caseiros, entre outros⁵⁶. Por essas razões, a ação foi julgada favoravelmente a Sony.

Tal decisão, no entanto, não esteve livre de críticas por parte da doutrina. Alguns comentaristas afirmam que ela ocasionou uma verdadeira virada do pensamento da Suprema Corte a respeito do *fair use*, haja vista que pela primeira vez se admitiu que cópias integrais de obras protegidas pudessem ser consideradas *fair use*⁵⁷, hipótese que até aquele momento jamais sido cogitada.

O temor era que essa nova orientação pudesse provocar o paulatino esvaziamento do próprio instituto do *copyright*. Se com certa facilidade reputamos inócuo o uso privado de uma cópia por uma única pessoa, a mesma conclusão não seria retirada com a

⁵⁵ “The protection given to copyrights is wholly statutory, and, in a case like this, in which Congress has not plainly marked the course to be followed by the judiciary, this Court must be circumspect in construing the scope of rights created by a statute that never contemplated such a calculus of interests. Any individual may reproduce a copyrighted work for a “fair use”; the copyright owner does not possess the exclusive right to such a use” [“A proteção conferida pelo copyright é inteiramente estatutária, e, num caso como esse, no qual o Congresso não demarcou de maneira simples o curso a ser seguido pelo Judiciário, esta Corte deve ser cautelosa ao construir o escopo de direitos criado por um estatuto que nunca contemplou esse cálculo de interesses. Qualquer indivíduo pode reproduzir uma obra protegida por copyright para um “uso justo” (fair use); o titular de copyright não possui o direito exclusivo para tal uso”] (tradução nossa). SONY CORPORATION OF AMERICA, *et al.*, Petitioners v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., *et al.* Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/464/417>. Acesso em: nov. 2021.

⁵⁶ TRANQUILLINI NETO, Aristides. *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁷ SAMUELSON, Pamela. Possible futures of fair use. *Washington Law Review*, v. 90, n. 2, jun. 2015, p. 840.

constatação de que centenas, milhares de pessoas poderiam causar dano expressivo aos direitos patrimoniais de titulares de *copyright*⁵⁸.

Nada obstante terem já se passado não menos que trinta anos desde a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, os videocassetes já se tornaram verdadeiras relíquias do passado. No entanto, a relevância desse se faz sentir até os dias atuais, uma vez ela pavimentou o caminho da viabilidade econômica para uma série de tecnologias que se lhe seguiram, como as filmadoras caseiras, os reprodutores de mídias MP3 e MP4 e, mais recentemente, os *smartphones*, os *e-readers* e os *tablets*.

1.6.2. Luther R. Campbell, aka Skywalker, et al. v. Acuff-Rose Music, Inc., 1994

Em 1989, Luther R. Campbell, um dos vocalistas do grupo de *rap* americano 2 Live Crew, escreveu a canção “Pretty Woman”, que integraria a coletânea *As Clean as They Wanna Be*. A letra da música era em suma uma paródia da icônica “Oh, Pretty Woman”, balada romântica escrita e interpretada por Roy Orbison, em 1964, e eternizada na trilha sonora do longa *Uma linda mulher*, de 1990.

Diante do estrondoso sucesso da obra paródica, que vendeu cerca de 250 mil cópias em seu primeiro ano, a companhia gravadora titular dos direitos de *copyright* sobre a letra da canção original de Roy Orbison, Acuff-Rose, ajuizou uma ação contra os membros do grupo e a gravadora Luke Skywalker Records, com vistas a obter indenização e retirar de circulação as cópias da coletânea de *rap*.

Como meio de defesa, os requeridos alegaram que a paródia representava *fair use*, uma vez que havia sido feita de boa-fé, pois os encartes dos cassetes e CDs informavam expressamente sobre a paternidade e a titularidade da obra parodiada, bem como Campbell havia solicitado à requerente permissão para a divulgação da paródia, o que lhe teria sido negado.

Na origem, a ação foi julgada procedente, pois se considerou que o uso comercial de “Pretty Woman” não abria espaço para a aplicação do *fair use*, e que a paródia, embora tenha se apropriado de um pequeno volume de versos da canção original, violou o

⁵⁸ SAMUELSON, Pamela. Possible futures of fair use. *Washington Law Review*, v. 90, n. 2, jun. 2015, p. 840.

âmago da letra, já que parodiava justamente o trecho pelo qual a letra era mais conhecida (“*Pretty woman, walking down the street...*”).

A Suprema Corte, porém, adotou entendimento divergente, revertendo o *decisum* favoravelmente aos requeridos.

Com relação à análise do propósito de uso da obra protegida (primeiro fator do teste do *fair use*), a Corte argumentou que a paródia, mesmo que seja feita para usos comerciais, não se mostra como um impedimento *per se* à incidência de *fair use*. No caso concreto, a paródia mostrava-se como inventiva e transformativa, na medida em que fazia troça do tom ingênuo e idealista da música de Orbison, para criar um texto original com finalidades cômicas:

“the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright [...], and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use. [...]

Suffice it to say now that parody has an obvious claim to transformative value, as Acuff-Rose itself does not deny. Like less ostensibly humorous forms of criticism, it can provide social benefit, by shedding light on an earlier work, and, in the process, creating a new one. We thus line up with the courts that have held that parody, like other comment or criticism, may claim fair use under § 107” [...]⁵⁹ ⁶⁰

Na mesma senda de pensamento, procedeu-se à análise do quarto fator, referente ao real e potencial dano ao mercado da obra protegida. No caso concreto, a Corte entendeu não ser aplicável contra os réus a presunção de que o uso comercial de obra protegida

⁵⁹ [“o objetivo do copyright, promover a ciência e as artes, é em geral levado adiante pela criação de obras transformativas. Essas obras, portanto, estão no âmago da garantia da doutrina do fair use de espaços de respiro nos limites do copyright [...], e quanto mais transformativa for a obra nova, menor será a relevância de outros fatores, como o comercialismo, que pode pesar contra a constatação de fair use. [...]

Basta agora dizer que a paródia tem um óbvio espaço para a invocação de valor transformativo, como não nega a própria Acuff-Rose. Como outras formas menos ostensivamente humorísticas formas de crítica, ela proporciona benefício social, ao lançar luz a uma obra anterior, e, no processo, criar uma nova. Alinhamo-nos, pois, às cortes que sustentaram que a paródia, como qualquer outra forma de comentário ou crítica, pode pretender a aplicação do fair use sobre o § 107”.] (tradução nossa)

⁶⁰ Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1994%20Campbell%20Abridged.pdf>. Acesso em: set. 2021.

constitui dano *in re ipsa*, por entender que a prova em contrário seria excessivamente penosa e diabólica, haja vista não se tratar de mera cópia da canção de Orbison, e sim de paródia, que denota labor criativo e que, ademais, se destina a mercado musical diferente do da música parodiada, não sendo, portanto, uma tentativa de substituição do trabalho original.

Outrossim, os *justices* argumentam que a análise do mercado potencial no caso das paródias deve ter em conta que não se pode falar propriamente na existência de um mercado de obras derivadas com finalidade crítica. Ainda que tenham reconhecido que uma paródia possa ser tão daninha a ponto de corroer a demanda pela obra original, os magistrados raciocinam no sentido de que seria pouco provável que detentores de *copyright* considerassem oportuno o aperfeiçoamento de um contrato cujo objeto fosse a autorização para se produzir uma derivação de caráter crítico ou satírico, afinal, “*people ask for criticism, but they only want praise*”⁶¹ ⁶².

Por essas razões, a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão advinda da Court of Appeals para reconhecer que o instituto do *fair use* era aplicável no caso da paródia do grupo 2 Live Crew, na medida em que ficou bem demonstrado que a paródia não afetava de maneira substancial o mercado potencial da obra original. Trata-se de julgado considerado importante, uma vez que contribuiu para sedimentar o sentido da expressão *mercado potencial* e, ademais, trouxe novas nuances à análise casuística compreendida no *fair use*.

1.6.3. Oracle America, Inc. v. Google LLC, 2021

O mais recente *leading case* da Suprema Corte americana em matéria de *fair use* é resultado de uma longa batalha judicial entre duas gigantes digitais, a Oracle, criadora e proprietária da linguagem Java, usada em um sem-número de aplicativos para computador, *smartphones* e *tablets*, e o Google, criadora de diversas plataformas de conteúdo e informação usadas cotidianamente por pessoas de todo o mundo e responsável pelo desenvolvimento do mais popular sistema operacional para aparelhos celulares, o Android.

⁶¹ [“*As pessoas pedem por críticas, mas só querem elogios.*” (tradução nossa)]

⁶² Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1994%20Campbell%20Abridged.pdf>. Acesso em: set. 2021.

No caso concreto, a Oracle se insurgiu contra o uso pelo Google, no código do Android, de cerca de 12 mil linhas de código extraídas de sua plataforma Java SE, que permite a desenvolvedores de aplicativos que façam uso da linguagem Java para escrever programas que podem rodar em qualquer computador ou aparelhos celulares.

Embora não tenha negado que o conjunto de códigos tenha sido extraído diretamente dos bancos da Oracle, Google justificou-se com o argumento de que fez uso apenas de APIs (*application programming interfaces*), funcionalidades organizacionais que permitem que diferentes interfaces se comuniquem entre si, e que sua intenção com isso era gerar incentivo para que desenvolvedores que já estivessem habituados com a linguagem Java pudessem criar aplicativos compatíveis com Android, caracterizando, assim, o *fair use*, na medida em que a apropriação do código foi realizada para finalidade meramente funcional.

Após anos de processamento, a segunda instância procedeu ao teste do *fair use* para concluir, afinal, que “[t]here is nothing fair about taking a copyrighted work verbatim and using it for the same purpose and function as the original in a competing platform”.^{63 64}

Embora a questão tenha dividido a Suprema Corte, ao final prosperou o entendimento de que o uso feito pelo Google não violava os direitos da Oracle sobre a linguagem Java, sob a fundamentação de que os programas de computador exigem uma leitura diferenciada do princípio do *fair use* para contemplar seu caráter funcional, bem assim a necessidade de não obstar a inovação tecnológica. Justice Stephen G. Breyer, autor do voto vencedor, ponderou que os programas de computador se diferenciam de outras obras consideradas literárias, uma vez que servem a propósitos funcionais, e que aplicar a integralidade do regime do *copyright* aos programas de computador seria como montar um quebra-cabeças cujas peças não se ajustam perfeitamente:

“That background, as well as modern courts’ use of the doctrine [*i.e. fair use*], makes clear that the concept is flexible, that courts must apply it in light of the sometimes conflicting aims of copyright law, and that its application may well vary depending upon context. Thus, copyright’s protection may be stronger where the copyrighted

⁶³ [“Não há nada de justo em tomar uma obra protegida por copyright e copiá-la *ipsis litteris* e usá-la para a mesma finalidade e função que o original, em plataforma concorrente.”] (tradução nossa)

⁶⁴ Oracle America, Inc. v. Google LLC. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf. Acesso em: nov. 2021.

material is fiction, not fact, where it consists of a motion picture rather than a news broadcast, or where it serves an artistic rather than a utilitarian function. [...]. Similarly, courts have held that in some circumstances, say, where copyrightable material is bound up with uncopyrightable material, copyright protection is “thin.” [...].”^{65 66}

Mesmo reconhecendo a possibilidade de que programas de computador possam ser objeto de *copyright*, a Corte retraiu as quatro etapas do teste do *fair use* para observar que, contrariamente ao *decisum* de origem, o uso comercial do código Java não seria um impedimento *per se* ao reconhecimento da exceção do *fair use* nesse caso, uma vez que virtualmente todas as formas de reuso de programas de computador seriam direcionadas a finalidades semelhantes daquelas do programa original.

Afora a constatação de que a porção de código utilizada representa menos de 1% do código desenvolvido pela Oracle⁶⁷, os magistrados levaram em consideração o fato de que o código utilizado tinha natureza primariamente funcional, não denotando elevado labor imaginativo por parte de seus desenvolvedores e, ademais, permitiria sua operacionalização não apenas pela requerida Google, mas também por desenvolvedores terceiros à demanda, pesando, nesse sentido, o benefício público do reconhecimento do *fair use*, caracterizando-se, dessa forma, como uso transformativo do código:

“We reach the conclusion that in this case, where Google reimplemented a user interface, taking only what was needed to allow users to put their accrued talents to work in a new and transformative program, Google’s copying of the Sun Java API was a fair use of that material as a matter of law. The Federal Circuit’s contrary

⁶⁵ [“Esse pano de fundo, assim como o moderno uso pelos tribunais da doutrina do *fair use*, deixa claro que o conceito é flexível, que os tribunais precisam aplicá-lo à luz dos muitas vezes conflitantes objetivos do *copyright*, e que sua aplicação pode variar bastante a depender do contexto. Portanto, a proteção conferida pelo *copyright* pode ser mais robusta quando o material protegido pelo *copyright* é ficcional, não factual, quando consiste em um filme em vez de um noticiário, ou quando serve a uma função artística, em vez de utilitária. [...] Da mesma forma, os tribunais sustentaram que em algumas circunstâncias, digamos, em que o material passível de proteção do *copyright* está ligado a um material que não é passível de proteção do *copyright*, então a proteção do *copyright* é “rarefeita”] (tradução nossa).

