internet& sociedade

volume 3 / número 2 / dez 2022



internet& sociedade

A Revista Internet & Sociedade é uma publicação semestral organizada pelo InternetLab, centro independente de pesquisa em direito, políticas públicas e tecnologia localizado em São Paulo (SP). Nosso objetivo é reunir insumos, evidências e argumentos que aprofundem o pensamento crítico em torno de diferentes aspectos sociais, econômicos, políticos e regulatórios envolvendo mídias digitais e tecnologias de comunicação e informação; e, assim, avançar debates acadêmicos e abordar as múltiplas dimensões entre internet e sociedade.



INTERNET &
SOCIEDADE, V.3, N.2
- 2022, 2° SEMESTRE.

Imagem da capa Amanda Mogwai



Este trabalho está licenciado sob a Licença Atribuição-Compartilhalgual 4.0 Internacional Creative Commons.

> This work is licensed under a Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License.

Conselho Editorial

Dalton Lopes Martins
FACULDADE DE CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO. UNB

Elias Duarte Jr.
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA, UFPR

Gisele Craveiro ESCOLA DE ARTES, CIÊNCIAS E HUMANIDADES, USP

Giselle Beiguelmann
FACULDADE DE ARQUITETURA E URBANISMO, USP

Graciela Nathanson FACULDADE DE COMUNICAÇÃO, UFBA

José Roberto Xavier FACULDADE NACIONAL DE DIREITO, UFRJ

Jussara Marques de Almeida
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA DA COMPUTAÇÃO. UFMG

Maíra Rocha Machado

Marcelo Thompson
FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE HONG KONG

Rogerio Christofoletti DEPARTAMENTO DE JORNALISMO, UFSC

Virgílio Afonso da Silva FACULDADE DE DIREITO, USP

Editores Site

Francisco Brito Cruz e Atonal Studio

Mariana Giorgetti Valente Periodicidade

Editor executivo Semestral
Leonardo Mendes

Idiomas em que são
Comunicação aceitas publicações
João Vitor Araújo Português e Inglês

Revisão ISSN

Vitor Santos Vilanova 2763-5244

Identidade visual, Autor corporativo
projeto gráfico e InternetLab - Av. Ipiranga,
diagramação 344. São Paulo (SP), Brasil.

Polar.ltda CEP 01046-010.

revista.internetlab.org.br contato@revista.internetlab.org.br

CARTA DOS EDITORES

O sexto número da Revista Internet & Sociedade traz dois dossiês temáticos, focando de diferentes perspectivas o tema da cultura e do conhecimento no ambiente digital.

O primeiro, fruto de um trabalho de levantamento de novas perspectivas no campo do direito autoral, acesso ao conhecimento e ambiente digital, a partir da organização de uma oficina paralela ao Global Congress for Intellectual Property and the Public Interest, que realizou sua VI edição online em 2021. Comandado por Pedro Mizukami, editor convidado desta edição, a oficina agregou pesquisas sobre os caminhos desse debate, que veio tendo os contornos redefinidos a partir de mudanças nas formas e na escala de acesso e de consumo na internet. O workshop foi uma parceria do InternetLab, organização-casa desta revista, com a Open Future, financiado pela Fundação Ford. A chamada para artigos resultou em um conjunto de trabalhos com abordagens bastante distintas; incluímos no dossiê, também, uma tradução de um artigo de Christophe Geiger, Diretor Geral do Centro de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual da Universidade de Estrasburgo, sobre direito à mineração de dados e sua importância para pesquisa e para inovação em inteligência artificial. Geiger critica as novas disposições na União Europeia por sua excessiva restrição à atividade de mineração. Esse debate é também fundamental no Brasil, que discute agora uma lei de regulação de inteligência artificial que inclui disposições nesse sentido.

O segundo é fruto de um projeto do InternetLab financiado pela Fundação Wikimedia, que pesquisa e atua nas interseções entre equidade, conhecimento e tecnologias digitais, produzindo conhecimento sobre as barreiras na produção e acesso ao conhecimento de pessoas negras e indígenas e como o conhecimento livre e a internet podem contribuir ou reproduzir desigualdades, ainda estruturantes na sociedade brasileira. O dossiê tem como editora convidada a pós-doutoranda Stephanie Lima, que convidou pesquisadoras atuantes nessa interseção, a partir de atividades de escuta no âmbito do projeto, e é uma importante contribuição ao mapeamento da pesquisa nesses temas no Brasil.

Os artigos de ambos os dossiês passaram por revisão cega por pares, exceção feita ao artigo de Christopher Geiger, anteriormente publicado em coletânea da Kluwer Law International homenageando o professor P. Bernt Hugenholtz, em 2021. É uma satisfação apresentá-los aos leitores neste fechamento de 2022. Agradecemos autores e autoras, pareceristas, editor e editora convidados, e a equipe executiva envolvida em fazer a revista acontecer. E fechamos o ano já com um olho nas muitas ideias para a Revista à frente. Boa leitura!

Francisco Brito Cruz e Mariana G. Valente Os editores

SUMÁRIO

p. 5 و يا

A atuação estratégica de mulheres negras no combate às brechas digitais de gênero e raça

Glenda Dantas

p. 24

A experiência das iniciativas Cyberxirê e AqualtuneLab: o pioneirismo do Movimento Negro na construção de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial no campo dos direitos digitais

Juliane Cintra de Oliveira

p. 44

Expressões culturais tradicionais e acesso aberto: uma postura ética diante de um conflito

Nanashara Piazentin

p. 64 لا

Reforma da Lei de Direitos Autorais: mapeando interesses a partir da Consulta Pública de 2019

> Alice de Perdigão Lana André Parente Houang Jade Miranda Becari

p. 89 د

Reclaim the state:
public interest in
copyright and Modern
Monetary Theory

Konrad Gliściński LL.M.

p. 108 و

La regla de los tres pasos: antecedentes normativos y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño

Maria Rita Neiva

p. 135

Os artilheiros que estão faltando no time da inteligência artificial:
Big Data, o direito fundamental à pesquisa, e as (insuficientes) limitações para mineração de textos e dados na Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital

Christophe Geiger

р. 149

300 grau e 300 Grau: em negatividade colapsada

Amanda Mogwai

ARTIGO

A atuação estratégica de mulheres negras no combate às brechas digitais de gênero e raça

Glenda Dantas Cardozo

glendadantas1@gmail.com

Comunicadora Social e Jornalista (Facom/UFBA), Pós-graduanda em Comunicação Estratégica e Gestão de Marcas (FacomUFBA), Ciberativista e membra da Rede Negra sobre Tecnologia e Direitos Digitais.

GLENDA DANTAS CARDOZO

A atuação estratégica de mulheres negras no combate às brechas digitais de gênero e raça

Palavras-chave

Ciberativismo negro Brechas digitais Mulheres Negras Internet

PÁGINAS 5 A 19

Resumo

O presente artigo explora as principais barreiras encontradas para produção e circulação do conhecimento - no contexto de mundo globalizado - quando produzido por pessoas negras em geral e, particularmente, por mulheres negras. A partir disso, discute-se como brechas digitais de gênero e raça imputam às mulheres negras formas de atuação que driblam as mazelas que assolam grupos historicamente marginalizados, dentro e fora do ambiente digital.

GLENDA DANTAS CARDOZO

The strategic role of black women in the fight against digital gender and race gaps

Keywords

Black cyberactivism Digital gaps Black Women Internet

Abstract

This article explores the main barriers in the production and circulation of knowledge - in the context of a globalized world - when produced by black people, particularly black women. From this, it is discussed how digital gender and race gaps impute black women ways of acting that circumvent the ills that plague historically marginalized groups, inside and outside the digital environment.

GLENDA DANTAS CARDOZO

Introdução

O presente artigo pretende compreender como, em um contexto de brechas na cultura digital, mulheres negras se apropriam de tecnologias da informação e comunicação para maximizar seus ativismos e potencializar as narrativas contra hegemônicas das populações negras e outros grupos historicamente marginalizados no Brasil. De forma específica — a partir de análise bibliográfica e dados estatísticos — pretende--se mostrar como as brechas digitais de gênero e raça, ou seja, a reprodução das desigualdades sociais, de raça e de gênero no desenho, desenvolvimento, uso e acesso às tecnologias digitais, sobretudo à Internet, colocam mulheres negras, maior grupo social do Brasil, como grupo mais impactados pelas brechas na cultura digital. Tal discussão ganhou corpo a partir dos estudos de ciberativistas negras, as quais, a partir da ampliação do acesso em cursos de graduação e pós--graduação, passaram a racializar as discussões acadêmicas sobre ciberferminismo, partindo de uma perspectiva feminista negra e contemplando, assim, grupos historicamente invisibilizados dentro e fora da academia, sobretudo em relação à produção de conhecimento sobre tecnologia (e outras áreas do conhecimento).

Para esse propósito, o trabalho se inicia retomando o pensamento de mulheres negras que contribuíram para consolidação do pensamento feminista negro no Brasil, e que construíram as bases para a compreensão de como uma tríplice discriminação (raça-classe-gênero) estariam imbricadas, confinando as mulheres negras à base da pirâmide social no Brasil. A seguir, disserta-se sobre como as desigualdades socioeconômicas de raça e de gênero aparecem nos ambientes digitais, uma vez que a parcela da população que fica à margem desse processo não é somente acometida pela precariedade do acesso, como também são estrategicamente excluídas

da produção e do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação. Em um contexto de intersecção entre as relações racistas-cissexistas, mulheres negras aparecem ainda mais vulnerabilizadas, considerando que elas compõem o setor da população que é duplamente afetado pelas brechas digitais de gênero e raça. Além disso, apresenta-se os marcos iniciais para o ciberativismo de mulheres negras no Brasil, estratégia utilizada para amplificar suas vozes e impulsionar mobilizações sociais. Por fim, na medida em que os discursos se amplificam em uma disputa de narrativas na web, cresce também o número de violências que acometem mulheres negras na rede, convocando as ciberativistas a traçarem estratégias de cibersegurança, tendo como base suas experiências vivenciais dentro e fora da Internet.

1. Racismo e sexismo no Brasil

A filósofa, antropóloga e historiadora Lélia Gonzalez (2020) fornece insumos fundamentais para análise do panorama da divisão racial e sexual do trabalho no Brasil desde o período colonial. Segundo a autora, o desumanizador regime escravocrata teve na exploração da força de trabalho de mulheres e homens negras e negros a sua fonte de enriquecimento e, embora para ambos o peso do racismo fosse marcador, os conhecimentos/vivências que fundamentam o ideário negro feminista apontam para um imbricamento entre raça-classe-gênero, fator determinante para a construção social de países da diáspora negra, condição em que os "estereótipos gerados pelo racismo e pelo sexismo a colocam [mulheres negras] no nível mais alto de opressão" (p.58).

Para González a "tríplice discriminação", assim como seu lugar na força de trabalho, está assentada em três imagens de controle,

GLENDA DANTAS CARDOZO

demarcadas ainda no período colonial: I) Doméstica/mucama, quando recaía sobre as mulheres negras "a tarefa de manter, em todos os níveis, o bom andamento da casa-grande: lavar, passar, cozinhar, fiar, tecer, costurar, amamentar as crianças nascidas do ventre "livre" das sinhazinhas" (p. 53); 2) Mãe-preta, "aquela que efetivamente, ao menos em termos de primeira infância, cuidou e educou os filhos de seus senhores" (p. 53, 54); e 3) Mulata, posição "exercida por jovens negras que, num processo extremo de alienação imposto pelo sistema, submetem-se à exposição de seus corpos [...] para o deleite do voyeurismo dos turistas e dos representantes da burguesia nacional" (p. 59).

Essa estrutura racializada é extremamente sofisticada na América Latina, pois o poder à branquitude é assegurado sob o mito da superioridade branca que se utiliza da ideologia do branqueamento para manter negros e indígenas na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas (Gonzalez, 2020, p. 131). No Brasil, a leitura sobre a história e cultura do negro ainda tem sido pautada amplamente pela sociedade "via racismo ambíguo e mito da democracia racial. Esta visão tem sido disseminada nos diferentes espaços estruturais do poder e marca de forma diferenciada a história da negra e do negro" (Gomes, 2017, p. 95).

As mulheres negras, em particular, compõem o maior grupo social do Brasil, sendo aproximadamente 28% da população, mas permanecem na base da pirâmide social, com os estigmas assentados no período colonial ainda relegando-as às condições sociais mais desfavoráveis, desumanizantes e subalternizantes. Mas, o não assujeitamento e o fazer revolucionário são características destas mulheres, como se pode destacar na atuação do Movimento de Mulheres Negras (MMN) em denunciar as "lacunas existentes nas políticas públicas para mulheres, igualdade racial e de saúde que ainda contemplam de forma muito incipiente a inter-relação entre racismo, machismo, sexismo

e desigualdades" e que não descolam desta luta as violências específicas que atingem "as comunidades quilombolas, a intolerância religiosa, o extermínio da juventude negra, a LGBTfobia, o feminicídio de mulheres negras e a ditadura da beleza eurocentrada". (Gomes, 2017, p. 74).

Uma das expoentes do Movimento de Mulheres Negras brasileiras, Sueli Carneiro (2003), explica que na medida em que avançavam os "processos relacionados à globalização e à nova ordem mundial" (p. 125), mulheres negras foram conscientizando-se de que aquele cenário exigiria novas formas de atuação. Nesse sentido, elas apropriaram-se de tecnologias de informação e comunicação para viabilizar representações positivas da população negra, bem como para visibilizar mobilizações e lutas contra o racismo, sexismo e outras opressões interligadas. Destaca-se, sobretudo, o uso da ferramenta Internet enquanto recurso para potencializar o fazer revolucionário e ativista de mulheres negras no ciberespaço.

2. Brechas digitais de gênero e raça

Apesar das limitações estruturais já mencionadas, que se refletem na desigualdade de acesso à Internet, por exemplo, "o espaço virtual tem sido um espaço de disputas de narrativas, pessoas de grupos historicamente discriminados encontraram aí um lugar de existir." (Ribeiro, 2017, p. 86). Configurando-se como espaço de disputa de narrativa, o contexto permitiu à mulheres negras tornarem-se "produtoras culturais, podendo assim disputar com o poder dominante (nesse caso, as mídias hegemônicas) as narrativas sobre o grupo" (Silva, Thais, 2019, p. 493). Entretanto, uma vez inseridas no ciberespaço, outros desafios apareceram. Com o avanço da Internet em escala global no fim dos anos 1990, entusiastas vislumbravam esta

GLENDA DANTAS CARDOZO

ferramenta como a possibilidade de estabelecimento de uma sociedade hiperconectada inserida em um novo universo informacional livre, que alcançaria todas as pessoas de forma similar, mas, se o mundo é hierarquizado, tampouco o ciberespaço não o seria. A própria ideia de rede remete a uma falsa ideia de "neutralidade" das tecnologias, mas conhecimento não existe fora de um contexto social que o concebe.

Para explorar todas as potencialidades que as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) oferecem, requer-se dos sujeitos competências (educacionais, comunicacionais, culturais, cognitivas) que os permitam uma participação crítica e produtiva neste novo fluxo informacional. Todavia, o desenvolvimento tecnológico segue um fluxo que mantém e reproduz desigualdades sociais, acarretando não somente a partilha desigual dos recursos, como dificultando as possibilidade de pessoas ou grupos historicamente marginalizados tornarem-se sujeitos ativos na construção e uso das TIC. Tal cenário mina as possibilidades desses sujeitos de melhoria de sua condição social, bem como a sua participação no mundo (Almeida, 2014; Barros, T. 2020). É nesse contexto que o fenômeno das brechas digitais ou tecnológicas acontece.

Brecha tecnológica [...] se configura na reprodução das desigualdades sociais no universo tecnológico. Grupos subalternizados, com pouco ou nenhum acesso à educação, acometidos por deficiências socioeconômicas e pertencentes a grupos minoritários como mulheres, negros e indígenas, enfrentam dificuldades de acesso e uso das ferramentas tecnológicas (Lima e Oliveira Lima, 2020, p. 3).

Importante situar que em uma estrutura social racializada, as desigualdades étnico-raciais no ambiente digital se configuram em um "sistema de práticas [...] que privilegiam e mantém

poder político, econômico e cultural para os brancos no espaço digital" (Tynes, et al. 2019, apud. Silva, Tarcízio 2020, p.130), além disso, a hegemonia masculina branca na construção, apropriação, pesquisa e desenvolvimento das tecnologias, tornam-se obstáculos

que as mulheres enfrentam para apropriarem-se da cultura tecnológica [...] essa brecha engloba dimensões da vida que não podem ser entendidas unicamente através de métodos estatísticos que medem presença e ausência por gênero, idade, classe social e demais indicadores sociais (Nathansohn, 2013, p. 16).