⁶⁶ Oracle America, Inc. v. Google LLC. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf. Acesso em: nov. 2021..

⁶⁷ COPYRIGHT OFFICE. Google LLC v. Oracle Am., Inc. Summary. Disponível em: <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/google-llc-oracle-am-inc-2021.pdf>. Acesso em: nov. 2021.

judgment is reversed, and the case is remanded for further proceedings in conformity with this opinion.”⁶⁸ ⁶⁹

Os efetivos impactos dessa decisão, no entanto, ainda estão por ser sentidos. Setores da sociedade celebraram a decisão como um marco para a promoção da inovação, permitindo que pequenos desenvolvedores e programadores possam aplicar seu conhecimento e experiência para o desenvolvimento de novos aplicativos, gerando, assim, novas oportunidades de negócio⁷⁰.

De outro lado, teme-se que a decisão venha a representar tão somente um fortalecimento da posição de mercado do colossal Google, criando barreiras para a entrada de companhias menores, que passariam a dispor de menos meios para defender suas criações intelectuais de eventual predação intelectual promovida por empresas de maior porte⁷¹.

Ademais, cabe comentar, a esse respeito, a posição que o Justice Clarence Thomas expressa em seu voto divergente. Para ele, aceitar o *fair use* no caso concreto, simplesmente tendo-se em consideração o interesse público consubstanciado no argumento de que a cópia não autorizada permitiria a criação de novos produtos, seria um desvirtuamento da finalidade precípua do instituto do *copyright*, que é premiar aqueles que desenvolvem atividade intelectual com os frutos patrimoniais de sua obra:

“The majority acknowledges that Google used the copied declaring code ‘for the same reason’ Oracle did. [...] So, by turns, the majority transforms the definition of ‘transformative.’ Now, we are told, ‘transformative’ simply means—at least for computer code—a use that will help others “create new products.” *Ibid*; accord, *ante*, at 26 (Google’s copying ‘can further the development of computer programs’).

That new definition eviscerates copyright. A movie studio that converts a book into a film without permission not only creates a new product (the film) but enables others to “create products”—film reviews, merchandise, YouTube highlight reels, late

⁶⁸ [“Chegamos à conclusão de que nesse caso, quando o Google reimplementou uma interface de usuário, tomando apenas o que era necessário para permitir aos usuários aplicar seu talento acumulado para elaborar um programa novo e transformativo, a cópia do Google do Sun Java API foi fair use daquele material nos termos da lei. O julgamento contrário do Federal Circuit está revertido, e o caso será reenviado para procedimentos adicionais em conformidade com essa opinião.”] (tradução nossa)

⁶⁹ COPYRIGHT OFFICE. Google LLC v. Oracle Am., Inc. Summary. Disponível em:

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/google-llc-oracle-am-inc-2021.pdf>. Acesso em: nov. 2021.

⁷⁰ BARCLAY, Michael. Victory for Fair Use: The Supreme Court reverses the Federal Circuit in Oracle v. Google. *EFF*, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2021/04/victory-fair-use-supreme-court-reverses-federal-circuit-oracle-v-google>. Acesso em: nov. 2021.

⁷¹ FUNG, Brian. Supreme Court hands Google a victory in a multibillion-dollar case against Oracle. *CNN Business*, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2021/04/05/tech/google-oracle-supreme-court-ruling/index.html>. Acesso em: nov. 2021.

night television interviews, and the like. Nearly every computer program, once copied, can be used to create new products. Surely the majority would not say that an author can pirate the next version of Microsoft Word simply because he can use it to create new manuscripts.”⁷² ⁷³

O voto de Thomas demonstra que a aplicação do *fair use*, especialmente no contexto tecnológico computacional contemporâneo, não se mostra livre de controvérsias. Se de um lado, seria possível argumentar que a decisão favorável ao Google teria forte carga política ao impedir que centenas de aplicativos para celular desaparecesse de um dia para outro por conta de violações de *copyright*, de outro lado, poderia ser observado que essa permissividade dar-se-ia à custas do enfraquecimento da proteção do *copyright* e dos interesses legítimos de titulares de direitos.

De todo modo, é certo que este novo precedente da Suprema Corte Americana consolidou o entendimento de que, no que tange aos programas de computador, a aplicação do *fair use* é mais abrangente que sobre obras artísticas e científicas, sendo tal instituto invocável mesmo no caso de usos com finalidade comercial⁷⁴.

1.7. Fair use, Convenção de Berna e a regra dos três passos (*three-step rule*)

Os Estados Unidos aderiram à Convenção de Berna, somente após um século de sua vigência, em 1989, com a consolidação dos textos das revisões de Estocolmo, de 1967, e de Paris, de 1971, que tiveram como um de seus objetivos fundamentais a conciliação

⁷² [“A maioria reconhece que o Google usou o material copiado declarando código ‘para a mesma razão’ do código da Oracle. [...] Assim, paulatinamente, a maioria transforma a definição de ‘transformativo’. Agora somos informados de que ‘transformativo’ simplesmente significa – ao menos no que se refere a programas de computador – um uso que contribui para outros ‘criem novos produtos’ *ibid*, accord, ante, at 26 (A cópia do Google ‘pode aprofundar o desenvolvimento de programas de computador’).

A nova definição estraçalha o *copyright*. Um estúdio cinematográfico que converte um livro em filme sem permissão não apenas cria um novo produto (o filme), mas permite que outros ‘criem produtos’ – resenhas de filme, merchandise, vídeos curtos do YouTube, entrevistas em programas de televisão, entre outros. Quase todos os programas de computador, assim que copiados, podem ser usados para criar novos produtos. Com certeza a maioria não diria que um autor pode piratear a próxima versão do Microsoft Word simplesmente porque ele pode usá-lo para criar novos manuscritos”.] (tradução nossa)

⁷³ Oracle America, Inc. v. Google LLC. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf. Acesso em: nov. 2021.

⁷⁴ SAMUELSON, Pamela; ASAY, Clark D. Saving software’s fair use future *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 31, 2018.

dos dois sistemas de proteção aos direitos sobre obras intelectuais: o *copyright* e o *droit d'auteur*⁷⁵, viabilizando a aderência pelo maior número possível de Estados.

Para o atingimento dessa finalidade, foi necessário empreender uma revisão dos mecanismos de limitação e exceção aos direitos de autor, de tal maneira que fosse contemplado tanto os sistemas compostos por cláusulas abertas (*fair use* americano, *fair dealing* britânico e demais do *Common Law*) como os sistemas compostos por cláusulas em *numerus clausus* (*droit d'auteur* francês, que inspirou todos os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, incluindo o Brasil).

De início, a Convenção prevê em seu art. 10 (1) e (3) algumas pontuais hipóteses de limitações obrigatórias⁷⁶, destinadas sobretudo a preservar o direito de citação para finalidades informativas ou educativas⁷⁷.

Outrossim, a Convenção adotou, no art. 9º (2), um mecanismo mais amplo conhecido como *regra dos três passos*, uma norma-quadro que permitiria aos membros da CUB estabelecer seus próprios regimes de limitação/exceção ao direito do autor, de maneira a, sem prejuízo das necessidades peculiares a cada sistema jurídico, viabilizar um tratamento mais uniforme da questão. Conforme explica Maristela Basso, a adoção dessa regra se mostrou efetiva para promover a maximização da proteção ao direito do autor entre os membros da União:

“Até a adoção da regra do Teste dos Três Passos, os Estados-partes da Convenção de Berna adotavam um sem-número de limitações aos direitos autorais que, não raramente, esvaziavam os direitos patrimoniais dos titulares de direitos autorais. Um dos objetivos das negociações de Estocolmo foi o de estabelecer uma regra geral que fosse cumprida por toda e qualquer limitação aos direitos autorais, ou seja, os Estados-partes da Convenção de Berna manteriam a discricionariedade para

⁷⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ “1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já lícitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.
[...]

3) A citações e utilizações mencionadas nos parágrafos antecedentes serão acompanhadas pela menção da fonte do nome do autor, se esse nome figurar na fonte.” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: set. 2021).

⁷⁷ SIRINELLI, Pierre. *Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins. Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*. Genebra: OMPI, 1999, p. 8.

estabelecer exceções aos direitos autorais, entretanto, estas necessariamente deveriam preencher as condições fixadas pelo art. 9.2 da Convenção de Berna.”⁷⁸

Trata-se, em suma, de instrumento que visa impor limites às limitações⁷⁹ e que pressupõe, como se pode deduzir pelo próprio nome da regra, um raciocínio em três momentos:

“Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras [1] em certos casos especiais, [2] contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra [3] nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”⁸⁰

Como se pode notar, a fórmula faz uso de termos e expressões cujo conteúdo é indeterminado (“certos casos especiais”, “exploração normal da obra”, “prejuízo injustificada”) e parece focar no próprio direito de reprodução. Pierre Sirinelli argumenta que, a despeito do aparente laconismo da norma, é justamente desse fato que provém a força da regra dos três passos, na medida em que viabilizou a adesão de maior número de países à convenção⁸¹, incluindo os Estados Unidos.

Eduardo Magrani explica que a expressão “certos casos especiais” destinava-se, a princípio, a evitar que os membros da União adotassem interpretação demasiadamente generosa do escopo da limitação ao direito do autor, porém, paralelamente ela abria espaço para de admitir hipóteses definidas de maneira mais genérica, como é o caso do *fair use*:

“A ‘regra dos três passos’, ao condicionar a limitação do direito exclusivo de autor a ‘certos casos especiais’, impede a edição de limitações amplas e genéricas, sugerindo que sejam definidas e limitadas. Não obstante, esse entendimento não tem sido interpretado pelos países como um obstáculo à adoção de um tratamento mais

⁷⁸ BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three step test*). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 493-503, jan.-dez. 2007, p. 499.

⁷⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁰ Decreto n.º 75.699/75 (“Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971”). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso: set. 2021.

⁸¹ SIRINELLI, Pierre. *Op. cit.*, p. 6.

amplo e genérico das limitações aos direitos autorais. O entendimento adotado hoje pauta-se na ideia de que é possível estabelecer limitações com base em ‘princípios gerais’ desde que as hipóteses de incidência desses princípios possam ser razoavelmente previstas. É o caso do sistema de fair use norte-americano”.⁸²

Na atualidade, sobretudo após a interpretação da regra dos três passos dada pela Organização Mundial do Comércio (OMC), tem prevalecido “*um enfoque econômico [qu]e parece ter deixado um espaço limitado, para que os Estados equilibrem os interesses dos titulares de direitos com outros interesses opostos de fundamental importância*”⁸³. A fixação dessa concepção de caráter mais comercialista, que muito se assemelha à do *copyright*, parece provocar na prática a difusão indireta do instituto do *fair use* para sistemas jurídicos que tradicionalmente pautam suas limitações em listas fechadas⁸⁴.

⁸² MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 75.

⁸³ GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o “teste dos três passos” do direito do autor. *Revista de Direito Privado*, v. 41, jan./mar. 2010, p. 293-311.

⁸⁴ “Em nível internacional questiona-se a compatibilidade da cláusula de fair use do direito norte-americano com as exigências de segurança e certeza jurídicas dos direitos de autor, que na Europa seriam acauteladas mediante listas, alegadamente taxativas, de exceções permitidas. Não obstante a subordinação das exceções à regra dos três passos, enquanto critério de interpretação, poderá levar à introdução de uma figura análoga, no sentido de um sistema aberto, flexível e móvel, ainda que fluído, permitindo uma maior equidade na prática dos direitos de autor.” (PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. cit.*).

PARTE 2 – O FAIR USE E O SISTEMA BRASILEIRO DE LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR

2.1. Considerações iniciais

No Brasil, o Direito de Autor é regulado pela Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA), integrada pelas alterações dadas pela Lei n. 12.853/2013. O normativo vigente na atualidade teve como finalidade precípua conciliar o regime protetivo anterior adotado na Lei n.º 5.988/73 (já produzida à luz da Revisão de Paris da Convenção de Berna, de 1971) com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988⁸⁵.

A LDA confere aos autores direitos patrimoniais e morais sobre suas obras intelectuais, definidas no art. 7º como “*as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*”. Além dos textos literários, artísticos e científicos, obras dramáticas, visuais e musicais, bem como de outras espécies de obras intelectuais tradicionalmente reconhecidas como os objetos mais tradicionais da proteção concedida pelo direito de autor, a LDA também arrolou os programas de computador como passíveis da mesma tutela, porém apenas “*no que couber*” (art. 7º, § 1º), reservando-lhes ainda as disposições especiais da Lei n.º 9.609/98 (Lei da Propriedade Intelectuais sobre Programas de Computador).

Com relação às limitações ao direito de autor, a LDA manteve praticamente intacto o regime criado pela lei revogada, cujo capítulo IV (“Das limitações aos direitos do autor”) previa uma série de hipóteses fechadas que obedeciam à regra dos três passos⁸⁶ e se voltavam, sobretudo, para liberalizar o uso de obras protegidas, sobretudo para propósitos educativos ou não comerciais de uma maneira geral.

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 33.

⁸⁶ “Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

I - A reprodução:

- a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor;
- b) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, sem caráter literário, publicados em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- c) em diários ou periódicos, de recursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- d) no corpo de um escrito, de obras de arte, que sirvam, como acessório, para explicar o texto, mencionados o nome do autor e a fonte de que provieram;
- e) de obras de arte existentes em logradouros públicos;
- f) de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

A redação do capítulo IV atualmente em vigor (“Das limitações aos direitos autorais”) é esta que segue:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para

II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro;

III - A citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica;

IV - O apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou;

V - A execução de fonogramas e transmissões de rádio ou televisão em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela;

VI - A representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, nos locais de ensino, não havendo, em qualquer caso, intuito de lucro;

VII - A utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa.

Art. 50. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem descrédito.

Art. 51. É lícita a reprodução de fotografia em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor, e mediante o pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.”

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: nov. 2021.)

demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.⁸⁷

No aspecto das limitações ao direito de autor, a principal diferença que se observa no texto adotado pelo legislador de 1998 em relação ao diploma de 1973 é aquela que tange ao instituto da cópia privada (art. 46, inc. II), cuja disciplina recebeu críticas por parte da doutrina em virtude de seu caráter alegadamente mais restritivo que o do diploma legal anterior:

“A lei de 1998 restringiu ainda mais o direito de cópia privada ao permitir a cópia somente de ‘pequenos trechos’, introduzindo no rol de limitações um termo cuja interpretação conduz muitas vezes à proibição de usos justos de obra alheia, como no caso de pesquisas acadêmicas e demais fins educacionais. A lei anterior, n. 5.988/1973, no inciso II de seu art. 49, atestava não constituir ofensa aos direitos de autor ‘a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro’. Há, portanto, um retrocesso na atual lei frente à impossibilidade de se reproduzir uma obra na íntegra ainda que para uso particular e sem fins lucrativos, ou mesmo para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa”.⁸⁸

⁸⁷ Lei n.º 9.610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: nov. 2021.

⁸⁸ MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 69.

José Carlos Costa Netto, todavia, argumenta que a alteração legislativa se mostra adequada tendo em vista os interesses de proteger os direitos dos autores em face dos avanços tecnológicos que tornariam mais acessível e simples a violação de direitos. Confira-se:

“Contudo, se essa permissão [da cópia privada integral] pudesse fazer algum sentido há três décadas, tal amplitude não seria razoável no estágio tecnológico atual, com as facilidades trazidas e com o desenvolvimento da reprografia (xerocópias), meios digitais de reprodução de texto e imagens, reproduções e transmissão sonoras e audiovisuais e outras inovações que, inegavelmente, provocaram uma verdadeira revolução nos meios de comunicação em escala mundial (*possibilitada principalmente com a expansão – até no âmbito domiciliar – da rede de computadores – e outras facilidades tecnológicas*).”⁸⁹

Cumprido frisar, além disso, outra novidade da norma, apresentada no art. 46, inc. VIII, que se constitui como derivação da regra dos três passos da CUB, porém, com uma relevante diferença: o permissivo ali consignado está condicionado, tal como na regra do inciso II, à reprodução de pequeno trecho, quando não se tratar de obra de arte plástica, única hipótese em que se abre a possibilidade de reprodução integral.

Como se pode notar, o sistema brasileiro de limitação aos direitos de autor manteve-se atrelado à tradição romano-germânica de elaborar uma lista fechada de hipóteses descritivas das situações que configuram permissões ao uso livre de obras protegidas. De maneira geral, entende-se que se cuida de previsões bastante pontuais que abrem pouco ou nenhum espaço para a interpretação e a criatividade do aplicador da norma.

Talvez as únicas exceções sejam as adições contidas nos incisos II e VIII do art. 46. Nelas, o legislador fez uso de expressões cujo conteúdo possui menor nível de determinação, a exemplo de “pequenos trechos”, “uso normal da obra reproduzida” e “prejuízo injustificado”, o que, em suma, abre ao aplicador da norma maiores possibilidades de fazer uso da sua própria discricção para perscrutar se determinado uso de obra constitui ou não violação ao direito de autor.

⁸⁹ COSTA NETTO, José Carlos da. *Op. cit.*, p. 291.

Não obstante essas inovações, desde sua promulgação, a LDA tem suscitado debates os mais variados. Ainda que haja uma previsão genérica, em seu art. 7º, à possibilidade de aplicar seu regime a obras intelectuais fixadas em suportes tangíveis ou intangíveis que se venha a inventar, muito se tem questionado se o diploma legal vigente tem condições de dar conta, no contexto atual de digitalização dos meios de comunicação, de reequilibrar adequadamente os interesses dos autores com a necessidade de promover a inclusão social, o acesso ao conhecimento e o direito à educação e cultura.⁹⁰

Tais questões já se apresentavam na década passada, quando foi proposto pelo Ministério da Cultura, em 2010, anteprojeto de lei com vistas a reformar a LDA, dando-lhe maior oxigenação “*através de uma evolução na interpretação dos comandos legais de acordo com a dinâmica moderna da sociedade. [...]*”⁹¹. No sentir dos responsáveis pela proposta de reforma, ela seria necessária, pois “*ao atingir a sua maioria, alguns paradigmas rígidos adotados na interpretação da Lei de Direitos Autorais precisam ser relativizados*”.⁹²

Infelizmente, a despeito das evidências que demonstravam algumas distorções da lei vigente que poderiam ser corrigidas⁹³, os debates que deveriam culminar na aprovação de um novo marco legal para o direito de autor no Brasil terminaram por ser sobrestados, muito em virtude das dificuldades de conciliar o jogo de interesses com os titulares de direitos, em especial aqueles pertencentes à classe artística brasileira.

Vale observar, na esteira dos comentários do Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, em seu voto no Recurso Especial n.º 1.512.647⁹⁴, a ser comentado adiante, que a pendência de um projeto de reforma do regime de proteção ao direito de autor foi a principal razão pela qual o legislador federal expressamente excluiu do

⁹⁰ STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. O *fair use* como limitação aos Direitos Autorais no Brasil: Precedente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 142, pp. 62-65, maio/jun. 2019, p. 62.

⁹¹ STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. *Op. cit.*, p. 62

⁹² STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. *Op. cit.*, p. 62.

⁹³ “Na oportunidade, o Governo Federal divulgou cartilha com dados que davam a exata noção de alguns dos excessos da Lei de Direitos Autorais no Brasil, dentre os quais destacamos:

(i) pesquisa da Consumers International, realizada em 2010, qualificando o Brasil como 27º país que mais facilita o acesso ao conhecimento em suas leis de direitos autorais, entre 34 países pesquisados; e

(ii) pesquisa da OMPI, realizada em 2008 mostrando que ‘num universo de 149 países, apenas 21 não permitem que museus, bibliotecas e cinematecas façam cópias de preservação e conservação de seus acervos. O Brasil é um deles, ao lado de países da África como Burkina Faso, Burundi, Líbia, Namíbia, do Oriente como Iraque, Kuwait e Yemen; na América Central e Sul como Haiti, Costa Rica, Argentina e Chile. Ressalte-se que o Chile alterou a sua lei para permitir a cópia para fins de preservação após a pesquisa.’”

⁹⁴ STJ. REsp n.º 1.512.647, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.5.2015.

campo de aplicação da Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) as violações ao direito de autor, ressalvada, no entanto, sua aplicabilidade diante da inexistência de lei especial⁹⁵.

Nesse mesmo sentido, com relação ao tema das limitações ao direito do autor, ao definir hipóteses de violação específicas para o meio digital, é possível que uma futura reforma da LDA venha a definir hipóteses específicas de não incidência da norma autoralista para usos de obra protegida no ambiente digital. Possível também pensar que uma eventual reforma venha, de outro lado, a caminhar no sentido contrário, estabelecendo um regime de proteção mais robusto para o autor.

O certo, porém, é que a legislação brasileira não poderá se esquivar de acompanhar as tendências internacionais nesse sentido, haja vista sobretudo o fato de que a rede de computadores aprofunda as tendências globalizantes, tornando mais fluido o fluxo internacional de dados e informações, muitas vezes ao arrepio das possibilidades de absoluto controle por parte dos entes estatais.

Finalmente, note-se que a discussão a respeito da revisão das normas brasileiras que regem o direito de autor passa também por definir o melhor mecanismo a ser adotado no que se refere às limitações ao direito do autor. Ainda que o Brasil se mantenha fiel à tradição francesa de definir hipóteses fechadas de exceção à proteção autoral, paulatinamente começa a se aventar a possibilidade de adoção de um regime mais flexível a aberto, à semelhança daquele existente no *Common Law* (*fair use* americano e *fair dealing* inglês), com a finalidade específica de garantir que o direito de autor não venha a se tornar um grande empecilho para o progresso tecnológico.

⁹⁵ “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.

[...]

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.” (Lei n. 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: nov. 2021.

O tema do *fair use* já tem sido considerado tanto pela jurisprudência brasileira como pela doutrina especializada, como passamos a tratar.

2.2. A posição do STJ

2.2.1. Questões metodológicas

A pesquisa jurisprudencial cujo resultado apresentamos a seguir destinou-se a encontrar julgados do Superior Tribunal de Justiça que contenham em sua ementa a expressão “*fair use*” e que discutam matéria relacionada ao direito de autor. Tal busca destinou-se, de um lado, a compreender o sentido atribuído pelo julgado à expressão *fair use* e, de outro, a determinar se, na concepção da turma julgadora, o instituto poderia ser aplicado, quer diretamente, quer em analogia a algum instituto do direito brasileiro que apresente características semelhantes.

Para tanto, utilizamos o mecanismo de busca do Superior Tribunal de Justiça (<https://processo.stj.jus.br/SCON/>). Na caixa de pesquisa, a expressão inserida foi “*fair use*”, entre aspas, a fim de que somente fossem localizadas as duas palavras quando estivessem adjacentes uma à outra. Como mecanismos de filtragem dos resultados, as buscas foram restritas a julgados da Segunda Seção (Terceira e Quarta Turmas), dedicada ao direito privado. Por fim, foram excluídas todas as decisões monocráticas, de modo que somente foram tomados em consideração os acórdãos.

Aplicados esses critérios, a pesquisa resultou em três acórdãos, prolatados entre os anos de 2009 e 2015. Dada a quantidade não tão elevada de resultados, tornou-se desnecessária a aplicação de qualquer filtro temporal à pesquisa jurisprudencial.

2.2.2. Recurso Especial n.º 983.357/RJ

Recurso: REsp n.º 983.357/RJ⁹⁶

⁹⁶ Ementa:

“DIREITO AUTORAL. RADIODIFUSÃO DE MÚSICA AMBIENTE. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE, POR FORÇA DE SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, OBTVEU CONTRA O ECAD DECISÃO QUE IMPEDE ESTE ÚLTIMO DE COBRAR DE SEUS CLIENTES PELA EXECUÇÃO DA MÚSICA AMBIENTE EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. EFICÁCIA E COISA JULGADA QUE ATINGEM OS TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS REPRESENTADOS PELO ECAD NAQUELE LITÍGIO. EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE DOS AUTOS. REALIZAÇÃO DE CÓPIA PRIVADA LÍCITA. CARÁTER ABUSIVO DA NOTIFICAÇÃO A CLIENTES QUE ADQUIRIRAM O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS.

- Antes da consolidação da atual jurisprudência sobre o tema, ainda na década de 1980, a recorrida obteve prestação jurisdicional transitada em julgado que obrigava o ECAD a se abster de realizar cobranças de seus clientes pela utilização, nos estabelecimentos comerciais destes últimos, da música ambiente que lhes é transmitida.

- Considerando-se que o ECAD atua em nome próprio, mas no interesse de seus associados e dos titulares de direitos autorais, seu papel em juízo é de verdadeira substituição processual.

- Os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada, nas hipóteses de substituição processual, estendem-se de forma a atingir o terceiro cujos interesses foram representados em juízo, sobretudo quando o juízo é de procedência.