Com efeito, torna-se imprescindível compreender que discutir apenas a dimensão da desigualdade no acesso não dá conta de explicar as relações entre as desigualdades de gênero e raça e a tecnologia. Neste sentido, a autora "Castaño (2010) [...] identifica três tipos de divisões ou brechas digitais. Uma delas referese à capacidade de acesso às redes, mensurável quantitativamente através de estatísticas demográficas" (Natansohn, 2013, p.170).

No Brasil, segundo a pesquisa TIC Domicílios¹ (2019), 74% do público masculino e 73% do público feminino são usuários de Internet. Entretanto, no que se refere ao uso exclusivo da Internet pelo celular, entre os homens o número é de 52%, enquanto entre as mulheres a porcentagem é de 63%. A questão se aprofunda quando são analisados contextos ainda mais específicos, como o de mulheres trabalhadoras domésticas brasileiras, por exemplo. Segundo a pesquisa Domésticas conectadas: acessos e usos de internet entre trabalhadoras domésticas em São Paulo (2018), 98% das 400 entrevistadas acessam a Internet apenas pelo celular, e segundo o Dossiê Mulheres Negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil (2013) do IPEA,

GLENDA DANTAS CARDOZO

que avaliou a exclusão digital desse segmento populacional a partir da posse de computadores em domicílio e do acesso à internet, e concluiu que os domicílios chefiados por mulheres negras são os que mais carecem desses recursos em comparação com domicílios chefiados por homens negros, mulheres brancas e homens brancos. Esses dados vão de encontro às informações fornecidas pela Síntese de Indicadores Sociais de 2018 do IBGE na sessão que discute restrições de acesso em múltiplas dimensões, que apontam os domicílios chefiados por mulheres negras como os que apresentam maiores restrições de acesso à moradia adequada, educação, proteção social, serviços de saneamento básico e comunicação (Lima e Oliveira, 2019, p. 8 e 9).

A partir dos anos 1990 o acesso à Internet passou a ser considerado serviço fundamental em diversos países, razão pela qual governos começaram a lançar políticas de incentivo ao desenvolvimento desse setor, para dar conta do crescimento do uso. No Brasil, pesquisadores indicam que a expansão do acesso à internet entre as camadas sociais C, D e E aconteceu a partir de meados dos anos 2000, a partir da contribuição de alguns fatores: 1. o período de aquecimento econômico teria acarretado a ampliação do poder de consumo e na facilidade do acesso ao crédito, 2. Ampliação e diversificação da conectividade comercial, 3. popularização do Orkut no Brasil; 4. criação de programas públicos de inclusão digital, como os Telecentros; 5. Aquisição de computadores, em substituição ao acesso nas Lan Houses; 6. barateamento dos smartphones; e 7. popularização de ferramentas como Facebook e Whatsapp, oferecidos gratuitamente nos planos de dados das operadoras (Lima e Oliveira, 2019; Silva. Sivaldo, 2015).

As dificuldades no acesso e uso da Internet pela população negra no Brasil é identificável na pesquisa TIC Domicílios 2019, revelando que 71% das pessoas pretas e 76% das pessoas pardas são usuários de Internet. Entre as pessoas brancas o número é de 75%. Com a porcentagem de usuários brancos e negros quase proporcional, o que aponta a desigualdade são os dados relativos à qualidade do acesso: 65% das pessoas pretas e 61% das pessoas pardas utilizam o telefone celular de forma exclusiva para acessar a Internet, enquanto entre as pessoas brancas o número diminui para 51%.

Quando acrescidos os aspectos econômicos, o uso exclusivo de telefone celular para acessar a Internet é maior entre as parcelas da população que se encontram nas classes mais empobrecidas: D/E (85%), C (61%), B (26%) e a (II%). Em relação ao tipo de plano de pagamento do telefone celular, os dados indicam que 28% dos pretos, 30% dos pardos e 38% dos brancos utilizam o plano pós-pago.

Os dados da pesquisa TIC domicílios apresentados permite ainda constatar a vulnerabilidade de pessoas pobres no Brasil à uma grave problemática da democracia brasileira: a desinformação, que atinge com mais intensidade a parcela da população que possui apenas o celular como ferramenta de acesso à informação. Àqueles que utilizam apenas o plano pré-pago estão sujeitos ainda à prática de zero rating* (ou tarifa zero), estratégia "pela qual as empresas de telefonia oferecem acesso a aplicações como o Whatsapp sem descontar dados da franquia do pacote de Internet contratado pelo usuário (Intervozes, 2019, p. 22)", dificultando a circulação e checagem de informações.

Desde 2005, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) realiza a pesquisa TIC Domicílios com o objetivo de mapear o acesso às TIC nos domicílios rurais e urbanos do país e as suas formas de uso por indivíduos de 10 anos de idade ou mais, mas somente na edição de 2019 passaram a fornecer indicadores

A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DE MULHERES NEGRAS NO COMBATE ÀS BRECHAS DIGITAIS DE GÊNERO E RAÇA **GLENDA DANTAS CARDOZO**

de raça/cor. Considerando que os dados obtidos contribuem para direcionar formulações de políticas públicas sobre TIC no Brasil, a inserção deste recorte, embora tardia, tendo em vista a necessidade de perpetuação de poder pelos grupos dominantes, pode significar melhor direcionamento de ações que combatam a desigualdade no acesso para a população negra e indígena no Brasil.

É relevante destacar que no contexto de Sociedade da Informação (CMSI, 2003, 2005), a brecha no acesso é precedente de violação do direito à comunicação, previsto no Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), além de impactar ainda na possibilidade de efetivação prática dos 10 Princípios para o Uso e Governança da Internet no Brasil, aprovados por consenso pelos membros do Comitê Gestor da Internet no ano de 2009, com destaque para o princípio da Universalidade, indicando que "o acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos" (CGI.br, 2009).

Uma brecha ainda mais complexa "se detecta investigando o uso que as pessoas fazem da tecnologia e isso é o que demarcaria o grau real de incorporação efetiva à cultura digital" (Nathanson, 2013, p.170). Essa brecha acontece, em grande parte, por não serem ofertadas as possibilidades para as pessoas participarem ativamente dos processos de inteligência coletiva, que só seriam possíveis com a literacia digital, ou seja, a aquisição pelos indivíduos das habilidades técnicas e cognitivas para o uso das TIC:

Sem dúvidas, é possível fazer uso da internet sem conhecimentos aprofundados sobre software ou hardware, mas para que o uso não se restrinja ao consumo passivo de informações, mas que possibilite também a criação de conteúdo,

é fundamental ter algum conhecimento sobre manipulação das ferramentas digitais. (Lima e Oliveira, 2019, p. 5).

Os estudos ciberfeministas investigam se as relações com os aparatos tecnológicos impactam de maneira subjetiva a escassez de mulheres atuantes no desenvolvimento das tecnologias, no ensino superior e nas profissões tecnológicas. Suas teses apontam para os impactos do sexismo desde a infância, bem como à falta de estímulo dos familiares para que elas sigam carreira nesta área, considerada masculina (Lima e Oliveira, 2019; Nathansohn, 2013).

No Brasil, segundo o Censo da Educação Superior 2018, Pedagogia e Serviço Social são os cursos com predominância feminina, com respectivamente 92,5% e 89,9% de mulheres, enquanto Engenharia Mecânica e Sistema de Informação são os cursos com maior predominância masculina, com respectivamente 89,8% e 86,2% de alunos homens, um contraste perceptível desta brecha digital, fortemente baseada em gênero. Para negras e negros pesa ainda a dificuldade do ingresso e permanência no ensino superior. De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2018, o percentual de mulheres brancas com ensino superior completo (23,5%), era 2,3 vezes maior do que o de mulheres negras (10,4). No curso de Engenharia da Computação, as mulheres negras representam apenas 3% das matriculadas.

A desigualdade no acesso ao ensino superior é reflexo da reprodução sistemática dos padrões de subalternidade imposta às pessoas negras, em geral, dimensão do racismo estrutural que também aparece no apagamento sistemático de toda a contribuição negra para a história. Essa crença forjada e limitante que diz que pessoas negras são desqualificadas para produção de conhecimento é uma das estratégias que atualiza os dispositivos de racialidade/biopoder.

A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DE MULHERES NEGRAS NO COMBATE ÀS BRECHAS DIGITAIS DE GÊNERO E RAÇA GLENDA DANTAS CARDOZO

O Epistemicídio, como nos ensina a filósofa Sueli Carneiro (2005), se constitui "num dos instrumentos mais eficazes e duradouros da dominação étnica/racial, pela negação que empreende da legitimidade das formas de conhecimento, do conhecimento produzido pelos grupos dominados e, consequentemente, de seus membros enquanto sujeitos de conhecimento" (p. 96).

Se a história que contam é propositalmente estruturada para o imaginário coletivo acreditar que o negro é, por natureza, inferior, o apagamento da contribuição afrodiaspórica e africana nas ciências e tecnologias (Pinheiro, 2019) é fundamental para este projeto. Importante situar que "as lacunas também se apresentam nos recortes de pesquisa que raramente se debruçam sobre a intersecção entre raça, gênero e tecnologia" (Lima e Oliveira, ano, p. 9).

A combativa atuação do Movimento Negro na década de 1970 em alertar a sociedade e o Estado sobre a complexa imbricação entre as desigualdades socais e raciais impactou de tal modo que tais temáticas passaram a serem incorporadas as análises sociológicas, sendo imprescindível para se pensar de forma mais profunda e eficaz os fenômenos sociais. Além disso, contribuiu para a promulgação de duas

leis que incidem no combate ao epistemicídio, com a produção e circulação do conhecimento quando produzido por afrodescendentes, são elas as Leis 10.639/03, alterada para lei 11.645/08, que inclui no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática História e Cultura Indígena e Afro-Brasileira, e a Lei 12.711/12 que instituiu o sistema de ações afirmativas em universidades e institutos federais. Esta última permitiu que sujeitos discriminados saíssem da posição de objetos de pesquisa, para se tornar agentes ativos na construção de saberes acadêmicos sobre si e seus territórios.

Esse cenário é refletido também na terceira brecha digital "detectada (seguindo Castaño) [quando] se observa o lugar das mulheres na produção, desenho e governança da tecnologia digital, isto é, em postos de comando (Nathanson, 2013, p.170)". A ausência de mulheres, em geral, e mulheres negras, em particular, dentre os perfis daqueles que trabalham com tecnologia no Brasil é percebida na pesquisa #QUEMCODABR, que identificou, não surpreendentemente, que o perfil nestes cargos é de homens (68%), brancos (58,3%) e jovens de 18 a 34 anos (77%), que começaram as suas trajetórias nos centros formais de ensino.



[Gráfico 1] Produzido pelo PretaLab, o gráfico demonstra qual o perfil predominante daqueles que trabalham com tecnologia no Brasil (PretaLab, 2017).

GLENDA DANTAS CARDOZO

Em 2017 a Olabi - organização sem fins lucrativos com foco em democratizar tecnologias - realizou a PretaLab, uma pesquisa que mapeou onde estão as mulheres negras na tecnologia. De forma inovadora, para além das áreas de tecnologia convencionais, que "engloba eletrônica, robótica e inteligência artificial, mas também - e talvez principalmente - a experimentação com fazeres outros que podem ser tradicionais e analógicos" (PretaLab, 2017, p. 7), o mapeamento teve o objetivo de estimular a inserção e permanência de meninas e mulheres negras e indígenas no universo das novas tecnologias.

A pesquisa da Olabi contou com 570 respondentes, todas mulheres, 96% eram negras e 4% indígenas, de todos os estados brasileiros, incluindo o Distrito Federal e teve dois objetivos principais: "mostrar como a falta de representatividade é um problema não só para o ecossistema de tecnologia e inovação, mas para os direitos humanos e a liberdade de expressão" e "estimular referências positivas na busca que mais meninas e mulheres negras enxerguem as inovações, a tecnologia, as ciências como campos possíveis e interessantes de atuação" (PretaLab, 2017).

Silvana Bahia, diretora de projetos do Olabi e coordenadora do PretaLab, chamou atenção para os imbricamentos entre acesso e falta de referência, fatores que impactam na ausência de mulheres negras e indígenas nos espaços voltados para área de tecnologia e inovação:

Quase tudo relacionado a esse campo é caro, em inglês e são raras as políticas (públicas ou privadas) destinadas ao nosso ingresso e permanência nesses espaços. A falta de referência é outro fator determinante: se ser uma mulher nas tecnologias já é um desafio, imagina para nós, negras. A ausência de referências positivas sobre mulheres negras e indígenas é uma questão social que perpassa não apenas o mundo das tecnologias, mas os mais variados campos profissionais e de poder. (Bahia, 2017).

Os dados coletados revelaram que apesar das brechas digitais de gênero e raça, mulheres negras têm se apropriado das tecnologias e através das suas múltiplas experiências, desenvolvem um potencial extraordinário, seja nas áreas de inovação (29,1%), transformação social (14,6%) ou (3,2%) "com paixão confessa por tecnologia" (PretaLab, 2017, p.54).

3. Ciberativismo de mulheres negras

Pesquisadoras brasileiras têm se debruçado em pesquisar e compreender como os feminismos latino-americanos utilizaram estrategicamente as novas Tecnologias da Informação e Comunicação para gerar visibilidade às suas lutas (Barros. Z. 2009; Nathansohn, 2013; Lima, 2017; Barros. T. 2020). De acordo Lima (2017), os discursos dos feminismos contemporâneos são marcados "pela horizontalidade [...], práticas plurais e heterogêneas, articulação com setores diversos da sociedade civil e o uso das TIC" (p. 4 e 5).

A Marcha de Mulheres Negras 2015, por exemplo, é "possivelmente o primeiro grande levante de mulheres negras no Brasil que articulou estratégias de comunicação e mobilização "sustentadas nos conhecimentos antigos do correio nagô e as tecnologias digitais de comunicação" (Barros, T. 2020, p. 206). Reuniram-se cerca de 50 mil mulheres negras das cinco regiões do Brasil para marchar contra o racismo, a violência e pelo bem viver, em Brasília (DF), no dia 18 de novembro de 2015.

No Documento Analítico e Declaração da Marcha (2015) o coletivo de mulheres denuncia "o capitalismo racista patriarcal excludente, que nos engessa em espaços sociais de exploração [...] e que associa qualidade de vida a consumo". Destaca-se ainda a crítica às propostas desenvolvimentistas brasileiras, executadas a partir da

GLENDA DANTAS CARDOZO

reprodução de lógicas "violentas, exploradoras, privatizadoras e monopolizadoras de saberes e recursos". Segundo elas, tais saberes e fazeres "correspondem ao padrão tecnológico das sociedades, onde tecnologia está relacionada com a arte de decidir bem sobre o território e suas riquezas naturais, materiais e simbólicas". Esta concepção de tecnologia argumentada por elas evoca as relações de poder no ciberespaço, onde as práticas violentas contra pessoas racializadas no online ocasionam propositalmente a manutenção do poder para a branquitude.

Pesquisadoras defendem "a apropriação das tecnologias por parte de grupos socialmente excluídos como potencial exercício de práticas de resistência e negociação frente ao processo de globalização (Lima e Oliveira, 2019, p. 10)". Barros. Z. (2009), por exemplo, estimula mulheres negras a aproveitarem as oportunidades de interação possíveis no ciberespaço para criação de redes "cuja atuação extrapolem o espaço virtual e permitam, por sua vez, a criação de estratégias coletivas - e também presenciais - para o enfrentamento da exclusão (p. 4)".

O advento da Web 2.0² permitiu a expansão das lutas de movimentos sociais, com destaque para os feministas latino-americanos, que passaram a atingir uma ampla diversidade de classes e movimentos sociais. Essa guinada estratégica "que facilitou a criação e consolidação de redes entre coletivos e organizações feministas, permitiu o surgimento de novos grupos, [...] bem como colaborou com o desenvolvimento de novas estratégias e áreas de atuação" (BARROS. Z. 2009, p. 5).

As mulheres negras vêm atuando no sentido de não apenas mudar a lógica de representação dos meios de comunicação de massa, como também da capacitar suas lideranças para o trato com as novas tecnologias de informação, pois falta de poder dos grupos historicamente marginalizados para controlar e construir

sua própria representação possibilita a crescente veiculação de estereótipos e distorções pelas mídias, eletrônicas ou impressas. (Carneiro, 2003, p. 126).

Um exemplo é o Geledés - Instituto da Mulher Negra³, organização da sociedade civil criada por Sueli Carneiro em 30 de abril de 1988, que avigora a sua atuação depois da criação do Portal Geledés, em 1997. A página web configurou-se como um espaço de expressão pública das ações e compromissos políticos da organização, ao mesmo tempo em que se consolidou como disseminadora de reportagens, artigos, documentos e denúncias de questões étnico-raciais, de gênero e temas interligados. A internet pode contribuir para mobilização social, mas não só isso. É possível aos atores sociais "a criação de novos canais e circulação de informação, colaborar na construção identitária [...] e transformação organizacional" (Lima e Oliveira, 2020, p. 11), deste modo a internet configura-se como uma ferramenta que pode ser utilizada para o ativismo.

Nesse sentido, aconteceu entre os dias 20 e 25 de novembro de 2012, "a primeira grande marcha de mulheres negras online (Barros, T. 2020, p. 207)": a Blogagem Coletiva Mulher Negra. O objetivo era aproximar duas datas significativas, o Dia da Consciência Negra (20 de novembro) e o Dia Internacional de Combate À Violência Contra a Mulher (25 de novembro), para colocar em evidência a mulher negra, personagem central de ambas as discussões (Blogagem Coletiva, 2012). A blogagem incentivou mulheres negras de todo o país a fazerem postagens sobre temas como sexualidade, beleza, direitos humanos, consumo e representatividade, nas plataformas wordpress, Facebook e Twitter, utilizando as hashtags #bemulhernegra e #bcmulheresnegras.

O êxito da Blogagem Coletiva "revelou não somente a existência de um grupo de

GLENDA DANTAS CARDOZO

blogueiras negras e afrodescendentes escrevendo muito bem e muito; mas também a necessidade de criarmos espaços de visibilidade para produção tão significativa" (Nunes, 2014), assim surgiu também em 2012 outra iniciativa marcante para o ciberativismo de mulheres negras no Brasil, o Blogueiras Negras⁴. No site "blogueirasnegras.org", reúnem e estimulam as produções por e para mulheres negras.

Zelinda Barros (2009) chama atenção a necessidade de analisar criticamente as possibilidades oferecidas pela cultura digital, tendo em vista que a evolução tecnológica além de provocar a introdução de novos produtos e usos, também ocasiona a "alteração de comportamentos prévios e a emergência de novos comportamentos num dado grupo social (p. 03)".

"É um cenário controverso, tendo em vista que no mundo real mulheres negras presenciam seus discursos serem invisibilizados pelos meios de comunicação tradicionais, mas no ambiente digital, onde também se reproduzem violências estruturais, permite às mulheres negras um alcance discursivo incalculável (Lima e Oliveira, 2020, p. 10).

Nesse contexto, Blogueiras Negras, Blogagem Coletiva e Portal Geledés (através de um espaço *Guest post*), iniciativas encabeçadas por feministas negras, estimulam e amplificam a escrita protagonista e as mobilizações sociais de mulheres negras na Internet. Ademais, os novos espaços de produção e veiculação de informações que surgem com a Internet, sobretudo com a popularização das plataformas de mídias sociais, ao serem apropriados por mulheres negras, despontam como tecnologias que oportunizam "contestar estereótipos e discursos que deformam e marcam negativamente mulheres, negros, corpos e sexualidades dissonantes (Lima, 2017, p.5)".

Ao mobilizar reflexões acerca de assuntos como racismo, machismo, classismo, lesbofobia, transfobia, gordofobia, a partir de experiências pessoais, situações cotidianas, casos midiáticos e tendo por base a produção de acadêmicas negras (especialmente as brasileiras e norte americanas), as mulheres negras em atuação na web tem desenvolvido uma produção que confronta as bases epistemológicas de orientação etnocêntrica e que se constitui como contranarrativas ao discurso hegemônico que invisibiliza e silencia a experiência negra e feminina. (Lima, 2017, p. 6 e 7).

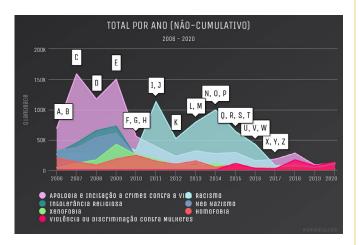
Entretanto, a produção contra hegemônica e contranarrativa de mulheres negras, mesmo antes da Internet, já eram vistas como ameaças dentro de um sistema racista-cissexista. "Somos vistas como suspeitas, promotoras da desordem e ameaças à segurança da sociedade, que sempre esteve em condição de tensão diante de um conglomerado de gente preta, cuja cidadania nunca foi plena" (Barros, T. 2020, p. 209).

Sendo os marcadores de gênero e raça determinantes no acesso, uso e desenvolvimento das tecnologias, observou-se que ao mesmo tempo em que se multiplicam as produções engajadas de ciberativistas, multiplicam-se também

"estudos acadêmicos, matérias jornalísticas e denúncias de organizações de direitos humanos que apontam o crescimento da violência digital contra grupos identitários, disseminação do ódio, hipervigilância e manipulação em níveis inéditos, como a disseminação de Fake News, estratégias amplamente utilizadas nas eleições de 2018 e que favoreceram a ampliação dos quadros da extrema-direita no legislativo e no executivo". (Lima e Oliveira, 2017, p. 11)

GLENDA DANTAS CARDOZO

A Safernet⁵, através do serviço Hotline - recebimento de denúncias anônimas de crimes e violações de Direitos Humanos na Internet - identificou que no período entre 2006 e 2020, o racismo foi o crime de ódio mais denunciado no Brasil, com cerca de 600 mil casos reportados, valor correspondente a 23% dos crimes de ódio recebidos pela plataforma dentre as sete categorias de denúncia estabelecidas, ficando atrás apenas da categoria de apologia e incitação a crimes contra a vida, consoante com o gráfico abaixo:



[Gráfico 2] Gráfico produzido pela SaferNet, que ilustra o total de denúncias de discurso de ódio entre 2006 e 2020. (SaferNet, 2020)

Por definição, discurso de ódio segundo a SaferLab⁶ são «manifestações que atacam e incitam ódio contra determinados grupos sociais baseadas em raça, etnia, gênero, orientação sexual, religiosa ou origem nacional", sendo os principais alvos destes discursos LGBTs, pessoas negras, mulheres e outras minorias sociais.

Um estudo realizado por Trindade (2018), identificou que mulheres negras são as principais vítimas de discurso de ódio no Facebook. O autor analisou mais de 109 páginas de Facebook e 16 mil perfis de usuário, além de 224 artigos jornalísticos que citam casos de racismo nas redes sociais brasileiras entre os anos de 2012 e 2016, e chegou à conclusão de

que 81% das vítimas de discurso depreciativo nas redes sociais são mulheres negras, na faixa etária de 20 e 35 anos. Foi identificado também que 65% dos usuários que disseminam os discursos de ódio são homens, com idade entre 20 e 25 anos.

Os desafios se tornam ainda mais complexos quando analisamos a materialidade dos modos pelos quais o racismo se imbrica na infraestrutura ou na interface das tecnologias digitais, como no reconhecimento facial e processamento de imagens ou na recomendação de conteúdo, recursos automatizados dificilmente identificáveis pelos usuários (SILVA, 2020). Nesse sentido, pesquisadores do Brasil e do mundo se esforçam para desvendar as origens e profundidades de temas como Racismo Algorítmico (Silva, Tarcízio. 2019; Silva, Tarcízio. 2020; Silva, Tarcízio. 2020). Capitalismo de Vigilância (Zuboff, 2019) e Colonialismo de Dados (Coldry e Mejias, 2019).

De acordo com Silva, Tarcízio (2020), "manifestações algorítmicas de racismo são microagressões frequentes de diversos tipos, que podem afetar os usuários de plataformas de forma individual ou vicária" (p. 136). Ao exemplificar o racismo algorítmico, o autor apresenta notícias como "Mecanismos de busca de bancos de imagens inviabilizam famílias de pessoas negras" e "App que transforma selfies equipara beleza à brancura". Neste mesmo percalço, a pesquisadora Thiane Barros (2020) analisa que

em *Dark matters:* on the surveillance of blackness a pesquisadora estadunidense Simone Browne, ao escrever sobre as tecnologias de biometria, que criam padrões de rosto, por exemplo, afirma que existe uma "falsa ideia de que certas tecnologias de vigilância e sua aplicação é neutra em relação à raça, gênero, deficiência e outras categorias de determinação e suas intersecções" (p. 128) e que os corpos de mulheres negras são 9 vezes mais vigiados em câmeras de aeroportos. (Barros, T. 2020, p. 209)

GLENDA DANTAS CARDOZO

Nas discussões sobre Capitalismo de Vigilância, Zuboff (2019), explica que o termo se refere a uma "economia de vigilância" que "baseia-se em um princípio de subordinação e hierarquia", ela diz:

Nós não somos mais os sujeitos da realização do valor. Também não somos, como alguns já afirmaram, o "produto" vendido pelo Google. Somos os objetos cuja matéria é extraída, expropriada e em seguida injetada nas usinas de inteligência artificial do Google, as quais fabricam os produtos preditivos que são vendidos a clientes reais — as empresas que pagam para jogar nos novos mercados comportamentais. (Zuboff, 2019)

Esta configuração moderna do Capitalismo, sob a ótica de exploração da análise de dados de grupos sociais inteiros, gera impactos severos em populações já marginalizadas, como nos casos de povos ameríndios em territórios demarcados ou em vias de demarcação, quilombolas, comunidades periféricas, periferias e favelas dos centros urbanos. O processo está além de uma fase de acumulação, e pode ser entendida como uma nova fase histórica, já que se configura em práticas de extração de riqueza concentradas nas pessoas e em suas relações, fenômeno nomeado de Colonialismo Digital (Faustino; Lippold; 2022). O "uso de dados, está para além dos usos econômicos que se podem fazer dessas informações, sendo úteis também para escamotear as liberdades democráticas" (Raul, 2019, p. 184).

Essas táticas de controle e vigilância que se atualizam no ciberespaço, acarretam ainda em uma mudança no comportamento de ciberativistas. Se inicialmente a estratégia era a exposição de si para atingir objetivos de visibilidade e protagonismo, a valorização da privacidade torna-se mais tarde umas das principais formas de segurança (Barros, T. 2020).

As matrizes tecnológicas africanas e espalhadas na diáspora se materializam na força do que "faz a gira girar". Está no culto aos Orixás, nas rodas de samba, na reza, na contação de histórias, na capoeira, no canto, na dança e na musicalidade, saberes e fazeres preservados graças também à (ciber)segurança de pessoas negras que "hackeam" o sistema para manterem vivas as suas tradições (Ligiério, 2011; Rodrigues da Silva e Brito Dias 2020, Barros, T. 2020). Saberes que se atualizam também nas encruzilhadas estratégicas de mulheres negras que se apropriam das tecnologias digitais, ao mesmo tempo em que combatem as brechas tecnológicas de gênero e raça.

Atentas a isso, inclusive, é que em entrevista ao site do Grupo de Pesquisa em Gênero, Comunicação e Tecnologias Digitais, Larissa Santiago ressalta a necessidade de mulheres negras buscarem "ferramentas, ações e táticas para se proteger, prevenir ou mitigar possíveis ataques ou ameaças on e offline" (2019). Para essa orientação, um conjunto de coletivos feministas criou a Guia Prática de Estratégias e Táticas para a Segurança Digital Feminista (2017) com o "objetivo de proporcionar às mulheres maior autonomia e segurança na internet" (p.10), dicas de cuidados digitais para mulheres negras de toda a América Latina. (Barros, T. 2020, p. 209 e 210)

Na PretaLab, além da coleta e análise de dados, foi realizada ainda uma série de vídeos reunindo passagens com histórias e depoimentos de algumas das participantes do projeto. Nas entrevistas elas mencionam 15 iniciativas criadas e/ou protagonizadas por mulheres negras ciberativistas, são elas: BlackRocks Startup, Blogueira Negras, Coletivo Nuvem Negra, Criola, DataLabe, Desabafo Social, GatoMidia, Info Preta, Instituto Mídia Étnica, MariaLab, Minas

GLENDA DANTAS CARDOZO

Programa, Olabi / PretaLab, OxenTI Menina, Pretas Hackers e Preta, Nerd e Burning Hell.

Lima e Oliveira (2019), com o objetivo de compreender as apropriações de tecnologias por estas mulheres negras, desenvolveram um estudo de análise dos dados estatísticos e depoimentos em vídeo da pesquisa PretaLab, além dos 15 projetos mencionados pelas entrevistadas. Os resultados da pesquisa indicam que mulheres negras "buscam dominar as tecnologias, a fim de propor soluções para as brechas tecnológicas e fazer uso social das habilidades adquiridas (p. 1)".

4. Conclusão

Como demonstrou-se, a partir do pensamento feminista negro, é possível a compreensão de fenômenos também relativos às tecnologias da informação e comunicação e seus imbricamentos com o racismo, sexismo e as desigualdades sociais. Com base em um referencial de mulheres negras que analisam os fenômenos relativos aos seus ativismos, dentro e fora da Internet e os dados apresentados e detalhados, foi possível analisar como as ONGs Geledés, Blogagem Coletiva, Marcha de Mulheres Negras (2015) e Blogueiras Negras despontaram como marcos no ciberativismo de mulheres negras brasileiras, e o PretaLab, como uma plataforma fundamental para aproximar mulheres negras ao mercado de tecnologia - estratégias que potencializam a produção e circulação de conhecimentos de grupos historicamente marginalizados.

Os desafios para mulheres negras na Internet se atualizam, na medida em que avançam também as tecnologias. Os indicadores apontam desigualdades no acesso, na ausência de diversidade no desenvolvimento das tecnologias, que resulta na reprodução do racismo e sexismo no código das plataformas, e, mesmo em contextos adversos e profundamente complexos, mulheres negras têm assimilado conceitos e práticas feministas negras ao apropriarem-se de mecanismos fundamentais, como a Internet, para reverberarem globalmente suas ideias e experiências.

GLENDA DANTAS CARDOZO

Referências

- ALMEIDA, Marco Antônio de. Mediação e mediadores nos fluxos tecnoculturais contemporâneos. Informação & Informação, v. 19, n. 2, p. 191-214, out. 2014. Disponível em: https://brapci.inf.br/index.php/res/download/46350>. Acesso em: 10 de marco de 2021.
- BARROS, Thiane Neves. Estamos em marcha!
 Escrevivendo, agindo e quebrando
 códigos. In SILVA, Tarcizio (org.).
 Comunidades, algoritmos e ativismos digitais.
 Olhares afrodiaspóricos. SP: LiteraRua,
 2020, p.184-199.
- BARROS, Zelinda. Feminismo Negro e Internet. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/1497162/Feminismo_negro_na_Internet. Acesso em: 10 de abril de 2021.
- Blogagem Coletiva. 2012. Disponível em: https://blogagemcoletivamulhernegra.wordpress.com/ano2012/. Acesso em: 06 de abril de 2021.
- CARNEIRO. Aparecida Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Tese (Doutorado em educação).
 Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-construc3a7c3a3o-do-outro-como-nc3a3o-ser-como-fundamento-do-ser-sueli-carneiro-tese1.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2021.

em movimento. Estudos Avançados, São
Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-133, dez. 2003.
ISSN 1806-9592. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948>.
Acesso em: 02 de abril de 2021.

- ______ Racismo,
 Sexismo e Desigualdade no Brasil. São
 Paulo: Selo Negro, 2011.
- CGI.br/RES/2009/003/P PRINCÍPIOS PARA a GOVERNANÇA e USO DA INTERNET NO BRASIL. Disponível em: https://principios.cgi.br/. Acesso em: 02 de abril de 2021.
- COLDRY, Nick; MEJIAS, Ulisses. The Costs of Connection: How Data Colonizes Human Life and Appropriates if for capitalism. Stanford University Press, 2019.
- Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação [livro eletrônico]: Genebra 2003 e Túnis 2005 / International Telecommunication Union; [traduzido por Marcelo Amorim Guimarães]. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. 1,42 Mb; PDF.
- FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter.