- A decisão favorável à recorrida, que impede o ECAD de cobrar direitos autorais dos clientes que recebem a música ambiente, tem força vinculante perante as associações e autores que este órgão substituiu em juízo, opondo-se inclusive à recorrente.

- A gestão coletiva necessária pode ser afastada quando o titular dos direitos autorais notifica a associação a que está filiado e o ECAD de que passará a gerir pessoalmente seus interesses. Inteligência do art. 98, par. único, Lei 9.610/98. Prova de notificação inexistente na hipótese dos autos.

- O direito à retirada ou a suspensão de obra licitamente colocada em circulação só pode ser exercido quando haja uma das seguintes hipóteses: (i) a utilização da obra implica afronta à reputação e imagem do autor (art. 24, VI, da Lei 9.610/98); (ii) não haja discriminação infundada ou baseada puramente em razões subjetivas (art. 21, XII, da Lei 8.884/1994); (iii) o usuário realiza pagamento normal, segundo os usos e costumes comerciais (art. 21, XIII, da Lei 8.884/1994). Nenhuma dessas hipóteses se configurou na hipótese dos autos.

- Recorrida que, previamente à radiodifusão, seleciona e grava músicas na sequência em que serão transmitidas. Embora a radiodifusão não se confunda com reprodução, está excepcionalmente justificada a conduta da recorrida, pois a reprodução da obra alheia se deu em âmbito estritamente privado com fins meramente instrumentais e no intuito de viabilizar a radiodifusão. Não houve, além disso, prejuízo aos legítimos detentores de direitos autorais, pois não consta dos autos que as reproduções realizadas sejam comercializadas e nem distribuídas gratuitamente a quem quer que seja. Isto é, a conduta da recorrida não teve impacto sobre o mercado potencial das obras gravadas. A prática serviu apenas de instrumento à boa prestação do serviço de radiodifusão de música ambiental. Afinal, o processo simplifica a divulgação das obras de titularidade da recorrente e, por essa divulgação, ela é regularmente remunerada.

- A realização de cópias privadas, nesse contexto em que meramente instrumentaliza e facilita a radiodifusão, não se dá como fim em si mesmo, não prejudica a exploração normal da obra reproduzida nem causa um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

- **É abusivo o exercício de um direito de autor como forma de vedar a realização de cópias privadas, feitas a partir de uma licença de uso regularmente adquirida e que não têm qualquer impacto sobre o mercado potencial das obras reproduzidas. Ao contrário, a conduta da recorrida está abrangida no uso razoável (“fair use”) que se pode esperar da licença de divulgação ao público que a recorrida obteve junto ao ECAD.**

- Em razão dos efeitos da coisa julgada, da inexistência de gestão individual, da ausência de condições para o exercício do direito de retirada, e da excepcional regularidade da realização de cópias privadas, o titular de direitos autorais sobre músicas transmitidas por radiodifusão não poderia ter notificado os clientes da recorrida, apontando suposta ilegalidade na conduta desta última.

- A notificação enviada a clientes da recorrida lhe atingiu a honra objetiva, razão pela qual lhe devem ser compensados os danos morais. Valor dos danos morais fixados em patamar razoável e sem exageros. Recurso especial improvido.”

Órgão julgador: Terceira Turma

Relatoria: Ministra Nancy Andrichi

Data de julgamento: 3 de setembro de 2009

A Autora/Recorrida era empresa de radiodifusão que possuía contratos de licenciamento com diversas empresas cujo objeto é a difusão de música ambiente para estabelecimentos comerciais. Ao tomar conhecimento de que a Ré/Recorrente vinha notificando seus clientes a respeito de uma suposta ilicitude do serviço, haja vista que supostamente violaria os direitos de autor dos titulares das músicas, a empresa de radiodifusão ajuizou contra ela uma ação de não fazer cumulada com pedido de indenização por dano moral, contra a qual a Ré apresentou reconvenção, na tentativa de ter reconhecida a violação de seus direitos e obter reparação por danos materiais.

Na origem a ação foi julgada procedente, e a reconvenção, improcedente. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a decisão de primeiro grau.

Ao analisar os argumentos das partes, a Ministra relatora, Nancy Andrichi, concluiu pela legalidade da autorização para a radiodifusão de música ambiente, nos termos do art. 98, parágrafo único, da LDA, uma vez que a Recorrente havia previamente autorizado o Escritório Central de Arrecadação (ECAD) a realizar a gestão coletiva das obras sobre as quais era detentora de direitos patrimoniais. Como a autorização para a radiodifusão foi obtida pela Recorrida diretamente com o ECAD por meio de contrato de licenciamento celebrado dentro dos ditames legais, a Ministra concluiu pela ausência de violação a qualquer dispositivo da LDA.

Com relação à possibilidade de reproduzir obra musical alheia no contexto da radiodifusão, a Relatora ainda destacou que: “*muito recentemente os estudos sobre o direito de autor têm procurado destacar que nessa seara, como qualquer outra propriedade, deve-se observar a função social, para, dessa forma, encontrar limites extrínsecos a esse direito*”⁹⁷, sendo aplicáveis, além disso, institutos como a teoria do abuso de direito, com o intuito de evitar que a excessiva proteção da propriedade não se preste a inviabilizar o exercício

⁹⁷ STJ. REsp n.º 983.357/RJ. 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, j. 3.9.2019.

de outras garantias fundamentais, como a livre concorrência, o livre exercício de atividade econômica, no âmbito de sua função social, bem assim o acesso à cultura.

E com base nessas considerações concluiu:

“É abusivo, sem dúvida, o exercício de um direito de autor como forma de vedar a realização de cópias privadas, feitas a partir de uma licença de uso regularmente adquirida e que não têm qualquer impacto sobre o mercado potencial das obras reproduzidas. Ao contrário, **a conduta da recorrida está abrangida no uso razoável (“fair use”) que se pode esperar da licença de divulgação ao público que a recorrida obteve junto ao ECAD.**”

Embora, no contexto do julgado, não seja possível determinar com precisão o sentido que a Ministra atribuiu ao termo *fair use*, vale observar que ela fez uso da expressão “mercado potencial das obras reproduzidas”, que corresponde à quarta etapa do teste do *fair use*, como já foi discutido na primeira parte deste estudo.

Contudo, com a devida vênia, entendemos que o recurso ao *fair use* mostra-se despiciendo no caso concreto. Em primeiro lugar porque tanto o art. 9º da CUB como o art. 46, inciso VIII, da LDA, ambos textos vigentes no Brasil, trazem o conceito de *exploração normal da obra*, cujo conteúdo é semelhante ao da lei americana e poderia ter sido aplicado à espécie com efeitos argumentativos semelhantes.

Em segundo lugar, a nosso sentir, o uso da expressão *fair use* revela-se até mesmo impróprio no contexto, haja vista que não se procedeu ao exame das circunstâncias do uso no caso concreto à luz das quatro etapas sequenciais previstas no parágrafo 107 do Copyright Act. O que se fez, ao revés, foi tão somente assinalar de maneira perfunctória um dos conceitos ali presentes (*mercado potencial das obras reproduzidas*).

Por fim, há que se comentar, como já estudado anteriormente, que o *fair use* se destina a averiguar situações nas quais o uso de obra protegida questionado ocorre de maneira independente de qualquer relação jurídica preexistente entre as partes (uso não autorizado). É justamente essa falta de vínculo anterior que torna necessário o sopesamento de diversos fatores para que se determine a existência ou não de violação na hipótese avaliada.

No caso julgado no recurso especial em testilha, a radiofusão teve a contraprestação do pagamento dos devidos direitos aos titulares por meio do órgão investido por lei para realizar a gestão coletiva dos direitos de autor sobre canções (ECAD). Isso significa que não se pode falar propriamente em uso gratuito e independente de autorização, como ocorre nas situações abarcadas pelo *fair use*, mas de uma relação contratual que se desenvolve de maneira atípica por meio de um escritório designado para gerir os interesses patrimoniais dos profissionais dedicados à música.

2.2.3. Recurso Especial n.º 1.217.567/SP

Recurso: REsp n.º 1.217.567/SP⁹⁸

Órgão julgador: Quarta Turma

Relatoria: Ministro Luis Felipe Salomão

Data de julgamento: 7 de maio de 2013

Trata-se de ação havida entre o Sistema Globo de Edições Musicais Ltda. (Autora/Recorrida) e a Editora Abril (Ré/Recorrente). A autora buscava com sua ação obter indenização em virtude do uso pela Ré, em sua publicação masculina *Playboy*, dos trechos mais célebres da canção “Dancin’ Days”, composta por Nelson Motta e Ruban, interpretada pelo sexteto As Frenéticas e tema da telenovela *Dancin’ Days*, de 1979 (“Abra suas asas. Solte suas feras. Entre nesta festa”). Na origem, a ação foi julgada procedente e o *decisum* foi confirmado em grau recursal.

⁹⁸ Ementa

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. USO DE TRECHO DA LETRA DA OBRA MUSICAL DANCIN DAYS SEM AUTORIZAÇÃO DO DETENTOR DOS DIREITOS AUTORAIS EM PUBLICAÇÃO DA REVISTA PLAYBOY. LIMITES IMPOSTOS AO DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO.

1. A reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes apenas não constitui ofensa aos direitos autorais quando a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, não prejudique a exploração normal daquela reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII, da Lei n. 9.610/1998).

2. A exploração comercial da obra e os meios em que ela ocorrerá é direito exclusivo do autor, como regra. A transcrição de trecho musical em periódico de forma não autorizada não caracteriza permissivo legal (fair use) que excepcione o direito de exploração exclusiva pelo seu titular.

3. O caso dos autos não se enquadra nas normas permissivas estabelecidas pela Lei n. 9.610/1998, tendo em vista que o refrão musical inserido no ensaio fotográfico e de cunho erótico - de forma indevida -, tem caráter de completude e não de acessoriedade; e os titulares dos direitos patrimoniais da obra vinham explorando-a comercialmente em segmento mercadológico diverso.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

De acordo com o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, a controvérsia do recurso especial: “*resume-se a saber se a reprodução de trechos da obra musical sem autorização ou menção de seus autores em periódico de cunho erótico se enquadra nos permissivos legais estabelecidos no art. 46, inc. VIII, da Lei de Direitos Autorais.*”⁹⁹

Para dirimir o conflito de interesses, o ministro teceu diversas considerações relevantes a respeito do *fair use* e da regra dos três passos. Confira-se:

“Tais dispositivos [art. 9º da Convenção de Berna e art. 13 do Acordo OMC/TRIPS] regem a doutrina do *fair use ou usage loyal* e a regra dos três (3) passos, segundo a qual o uso não autorizado de obras de terceiros será legítimo se obedecidas as seguintes condições:

- (a) que se trate de certos casos especiais (expressamente previstos em lei);
- (b) que não atentem contra a exploração normal da obra;
- (c) que não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.”

Como se pode observar, a citação textual é relativa à regra dos três passos, e não ao *fair use*, dois institutos que não se confundem. Havíamos comentado na primeira parte deste estudo que a regra dos três passos é uma norma geral, que pode ser internalizada pelos Estados-membros da União da maneira que for mais adequada às suas próprias necessidades jurídicas, econômicas e culturais, desde que, no entanto, não haja conflito com o texto da CUB.

Foi opção do legislador brasileiro de 1998 prever uma hipótese de limitação ao direito de autor com conteúdo que apresenta maior nível de indeterminação, porém, mais estrita que a regra dos três passos, na medida em que não se autoriza a reprodução integral da obra protegida, mas tão somente de pequenos trechos. Sendo assim, ainda que a CUB tenha vigência no Brasil, o direito que se aplica diretamente ao caso concreto é sempre o do capítulo IV da LDA.

Tanto é assim que, ao cabo, será do inc. VIII do art. 46 da LDA que o ministro lançará mão para decidir se houve ou não violação de direitos autorais:

⁹⁹ STJ. REsp n.º 1.217.567. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2013.

“Assim, o dispositivo em comento autoriza a reprodução em quaisquer obras de pequenos trechos de obras preexistentes, sempre que a reprodução em si não seja objetivo principal da obra nova. De forma concomitante, não é permitido à obra nova prejudicar a exploração normal da obra reproduzida nem causar prejuízo injustificado ao legítimo interesse do autor.”¹⁰⁰

Tendo definido o conteúdo do direito de autor e excluído as hipóteses de não incidência, o relator rapidamente concluiu, por subsunção entre a norma e os fatos relatados pelas partes, que a violação do direito dos titulares da canção “Dancin’ Days” estava configurada:

“O ponto principal é que a citação de trechos de obras alheias, desprovidas de autorização, somente se enquadram nos permissivos legais quando realizadas a título científico ou educativo; porém, não são passíveis de enquadramento em tais regras autorizadas a menção de trecho de obra musical em periódico de cunho erótico, sem o consentimento dos autores e referência aos seus nomes.”¹⁰¹

Portanto, para que fosse dada a solução mais adequada ao caso, não houve a necessidade de se realizar um longo percurso com diversas etapas nas quais o julgador deveria ponderar entre diferentes fatores e valores jurídicos e extrajurídicos, e então decidir qual deles deveria preponderar sobre os demais.

Para parte da doutrina, esse recurso é paradigmático, uma vez que nele se iniciou uma marcha de reconhecimento jurisprudencial da existência de uma cláusula de *fair use* no direito brasileiro.¹⁰² Nada obstante o artigo de lei brasileiro permitir ao aplicador um certo grau de discricionariedade ao decidir se determinado uso representa ou não pequeno trecho, se impede ou não a exploração normal da obra, se causa ou não prejuízo injustificado à esfera de interesses do autor, o próprio julgado demonstra que sua aplicação na prática se dá de maneira bastante simples, à luz do princípio da interpretação restritiva das normas limitadoras de direitos autorais.

¹⁰⁰ STJ. REsp n.º 1.217.567. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2013.

¹⁰¹ STJ. REsp n.º 1.217.567. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2013.

¹⁰² STRABURG JUNIOR, Carlos Edson. *Op. cit.*, p. 64.

2.2.4. Recurso Especial n.º 1.512.647/MG

Recurso: REsp n.º 1.512.647/MG¹⁰³

¹⁰³ Ementa

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. REDE SOCIAL. ORKUT. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR (ADMINISTRADOR). INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ESTRUTURA DA REDE E COMPORTAMENTO DO PROVEDOR QUE NÃO CONTRIBUÍRAM PARA A VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. RESPONSABILIDADES CONTRIBUTIVA E VICÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DANOS QUE POSSAM SER EXTRAÍDOS DA CAUSA DE PEDIR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDICAÇÃO DE URL'S. NECESSIDADE. APONTAMENTO DOS IP'S. OBRIGAÇÃO DO PROVEDOR. ASTREINTES. VALOR. AJUSTE.

1. Os arts. 102 a 104 da Lei n. 9.610/1998 atribuem responsabilidade civil por violação de direitos autorais a quem fraudulentamente "reproduz, divulga ou de qualquer forma utiliza" obra de titularidade de outrem; a quem "editar obra literária, artística ou científica" ou a quem "vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem".

2. Em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais. Há que investigar como e em que medida a estrutura do provedor de internet ou sua conduta culposa ou dolosamente omissiva contribuíram para a violação de direitos autorais.

3. No direito comparado, a responsabilidade civil de provedores de internet por violações de direitos autorais praticadas por terceiros tem sido reconhecida a partir da ideia de responsabilidade contributiva e de responsabilidade vicária, somada à constatação de que a utilização de obra protegida não consubstanciou o chamado fair use.

4. Reconhece-se a responsabilidade contributiva do provedor de internet, no cenário de violação de propriedade intelectual, nas hipóteses em que há intencional induzimento ou encorajamento para que terceiros cometam diretamente ato ilícito. A responsabilidade vicária tem lugar nos casos em que há lucratividade com ilícitos praticados por outrem e o beneficiado se nega a exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo.

5. No caso em exame, a rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas. Conforme constatado por prova pericial, a arquitetura do Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos autorais. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos julgados no direito comparado, em que provedores tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual. Descabe, portanto, a incidência da chamada responsabilidade contributiva.

6. Igualmente, não há nos autos comprovação de ter havido lucratividade com ilícitos praticados por usuários em razão da negativa de o provedor exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo, do que resulta a impossibilidade de aplicação da chamada teoria da responsabilidade vicária.

7. Ademais, não há danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir. Ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o ressarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

8. Quanto à obrigação de fazer – retirada de páginas da rede social indicada –, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Rcl 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 4/6/2014.

9. A responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (IPs).

10. Nos termos do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC, pode o magistrado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, alterar o valor ou a periodicidade das astreintes em caso de ineficácia ou insuficiência ao desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Valor da multa cominatória ajustado às peculiaridades do caso concreto.

11. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ).

12. Recurso especial parcialmente provido."

Órgão julgador: Segunda Seção

Relatoria: Ministro Luis Felipe Salomão

Data de julgamento: 13 de maio de 2015

Trata-se de ação movida por empresa de educação, titular de direitos patrimoniais de autor sobre videoaulas em matéria jurídica, contra o Google. A autora alegava violações a seus direitos realizadas mediante o uso do Orkut, rede social muito popular no Brasil na primeira década do século XXI, desativada em 2014 e que possibilitava a troca de mensagens entre os usuários cadastrados e o compartilhamento de informações por meio de “comunidades” agrupadas em torno de interesses comuns.

De acordo com a requerente, todas as tentativas de contato com a plataforma com o intuito de remover o compartilhamento de seu material didático mostraram-se infrutíferas, eis que, segundo o Google, ela havia apenas endereçado um pedido genérico que não permitia identificar com exatidão as páginas nas quais estavam ocorrendo os atos de “pirataria”.

Com a ação, a requerente pretendia a derrubada das páginas violadoras, a responsabilização do Google pelos danos materiais sofridos pela requerente, bem como a condenação à obrigação de fazer consistente no fornecimento dos endereços de IP (*internet protocol*) dos terminais de computador a partir dos quais haviam sido feito os *uploads* ilegais dos vídeos.

Na origem, a ação foi julgada procedente para todos os pedidos salvo o de obrigar o Google a monitorar futuros *uploads* de vídeos relacionados à marca associada ao conteúdo criado pela autora. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a sentença.

O relator do recurso especial, Ministro Luis Felipe Salomão, iniciou seu voto tecendo considerações sobre a evolução jurisprudencial do entendimento relativo à responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. Ele lembrou que, anteriormente ao advento da Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), prevalecia a compreensão de que a inércia do provedor diante da notificação do titular a respeito de violações de direitos de autor

havidas na plataforma era o quanto bastava para configurar sua responsabilidade objetiva (regra do *notice-and-takedown*, utilizada nos direitos americano e europeu¹⁰⁴).

O MCI, no entanto, adotou orientação diversa em seu art. 19, permitindo a responsabilização objetiva do provedor de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiros somente em decorrência do não cumprimento de ordem judicial para a remoção de conteúdo.

Embora note que a controvérsia ali decidida tenha surgido antes da nova disciplina legal a reger o tema, o relator asseverou que, para fins de uniformização jurisprudencial, é aplicável ao caso concreto, no que couber, a regra de responsabilização consignada no art. 19 do MCI, afastando, dessa forma, a responsabilidade do Google, conforme a seguinte fundamentação:

“Assim, para a solução do caso concreto, valendo-me das regras relativas ao direito autoral vigente (Lei n. 9.610/1998) e tendo em vista o amplo debate internacional sobre o tema - que se arrasta de longa data -, entendo que deva ser afastada a responsabilidade civil da Google, essencialmente, por duas razões: **(a)** a estrutura da rede social em questão - Orkut - e a postura do provedor não contribuíram decisivamente para a violação de direitos autorais; **(b)** não se vislumbram danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir deduzida na inicial.”¹⁰⁵

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Salomão recorreu ao Direito Comparado, lembrando julgados fundamentais da Suprema Corte Americana que lidaram com o tema do *fair use*, a exemplo de Sony vs. Universal Studios (Caso Betamax) e Napster vs. A&M Records Inc. Ao cotejar os dois casos, em que foram dadas soluções contrárias, o Ministro notou que o critério aplicado pelo julgador para auferir a eventual responsabilidade do provedor era saber se a própria estrutura da plataforma se mostrava como indução ou instigação à prática de ilícitos.

Com relação ao Caso Betamax, observou que “ficou comprovado que a principal finalidade dos donos de videocassetes era copiar o programa desejado para assisti-lo em

¹⁰⁴ IRAMINA, Aline. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por infrações a direitos autorais no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 4, jul.-set. 2019.

¹⁰⁵ STJ. REsp n.º 1.512.647, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.5.2015.

*horário mais cômodo, uso doméstico que, segundo entendimento adotado, não configuraria violação de direitos autorais*¹⁰⁶, ao passo que no caso Napster:

“não se considerou legítimo o uso compartilhado das músicas protegidas por *copyright* pelo fato de a conduta não estar amparada pelos pilares básicos do *fair use*, como o propósito da utilização, a parcela da obra utilizada e os efeitos mercadológicos da utilização. Ficou comprovado que o uso compartilhado das músicas pelos usuários era de natureza comercial, porquanto se adquiria gratuitamente o que era oneroso; as obras musicais compartilhadas o eram na sua integralidade; e os impactos no mercado foram bem importantes”¹⁰⁷

No entender do ministro, esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado, por analogia, ao caso concreto, mesmo à luz do direito brasileiro, para se concluir pela inexistência de dano aos interesses da recorrida, nos termos dos arts. 102 a 104 da Lei n.º 9.610/1998, até mesmo porque a própria perícia havia concluído que as páginas das comunidades do Orkut não permitiam o *download* direto do material ali depositado e que a principal função da rede social era a troca de mensagens entre os usuários, e não o compartilhamento de arquivos:

“Por essa linha de raciocínio, a arquitetura da rede social Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos do Napster e do Grokster, que tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual.

Na verdade, no caso em exame, em que a rede social não fornece instrumento tecnológico de compartilhamento de arquivos nem o caminho para *downloads* de obras protegidas por *copyright*, o que se tem é um ambiente virtual no qual são trocadas mensagens entre os usuários.

No fundo, penso que responsabilizar o provedor de internet, nesses casos, seria como, *mutatis mutandis*, responsabilizar os Correios por crimes praticados a partir

¹⁰⁶ STJ. REsp n.º 1.512.647, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.5.2015..

¹⁰⁷ STJ. REsp n.º 1.512.647, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.5.2015..

dos escritos contidos nas correspondências privadas, o que soa absurdo a toda evidência.”¹⁰⁸

Como se pode notar, o percurso lógico realizado pelo ministro relator assemelhou-se bastante ao adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso Betamax. Em que pese o fato de que no recurso especial não se cuidasse propriamente de decidir se o *upload* de vídeos protegidos para plataforma de conteúdo constituía violação de direito de autor, mas tão somente de saber se o provedor poderia ser responsabilizado por tais violações, não deixa de ser interessante o fato de que se utilizou de renomado precedente estrangeiro a tratar do *fair use* para fundamentar a compreensão de que uma tecnologia não pode ser penalizada pelo mau uso que se faz dela.

2.2.5. Síntese conclusiva

Embora tenha sido invocado em número reduzido de casos do Superior Tribunal de Justiça, pode-se concluir que o tema do *fair use* já ressoa, ainda que de maneira tímida, nos tribunais brasileiros.

De maneira geral, da análise dos julgados trazidos, denota-se que muito amiúde o *fair use* é invocado como ferramenta do direito comparado para que se estabeleça as linhas gerais de aplicação das limitações ao direito do autor tal como concebidas pelo direito positivo brasileiro. Isso porque se a jurisprudência brasileira ainda não assentou as bases sobre as quais devem ser interpretados os termos cujo conteúdo apresenta maior nível de indeterminação (por exemplo, “*exploração normal da obra protegida*”, “*pequenos trechos*”), é razoável que se recorra à experiência de outros países a fim de se encontrar alguma forma de balizamento hermenêutico.

O que não se pode fazer, no entanto, é separar o *fair use* do contexto jurídico e axiológico no qual ele floresceu e que, ademais, o instituto não se confunde com a “regra dos três passos” da Convenção de Berna ou com a previsão do art. 46 da LDA. Portanto,

¹⁰⁸ STJ. REsp n.º 1.512.647, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.5.2015..

a evocação de instituto estrangeiro convida sempre a uma leitura cautelosa, a fim de que não se lhe atribua sentido que não corresponde ao original.

Entre os julgados estudados, à exceção do REsp n.º 1.512.647/MG, que realiza um estudo sistemático do *fair use* para então aplicar raciocínio semelhante ao usado pela Suprema Corte Americana no Caso Betamax, os demais parecem evocar o *fair use* de maneira mais episódica, associando ora à “regra dos três passos” da Convenção de Berna, ora ao permissivo do art. 46, inc. VIII, da LDA. Trata-se de uso do termo que se distancia tecnicamente daquilo que corresponde ao direito americano.