 Colonialismo Digital: Por uma crítica
 hacker-fanoniana. 1. ed. São Paulo:
 Editora Raízes da América, 2022.
- GOMES, Nilma Lino. *O movimento Negro educador*. Petropólis, RJ: Vozes, 2017.
- GONZALEZ, Lélia. A mulher negra na sociedade brasileira: Uma abordagem político-econômica. In LIMA, Márcia e RIOS, Flávia (org.). Por um feminismo afro latino americano. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 49 64.
- cultural da amefricanidade. In LIMA, Márcia e RIOS, Flávia (org.). Por um feminismo afro latino americano. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 127 138.
- na cultura brasileira. In LIMA, Márcia e RIOS, Flávia (org.). Por um feminismo afro latino americano. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 75 93.

GLENDA DANTAS CARDOZO

- INTERNETLAB; REDE CONHECIMENTO SOCIAL. Domésticas conectadas: acessos e usos de internet entre trabalhadoras domésticas em São Paulo. São Paulo, 2018 https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/07/domesticas-conectadas_. pdf>. Acesso em 22 de maio de 2021.
- INTERVOZES. Desinformação: ameaça ao direito à comunicação muito além das fake news. 2019.
- IBGE. Estatísticas de Gênero-Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil. 2018. Disponível em: ">https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://www.ibge.gov.br/estatisticas-degenero-indicadores-no-brasil.html?=&t=resultados>">https://
- LIMA, D. C.; OLIVEIRA, T. Negras in tech:
 apropriação de tecnologias por mulheres
 negras como estratégias de resistência.
 Cadernos Pagu, Campinas, SP, n. 59, p.
 e205906, 2020. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8664487. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.
- LIMA, Dulcilei. INTERSECCIONALIDADE
 e CIBERATIVISMO: RAÇA, GÊNERO
 e TIC'S. 2017. 13º Mundos e Mulheres
 & Fazendo Gênero 11 Simpósios.
 Disponível em: http://www.en.wwc2017.
 eventos.dype.com.br/resources/anais/1491323274_
 ARQUIVO_Dulcilei-C-Lima_Interseccionalidadegenero-raca-e-TIC_revisado(2).pdf>. Acesso em:
 10 de dezembro de 2020.
- Marcha contra o racismo, a violência e pelo bem viver. Documento analítico e declaração. 2015. Disponível em: http://fopir.org.br/carta-da-marcha-das-mulheres-negras-2015/1600>. Acesso em: 02 de março de 2021.

- NATANSOHN, L. Graciela (Org.). *Internet em código feminino*. Teorias e práticas. E-book. Ed. em português revista e ampliada.. 1. ed. v. 1. 192p . Buenos Aires: La Crujía, 2013.
- NIC.BR|CETIC.BR. *TIC Domicílios. In*:

 TIC Domicílios. 2019. ed. [S. l.]:

 Centro Regional de Estudos para o
 Desenvolvimento da Sociedade da
 Informação, 23 nov. 2019. Disponível
 em: https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/publicacoes/>. Acesso em: 1 dez. 2020.
- OLABI. PretaLab Levantamento. 2018. Disponível em: https://assets-global.website-files.com/5b05e2e1bfcfaa4f92e2ac3a/5b3681cfaf96768cd48a257b_PretaLab_Levantamento_18.06.28.pdf. Acesso em: 10 de março de 2021.
- PINHEIRO, B. C. S. Educação em Ciências na Escola Democrática e as Relações Étnico-Raciais. Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências, [S. l.], v. 19, p. 329–344, 2019. DOI: 10.28976/1984-2686rbpec2019u329344. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/13139. Acesso em: 05 de maio 2021.
- RAUL, J. M.. Entre silêncios e protestos:

 Uma reflexão sobre escrita preta no ciberespaço. Construções identitárias e TICs: o caso do blog "Blogueiras Negras".

 Revista Docência e Cibercultura, Rio de Janeiro, v. 3, p. 166-194, 2019. https://doi.org/10.12957/redoc.2019.44955. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/article/view/44955. Acesso em: 15 de dezembro de 2020.
- RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

GLENDA DANTAS CARDOZO

- Rodrigues da Silva, L. C., & de Brito Dias, R. (2020). As tecnologias derivadas da matriz africana no Brasil: um estudo exploratório. *Linhas Críticas*, 26, e28089. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/linhascriticas/article/view/28089>. Acesso em: junho de 2021.
- SAFERLAB REPORT http://saferlab.org.br/o-que-e-discurso-de-odio/index.html. Acesso em 10 de maio de 2021.
- SILVA, Sivaldo Pereira da. *Políticas de acesso à Internet no Brasil: indicadores, características e obstáculos*. Cadernos Adenauer xvi, nº3 Internet e sociedade Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2015.

 Disponível em: http://ctpol.unb.br/wp-content/uploads/2019/04/2015_SILVA_Acesso-Internet.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2021.
- SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em
 Plataformas Digitais: microagressões
 e discriminação em código. In: SILVA,
 Tarcízio (org.). Comunidades,
 Algoritmos e Ativismo Digitais: olhares
 afrodiaspóricos. São Paulo: LiteraRUA,
 2020, p. 127-146.
- visão computacional e racismo algorítmico:

 Branquitude e opacidade no aprendizado de máquina. Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), [S.l.], v. 12, n. 31, fev. 2020. ISSN 2177-2770. Disponível em: https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/744.
 - e Comunicação Digital: conexões contra a dupla opacidade. In: POLIVANOV, B.; ARAÚJO, W.; OLIVEIRA, C. G.; SILVA, T. Fluxos em redes sociotécnicas: das micronarrativas ao big data. São Paulo: Intercom, 2019. Disponível em "https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Teoria_Racial_Critica_e_a_Comunicacao_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Digital_conexoes_contra_a_dupla_opacidade>"https://www.researchgate.net/publication/338127347_Digital_conexoes_contra_a_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dupla_dup

- SILVA, Thais. Construções identitárias e TICs:
 o caso do blog "Blogueiras Negras".
 Revista Extraprensa, [S. l.], v. 12,
 p. 488-504, 2019. DOI: 10.11606/
 extraprensa2019.156752. Disponível em:
 https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/156752>. Acesso em: 10 de dezembro de
 2020.
- SHOSHANA, Zuboff. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização informacional. In.: BRUNO, Fernanda et al. Tecnopolíticas da vigilância perspectivas da margem. São Paulo, 2019.
- _____ Um capitalismo de
 vigilância. Le Monde Diplomatique, 2019.
 Disponível em: <diplomatique.org.br/
 um-capitalismo-de-vigilancia/>. Acesso
 em: 05 de fevereiro de 2021.
- SOARES, M. G. S. Mediatização na Améfrica
 Ladina: ciberativismo de mulheres negras
 brasileiras no início do séc. XXI. Faculdade
 de Comunicação. UFBA. 2020.
 Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/33396>. Acesso em 10 de maio de 2021.
- TRINDADE, Luiz Valerio P. Mídias Sociais e a Naturalização de Discursos Racistas no Brasil. In SILVA, Tarcizio (org.). Comunidades, algoritmos e ativismos digitais. Olhares afrodiaspóricos. SP: LiteraRua, 2020, p.27-44.

funny. Critical analysis of racial ideologies embedded in racialized humour discourses on social media in Brazil. PhD Thesis, University of Southampton. Socioloy, 2018b.

A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DE MULHERES NEGRAS NO COMBATE ÀS BRECHAS DIGITAIS DE GÊNERO E RAÇA **GLENDA DANTAS CARDOZO**

Notas finais

- 1 A pesquisa conta com apoio do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e de um grupo de especialistas de diversos setores. Para permitir a comparabilidade de seus resultados, a TIC Domicílios segue padrões metodológicos e indicadores definidos internacionalmente.
- O termo web 2.0 surgiu em meados de 2004 e se refere a segunda fase da web que permitiria maior interação e participação de usuários e desenvolvedores.
- É uma organização da sociedade civil que se posiciona em defesa de mulheres e negros por entender que esses dois segmentos sociais padecem de desvantagens e discriminações no acesso às oportunidades sociais em função do racismo e do sexismo vigentes na sociedade brasileira. Referência: www.geledes. org.br/geledes-missao-institucional
- 4 Em 2013, Charô Nunes, Larissa Santiago e Maria Rita Casagrande criaram o site colaborativo Blogueiras Negras (BN).
- 5 "A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005, com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil". Referência:

- é um laboratório de ideias que apoia o protagonismo de jovens na criação de projetos que ajudam a tornar a internet um lugar melhor com mais diálogo e respeito à diversidade Referência: http://saferlab.org.br/
- $\label{eq:combr} 7 $$ < http://desabafosocial.com.br/blog/2017/06/12/desabafo-social-interfere-no-mecanismo-de-busca-do-maior-banco-de-imagem-do-mundo/$
- $8 \\ < https://www.theguardian.com/technology/2017/\\ apr/25/faceapp-apologises-for-racist-filter-which-lightens-users-skintone$

http://safernet.org.br/

ARTIGO

A experiência das iniciativas Cyberxirê e AqualtuneLab: o pioneirismo do Movimento Negro na construção de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial no campo dos direitos digitais

Juliane Cintra de Oliveira

juliane.cintra@acaoeducativa.org.br

Jornalista. Mestranda em Direitos Humanos e Pós-graduada em Cultura, Educação e Relações Étnico-Raciais pela USP. Atua como Coordenadora Institucional da Ação Educativa e coordena o projeto Tecnologia em Ação (Tecla).

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

A experiência das iniciativas Cyberxirê e AqualtuneLab: o pioneirismo do Movimento Negro na construção de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial no campo dos direitos digitais

Palavras-chave

Lei de cotas Cotas epistêmicas Movimento negro Direitos digitais Cyberxirê Aqualtunelab Novas epistemologias

Resumo

A proposta deste dossiê se dedica a incluir trabalhos que reúnam experiências e iniciativas sobre os dez anos da Lei de Cotas, aproximando tal debate do campo de defesa e promoção de direitos digitais. Considerando este contexto, o presente artigo busca responder, como, após dez anos da lei de cotas, pessoas negras e indígenas têm se apropriado das plataformas já existentes? De que modo isso contribui para a construção de novas epistemologias? Para isso, partiremos de uma abordagem qualitativa baseada numa pesquisa empírica e digital, na qual entrevistamos duas pesquisadoras e ativistas do Movimento Negro que integram os coletivos Cyberxirê e AqualtuneLab. Tais coletivos são iniciativas antirracistas, comprometidas com construção de políticas compensatórias e promotoras de direitos humanos no campo de direitos digitais.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

The experience of Cyberxirê and AqualtuneLab initiatives: the pioneering work of Movimento Negro in the construction of Affirmative Action for the Promotion of Racial Equality in the field of digital rights

Keywords

Quotas Law Epistemic Quotas Black Movement Digital Rights Cyberxirê Aqualtunelab New Epistemologies

Abstract

This dossier proposes to include papers that bring experiences and initiatives about the ten years of the Quotas Law, bringing such debate closer to the area of defense and promotion of digital rights. The present article seeks to answer how black and indigenous people have appropriated the existing platforms after ten years of the Quotas Act. How does this contribute to the construction of new epistemologies? For this, we will use a qualitative approach based on empirical and digital research, in which we interviewed two researchers and activists from the Black Movement who are members of the Cyberxirê and AqualtuneLab collectives. These collectives are anti-racist initiatives committed to the construction of compensatory policies and promoters of human rights in the field of digital rights.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

1. Introdução

A proposta deste dossiê se dedica a incluir trabalhos que reúnam experiências e iniciativas sobre os dez anos da Lei de Cotas, aproximando tal debate do campo de defesa e promoção de direitos digitais. A lei 12.711 de 2012, conhecida como Lei de Cotas - que regulamenta a implementação das cotas sociais e raciais para ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio - foi gestada no seio do Movimento Negro brasileiro, como veremos a seguir. Tal medida faz parte das inúmeras modalidades de políticas compensatórias de fomento à equidade racial implementadas por diferentes grupos, coletivos, agremiações, entre outras formas de articulações políticas que são parte desse agrupamento de pessoas negras comprometidas com o enfrentamento ao racismo. As ações afirmativas são programas públicos ou privados que têm por objetivo reparar e redistribuir recursos e oportunidades para comunidades historicamente marginalizadas (Feres et al, 2018).

Escolher refletir sobre ações afirmativas à luz dos direitos digitais aponta para caminhos de atualização desta análise reconhecendo o papel da internet e do universo da tecnologia na produção e disseminação do conhecimento — ação que desponta como fundamental ao ponderarmos a relevância da tecnologia em nosso cotidiano dominado por uma infinidade de aplicativos, softwares e equipamentos que passaram a fazer parte do nosso dia a dia nos últimos anos.

Na obra *The platform society: Public values in a connective world*, os autores definem "sociedade da plataforma como aquela na qual o tráfego social e econômico é cada vez mais canalizado por um ecossistema global de plataformas online (esmagadoramente corporativo) que é conduzido por algoritmos e alimentado por dados" (Pecini, 2019, p. 294). É por isso que

tratar de justiça racial sem considerar o impacto e as conexões possíveis impostas pela tecnologia em nosso modo de se relacionar é desconsiderar significativas transformações em curso. Sintonizados com os desafios colocados pelo racismo nessa sociedade da plataforma, o Movimento Negro vem se destacando recentemente em denunciar as arbitrariedades cometidas em função do viés racista dos algoritmos, as desigualdades no acesso com qualidade à internet, o que implica pensar tanto em equipamentos, como conexão, entre outras situações nas quais racismo e tecnologia despontam como sistemas imbricados, capazes de aprofundar práticas discriminatórias.

Considerando este contexto, o presente artigo busca responder, como, após dez anos da lei de cotas, pessoas negras e indígenas têm se apropriado das plataformas já existentes? De que modo isso contribui para a construção de novas epistemologias?

Para isso, partiremos de uma abordagem qualitativa baseada numa pesquisa empírica e digital (Miller, 2020), na qual entrevistamos duas pesquisadoras e ativistas do Movimento Negro que integram os coletivos Cyberxirê e AqualtuneLab. Tais coletivos são iniciativas antirracistas, comprometidas com construção de políticas compensatórias e promotoras de direitos humanos no campo de direitos digitais -, são elas, respectivamente, a Professora Doutora Luzi Borges da Universidade Estadual de Santa Cruz, situada em Ilhéus, na região sul do estado da Bahia e a advogada, pesquisadora e ativista, Natane da Silva Santos, fundadora de diferentes iniciativas de promoção da equidade racial no campo do direito.

A escolha das entrevistadas está relacionada ao meu trabalho em uma organização de direitos humanos, a Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, na qual conduzo o projeto Tecnologia em Ação (TECLA), cujo foco é a promoção da justiça racial na intersecção com a defesa de direitos digitais. Ao realizar mapeamentos e diálogos com possíveis parceiros para

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

o desenvolvimento da iniciativa, tive acesso às propostas das entrevistadas e pude perceber a relevância de sua atuação. O principal critério foi identificar iniciativas desenvolvidas por ativistas do movimento negro que se ocupassem em abordar a agenda de enfrentamento ao racismo vinculada ao debate sobre direitos nas redes e plataformas, adotando como forma de atuação a formação política e a educação popular.

A partir das narrativas dessas interlocutoras, analisaremos os dados à luz do ferramental proposto pela técnica do storytelling da Teoria Crítica Racial em consonância com o conceito de "falar de si" apresentado por Grada Kilomba (2019). Em diálogo com os escritos de Spivak, Kilomba defende que o subalterno pode falar, mas quando o faz, faz a partir da hostilidade imposta pelo universo da branquitude, suas regras e códigos. Ainda assim, pautando o processo de descolonização do conhecimento, Kilomba apresenta o "falar de si" como uma estratégia de retomada do lugar de sujeito, adotada por mulheres africanas e afro-diaspóricas, no desenho e reivindicação de novos espaços e posições para além do determinado pela herança colonial.

O deslocamento do lugar de objeto para sujeito proporcionado pela fala de indivíduos negros é o que permite o reconhecimento da sua
humanidade e, por consequência, das suas contribuições epistemológicas, pois como explica
Fricker (2016), ao tratar do conceito de "marginalização hermenêutica", a dominação racial
inviabiliza o compartilhamento de pontos de
vistas alternativos, de novos horizontes epistêmicos. Assim sendo, o não reconhecimento das
contribuições de determinados grupos sociais
na cosmovisão compartilhada de uma sociedade
é mais uma dimensão da exclusão e desumanização a que estes sujeitos estão submetidos.

Tratar do debate de ações afirmativas exige, portanto, que o façamos sob a lente de negros e negras implicados na transformação de suas realidades de segregação, caso contrário, nos expomos ao risco de reproduzir as relações de poder socialmente estabelecidas.