Exemplo disso é o REsp n.º 983.357/RJ, que associa o “uso justo” a um contrato de licença celebrado entre a alegada violadora de direitos de autor e o ECAD. Ora, como já se salientou, o uso decorrente de relação contratual e mediante pagamento de contraprestação não constitui limitação do direito de autor, mas é justamente uma afirmação de sua tutela, na justa medida em que é a partir do direito que se garante ao titular a possibilidade de se auferir renda a partir do seu labor intelectual e criativo. O *fair use*, por sua vez, rege aquelas situações em que o autor é temporária e circunstancialmente privado de sua possibilidade de obter renda, seja porque o uso não autorizado que se faz da obra protegida é inócuo, seja porque se deseja privilegiar outros valores, que na hipótese são mais importantes.

Portanto, em que pese o brilhantismo dos três julgados e das decisões ali consignadas, entendemos que o recurso ao *fair use* mostra-se desnecessário sobretudo no REsp n.º 983.357/RJ e no REsp n.º 1.217.567, em virtude de sua evocação descontextualizada em relação à própria dinâmica do *copyright* e do direito nacional no qual ele está inserido.

2.3. A posição da doutrina

2.3.1. Argumentos favoráveis à adoção no Brasil de cláusula semelhante ao *fair use*

Como já exposto, em termos de limitação aos direitos de autor, a maior inovação da Lei n.º 9.610/98 em relação ao diploma anteriormente vigente é a regra prevista no art. 46, inc. VIII, que permite a reprodução de pequenos trechos de obras protegidas, desde que não prejudique a exploração normal da obra e não ocasione prejuízos injustificados ao detentor do direito, incorporando ao direito interno, assim, o art. 9 (2) da CUB (a chamada “regra dos três passos”).

Para parte da doutrina, essa alteração legislativa representou uma significativa evolução da legislação brasileira, na medida em que na prática criou entre nós um sistema híbrido de limitações de direito do autor; ou seja, em que pese o fato de ter se mantido na tradição do sistema do *droit d’auteur* de elaborar seu sistema de limitações ao direito de autor em torno de uma lista fechada de hipóteses, o direito positivo brasileiro teria introduzido paralelamente uma cláusula geral, à semelhança do *fair use*, que se abre como solução hábil a resolver todas as controvérsias referentes a violação de direito de autor que não se enquadrem em nenhuma das outras hipóteses do art. 46. Para Carlos Edson Strasbourg Junior:

“O apego às raízes do *droit d’auteur* no Brasil levou a uma espécie de letargia no reconhecimento e aplicação da regra do *fair use*, no direito pátrio. Muitos doutrinadores ignoraram o dispositivo, enquanto outros o criticaram, sob o argumento de que o sistema de limitações fechadas em vigor até então garantia uma maior segurança jurídica e não seria tão restritivo quanto o apregoado.

Embora prevista na Lei de Direitos Autorais, a “regra dos três passos” sempre foi ofuscada pela doutrina e jurisprudência, que privilegiaram uma interpretação restritiva do direito autoral, condicionando todo e qualquer uso da obra à prévia autorização do titular do direito autoral”.¹⁰⁹

No entanto, mesmo os autores que defendem a adoção de uma cláusula modelada a partir do *fair use* costumam afirmar que o direito brasileiro ainda se mostra adepto da sistemática típica dos países que adotam o *droit d’auteur*. Essa conclusão é retirada do cotejo entre o atual regime vigente no Brasil (Lei n.º 9.610/1998) e a lei que antes vigorava (Lei n.º 5.988/73), reputada menos restritiva, na medida em que permitia a cópia integral de texto

¹⁰⁹ STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. *Op. cit.*, p. 62.

escrito, desde que seu uso fosse apenas privado, ao passo que a atual permite apenas a cópia de “pequenos trechos”.

Muitas críticas dirigidas à atual lei salientam que ela se mostra excessivamente voltada aos interesses dos autores, em detrimento de outros valores sociais e constitucionais, o que é particularmente dramático num país como o Brasil, que historicamente carece de amplo acesso a bens culturais e educacionais por expressiva parcela da população. Conforme argumenta Aristides Tranquillini Neto:

“No ímpeto de evitar que o instituto da reprodução para uso privado representasse uma intervenção descabida no interesse econômico do titular do direito autoral, o legislador de 1998, ainda que não tenha abolido esse instituto, deu-lhe, na medida em que o configurou com pressupostos deveras rígidos, um sabor amargo de quase-proibição. É como se dissesse, à maneira orweliana, que a cópia privada é admitida no Brasil, se bem que não o seja. Ora, essa quase-proibição não leva em conta que a reprodução para uso privado engloba um grande espectro de atos, que de maneira alguma mereceriam o mesmo tratamento severo. Pela letra dura da lei em vigor, violam o direito autoral - pasmemos! - aquele que copia manualmente um quadro ainda protegido pelo direito autoral, com intuito de praticar a arte da pintura; o pianista que grava, para controle, sua execução de uma música ainda protegida; ou aquele que copia um CD em fita cassete ou em formato MP3 para ouvir as músicas no carro ou no MP3- player - pois todas essas reproduções, ainda que se destinem ao uso privado e não lucrativo do copista, não se restringem a ‘pequenos trechos’.”¹¹⁰

‘Vemos, aí, portanto, uma possível regulação para o fair use no mundo digital. Mas como o Brasil trata legalmente desse assunto? Primeiramente é importante ressaltar que a atual Lei de Direitos Autorais não prevê expressamente a doutrina do *fair use*, somente estipulando, em seu art. 46, os usos que não caracterizam ofensa aos direitos autorais.’¹¹¹

No comentário do mesmo autor, o projeto de lei destinado a reformar o regime de proteção ao direito de autor no Brasil apresentado pelo governo na década passada e que ao menos num primeiro momento desejava liberalizar o uso de obras protegidas, especialmente para fins científicos e educacionais, seria necessário para permitir o reequilíbrio

¹¹⁰ FRIAS, Felipe Barreto. O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro – análise dogmática e crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 846, abr. 2009, pp. 66-96.

¹¹¹ TRANQUILLINI NETO, Aristides. Digital Rights Management e *fair use*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 116, pp. 35-50 jan./fev. 2012.

dos interesses de autores e consumidores de obras protegidas, porém, com o intuito de fazer prevalecer os interesses coletivos sobre os individuais. Entre as inovações que se desejava introduzir seria a adoção de uma cláusula geral de limitação, que teria como modelo o *fair use*.

Ocorre, porém, que, por conta de discordâncias no âmbito do próprio Ministério da Cultura, que havia proposto a lei, e em virtude da comunhão de interesses entre a então ministra Ana de Hollanda e a classe artística, a proposta foi logo abandonada, pois se temia que ela pudesse penalizar demasiadamente os profissionais que têm no direito de autor sua principal fonte de renda.¹¹²

Diante das dificuldades de se proceder a uma reforma pelas vias legislativas e pelo fato de que, passadas quase duas décadas, o debate a esse respeito pouco evoluiu, Aristides Tranquillini Neto sugere que caberia aos tribunais promover o desenvolvimento dos institutos jurídicos referentes à limitação de direito autoral, desenhando uma cláusula geral a partir dos dispositivos já vigentes em nosso direito:

“Se se quiser afastar o caráter violador desses atos sob a égide do direito atual, haver-se-ia de criar jurisprudencialmente um instituto semelhante ao *fair use* americano - o que demandaria uma tarefa quase hercúlea de argumentação.”

Marcos Alberto Bitelli espousa o parecer de Tranquillini Neto e argumenta, já no início deste milênio, quando os efeitos da internet ainda não se faziam sentir de maneira tão intensa como hodiernamente, que a atual Lei de Direitos Autorais seria deficiente por não estar apta a dar conta dos interesses em jogo caso fosse introduzida no contexto da digitalização da informação e do conhecimento. De acordo com o autor, uma solução para esse desafio também seria a adoção de uma cláusula de *fair use* em nosso direito:

“Não há na lei brasileira delineado o instituto do “uso privado” e *fair use*, pois o art. 46, somente autoriza cópias parciais e em uma só unidade de “pequenos trechos” para uso privado do copista. Ora, neste meio digitalizado, certamente todos estão fazendo réplicas integrais de conteúdos protegidos, para uso privado e justo, até por questões de segurança (*back up*) ou para movimentação física própria (levando no seu *lap top*, ou “disquete”).

¹¹² TRANQUILLINI NETO, Aristides. Digital Rights Management e *fair use*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 116, pp. 35-50 jan./fev. 2012.

Lembre-se, ainda, que os “internautas”, que serão todos em breve, como os usuários das mídias convergentes, exigem o uso de browser o que permite o acesso à leitura na tela do conteúdo (protegível ou não). Para executar o *browse* o usuário é obrigado a executar um *download* para a memória RAM (*random access memory*) de seu equipamento da informação ou do conteúdo. Este processo tecnológico seria ou não a realização de uma “cópia” e, conseqüentemente, infringiria ou não as leis de direito de autor (a brasileira inclusive) e as de *copyright*? Este processo se constituiria uma “fixação” para fins da lei?

Com todas estas lacunas e conflitos, faz-se necessária a edição de novas leis nas quais sejam balanceados os interesses em jogo dentro de um universo digitalizado.”¹¹³

Outro argumento favorável à adoção no Brasil de uma cláusula geral semelhante ao *fair use* americano é o fato de que o sistema privatista brasileiro tem paulatinamente se habituado à existência de cláusulas jurídicas cujo conteúdo apresenta maior nível de indeterminação, permitindo a julgadores soluções que se pautam na análise das circunstâncias do caso concreto, a exemplo da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Luiz Gonzaga Silva Adolfo assevera que é até mesmo de se espantar que a inserção de uma cláusula geral de limitação aos direitos de autor seja ainda tão controversa entre nós, mormente quando se considera a evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial no Direito Civil dos últimos sessenta anos:

“Esta polemização pode ser equacionada em um primeiro plano na interpretação de vanguarda que lhe dá Ascensão, para quem as limitações não são exaustivas, mas em cada caso concreto, mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, se pode verificar se ocorre adequação daquela determinada utilização ao espírito geral da Convenção de Berna (Regra dos Três Passos) e das previsões constantes da Lei Autoral. Utilizar-se-ia da analogia e da interpretação extensiva.

Num segundo momento, a inserção de uma cláusula geral no ordenamento autoral positivado seria a solução que surgiria no momento histórico em que as cláusulas gerais foram construídas no sistema brasileiro, mormente a partir do Código Civil vigente, como se viu preteritamente. Não seria uma construção pura e simples, desprovida de maior fundamentação teórica e divorciada no momento histórico.

¹¹³ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. Direito de Autor e novas mídias. *Revista de Direito Privado*, v. 3, pp. 95-109, jul.-set. 2000.

Nem a importação de um modelo externo, a partir somente das virtudes do sistema construído nos Estados Unidos. [...]”¹¹⁴

Por fim, cumpre reproduzir o parecer do professor português José de Oliveira Ascensão, que defende que, mesmo em face do risco de se desprivilegiar a segurança jurídica, o *fair use* mostrar-se-ia como uma solução mais fluida e, portanto, mais compatível com o atual ambiente de aceleração técnica e onipresença das tecnologias relacionadas à informação e à comunicação:

“o *fair use*, não obstante a diversidade do sistema do Direito em que se integra, pode trazer o aperfeiçoamento do nosso sistema. A posição de partida é muito superior, porque permite manter vivo o corpo do direito autoral, satisfazendo simultaneamente os objetivos culturais e outros que estão indelevelmente na sua origem.”¹¹⁵

2.3.2. Argumentos desfavoráveis à adoção no Brasil de cláusula semelhante ao *fair use*

Se de um lado o *fair use* apresenta-se como uma alternativa viável ao alegadamente “engessado” sistema de limitações ao direito de autor pautado em lista fechada, na medida em que não constituiria empecilho à análise do direito no contexto de futuras tecnologias e formas de expressão, outra parcela de estudiosos argumenta que é justamente nesse aspecto que reside o risco de tornar a lei mais aberta a múltiplas interpretações.

Nessa seara, os comentaristas salientam que, até mesmo no contexto do *Common Law*, que se organiza em torno da paulatina construção de precedentes obrigatórios, capazes de gerar maior grau de certeza e segurança jurídicas no médio e longo prazo, o *fair use* nem sempre se caracteriza como um instituto que se caracteriza pela mais absoluta consistência, uma vez que permite a coexistência de soluções díspares. Na lição de Eduardo Magrani:

“Sendo considerado por parte da doutrina como conceito cinzento e fluido, o *fair use* é criticado nos Estados Unidos pelo fato de sua maleabilidade extremada dar ensejo a decisões absurdas, fruto de diferentes pesos atribuídos pelos criadores da jurisprudência a cada um dos fatores nos casos concretos.

A deficiência da regra do *fair use* em criar um conjunto de valores coerente é criticada por William Fisher em seu artigo intitulado “Reconstructing the fair use

¹¹⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.*, p. 164-166.