O mesmo é afirmado pelos signatários da Teoria Crítica Racial por meio do storytelling. Como ressaltam Richard Delgado e Jean Stefancic (2021), a origem do storytelling está nas autobiografias e contos narrados por escravizados. Ao declarar suas indagações, nomear processos discriminatórios e questionar estereótipos, sujeitos racializados e marginalizados relembram seus interlocutores de sua humanidade. Os storytellers salientam que compreender a perspectiva do outro para membros de um grupo racial dominante não é tarefa fácil e que, sendo assim, oportunizar a fala de indivíduos subalternizados é uma estratégia de aproximação de universos distintos, o ensejo de validação de uma perspectiva racial capaz de abrir "janelas para realidades ignoradas ou alternativas" (Delgado; Stefancic, 2021, p. 67)

Dessa maneira, com o compromisso de não tornar secundária a voz dos sujeitos negros protagonistas no processo de elaboração e implementação de ações afirmativas, apresentamos suas narrativas articuladas com um referencial teórico que julgamos necessário. Para isso, o texto encontra-se dividido em duas partes. Na primeira, pretendemos localizar a atuação do Movimento Negro brasileiro no enfrentamento ao racismo como parte do arcabouço de novas epistemologias comprometidas com a emancipação política e social da população negra, ressaltando e apresentando as Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial como parte da estratégia deste ator político na promoção de novos olhares e perspectivas sociais de valorização e empoderamento desta comunidade.

A partir do debate realizado pela Lei de Cotas, aqui compreendidas por meio dos escritos de Joaze Bernadino-Costa e Antonádia Borges (2021), como potencialmente um "projeto decolonial contra-hegemônico na produção do conhecimento", serão expostos os conceitos de "injustiça epistêmica" e "marginalização"

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

hermenêutica" da filósofa Fricker (2016). O objetivo é localizar as contribuições epistêmicas do Movimento Negro entre as teorias que são comumente marginalizadas pelo pressuposto de universalidade da cosmovisão ocidental. Como supõe Patrícia Hill Collins (2017), o domínio de tal epistemologia hegemônica culmina na invisibilização de toda produção de pessoas racializadas.

A partir desta reflexão, as elaborações de bell hooks (2019) e Kilomba serão o suporte para desvendar a supremacia branca nos espaços acadêmicos e ao mesmo, como contraponto, legitimar as contribuições intelectuais de ativistas negros e negras ainda que em espaços marginalizados. Por fim, a produção de Nilma Lino Gomes (2017), em diálogo com o conceito de "margem" de hooks nos auxiliarão a compreender quem é parte constitutiva do Movimento Negro e como as ações afirmativas despontam entre suas estratégias de superação das desigualdades.

A hipótese apresentada é a de que o Movimento Negro brasileiro pode ser compreendido como um lugar da "margem" enquanto um espaço de abertura radical (hooks, 2019). hooks explica que a margem desponta como um espaço de resistências, informando mecanismos de solidariedade estabelecidos a partir de processos segregatórios a que estão submetidas as pessoas negras empobrecidas. Ao recusar sua desumanização, tais indivíduos constroem novos esquemas explicativos e ampliados da realidade, teorias alternativas que pautam novas epistemes sobre as relações sociais.

Em outras palavras, o processo de marginalização e exclusão resulta numa capacidade analítica singular da totalidade do sistema, que somente é possivel por conta deste ponto de partida segregatório. É desta condição que a população negra extrai sua inventividade e capacidade de resistir ao extermínio político, social, e subjetivo imposto pela ideologia do racismo. É na margem que se gesta uma contralinguagem que, em suas palavras, "descoloniza nosso pensamento, nosso próprio ser" (hooks, 2019, p. 290) - transformamos a linguagem do colonizador, falamos através da voz da resistência deste lugar da margem.

Dessa maneira, defendo que foi a partir da atuação do Movimento Negro que emergiram novas epistemologias que, entre outras, resultaram na ressignificação do conceito de raça, atrelando-o ao debate de desigualdades sociais - como já apresentado por meio dos escritos de Gomes –, e na concepção das Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial como uma das estratégias de enfrentamento ao racismo epistêmico.

Na segunda parte, apresentaremos os coletivos Cyberxirê e AqualtuneLab, enquanto força motriz mobilizadora do Movimento Negro, articulando sua ação coletiva com o aporte teórico já apresentado. O pressuposto assumido nessa parte é a de que tais iniciativas devam ser compreendidas como ações afirmativas, demonstrando que as cotas, ou a Lei de Cotas, não compreendem o todo de sua definição. Ampliar a compreensão desse conceito é o que potencializa a atuação do Movimento Negro no enfrentamento ao racismo, afinal, mais do que desencadear um processo de aumento de vagas e da presença negra em espaços dominados pela branquitude, as ações afirmativas se propõem a provocar uma ampla mudança social, que incida nas possibilidades de estudo e trabalho da população negra, mas, sobretudo, altere a imagem que a sociedade brasileira tem de si, deslocando negros e negras do lugar comumente atribuído a tais sujeitos.

Reconhecer as proposição formativas implementadas pelo Movimento Negro em uma tema pouco explorado políticamente pela opinião pública, como ainda é a tecnologia, substancia o papel do Movimento Negro como educador, assim como delinea Gomes. Evidenciando o papel das iniciativas a serem apresentadas no marco das ações afirmativas no campo dos direitos digitais.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

1.1 O Movimento
Negro e o
combate à
marginalização
hermenêutica:
produzindo novos
saberes a partir
da luta política

Quando o conceito de epistemologia conquista centralidade em uma análise, o estranhamento à palavra resulta em um esforço quase que imediato de buscar paralelos que a expliquem. Uma das definições mais amplamente disseminadas é a ideia de teoria do conhecimento; assim, é possível supor que ao falar de epistemologias, a reflexão proposta é de que o termo se refere a um saber específico, seus pressupostos, métodos, hipóteses e objetos em análise.

Em seu artigo sobre justiça epistêmica e preservação da ignorância, a filósofa Fricker (2016) faz um convite inicial para uma reflexão sobre o valor epistêmico da ignorância. De acordo com a autora, uma boa prática epistêmica exige necessariamente um recorte espaço-temporal ou temático. Fricker salienta que neste sentido a ignorância não é em si algo negativo, ao contrário, a "ignorância massiva" emerge neste ponto como uma condição para existência de seres finitos que somos.

A autora chama a atenção para as motivações da ignorância que podem tanto estarem atreladas a um desconhecimento inocente, como explicitado acima, ou serem consequência do acesso a fatos e evidências equivocados, incompreensíveis e até mesmo falaciosos. Ao pautar a segunda motivação para ignorância, aquela que é resultado de uma ação deliberada em tornar nebulosa a compreensão de um cenário específico - o que pode se dar pela negação da possibilidade de aproximação à diferentes pontos de vista e à novos esquemas explicativos

e seus fundamentos -, Fricker apresenta os conceitos de "injustiça testemunhal" e "marginalização hermenêutica". Para ela, a "injustiça testemunhal" ocorre quando num diálogo, a fala de um dos interlocutores é invalidada por conta de um processo discriminatório. Sem credibilidade, o falante não consegue trocar com o ouvinte, não há um processo de melhoria epistêmica. Conforme afirma, é nesse momento que acontece a "marginalização hermenêutica", ou seja, a exclusão de um grupo social e sua epistemologia.

Tal prática impacta diretamente no que a autora nomeia como "recursos hermenêuticos coletivos", há um atravessamento direto nas experiências sociais comuns e partilhadas, em suma, na cosmovisão daquela sociedade. Como exemplo, a autora traz as experiências da comunidade de pessoas trans, cuja episteme vem se tornando, muito recentemente, uma perspectiva compartilhada por outros sujeitos sociais, imersos na perspectiva cisnormativa. Sem a troca, sem a superação da ignorância determinada pela transfobia, valores, olhares e perspectivas da população trans estavam cerradas ao conjunto amplo da população.

O mesmo acontece com a comunidade negra, como explicita a autora ao citar Charles Mills. Este relata que a racionalidade de povos não brancos é submetida a um sistema de descrédito que resulta na supressão das contribuições do grupo ao amplo conjunto social. Sem conceitos, variáveis e apontamentos elaborados por tais indivíduos qualquer esquema explicativo produzido por esta sociedade parte da depreciação de negros e negras, o que impede que suas formulações possam gerar novos horizontes epistêmicos.

Deste panorama, é possível depreender que "injustiça testemunhal" e "marginalização hermenêutica" são processos intrínsecos e constitutivos dos padrões que dão origem a "hermenêutica sistemática", àquela que define os acordos e modos sociais partilhados de se

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

relacionar. Por ter como ponto de partida a exclusão de identidades e grupos sociais, tais parâmetros despontam como uma reprodução da distribuição desigual de poder e estima social.

Em consonância com Fricker, Collins (2017) também compreende a "marginalização hermenêutica" como um retrato das relações de poder existentes em uma sociedade. Collins assinala a importância de se compreender qualquer teoria do conhecimento a partir de seus contornos políticos e éticos. Afinal, a subtração de determinados argumentos são evidências da estratificação e exclusão social e política estabelecida em uma determinada sociedade. Ela se contrapõe à ideia da existência de um suposto verniz acadêmico atribuído a epistemologia ocidental que a torna sinônimo de verdade universal e de conhecimento científico, colocando-a em lugar de destaque em relação a outros saberes. Em suas palavras, epistemologias hegemônicas são produções humanas, e, portanto, refletem suas práticas sociais e seus interesses políticos. Collins vai além e afirma que é a partir da "opressão epistêmica", aliada a sistemas ideológicos como o racismo e o sexismo, que se estrutura a legitimação dos arranjos e estratégias que estabelecem as "injustiças sociais".

Dessa forma, podemos compreender que o diálogo entre os argumentos de Fricker e Collins denuncia a pretensa universalidade das epistemologias dominantes ao reclamar objetividade científica em detrimento do compromisso de enfrentamento das desigualdades. Frente a isso, entendemos quais são as motivações e como opera o racismo epistêmico no sentido de silenciar o testemunho e a visão crítica de intelectuais negros que sofrem de uma "marginalização hermenêutica" histórica - exclusão essa que, por sua vez, é parte dos alicerces que sustentam as opressões sociais.

Nesse aspecto, vale retomar os argumentos de Kilomba (2019) e hooks (2019), ao tratar da supremacia branca nas produções acadêmicas.

Segundo Kilomba, há um processo de hierarquização violento das diferentes produções de conhecimento a partir da distinção discriminatória de seus autores. Tal qual afirma Fricker, as produções negras são sistematicamente vitimadas pela "injustiça testemunhal". Partindo desta mesma visão, Kilomba destaca que tais produções são caracterizadas como subjetivas, parciais, pessoais, em contraponto a objetividade, neutralidade e racionalidade que comumente a epistemologia ocidental e branca se atribui. Já hooks aponta como as pessoas negras e suas elaborações epistêmicas são transformadas em objeto de estudo, fazendo com que tal grupo social seja despojado de seu lugar de sujeito produtor de conhecimento. Ela afirma ter sido transformada no "Outro", naquele que é silenciado e sobre o qual os dominantes decidem falar sobre; escuta-se a história de dor e sofrimento para reescrevê-la, recontá-la para os mesmos marginalizados.

hooks explica que este caminho consiste num processo de não somente reescrever a história narrada pelos marginalizados, mas de recontar o que se é como parte desse processo, mantendo, dessa forma, o lugar de autoria e autoridade sobre os corpos e experiências negras. Vale lembrar que o diálogo estabelecido pela autora neste ponto é com pesquisadores que se dedicam a estudar a diferença, que se autodenominam pensadores críticos radicais, sobre os quais ela destaca o grupo de feministas.

Como contraponto à "marginalização hermenêutica" empreendida pela branquitude, há o lugar da "margem" como espaço de abertura radical defendido por hooks. Para além de uma estratégia de resistência, é na margem - compreendido como espaço de solidariedade de pessoas negras em ambientes culturalmente privilegiados, como a universidade -, que intelectuais negros reivindicam sua humanidade, constroem novas possibilidades teóricas e potencializam suas elaborações alternativas à ordem vigente.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Para hooks, a experiência de pessoas negras - comprometidas com o enfrentamento ao racismo - que vivenciam sua existência ressignificando processos de exclusão é vital para sobrevivência desse grupo ao longo dos séculos, imperativo para o embate à "marginalização hermenêutica" e a "injustiça epistêmica". Ao mesmo tempo, ela é fundamental para disseminação e consolidação de uma nova epistemologia antirracista, capaz de estabelecer novos esquemas explicativos das opressões e impor a escuta ativa de uma voz radical, gestada na reconstituição de uma nova visão de um passado, que respeite o legado de dor desses sujeitos e, nas palavras da autora, auxilie a iluminar e transformar o presente.

Ao pensar o contexto brasileiro, Gomes (2017), referência histórica de intelectual negra do campo da educação, defende que o Movimento Negro é "sujeito de conhecimento". Para ela, ao ressignificar a questão étnicorracial no país, estes diferentes indivíduos que são parte deste importante grupo político nacional, invariavelmente, produzem novas epistemologias em sua ação cotidiana. Podemos perceber que, assim como afirma hooks sobre a "margem" ser um lugar de reinvenção e de elaborações políticas para intelectuais e ativistas negros e negras, Gomes ressalta as dimensões das práticas e ações do movimento negro a partir de diferentes nuances.

Neste aspecto, trazendo o debate para a dimensão local, a partir do contexto brasileiro, apresento a compreensão de Gomes (2017) sobre o significado de Movimento Negro, afinal, ao reconhecermos suas estratégias podemos compreender este lugar definido pela autora de "produtor de saberes". Ela afirma que o Movimento Negro é composto por diferentes grupos políticos e acadêmicos, mas também culturais e artísticos, que assumem a superação do racismo e a valorização da população negra, sua história e cultura na centralidade de sua atuação política. A eliminação das barreiras

sociais impostas pela discriminação racial a tais sujeitos nas mais diferentes dimensões da vida é o objetivo que mobiliza o grupo.

Gomes salienta que as conexões com a ancestralidade e culturas africanas são parte dos pressupostos do movimento, mas não como fenômeno cristalizado em um tempo específico de civilizações originárias e reinos pré-escravização. Mais do que valorizar o passado, reconhecer a complexidade da diáspora africana implica defender que os vínculos culturais e históricos devem ser tecidos tendo como horizonte a construção da emancipação política, econômica e social de negros e negras subalternizados em diferentes territórios e cenários políticos na contemporaneidade. A este respeito, faz-se necessário observar que a autora evidencia que o enfrentamento ao racismo caminha lado a lado de uma postura antissexista, anticapitalista, não patriarcal e tão pouco LGBTfóbica.

Entre as contribuições à sociedade, Gomes destaca a postura afirmativa do Movimento Negro, que ressignificou o conceito de raça, disseminando que o seu significado nada mais é do que uma construção social, estruturante no processo de estratificação que determina as desigualdades sociais. Ao pautar o racismo como questão nacional, o Movimento Negro propôs uma revisão na historiografia oficial e alçou a questão da diversidade étnicorracial ao patamar de vantagem, não de interdição, no processo de construção de uma sociedade justa e democrática. Dessa maneira, o movimento promove avanços significativos na luta por emancipação da sociedade como um todo, especialmente da população negra. Todavia, vale destacar que para ela a superação do racismo exige que suas estratégias e ações de enfrentamento se ajustem continuamente às novas formas de opressão e dominação que despontam em diferentes escalas - nacional, local e até mesmo transnacional. A autora nos explica que é a capacidade adaptativa da ideologia racista e seus mecanismos de perpetuação que acabam

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

por desencadear a construção perene de novas formas de organização política, conhecimentos e pedagogias.

Sobre o campo escolhido para análise da atuação do Movimento Negro que viabiliza observar mais nitidamente esse lugar de produção de conhecimento, Gomes declara sua opção pela luta empreendida historicamente pela promoção e defesa do direito humano à educação. Para ela, o campo educacional foi eleito pelo Movimento Negro como um "espaço-tempo passível de intervenção e de emancipação social, mesmo em meio às ondas de regulação conservadora e da violência capitalista" (Gomes, 2017, p. 25).

Ao observarmos as possibilidades de transformação ofertadas pela educação, ela elenca: o dinamismo característico do campo, que sofre influências constantes dos mais diferentes sujeitos; a possibilidade de construção de narrativas dissonantes por meio dos processos formativos; o diálogo estabelecido com diferentes grupos sociais em diferentes fases da vida; a oportunidade de incidir tanto na institucionalidade do espaço escolar, seja acadêmico ou voltado à educação básica, como na esfera da educação popular, em ambientes não formais, gestada na luta política.

Tal processo de "articulação de saberes emancipatórios" fica evidente ao retomar algumas experiências do Movimento Negro. Entre elas, Gomes apresenta a "Frente Negra Brasileira", criada em São Paulo em 1931. Esta associação política, recreativa e beneficente, conquistou ampla adesão pela comunidade negra justamente pela diversidade de suas ações, que objetivando a integração social e cultural desses indivíduos promovia atividades políticas, ofertava cursos de alfabetização, realizava festivais culturais, além de elaborar diagnósticos sobre a realidade da população negra no período. Outro caso emblemático, mencionado pela autora é o Teatro Experimental do Negro (TEN), criado em 1944, o qual realizava cursos

de alfabetização à trabalhadores dos mais diferentes espectros, e, com isso, promovendo uma reflexão crítica das questões raciais no Brasil. Além disso, o cerne de sua atuação se deu no campo cultural, na construção de uma imagem positiva da negritude, de valorização histórica da diáspora negra e sua conexão com o continente Africano, tudo por meio da dramaturgia. Gomes segue nesta retomada histórica com a criação do Movimento Negro Unificado (MNU), em 1978, que a exemplo das organizações anteriores também elegeu a educação como foco de sua atuação, ao lado da pauta do direito ao trabalho. A autora explica que foi a partir da atuação do MNU que uma geração de intelectuais negros produziu pesquisa sobre questões raciais no Brasil, confrontando consensos históricos, como o ideário da democracia racial.

No final da década de 1980, com a abertura democrática do país, o Movimento Negro, sempre alinhado à defesa da universalização dos direitos, identificou que nem sempre assegurar a universalidade resultava em garantir o acesso à direitos entre brancos, negros e demais pessoas racializadas igualitariamente. O racismo impõe uma barreira singular a determinados grupos sociais, ainda que o horizonte seja a expansão ampla e irrestrita a direitos. Foi nesse contexto que emergiu, por meio da produção de conhecimento do Movimento Negro, o debate em torno das Ações Afirmativas, temática comum no círculo do ativismo negro, e que se torna uma agenda da sociedade brasileira por meio dos esforços deste movimento social.

A partir de então, outros marcos políticos deflagrados por esse processo de mobilização relatado acima revelam a profundidade dos avanços conquistados pelo Movimento Negro, entre eles, a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerência, promovida pelas Organizações da Nações Unidas em Durban, na África do Sul, em 2001. Tal evento foi fundamental na história do Movimento

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Negro nacional por circunscrever o reconhecimento do Estado Brasileiro da existência institucional do racismo. A criação, em 2000, da Associação de Pesquisadores Negros (ABPN) e a realização do Congresso Brasileiro de Pesquisadores Negros (Copene), reforçam o esforço deste ator político na fundação de novos pressupostos epistêmicos para a sociedade desde a universidade. O que se segue quando é sancionada a Lei 10.639 em 2003 que torna obrigatório o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana, alterada pela Lei 11.645/08, com a inclusão da temática indígena.

Este sobrevoo pela atuação do Movimento Negro deixa nítido o compromisso deste ator político com o reconhecimento e posterior difusão das epistemes produzidas pela população negra em distintos campos do conhecimento, com o objetivo de recriar o projeto político proposto pelo Estado brasileiro, combatendo a marginalização hemernêutica e reclamando o lugar da existência dessas subjetividades que precisam ser ouvidas e consideradas caso o objetivo seja suplantar as desigualdades. É por conta deste valor fundamental para o grupo que as ações afirmativas figuram entre as principais estratégias de enfrentamento ao racismo epistêmico.

Quando pensamos em Ações Afirmativas comumente lembramos da Lei de Cotas, que é a lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, a qual estabeleceu os protocolos para implementação das cotas sociais e raciais para ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Contudo, esta é apenas uma das modalidades das políticas compensatórias de fomento a equidade racial, que como parte dos instrumentos legais de discriminação positiva existentes, simbolizam, de modo mais vigoroso, uma ruptura com a supremacia branca e suas epistemologias - o que explica o fato de ser tão duramente atacada na arena pública por representantes dessa ideologia hegemônica.

Resultado de um amplo embate, a Lei de Cotas foi uma estratégia do Movimento Negro que, em sua formulação inicial, pretendia ir além da ampliação da presença de grupos racializados na universidade, como demonstram Bernadino-Costa e Borges (2021) ao resgatarem a experiência das Ações Afirmativas na pósgraduação da Universidade de Brasília (UnB). Para eles, essa lei possui um "potencial de um projeto decolonial contra-hegemônico na produção do conhecimento" (2021, p. 9).

Segundo os autores, o racismo epistêmico nos espaços acadêmicos é manifesto sob a forma de uma versão atualizada da perspectiva evolucionista da história característica do determinismo biológico, ou seja, estudantes racializados são responsabilizados por não dominarem a lógica branca dos códigos hegemônicos acadêmicos. Ao adotar uma visão eurocêntrica, heterocisnormativa e universal, estas instituições educacionais não reconhecem sua cosmovisão ocidental como um impeditivo para expansão de novos olhares, outras formas de se relacionar e produzir conhecimento. Neste contexto, estudantes negros, indígenas e quilombolas são considerados despreparados e, muitas vezes, incapazes em relação aos brancos. A suposta superação dessa condição exige que tais universitários sucumbam a um modelo branco de existência, de visão de mundo, e requer que esses sujeitos assumam os pressupostos e métodos da branquitude de elaboração de pesquisa.

É a partir desta colisão racial epistemológica que ocorre a transformação política institucional das universidades. Bernadino-Costa e Borges afirmam que na luta pelo reconhecimento de suas experiências e pontos de vista como parte do fazer acadêmico e das construções teóricas, estudantes racializados pressionam e questionam as estruturas da academia e suas relações de poder, até então, compreendidas como naturais.

Ao revelar que determinados padrões de excelência são na verdade frutos de processos de

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

exclusão, os cotistas negros, indígenas e quilombolas colocam, frente à universidade, suas vozes radicais que, paulatinamente, vem provocando mudanças importantes nas universidades. Podemos perceber isso com a oferta de novas disciplinas voltadas ao pensamento africano e afrodiásporico e da circulação de uma nova bibliografia e métodos de investigação que priorizem saberes, experiências e corpos dissonantes.

Dessa maneira, ao falarmos de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial podemos adotar como referência a experiência vivida nas universidades. Afinal, como apontado por Gomes (2017), as Ações Afirmativas denunciam a existência da "colonialidade do saber" por meio da crítica aos privilégios raciais, políticos, sociais e econômicos concedidos às populações brancas pelo racismo institucional e epistêmico.

Nesse sentido, podemos traçar paralelos com outras medidas e práticas afirmativas empreendidas pelo Movimento Negro em diferentes áreas e setores sociais, extrapolando o lugar da Lei da Cotas e reconhecendo a posição das Ações Afirmativas imersa no espectro de "estratégia promocional que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade" (Piovesan, 2008, p. 890).

Ao defender a importância das Ações Afirmativas, a jurista Flavia Piovesan (2008) sugere uma reflexão que passe pela compreensão dos diferentes sentidos de igualdade. A autora inicia a reflexão mencionando duas possíveis compreensões para o conceito de igualdade. Um primeiro em que nos deparamos com a concepção de "igualdade formal" baseada na máxima universalizante e discriminatória de que "todos são iguais perante a lei", e, um segundo, o qual ela nomeia como "igualdade material", isto é, aquela manifesta a partir da sua relação com o ideal de justiça social e de reconhecimento de identidades.

Dessa maneira, para combater atos discriminatórios que restrinjam o exercício pleno da

vida e assegurem a igualdade que não invisibiliza as diferenças, Piovesan (2008) ressalta que, para além do caminho punitivista, há um trajeto vinculado à formação, sensibilização e disseminação de saberes que buscam suplantar estereótipos responsáveis pela segregação do ponto de vista de diferentes comunidades marginalizadas. É nesse contexto que se encontra a compreensão de Ações Afirmativas defendida nesse artigo. Instituídas com vistas a abreviar a travessia rumo a uma efetiva inclusão social e de enfrentamento das desigualdades de sujeitos excluídos socialmente, compreendemos que as políticas compensatórias vão além de políticas públicas, sendo, muitas vezes, delineadas por ativistas em projetos territorializados.

De acordo com Piovesan, são inúmeros os marcos jurídicos que dão conta de propor a implementação de políticas compensatórias nas mais diferentes dimensões sociais. Entre elas é possível elencar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e contra a Mulher¹, a própria Constituição Federal de 1988, o Programa Nacional de Direitos Humanos², o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, em 2001, a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial³ (PNPIR), mais recentemente, a articulação entre organizações e intelectuais negros em torno da regulamentação da Inteligência Artificial no Brasil - tais grupos vem denunciando o potencial discriminatório e os riscos éticos da proposição atual, entre outros.

Como esclarece Gomes, o Movimento Negro se destaca não só pela concepção e defesa de políticas públicas, muitas vezes, dada a morosidade na conquista de avanços institucionais e culturais que respeitem a existência da população negra, mas alcança relevância também por construir, conjuntamente, projetos políticos pedagógicos e novas epistemologias a partir da mobilização de seus próprios recursos, análises e reflexões na sociedade.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Pensando nesses desdobramentos e tendo como proposta compreender a construção de uma nova cosmovisão, busco refletir, na seção seguinte, as conexões possíveis entre a luta antirracista, direitos digitais e conhecimento livre, apresentando duas experiências lideradas por ativistas e coletivos do Movimento Negro em tal universo. O objetivo é demonstrar não só a capacidade de inovação deste movimento social, como sua habilidade de acompanhar as transformações sociais e produzir respostas em sintonia com os desafios atuais de um mundo mediado pelas tecnologias de informação e comunicação.

1.2. Promoção da igualdade racial na tecnologia: a experiência das iniciativas

Cyberxirê e
AqualtuneLab

Uma das hipóteses do presente artigo é de que as iniciativas Cyberxirê e AqualtuneLab, que atuam no campo de defesa e promoção de direitos digitais e justiça racial, podem ser consideradas ações afirmativas implementadas pelo Movimento Negro. A escolha de apresentar tais projetos emerge como tentativa de responder a questão que nos colocamos na introdução desse artigo: após dez anos da lei de cotas, pessoas negras e indígenas têm se apropriado das plataformas já existentes? De que modo isso contribui para a construção de novas epistemologias?

Encarando o Movimento Negro como produtor de novos saberes, sobretudo, no campo da educação, a proposta desta seção é demonstrar como novos saberes são valorizados, reconhecidos e disseminados pelo Movimento Negro também no universo digital e como

a experiência formativa que desencadeia em ações ativistas desloca os sujeitos negros do lugar de subalternização, mas também proporciona para o conjunto da sociedade novas formas de compreender um mundo em constante transformação.

Localizar tais experiências como parte do debate de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial é um convite à ampliação do olhar sobre quais medidas e práticas, de fato, são políticas compensatórias. Pretendemos com a jornada percorrida até este momento expor que processos formativos e de sensibilização, por vezes, são o primeiro passo para a concepção de políticas públicas e de novas epistemologias a serem sistematizadas. Compreendê-los como pertecentes ao universo das Ações Afirmativas é fundamental para valorizar e reconhecer as ações do Movimento Negro na superação do racismo estrutural, afastando o imaginário de que apenas o Estado, por meio do governo e seus instrumentos legais, são responsáveis pela implementação de tais políticas compensatórias.

Neste ponto, como vimos, Gomes se aproxima de Fricker e o conceito de "injustiça epistêmica" já abordado neste artigo. Em outras palavras, se o foco da análise até aqui construída está diretamente relacionada a refletir sobre a marginalização epistêmica sofrida pelo Movimento Negro que impede a sociedade de compreender o alcance de Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial, bem como o protagonismo da comunidade negra em sua concepção e implementação, é preciso avançar no sentido de fazer emergir as contribuições desta população.

Ao assumir o papel educador na sociedade brasileira, o Movimento Negro denuncia e propõe uma reinterpretação crítica da realidade racial, mirando a construção de um novo imaginário e a fundação de uma ordem social libertadora, cujas opressões como produtoras de desigualdades sejam superadas.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Fundado em 2019, o Grupo de Pesquisa "Cyberxirê: redes educativas, juventudes e diversidade na cibercultura" é uma iniciativa criada pela Professora Doutora Luzineide Miranda Borges na Universidade Estadual de Santa Cruz, situada em Ilhéus, na região sul do estado da Bahia. A iniciativa nasce de um questionamento de Borges (2022) sobre as perspectivas de uso do ciberespaço em territórios considerados tradicionais, como são as comunidades organizadas em torno de terreiros de candomblé.

Com uma experiência de uma década de trabalho na Educação de Jovens e Adultos a partir da perspectiva freiriana, Borges teve a oportunidade de mergulhar na discussão sobre cibercultura no Mestrado, por volta de 2008, ao trabalhar com Educação de Tecnologias Educacionais por meio da formação de jovens monitores e com gestores de inúmeros Centros Digitais de Cidadania do programa Cidadania Digital - iniciativa liderada pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação (Secti), em uma parceria com a Universidade do Estado da Bahia.

Nesse processo, a autora discutiu gestão colaborativa e inclusão digital a partir das contribuições de Paulo Freire, que tem como pressupostos a valorização das experiências de vida dos alunos. Além das oficinas, Borges assumiu um mapeamento dos Centros Públicos de Acesso à Internet, quando identificou a presença desses espaços em comunidades ribeirinhas, indígenas, em terreiros de candomblé e em vários outros territórios baianos.

Ela chama atenção para o fato de que em tempos da chamada "Internet das Coisas", em que os objetos do nosso cotidiano também estão conectados à internet, assim como boa parte da sociedade, desvendar como a juventude de terreiro vem se apropriando do ciberespaço por meio do ativismo passou a ser um de seus interesses, ao lado da defesa dos direitos digitais e da tecnologia como lugar de emancipação. Podemos conhecer mais sobre

tais reflexões através de suas pesquisas de mestrado e doutorado, cujos temas são, respectivamente, "Políticas Públicas de Emancipação Digital: Possibilidades e Avanços à Inclusão Sociodigital no Estado da Bahia" e "#Soudoaxé: redes educativas e o ciberativismo da juventude de terreiro da nação Ijexá". Além do Cyberxirê, Borges integra atualmente uma iniciativa ativista chamada Amata Cultural, que consiste num coletivo de juventude negra para promoção e divulgação da cultura afroindígena no sul da Bahia, vinculado ao terreiro de candomblé Ilê Axé Odé Omopondá Aladê Ijexá. Para ela, tanto o Grupo de Pesquisa Cyberxirê quanto o Amata Cultura, são iniciativas que estão imbricadas, seja pelo intercâmbio entre os participantes e suas ações, seja porque muitas das atividades acabam por se retroalimentar no decorrer de sua realização.

Segundo a autora, a palavra Cyberxirê vem da mixagem da palavra cibercultura e xirê, palavra de origem yourubá que significa um rito realizado por meio de uma dança circular anti-horário promovido em terreiros, durante festas de iniciação ou de reverência aos orixás, divindades cultuadas no candomblé. Para ela, a dança circular ancestral possui movimentos que questionam os valores civilizatórios colonizadores e na síntese do termo Cyberxirê, ao se conectar com a conexão global existente no ciberespaço e seus inúmeros elos, desponta como a tradução da ideia de horizontalidade de trocas de todos para todos. Podemos compreender a palavra Cyberxirê a partir do sentido de ocupação do universo virtual, dessa rede mundial, conectada também aos saberes ancestrais de negros e negras que fundaram parte das comunidades de terreiro e que, por séculos, mantém viva esta manifestação religiosa, agora também imersos na cibercultura.

Luzineide Miranda Borges (2019) explica o significado de "epistemologia de pertencimento" e apresenta uma das reflexões de suas entrevistadas:

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Pertencer ao candomblé é ocupar o lugar que meus ancestrais deixaram, se eu não fizer isso, outros farão e ainda, nenhuma luta, o sangue derramado valeu a pena. Eles morreram para que hoje nós estivéssemos aqui (Borges, 2019, p. 211).

A partir da fala de Pè Lokè, na citação acima, é possível depreender o sentido de pertencimento atribuído por Borges ao tratar da ocupação do ciberespaço pela juventude de terreiro. De acordo com a autora, é fundamental para a juventude negra fortalecer os processos de valorização da sua identidade racial, para além da denúncia do racismo. Afirmar ser parte dessa coletividade e romper com estereótipos sobre sua fé é um "processo de re-enraizamento como ação política contra a colonialidade" (Borges, 2019, p. 213).