¹¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Fair Use no Direito Autoral*. Apud MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 78.

doctrine”, no qual sustenta que a doutrina do *fair use* passa por uma má fase, provocada pela mudança de entendimento da Suprema Corte americana com relação ao instituto, ao se deixar guiar por uma lista não exaustiva de ‘fatores’ muitas vezes ambíguos e vagos, com capacidade de gerar os mais diversos resultados. Fisher demonstra também, ao longo do artigo, forte preocupação com a insegurança que o novo entendimento gera aos usuários quanto a seus direitos legais. Por razões como estas, Fisher, à semelhança de outros doutrinadores, propõe uma reconstrução da doutrina do *fair use*, com o objetivo de salvar a principal limitação do sistema autoral norte-americano dessa fase crítica e desafiadora.”¹¹⁶

Tal crítica, como já exposto, pode ser feita à luz de julgados recentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como o já discutido *Oracle vs. Google*. A decisão ali consignada foi questionada mesmo no âmbito da turma julgadora, no voto divergente do *Justice* Clarence Thomas, que frisou o fato de que a posição adotada pela maioria se distanciava da função precípua do *copyright*, que é facilitar a exploração econômica por aqueles que se dedicam a atividades de cunho intelectual.

De acordo com Thomas, ao privar a Oracle do direito de instrumentalizar o produto de seu trabalho intelectual por meio da estipulação de contratos de licenciamento cujo objeto é permitir que outras empresas façam uso do código criado pela Oracle para desenvolver seus próprios aplicativos, a Suprema Corte dos Estados Unidos terminou por ceder a uma alegação genérica de interesse público que, no futuro, poderia se mostrar daninha e contribuir significativamente para o desvirtuamento do conceito de *copyright*.

A *opinio juris* de Thomas encontra respaldo em parcela da doutrina americana, que vê com ressalvas o alargamento da interpretação do *fair use* para abarcar situações que outrora nem se cogitaria como uso permitido de obras protegidas, acentuando com isso o problema da incerteza que é ínsito à leitura do *fair use*.¹¹⁷

A esse respeito, Claudio Lins de Vasconcelos pondera que a adoção de cláusula semelhante no direito brasileiro traria o risco adicional de se relativizar o direito moral do autor, direito fundamental e da personalidade que não é contemplado pelo sistema de *copyright*, mas que no Brasil redundaria na célebre noção de que as limitações ao direito de autor

¹¹⁶ MAGRANI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 82.

¹¹⁷ CARROL, Michael W. Fixing Fair Use. *North Carolina Law Review*, v. 85, n. 4, 2007, p. 1.093.

devem ser interpretadas sempre de maneira restritiva. No sentir do autor, a inclinação contemporânea na direção das limitações ao direito de autor com contornos menos precisos representa uma guinada da disciplina autoralista para o consequencialismo e, dessa forma, o enfraquecimento de sua dimensão axiológica, presente sobretudo em sua dimensão moral:

“Terminologicamente, o *Copyright Act* dos EUA se refere ao *fair use* como uma ‘limitação’ (*limitation*), mas existe uma diferença fundamental entre os limites impostos por esse instituto e os impostos pelas “limitações” do *droit d’auteur*. O direito do autor, no common law contemporâneo, não é um dever da sociedade para com o autor, válido *a priori*, mas uma proposição funcional do Estado, válida por suas consequências previsíveis. O *copyright* em si é uma exceção talhada para confirmar, no longo prazo, a regra geral do *free speech*. É comum entre os anglo-saxões, especialmente nos EUA, referir-se ao *fair use* como um “porto seguro” (*safe harbor*), onde o direito exclusivo não se aplica. É, antes de tudo, uma tese de defesa que pode ser alegada em um número indefinido de situações concretas. Por isso, o *fair use* não se apresenta como uma lista fechada de hipóteses, mas como um conjunto de parâmetros hermenêuticos, cujas linhas gerais foram incorporadas ao direito escrito (*statutory law*) norte-americano em meados da década de 1970, mas que têm origem na jurisprudência das cortes (*case law*) e são quase tão antigos quanto o próprio instituto jurídico do *copyright*.”¹¹⁸

Para esse autor, o maior risco de se tentar transpor para o direito brasileiro uma disciplina fundada sobre bases valorativas diversas da nossa seria ocasionar um desnecessário enfraquecimento dos institutos jurídicos brasileiros, na medida em que viabilizaria leituras mais desfavoráveis aos interesses do autor, que ao fim é a parte mais fraca da relação jurídica, na medida em que dispõe de poucos meios para se precaver e se defender da apropriação indevida de seu trabalho por terceiros.

Se os direitos de autor gozam do *status* de direito fundamental previsto em texto constitucional, enquanto a faceta moral pode ainda ser localizada como direito da personalidade, decorre que, para se cogitar de eventual limitação, seria necessário recorrer à própria fundamentação axiológica da tutela, com o intuito de se averiguar se o sacrifício do direito individual não seria demasiado frente ao interesse da coletividade.

¹¹⁸ VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 119, pp. 48-60, jul./ago. 2012, p. 53-54.

Claudio Lins de Vasconcelos comenta que, mesmo sem a adoção de uma cláusula geral, o direito pátrio permite a ponderação de direitos fundamentais, sem que isso se consubstancie necessariamente na adoção de uma cláusula geral no direito infraconstitucional e no abandono da sistemática tradicional de limitações aos direitos de autor:

“Isso não quer dizer que, no ordenamento brasileiro, essencialmente civilista, direitos autorais não possam ser ponderados frente a outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão (incluindo a liberdade de imprensa), a livre participação na vida cultural, entre outros. Contudo – e em que pese a existência de respeitáveis opiniões em contrário -, quer nos parecer que tal ponderação não se confunde com uma autorização constitucional para a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais listadas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais ou para a afirmação correlata de que suas hipóteses sejam meramente exemplificativas. Circunstâncias de uso não expressamente previstas entre as limitações aos direitos de autor podem até ser interpretadas pelo Judiciário como justificáveis em face de uma ponderação principiológica de natureza constitucional. Mas isso não implica, necessariamente, na extensão ou não restrição a qualquer dispositivo ou categoria de dispositivos em particular, pois qualquer dispositivo legal poderia ser objeto de interferência semelhante. Trata-se, em outras palavras, de uma relação horizontal, entre direitos de mesmo nível.”¹¹⁹¹²⁰

Por fim, mister ainda mencionar o parecer da professora Silmara Juny Chinelato¹²¹, que, sem ignorar possíveis vantagens de uma eventual adoção de sistema de cláusula aberta, alerta que uma expansão das hipóteses de limitação ao direito de autor seria

¹¹⁹ VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 119, pp. 48-60, jul./ago. 2012, p. 53-54.

¹²⁰ No mesmo sentido, Eduardo Magrani (*Op. cit.*, p. 83): “Além da problemática envolvendo a falta de clareza e os fatores que compõem o instituto do fair use, há que se mencionar outro ponto considerado negativo, principalmente no que tange à possibilidade de incorporação deste conceito ao sistema brasileiro de limitações. Trata-se do fato de o conceito de fair use estar alicerçado em uma análise patrimonialista, girando em torno da ideia de adequação aos interesses econômicos do titular do direito autoral.

[...]

Esta natureza evidencia o distanciamento existente entre a tradição do copyright e a tradição do droit d’auteur, a partir da qual foi erguido o sistema brasileiro de limitações. Ao direcionar seus elementos para uma apreciação dos efeitos econômicos que o uso da obra causa ao autor/titular dos direitos autorais, o fair use é considerado como um instituto “econocêntrico”. A adoção de uma doutrina de natureza puramente “econocêntrica” superficializaria o tratamento brasileiro dispensado às questões autorais. É harmonioso com nosso sistema compreender que os interesses dos criadores não devam ofuscar o núcleo essencial de outros valores fundamentais que gravitam na órbita da constelação constitucional.”

¹²¹ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Copyright Law in the Brazilian Constitution and its repercussions in ordinary laws. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 30, jul./dez. 2012, p. 21-28.

suficiente para corrigir alguns problemas gerados pelo atual sistema, sem com isso desfigurar os fundamentos filosóficos e axiológicos que sustentam o direito de autor entre nós:

“Although the fair use doctrine seems to be very useful, especially for the licensees and for the users, it must be kept in mind that it deprives the authors from their basic and fundamental right to use. As the Portuguese Professor José Joaquim Gomes Canotilho points out, this is a great limitation to the exclusive right of the author, and, as such, these circumstances must be interpreted narrowly.

We believe it would be more appropriate to expand the list of limitations stated in the law rather than creating a general clause, subject to broad interpretations of the admissible limitations to copyrights, keeping in mind that the author receives even more protection than the work in the Berne Convention.

Having said all that, I echo the words of Arpad Bogisch, distinguished Member of Wipo, who, in the preface of the Guide to the Berne Convention, emphasizes that a country does not develop itself or becomes more highly regarded by imposing restrictions on the authors, such as limitations and compulsory licenses, but by providing the means for the authors to better express their multiple talents.

I fully agree with Bogisch and I am convinced that a country gains the respect of the others by the way it treats Culture and Education. And that necessarily involves the appreciation and recognition of its authors, mainly through adequate legislation.”¹²²

123

As reflexões da professora Silmara em especial revelam que o sempre tão comentado conflito entre os direitos individuais de autores e titulares de direito de autor e os interesses públicos e coletivos apresenta nuances interessantes que não devem ser obviadas.

¹²² [“Ainda que a doutrina do *fair use* pareça útil, especialmente para o licenciamento e para os usuários, é preciso que se tenha em mente que ela priva os autores de seu direito básico e fundamental ao uso. Como assevera o professor português José Joaquim Gomes Canotilho, esta seria uma grande limitação ao direito exclusivo do autor, e, como tal, essas circunstâncias devem ser interpretadas de maneira restritiva.

Acreditamos que seria mais apropriado expandir a lista de limitações arroladas na lei do que criar uma cláusula geral, sujeita a interpretações ampliativas das limitações admissíveis ao direito de autor, tendo em mente que o autor recebe mais proteção do que a obra na Convenção de Berna.

Isso dito, ressoo as palavras de Arpada Bogisch, distinto membro da OMPI, que, no prefácio do *Guia da Convenção de Berna*, enfatiza que a um país não se desenvolve ou se torna mais bem quisto por impor restrições aos autores, tais como limitações ou licenças compulsórias, mas por garantir aos autores os meios para melhor expressar seus vários talentos.

Concordo plenamente com Bogisch e estou convencida de que um país obtém o respeito dos outros pelo modo como trata a cultura e a educação. E que isso necessariamente envolve a apreciação e o reconhecimento de seus autores, principalmente por meio da legislação adequada.”] (tradução nossa.)

¹²³ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Copyright Law in the Brazilian Constitution and its repercussions in ordinary laws. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 30, jul./dez. 2012, p. 21-28.

Se de um lado um sistema que torna mais aberta e flexível a interpretação das limitações ao direito de exclusivo poderia ter por bem ampliar o acesso a bens culturais e intelectuais a uma população que deles tanto carece, de outro, o fortalecimento do direito de autor, desde que obedecido o bom senso, serve não apenas ao indivíduo, mas também colabora para a valorização do trabalho intelectual, permitindo àqueles que se dedicam ao labor intelectual tenham sua atividade cada vez mais valorizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *fair use* possui uma longa e fascinante história ao longo de seus quase dois séculos de paulatina construção jurisprudencial e, contemporaneamente, estatutária. Na esteira da previsão da Constituição Americana do incentivo às artes, às ciências e ao progresso, o instituto se cristalizou como um contrapeso ao próprio *copyright*, atuando ao lado dele para delegar ao aplicador da lei a tarefa de averiguar se é a incidência da proteção autoral ou sua limitação o que mais permitirá a consecução das finalidades constitucionais.

Não à toa, o *fair use* parece uma alternativa tão atraente em comparação ao regime de limitações consignado na Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), mormente quando se nota que a dinâmica do Direito Privado contemporâneo tem sido cada vez mais receptiva a institutos jurídicos com conteúdo indeterminado, como *boa-fé objetiva*, *função social da propriedade*, *função social do contrato*, entre outros.

Contudo, acreditamos que, sem prejuízo das necessárias reformas da Lei n.º 9.610/98, para que se ampliem os permissivos referentes aos usos não comerciais de obra protegida (em especial, os usos de caráter educacional e informativo) e para que se efetive a tutela dos direitos de autor na internet, em harmonia com os princípios constitucionais já consignados no Marco Civil da Internet, os futuros desenvolvimentos legais e jurisprudenciais deveriam prosseguir nas sendas da tradição continental e se dedicar à ampliação de hipóteses bem delimitadas e circunscritas, como assinalado pela professora Silmara Chinellato.

A razão para isso é que, diferentemente do *copyright*, o direito de autor possui uma dimensão que ultrapassa o interesse patrimonial dos titulares. Em consonância com o art. 11 do Código Civil e o art. 27 da LDA, os direitos morais de autor, como o de reivindicar a paternidade da obra, mantê-la inédita e opor-se a qualquer alteração que possa desfigurá-la (art. 24 da LDA), são inalienáveis e irrenunciáveis. Uma eventual adoção de cláusula aberta poderia franquear ao sistema brasileiro um grau de incerteza que seria para nós intolerável, em vista da presença desses sensíveis direitos fundamentais e da personalidade em jogo.

Repise-se que, mesmo no contexto do *Common Law*, em que a obrigatoriedade dos precedentes judiciais deveria oferecer ao sistema maior nível de consistência e segurança jurídica, com a criação de *safe harbours*, o *fair use* não é isento de críticas, uma vez que ainda assim permitiria o surgimento de decisões conflitantes.

Nesse sentido, seria razoável concluir que uma cláusula aberta no sistema jurídico brasileiro teria entre nós efeito semelhante, podendo até produzir um efeito benéfico de flexibilizar o sistema protetivo, porém, isso às custas de um excessivo enfraquecimento da proteção moral, o que, no nosso entendimento, requer cautela, principalmente considerando que o autor é a parte que em geral menos tem condições de defender o seu direito contra o uso ilícito.

Ainda que não se possa ignorar que a internet traz novos desafios e questões jurídicas que estão muito longe de ser solucionadas, isso em si não é motivo para tão simplesmente se desistir de uma tradição jurídica. Do que foi exposto, conclui-se que historicamente o direito de autor não se deteriorou frente às inovações tecnológicas, mas antes se adaptou a elas, se desenvolveu com elas.

O *droit d'auteur* é quase tão antigo quanto o *copyright* e, a despeito de suas mudanças e particularidades, mantém-se com uma solução jurídica e axiológica robusta e elegante, que contempla as criações do espírito não apenas como bens *in commercio*, mas como emanção da personalidade humana, suas vivências, sentires e pensares.

Nesse sentido, a adoção de novas hipóteses de limitação a direitos, sobretudo para contemplar usos não comerciais de obra protegida, não deveria perder de vista que o autor não pode ter seu direito excessivamente relativizado ou condicionado a uma análise judicial do caso concreto, sob pena de se ver ameaçado o fundamental direito à autoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Diplomas legais

A.1 Estados Unidos

Constitution of the United States of America. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution>. Acesso em: nov. 2021.

US Code. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Acesso em: nov. 2021.

A.2 Brasil

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: nov. 2021.

Decreto n.º 75.699/1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: set. 2021.

Lei n.º 5.988/1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: set. 2021.

Lei n.º 9.609/1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm. Acesso em: set. 2021.

Lei n.º 9.610/1998. Altera atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: set. 2021.

Lei n.º 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: set. 2021.

B. Jurisprudência

B.1 Estados Unidos da América

A&M; Records, Inc.; Geffen Records, Inc.; Interscope Records; Sony Music Entertainment, Inc.; Mca Records, Inc.; Atlantic Recording Corp.; Island Records, Inc.; Motown Record Co.; Capitol Records, Inc. v. Napster, Inc. Nos. 00-16401, 00-16403, 2000. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4422>. Acesso em: nov. 2021.

Campbell, aka Skywalker et al. v. Acuff-Rose Music, Inc. No. 92-1292, 1994. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>. Acesso em: nov. 2021.

Folsom et al. v. Marsh et al. Case No 4.901, Circuit Court, Massachusetts, 1841. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>. Acesso em: nov. 2021.

Google LLC v. Oracle America, Inc. No. 18-956, 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf. Acesso em: nov. 2021.

Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: nov. 2021.

B.2 Brasil

STJ. REsp n.º 983357/RJ, Terceira Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 3.9.2009.

_____. REsp n.º 121767/SP, Quarta Turma, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2013.

_____. REsp n.º 1512647/MG, Segunda Seção, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13.05.2015.

C. Doutrina

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 20, jul./dez. 2007, p. 243-261.

- _____. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. O “fair use” no direito autoral. *In: Direito da informação*. v. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89-106.
- _____. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *Revista de Direito Autoral*, ABDA/Lumen Iuris, n. 1, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Propriedade Intelectual: Direito Autoral*. São Paulo: Direito FGV, 2014.
- _____. *Direito Autoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Autor: Questões fundamentais de direito do autor*. São Paulo: Lumen Juris, 2013.
- BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three-step-test*). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 493-503, jan./dez. 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito da personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. *Direito do autor*. 7.ed. São Paulo: Gen/Forense, 2019.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. Direito de Autor e novas mídias. *Revista de Direito Privado*, v. 3, pp. 95-109, jul.-set. 2000.
- BERGERON, Catherine. “Fair dealing” canadien et “fair use” américain: une analyse de l’exception d’utilisation équitable en matière de droit d’auteur. *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, v. 13. n. 12, pp. 267-309.
- BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da internet. *Revista de Direito Privado*, v. 42, pp. 9-29, abr.-jun. 2010.
- CARROLL, Michael W. Fixing fair use. *North Carolina Law Review*, v. 85, 2006, pp. 1.087-1.114.
- CHAVES, Antônio. Visão geral do Direito de Autor. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, ago. 2011, p. 375-378.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Copyright Law in the Brazilian Constitution and its repercussions in ordinary laws. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 30, jul./dez. 2012, p. 21-28.

_____. Liberdade de expressão, outros direitos da personalidade e direito de autor. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 30, 2014.

COPOLA, Gina; RIGOLIN, Ivan Barbosa. Direito Autoral Digital à Luz da Lei n.º 9.610/98. A jurisprudência existente. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, ano XIX, n.º 111, jan./fev. 2018.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERREIRA, Rodrigo Moraes. Requisitos para a licitude de uma paródia musical: interpretando o art. 47 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 22, p. 141-178, jan.-mar. 2020.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito de Autor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2019.

FISHER, William W. Reconstructing the fair use doctrine. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 8, pp. 1.659-1.795, jun. 1988.

FISHMAN, Joseph P. Creating around copyright. *Harvard Law Review*, v. 128, n. 5, pp. 1.334-1.403, mar. 2015.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Direito autoral: da Antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANKEL, Simon J.; FORREST, Ethan. What remains of fair use for software after Oracle v. Google. *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment*, v. 8, n. 2, 2019, pp. 310-323.

LOHMANN, Fred von. The new wave: copyright and software interfaces in the wake of Oracle v. Google. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 31, 2021, pp. 517-534.

FRIAS, Felipe Barreto. O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro – análise dogmática e crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 846, abr. 2009, pp. 66-96.

GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o “teste dos três passos” do direito do autor. *Revista de Direito Privado*, v. 41, jan./mar. 2010, p. 293-311.

HUGHES, Justin. Fair use across time. *UCLA Law Review*, v. 50, 2002-2003, pp. 775-801.

IRAMINA, Aline. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por infrações a direitos autorais no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 4, jul.-set. 2019.

LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do fair use delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ano II, n. IV, p.75-134, fev. 2006.

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos do Direito Digital*. São Paulo: RT, 2019.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Direitos autorais na internet. *Revista de Direito Privado*, v. 9, pp. 68-69, 2002.

LEVAL, Pierre N. Toward a fair use standard. *Harvard Law Review*, v. 103, n.º 5, pp. 1.105-1.136, mar. 1990.

LOREN, Lydia Pallas. Fair use: An affirmative defense?, *Washington Law Review*, v. 90, 2015, pp. 685-712.

MADALENA, Juliano. Comentários ao Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 94, p. 329-350, jul.-ago. 2014.

_____. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, v. 974, p. 81-110, dez. 2016.

MAGRANI, Eduardo. A problemática das exceções e limitações na atual Lei de Direitos Autorais e a inaplicabilidade do *fair use* ao contexto brasileiro. Em: LEAL, Fernando. (Org.). *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo/Rio de Janeiro: Malheiros/FGV Direito Rio, 2017, pp. 67-85.

MALHEIRO, Emerson Penha; PIMENTA, Enki Della Santa. A propriedade imaterial, o Marco Civil da Internet e a regra dos três passos nas limitações de Direitos Autorais na sociedade da informação. *Revista de Direito Privado*, v. 82, pp. 41-64, 2017.

_____ ; SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini. Práticas ilícitas, direitos da personalidade e controvérsias em propriedade intelectual na era da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 1.012, pp. 65-82, fev. 2020.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOCELLIN, Caroline. A responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro no Marco Civil da Internet. *Revista de Direito Privado*, v. 83, pp. 14-42, nov. 2017.

MORAES, Rodrigo. O Projeto de Lei 74/1875, de José de Alencar, e a atualidade do debate sobre domínio público no Direito de Autor. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 26, 2021.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Acordo sobre os Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (*Trips*) e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, São Paulo, n. 7, p. 26-33, out. 2005.

_____. Os direitos autorais na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 109, p. 109.128.

MORETTI, Franco. *Atlas do romance europeu: 1800-1900*. São Paulo: Boitempo, 2013.

NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. O “direito de colocação à disposição do público” e a exploração dos direitos autorais na internet: antecedentes normativos e a primeira jurisprudência. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 8, 2014, p. 63-88, jul.-dez. 2014.

NETANEL, Neil Weinstock. Making sense of fair use. *Lewis & Clark Law Review*, v. 15, 2001, pp. 715-772.

NONATO, Orosimbo; RÁO, Vicente; MONTEIRO, Washington de Barros; MORAIS, Antão de; VIANA FILHO, Luiz; CERQUEIRA, João da Gama. Direitos autorais – Prescrição – Prazo – Ampliação – Lei nova – Quando tem aplicação. *Doutrinas essenciais de Direito Empresarial*, v. 1, p. 1211-1261, dez. 2010.

OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. A proteção autoral na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 1.013, pp. 63-78, mar. 2020.

PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: RT, 2007.

PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa de. A polêmica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral. *Conjur*, 21.03.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral?imprimir=1>. Acesso em out. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. Na era digital qual o melhor sistema: *copyright* ou direitos autorais? *Revista de Direito Privado*, v. 69, set. 2019, p. 197-215.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité de Droit Civil Français: les biens*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952.

PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes Editor, p. 22-23.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. 4.ed. São Paulo: RT, 1974. t. XVI.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. Direito de marcas: a exceção da paródia e da crítica e a contribuição do teste dos três passos do acordo TRIPS para a tutela da liberdade de expressão. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, v. 150, pp. 3-28, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coords.). *Direito Civil: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Civil contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Gen/Forense, 2019.

SAMUELSON, Pamela. Possible futures of fair use. *Washington Law Review*, v. 90, 2015, pp. 815-868.

_____; ASAY, Clark D. Saving software's fair use. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 31, 2021, pp. 535-562.

SANTOS, Antonio Jeová. *O dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Maike Wile. Problemas públicos em plataformas privadas: a responsabilidade civil das mídias sociais por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 20, 2019.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Direito de Autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Manuella. Aspectos constitucionais da propriedade intelectual. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, abr./jun. 2010, pp. 178-202.

_____. *Direito Autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SICUTO, Alana Gabi. A proteção do Direito Autoral em tempos de internet. *Revista de Direito Privado*, v. 80, pp. 15-29, ago. 2017.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Conteúdo dos direitos do autor. *Revista dos Tribunais*, v. 806, dez. 2008, pp. 11-27.

SINCLAIR, M. B. W. Fair use old and new: the Betamax Case and its forebears. *Buffalo Law Review*, v. 33, 1984, pp. 269-332.

SIRINELLI, Pierre. Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins. *Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*. Genebra: OMPI, 1999.

STIM, Richard. Measuring fair use: the four factors. Em: *Copyright & Fair Use – Stanford Libraries*. Disponível em: <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors>. Acesso em: jul. 2021.

STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. O *fair use* como limitação aos Direitos Autorais no Brasil: Precedente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 142, pp. 62-65, maio/jun. 2019.

TRANQUILLINI NETO, Aristides. *Digital Rights Management e fair use*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 116, pp. 35-50 jan./fev. 2012.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 119, pp. 48-60, jul./ago. 2012.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas. Cultura, informação e direitos do autor: um dilema da sociedade cibernética. *Revista de Direito Empresarial*, v. 21, dez./2016, pp. 127-146.

WEINREB, Lloyd L. Fair's fair: a comment on the fair use doctrine commentaries. *Harvard Law Review*, v. 103, 1989, pp. 1.137-1.162.

YANKWICH, Leon R. What is fair use? *The University of Chicago Law Review*, 22. n. 1, 1954.

ZACCARIA, Madalena; AUGUSTI, Valéria; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano França. A pena e o pincel: o projeto de lei de Pedro Américo sobre a propriedade artística e literária e o diálogo entre política, direito, história e arte. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 3, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.