São inúmeras as iniciativas que ela nomeia como "positivação do povo negro nas redes sociais digitais", tais como: #souafroreligioso, #respeitojá e #soudoaxé. Todas essas iniciativas, promovidas por meio de narrativas digitais, são modos de reivindicar a existência desse grupo social e a construção dos seus saberes para fora dos muros das casas de candomblé. Borges (2022) ressalta que, para esses indivíduos, o uso das tecnologias e das plataformas de comunicação faz parte da vida cotidiana, e, portanto, usá-las para se manifestar é algo comum; a novidade reside em não se intimidar em se posicionar contra a violência religiosa de cunho racista.

Ela evidencia, no entanto, que o acesso à internet é ainda díspar, embora seja um hábito dos jovens com os quais ela se relaciona. Ela recorda de um episódio em que, em meio ao contexto pandêmico, era preciso premiar um aluno que morava na zona rural. Na ocasião, o aluno não conseguia receber o recurso financeiro via pix⁴, tão pouco era possível reverter o prêmio, no valor de cinquenta reais, em crédito

para celular, de modo a assegurar o acesso à internet, pois nenhuma operadora funcionava em seu bairro. Ao tomar conhecimento sobre como ele conseguia, mesmo que precariamente, navegar pelas redes sociais, ele afirmou que usava uma rede rural, discada. Dessa maneira, Borges e outros docentes, ampliaram o valor do prêmio para que esse jovem pudesse comprar planos de acesso que eram mais caros do que a premiação assegurava. Neste ponto, Borges fala sobre a criatividade necessária para os ativistas do Movimento Negro:

Não tem como a gente propor projetos sociodigitais, sem conhecer a nossa realidade e sem olhar para essa realidade. Porém, não numa perspectiva da negativa: ah, não vou fazer nada, porque não é possível fazer nada, não é? Então, a gente precisa usar a nossa criatividade, a partir do que a gente tem, da realidade que a gente tem. Para mim, o grande desafio, está nessa potência criativa, que é a nossa diversidade, que é a nossa diferença. E aí eu penso que o digital em rede, ele tem um papel que com o que Mãe Estela traz, nos seus provérbios, e que eu coloquei como título do meu último capítulo de tese, e de livro, que é: "se a gente não escrever, o vento leva". Assim, o Podcast, o YouTube, o Instagram, o Facebook, os nossos livros, os nossos artigos, é essa perspectiva dessa memória do presente mesmo, é um legado que a gente precisa deixar para os nossos. (Entrevista com Luzineide Borges, julho/2022, São Paulo).

Como mencionado acima, a experiência de Borges, ao articular suas produções e experiência com a produção de pesquisa em um grupo acadêmico reforça as perspectivas já apresentadas por Gomes (2017) do modo de operar do Movimento Negro diante de novas questões que

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

mobilizam a sociedade e incidem na reconfiguração do racismo. Borges traz para academia sujeitos que não são parte como interlocutores, produzindo pesquisa sobre suas realidades, seja como alunos ou como parte integrante de tais construções. Ela considera nessas trocas as especificidades das diferentes interdições impostas pela discriminação racial e a partir dos diferentes contextos identificados, produz respostas que dêem conta das distintas realidades, sistematizando tais achados desde o lugar da epistemologia do pertencimento e propondo novos olhares a partir de inúmeras perspectivas que conectam a singularidade de ser um jovem de terreiro e ser atravessado pela sociedade da plataforma. Ainda sobre a importância dessa potência criativa, ela afirma:

> A oralidade, ela vai continuar; não tem como a gente abrir mão da oralidade, ela pertence a nós humanos, não é? A oralidade, a primeira comunicação vem lá do homem primitivo, e vai seguir com a gente; eternamente, enquanto aqui nós estivermos, enquanto humanidade, enquanto homens e mulheres. Mas a criatividade, ela é do presente. Então, o que é que eu posso fazer agora no presente, para deixar para as futuras gerações? Eu penso que o uso do digital em rede, principalmente nessa perspectiva da memória, de construção de um acervo de memória, para além de vender os dados da gente, é um presente que a gente deixa para o presente. Porque, para os povos ancestrais, o futuro é presente, não é? Não existe futuro sem presente (Entrevista com Luzineide Borges, julho/2022, São Paulo).

No final da sua entrevista, refletindo sobre o significado de tecnologia, Borges afirma que em sua concepção "tecnologia é cura" e que ela está relacionada a nossa capacidade inventiva

e criativa de gerar respostas para o mundo. Ela explica que durante a pandemia, por meio das rodas de conversa virtuais que a "Amata Cultural" promovia, em parceria com o Grupo de Pesquisa Cyberxirê, na distribuição de alimentos que realizavam em uma praça no Banco da Vitória (bairro onde está localizado o terreiro), nas formações de jovens e professores e até mesmo, na elaboração de estudos e investigações, "o que promovemos é a cura". Para ela, a cura é realizada porque narramos novas histórias, fortalecemos nossos laços e o sentido de pertencimento de grupo, e, entre outras possibilidades, a elaboração que as novas narrativas digitais nos dão como possibilidade. Borges destaca que é preciso devolver à tecnologia o reconhecimento da autoria e as contribuições a quem também lhe é de direito, ou seja, é preciso devolver "à nós, que somos parte da população negra".

Em consonância com o Cyberixê, o AqualtuneLab é outro coletivo que busca, a partir do Direito, fortalecer a luta por mais justiça social. Para conhecer mais sobre este coletivo, entrevistei uma de suas fundadoras, a advogada, pesquisadora e ativista Natane da Silva Santos, co-fundadora do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular Luiza Mahin e do Curso de Extensão Jurista Luiz Gama.

O AqualtuneLab é um coletivo negro jurídico que desenvolve investigações e estudos pautados em reflexões que emergem da intersecção entre Direito, Tecnologia e Raça. Atualmente, sua composição conta com representações em diferentes regiões do país, o que desponta como fundamental nos processos de produções de elaborações que contemplem a diversidade existente nos mais diferentes territórios. O principal objetivo do grupo é racializar discussões em temas como uso de tecnologias no sistema jurídico, tratando das vigilâncias pública e privada, políticas de proteção de dados, identificação biométrica, segurança na internet, aplicativos móveis e mídias sociais.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Tarcízio Silva (2019) nos alerta que os algoritmos e a inteligência artificial, que a cada dia integram o nosso cotidiano - como podemos identificar por meio das sugestões de conteúdos em perfis das redes sociais, o recurso de biometria para habilitar o uso de celulares smartphones, e até mesmo o reconhecimento facial para acessar determinados espaços podem apresentar inúmeras questões vinculadas a "vieses de raça, gênero, classe, localidade e neuroatipicidade" (Silva, 2019, p. 431). Para o autor, essas tecnologias não possuem neutralidade, uma vez que existe um processo de racialização e opressão algorítmica que proporcionam experiências discriminatórias de uso de tecnologias para populações racializadas.

Santos (2022), fundadora do AqualtuneLab, destaca que o chamado capitalismo de vigilância⁵ – não é tratado comumente com a seriedade devida, uma vez que as pessoas ou desconhecem estarem imersas nessa nova ordem econômica, ou lidam como se fosse uma fatalidade, uma condição de serem monitoradas constantemente. Compreender o impacto da vigilância foi um imperativo para ela, pois foi a partir da sua experiência enquanto defensora de direitos humanos e moradora do Complexo da Maré, - conjunto de favelas na região norte do Rio de Janeiro -, que se viu vítima de ações persecutórias oriundas dessas práticas de mercantilização dos dados, em função de seu ativismo.

Nesse aspecto, ela assinala a importância de estarmos atentos e atentas ao potencial discriminatório ao tratarmos de sistemas de inteligência artificial. Na entrevista, ela relatou o caso de uma idosa negra, beneficiária da Previdência Social - cujo custo mensal com remédios é de setecentos reais - que teve seu acesso ao benefício interrompido por um erro de reconhecimento do sistema. Segundo Santos, em função da doença dessa senhora, ela emagreceu significativamente e ao não reconhecer seu novo rosto, o sistema não autorizou

a continuidade do pagamento de seu benefício e ela teve seu direito a aposentadoria negado. Nesse sentido, sem a revisão humana ou a dupla revisão automatizada, a idosa teve que judicializar o caso, o que implica em uma situação muito onerosa, uma vez que tais recursos estão ligados à sua sobrevivência.

Ao contrário do que geralmente se pensa ao tratar de Inteligência Artificial, por meio do imaginário construído por filmes de ficção científica, esta realidade já faz parte do dia a dia, e aprofunda ainda mais a marginalização da população negra e pobre. Para Santos, a tecnologia acirra desigualdades e exclusão, e, por isso, faz-se fundamental que os grupos sociais marginalizados se apropriem de seus recursos e de seus direitos digitais para assegurar uma existência em plenitude.

Preocupada com a disseminação dessas questões, ela nos conta que para o AqualtuneLab a educação é parte estruturante de suas ações, com vistas a dar conta de incidir na opinião pública novos olhares sobre tecnologia e justiça racial. Além de formações pioneiras que se dedicam a tratar de direitos digitais interseccionando tais reflexões com o enfrentamento ao racismo, o AqualtuneLab também atua por meio da construção de campanhas de sensibilização e incidência junto de instâncias governamentais. No primeiro semestre de 2022, representantes do coletivo estiveram entre os intelectuais e ativistas negros convidados por uma Comissão de Juristas do Senado para participar de uma audiência pública que pretendia contribuir com o futuro da regulação nacional da Inteligência Artificial.

Para Santos e Borges a tecnologia precisa ser, cada vez mais, ocupada por negros e negras. Santos acredita que além do digital, a tecnologia encontra-se relacionada à inventividade da população negra e reconhecer esse lugar é parte fundamental de um processo de ressignificação da cibercultura. Em suas palavras, "a tecnologia é preta, é indígena". A reflexão

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

que precisa ser feita é por que algumas tecnologias são mais valorizadas que outras, quais cientistas pretos e indígenas são reconhecidos a partir deste lugar e quais são suas invenções. Em sua perspectiva, responder a estas indagações é parte das escolhas políticas e econômicas, que precisam ser feitas para tornar o ciberespaço um lugar democrático.

Ao ilustrar as motivações para o uso do nome AqualtuneLab, a autorareverencia a ancestralidade, destacando a importância em valorizar e agradecer as jornadas daqueles que pavimentaram o caminho que a comunidade negra trilha na atualidade.

Eu costumo falar e é a verdade, que Aqualtune tem tudo a ver com acesso a tecnologia, porque era uma mulher que foi princesa no Congo, escravizada, que lutou por dignidade com muita sabedoria e estratégia. Ela lutou por liberdade, por acesso, usando suas tecnologias, enfim, está tudo conectado (Entrevista com Natane Santo, julho/2022, São Paulo).

Para ela, escolher este nome é uma forma de fortalecer e reconhecer as epistemologias da população negra e reinvidicar o potencial dessa história, mostrando quem são as nossas verdadeiras intelectuais negras, responsáveis pela elaboração de um ponto de vista singular sobre o mundo.

2. Considerações finais

A hipótese defendida ao longo do texto é que o Movimento Negro pode ser compreendido como uma margem, um espaço de abertura radical e de resistência. Foi por conta dessa experiência e dessa resistência, que foi possível o surgimento de novas epistemologias, como o caso das Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial. Nesse sentido, os coletivos Cyberixê e AqualtuneLab se configuram como formas de ação afirmativa que promovem visibilidade de práticas sociais de sujeitos negros, ao mesmo tempo em que constroem e modulam mecanismos de ação para combater o racismo epistêmico também no campo de direitos digitais.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Referências Bibliográficas

- Bernardino-Costa, Joaze e Borges, Antonádia. Um projeto decolonial antirracista: Ações Afirmativas na pós-graduação da Universidade de Brasília. Educação & Sociedade [online]. 2021, v. 42. Disponível em: https://doi.org/10.1590/es.253119. Epub 13 Dez 2021. ISSN 1678-4626. https://doi.org/10.1590/ES.253119. Acesso em: 21 de julho de 2022.
- Borges, Luzineide Miranda. "#Soudoaxé: redes educativas e o ciberativismo da juventude de terreiro da nação Ijexá".

 Tese (doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação. Rio de Janeiro. 241 f. 2019.

 Disponível em: https://www.bdtd.uerj.

 br:8443/handle/1/10310>. Acesso em: 21 de julho de 2022.
- Collins, Patricia Hill. Intersectionality and Epistemic Injustice. In: Pohlhaus, Gaile; Medina, José; Kidd, Ian. The Routledge Handbook of Epistemic Injustice. Abingdon: Routledge, 2017. (p. 115-124).
- Feres Júnior, J., Campos, L.A., Daflon, V.T., e Venturini, A.C. Ação afirmativa: conceito, história e debates. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018. Disponível em: https://books.scielo.org/id/2mvbb/pdf/feres-9786599036477.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2022.
- Fricker, Miranda (2016). Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. In: R. Peels & M. Blaauw (Eds.). The Epistemic Dimensions of Ignorance. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em: < https://www.mirandafricker.com/uploads/1/3/6/2/136236203/epistemic_injustice_and_the_preservation.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

- Gomes, Nilma Lino. O Movimento Negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação. Petrópolis, RJ: Editora Vozes Limitada, 2017.
- hooks, bell. Anseios: raça, gênero e políticas culturais. São Paulo: Editora Elefante, 2019.
- Kilomba, Grada. Memórias da Plantação. Episódios de Racismo Cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- Pecini, André Custódio. Resenha A defesa de valores públicos na sociedade de plataforma. Dossiê Novas Faces do Poder. 2019, v. 22, n. 2. Disponível em: < https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/14/pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2022.
- Piovesan, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Estudos Feministas [online]. 2008, v. 16, n. 3. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ref/a/JXPnmdcRhtfnnv8FQsVZzFH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 de maio de 2022.
- Silva, Tarcízio. Visão computacional e racismo algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina. Revista ABPN, v. 12, p. 428-448, 2020. Disponível em https://pdfs.semanticscholar.org/25c7/29b537061509f16a92fd9611911c5cfd8734.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2022.
- Zuboff, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância. Editora Intrínseca, 2021.

JULIANE CINTRA DE OLIVEIRA

Notas finais

- A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, é um instrumento internacional, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de promoção e defesa dos direitos das mulheres. Esta convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação baseada no sexo e de assegurar a igualdade entre mulheres e homens em todas as áreas da vida. Para mais informações acesse: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf
- O Programa Nacional de Direitos Humanos tem como objetivo apresentar diretrizes para implementação dos direitos civis e políticos, assegurando que transitem pelas diversas dimensões dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Para mais informações acesse: http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm
- 3 A Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, instituída por meio do Decreto nº 4.886/2003, tem como objetivo a redução das desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra, mediante a realização de ações exequíveis a longo, médio e curto prazos, com reconhecimento das demandas mais imediatas, bem como das áreas de atuação prioritária. Para mais informações acesse: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4886.htm
- 4 Pix é um meio de pagamento eletrônico instantâneo e gratuito oferecido pelo Banco Central do Brasil a pessoas físicas e jurídicas, sendo o mais recente meio de pagamento do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Shoshana Zuboff em seu livro "A Era do 5 Capitalismo de Vigilância" apresenta oito definições para capitalismo de vigilância: (1) Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e venda; 2. Uma lógica de econômica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento; (3) Uma funesta mutação do capitalismo marcada por concentração de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade; (4) A estrutura que serve de base para a economia de vigilância; (5) Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto foi o capitalismo industrial para o mundo natural nos séculos XIX e XX; (6) A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado; (7) Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total; (8) Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos. (Zuboff, 2021, páginação irregular)

ARTIGO

Expressões culturais tradicionais e acesso aberto: uma postura ética diante de um conflito

Nanashara Ferreira Piazentin Gonçalves

contato@nanasharapiazentin.com

Advogada e jornalista, mestranda em propriedade intelectual. Coordenadora de cultura livre do Creative Commons Brasil. Conselheira de políticas culturais de Balneário Camboriú e do FUNCINE - Fundo de cinema de Florianópolis. Concentra sua atuação profissional e estudos em temas ligados à cultura, arte, acesso ao conhecimento, direitos autorais e tecnologia.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Expressões culturais tradicionais e acesso aberto: uma postura ética diante de um conflito

Palavras-chave

acesso aberto propriedade intelectual Expressões Culturais Tradicionais ambiente digital compartilhamento

Resumo

O sistema de propriedade intelectual existente é baseado em conceitos e valores ocidentais, e nem sempre protege adequadamente o grande léxico de expressões culturais tradicionais, nem manifesta de forma suficiente os valores de culturas que muitas vezes são baseadas em uma perspectiva de compartilhamento e coletividade, que entendem noções de criatividade e custódia sobre a sua herança cultural de uma forma comunitária. Porém, quando se está diante da disponibilização do bem cultural em um formato digital e de aberturas de conteúdos advindos dessas expressões culturais tradicionais, é comum ocorrerem tensões e conflitos sobre usos e apropriações desses conteúdos por terceiros. Dessa maneira, este artigo busca compreender como o acesso aberto pode ser utilizado de forma ética e respeitosa quando se está tratando da difusão de Expressões Culturais Tradicionais em um ambiente digital.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Traditional cultural expressions and open access: an ethical stance in the face of a conflict

Keywords

open access intellectual property Traditional Cultural Expressions digital environment sharing

Abstract

The existing intellectual property system is based on Ocidental concepts and values, and does not always adequately protect the large lexicon of traditional cultural expressions, nor does it sufficiently manifest the values of cultures that are often based on a perspective of sharing and collectivity, which understand notions of creativity and stewardship of their cultural heritage in a community way. However, when faced with the availability of cultural goods in a digital format and openings of content arising from these traditional cultural expressions, tensions and conflicts over uses and appropriations of these contents by third parties are common. In this way, this article seeks to understand how open access can be used ethically when it comes to disseminating traditional cultural expressions in a digital environment.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

1. Introdução

A Internet e a sociedade informacional possibilitaram um acesso à informação e a conhecimentos nunca antes imaginados. A informação é o ponto central das transformações dos últimos tempos, que se destaca pela emissão e acesso de determinado conteúdo. A informação aplicada na lógica das redes e a partir das novas tecnologias de informação e comunicação é capaz de gerar mais conhecimento em todos os campos da atividade humana, o que faz com que a sociedade informacional se sobressaia em relação a outros momentos históricos da humanidade.

A IBM estima que o mundo atual produz em dados mais de 2.5 quintilhões de bytes por dia (Bhaskar, 2020). Porém, ao mesmo tempo que a Internet permite um amplo acesso ao conhecimento, também cria um ambiente em potencial para o uso indevido desse conhecimento, principalmente quando estamos diante de conhecimentos e expressões culturais tradicionais.

As Expressões Culturais Tradicionais (ECTs) são, de acordo com a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, de 2005, as expressões "que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural". Aqui se entende uma ampla gama de expressões que vão desde saberes tradicionais indígenas, folclore, danças e rituais ligados a uma comunidade tradicional, artesanato e artes visuais, além de todo um conjunto de expressões que podem ser entendidas como características de um povo ou comunidade.

De acordo com a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), prevista no Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, Povos e Comunidades Tradicionais (PCTs) são definidos como:

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição¹.

O território brasileiro abriga uma diversa gama de Povos e Comunidades Tradicionais. Entre os PCTs do Brasil, estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades tradicionais de matriz africana ou de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, os pescadores artesanais, entre outros que são formadores da diversidade cultural brasileira.

Então, se por um lado a Internet possibilita aos seus usuários um rico potencial para aprender mais sobre toda a diversidade de cultura e expressões tradicionais; por outro, a falta de proteção ou de indicações adequadas permitem abusos e exploração dessas expressões.

Analisando sob a perspectiva da propriedade intelectual, muito desse conhecimento fora comumente tratado como parte do domínio público, seja por não atender aos critérios estabelecidos para a proteção, ou porque as comunidades tradicionais que o criaram não se encaixavam em regras de propriedade privada (Dutfield, 2001).

Nesse aspecto, os conhecimentos tradicionais se aproximam de modo muito similar à produção de conhecimento na Antiguidade grega e romana, onde não havia uma atenção especial à questão de propriedade ligada à cultura, e as narrativas faziam parte de uma tradição comum, na qual a autoria era principalmente coletiva, atribuída a uma dada cultura ou aos deuses, fruto de uma inspiração divina ou de uma construção comunitária em que importava mais o conteúdo e o que ele poderia ensinar do que seu porta-voz (Foletto, 2021).

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Assim, a problemática se instaura quando tratamos essas expressões e esses conhecimentos tradicionais como efetivamente sem propriedade, ou tentamos enquadrá-los à legislação existente sobre propriedade intelectual. Helfer (2003) alerta que a falta de proteção fragiliza e acaba por tornar esse conhecimento disponível para exploração irrestrita por "estranhos", e muitos desses "estranhos" usaram esse conhecimento como partida para inovações posteriores de forma privatizada, utilizando-se também da propriedade intelectual, como por meio de patentes e direitos autorais, com o benefício financeiro e tecnológico dessas inovações raramente sendo compartilhado com as comunidades tradicionais, como as indígenas.

De tal modo, a aplicação dos instrumentos jurídicos tradicionais nesse ambiente tem se mostrado um grande desafio em decorrência do uso de meios incompatíveis com a peculiaridade e especificidade do tema. O processo de regular realidades modificadas por novas tecnologias com um sistema legal do qual se tem uma aparente incompatibilidade apresenta-se como uma lacuna, que ora pode distanciar a sociedade de um acesso a um vasto material cultural, ora as comunidades podem não ter a proteção adequada de suas expressões culturais.

Assim, o desafio que tratamos quando analisamos a proteção das expressões culturais tradicionais pode ser resumido no binômio: como evitar a apropriação e uso indevido sem que a sociedade seja impedida de utilizar e acessar a sua própria cultura.

Neste artigo, abordamos algumas cautelas que podem ser tomadas de forma que a disponibilização desses conteúdos esteja de acordo com os desejos de seus guardiões. Para tanto, buscamos considerar alguns mecanismos que podem ser usados para melhor proteger as expressões culturais tradicionais em um ambiente digital.

O presente artigo consiste em uma análise bibliográfica no sentido de selecionar conceitos e marcos legais que possam trazer ao texto um panorama do aparente conflito entre a dificuldade de equalização entre a proteção das expressões culturais tradicionais e o acesso e utilização desse conteúdo pela sociedade.

Concomitantemente, analisamos as características de alguns dos principais acervos digitais brasileiros que contêm expressões culturais tradicionais, com o intuito de verificar se há indicação de licenças de uso e reuso e quais são as utilizadas.

2. As ExpressõesCulturais Tradicionaise a proteção em âmbitointernacional

Para uma completa compreensão do tema, é importante adentrarmos no panorama internacional de proteção das Expressões Culturais Tradicionais (ECTs), as também chamadas pela sigla em inglês TCE (*Traditional Cultural Expressions*).

As primeiras proteções internacionais a abordarem o conhecimento tradicional datam de 1978, com um conselho que unia OMPI² e UNESCO³. Nesse ano foi criado um conjunto de diretrizes para os membros da OMPI protegerem o folclore com leis nacionais em suas jurisdições (UNESCO-WIPO, 1983). Foi nesse momento que tais instâncias reconheceram que os indígenas têm direito à proteção de sua cultura como parte de seu direito à autodeterminação.

A partir do início da década de 1990, as comissões de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) começaram a dedicar atenção significativa aos direitos das comunidades indígenas. Entre as muitas alegações, os povos indígenas exigiram dos Estados o direito ao reconhecimento de controle sobre sua cultura, incluindo o conhecimento tradicional

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

relacionado à biodiversidade, a medicamentos e à agricultura.

Ainda hoje, em âmbito internacional, as discussões continuam se desenvolvendo especialmente na OMPI e na UNESCO. Em 2005, o Comitê Intergovernamental de Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (ICIPGRTKF)⁴ publicou projetos de artigos para a proteção do conhecimento tradicional (TK) e das Expressões Culturais Tradicionais, que incluíram definições atualizadas desses termos.

Assim, atualmente o secretariado da OMPI tem duas definições para conhecimentos tradicionais:

[...] o conhecimento que é resultado da atividade intelectual em um contexto tradicional e inclui know how, habilidades, inovações, práticas e aprendizados que formam parte do sistema de conhecimentos tradicionais, e conhecimento que é incorporado no estilo de vida de uma comunidade ou povo, ou está contido em sistemas de conhecimento codificado passados entre gerações (WIPO como citado em Tedeschi, 2009, pp. 245-246).

Refere-se também a trabalhos literários, artísticos ou científicos, invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos, informações confidenciais baseadas na tradição (que foram transmitidas de geração em geração e pertencem a um povo ou seu território).

Uma ideia é então destacada pela UNESCO, organizando uma convenção destinada a proteger as ECTs. Ela é chamada de Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, cujo texto oficial foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 485/2006⁵. A partir dela, expressões, saberes e habilidades defendidos ao longo dos tempos pelas comunidades, por

grupos e/ou, em casos específicos, por indivíduos são reivindicados por eles como seus legados culturais.

A convenção tenta regular tal reivindicação, explicando legados culturais intangíveis como: "práticas, representações, expressões, conhecimentos e habilidades – também ferramentas, objetos, artefatos e espaços culturais – considerados por comunidades, grupos e/ou em vários casos, indivíduos, como seus legados".

O Comitê Intergovernamental da OMPI sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore está negociando a proteção legal internacional das ECTs. Há disposições-modelo UNESCO-OMPI para leis nacionais e um vasto material de documentação e gerenciamento de ECTs, que vão desde um programa de treinamento em documentação cultural e gestão de propriedade intelectual a guias de gerenciamento de propriedade intelectual para organizadores de festivais de artes, artesanato tradicional e museus, bibliotecas e arquivos⁶.

Porém, ainda existe a pendência de uma promulgação de legislação específica, no ambiente digital, que abarque o desenvolvimento e a implementação de protocolos para lidar com materiais culturais; protocolos estes que seriam um meio importante para garantir que direitos dos povos tradicionais fossem reconhecidos.

Janke (2006) explica, utilizando o exemplo de culturas indígenas, que os protocolos são maneiras apropriadas de usar o material cultural indígena e interagir com indígenas e suas comunidades: os protocolos incentivam a conduta ética e promovem a interação com base na boa fé e respeito mútuo.

Embora os protocolos sejam o que chamamos de *soft law*⁷, e não sejam juridicamente vinculantes, eles estabelecem práticas que podem, com o tempo, vir a ser consideradas como padrões. O uso de protocolos culturais para superar deficiências no reconhecimento legal de interesses indígenas ganhou apoio nos últimos anos.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Em 2003, na Austrália, o Conselho de Artes Aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres (ATSIAB) lançou uma série de guias de protocolo de direitos de propriedade intelectual e cultural indígena, abrangendo novas mídias, artes cênicas, música, artes visuais e literatura. Os protocolos, escritos pelas advogadas indígenas Terri Janke e Robynne Quiggin (Janke, 2006), são guias detalhados e práticos para usar e lidar com material intelectual indígena e suas expressões culturais, descrevendo maneiras apropriadas de usar a cultura indígena material. Eles são baseados em nove princípios gerais, que podem auxiliar em um caminho para outros protocolos: 1) respeito; 2) controle indígena; 3) comunicação, consulta e consentimento; 4) interpretação, integridade e autenticidade; 5) segurança e confidencialidade; 6) atribuição; 7) retornos adequados; 8) culturas contínuas; e 9) reconhecimento e proteção.

No Brasil, exemplos similares ocorrem com a Associação dos Jovens da Jureia e da União dos Moradores da Jureia, comunidades tradicionais caiçaras da região conhecida como Jureia, localizada no litoral sul do estado de São Paulo, em que uma das estratégias para estabelecer parcerias com grupos e instituições que não são das comunidades está em construir protocolos a partir de discussões e regras internas das próprias comunidades tradicionais.

Essa estratégia permite o diálogo mais amplo com os parceiros, criando espaços de confiança e de trocas, mas, acima de tudo, de escuta. As parcerias são consolidadas ao longo das discussões enredadas nas reuniões, bem como na prática dos projetos realizados em conjunto. Na relação de confiança, é possível apresentar as reais demandas das comunidades para que os parceiros possam decidir sobre as possibilidades de sua atuação (Lima et al., 2022).

É fato que, durante muito tempo, as comunidades tradicionais foram tratadas apenas

como objeto de pesquisa de instituições acadêmicas. Nesse histórico, os moradores foram anfitriões dos pesquisadores. Eles atuaram durante muito tempo como os principais informantes, guias do território, mediadores de contatos internos e coletores de espécies nativas. Contudo, os moradores têm aparecido em trabalhos das mais diversas áreas somente como pessoas a quem se deve agradecer, e não como coautores da produção de conhecimentos (Lima et al., 2022).

3. Produção e acesso das Expressões Culturais Tradicionais

Parte da importância da análise de como conhecimentos e expressões culturais são equalizados em um ambiente digital passa pelo panorama de resistência e fortalecimento da identidade dos povos tradicionais e pelo campo de possibilidades intrínsecos que o ambiente digital permite, a maneira como a rede é apropriada, entendendo-a, sobretudo, como um espaço potente para a afirmação do discurso cultural de grande alcance e como forma de estender a cultura.

Dardot e Laval (2017) ponderam que não há neutralidade na produção e disseminação de conhecimento, pois este não é nem naturalmente raro, nem naturalmente abundante. A produção, a circulação e o uso do conhecimento dependem das instituições que organizam e moldam as práticas.

Nesse viés, Milton Santos (2008) retoma termos como desterritorialização e cidadania universal, considerados por ele como um mito. Por esses termos, é possível classificar a construção das narrativas on-line como atividades globais em uma atuação ativa em prol da confirmação de identidades:

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, uma de suas características sendo o desfalecimento das fronteiras como imperativo da globalização, e a essa ideia dever-se-ia uma outra: o da existência, já agora, de uma cidadania universal. De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas, na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torná-las efetivas dentro do território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade internacional é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais (Santos, 2008, p. 21).

A propriedade intelectual tornou-se temática central quando tratamos de disposição de conhecimento e cultura no ambiente digital. Brea (2007) nos alerta para a existência de cenários sucessivos de revolta, de confronto revolucionário: aqueles mesmos em torno dos quais se constitui a violência metafísica da propriedade. Sob um regime de produção agrária: a luta pela posse da terra. Sob outra produção industrial: a luta pelo capital. Para o atual momento, e cada vez mais, a geração de riqueza se baseia na gestão do conhecimento, do conhecimento como força produtiva por excelência, o novo campo ampliado que se constitui no cenário do conflito principal vai ser, se não já o for, o da propriedade intelectual.

A liberdade de se referir ou de pertencer a uma comunidade cultural é muito sensível politicamente; sua realização garante o exercício dos direitos culturais, favorece o desenvolvimento das liberdades e responsabilidades das pessoas, individualmente ou em grupo, e permite o desenvolvimento de locais culturais de manutenção, de comunicação, de cruzamento e de criação de

saberes. Não pode haver cultura democrática forte sem uma valorização da atividade — mais precisamente, da interatividade — das comunidades culturais enquanto meio de exercício e de desenvolvimento de todos os direitos humanos. A valorização dos saberes passa pelas estruturas sociais e comunitárias que são portadoras dos saberes (Meyer-Bisch & Bidault, 2017).

Assim, pensar em como o conhecimento é produzido, em como ele circula e também em como ele é acessado pelas pessoas, trata-se de tema central no entendimento de como desigualdades históricas foram constituídas e de quais são os caminhos para o seu enfrentamento.

4. Acesso Aberto

Para se conceituar acesso aberto, tomamos como base as declarações de Berlim, Bethesda e Budapeste⁸, que se debruçam sobre o termo acesso aberto e, a partir disso, este pôde ser consensualmente definido como o acesso à "literatura que é digital, online, livre de custos, e livre de restrições de *copyright* e licenças de uso".

Sendo assim, para se determinar que um conteúdo possui acesso aberto, este deve ser gratuito e deve estar livre quanto às permissões de uso desse material.

É certo que o processo de digitalização dos conteúdos culturais oferece oportunidades ímpares, como a integração ampla e efetiva de diferentes instituições de preservação do patrimônio cultural. Tal processo pode ampliar exponencialmente a visibilidade e o alcance da influência de uma Expressão de Cultura Tradicional, além de ser um elemento de contribuição para a sua preservação e consequente difusão.

A relevância cultural da integração dessas bases de dados, se forem abertas, fez surgir um movimento que promove uma denominação comum para o domínio que abrange acervos

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

arquivísticos, bibliográficos e museológicos digitalizados que são compartilhados de maneira aberta. Essa denominação utiliza o acrônimo *Open GLAM* e enfatiza a promoção do livre acesso como missão principal⁹.

Brea (2007) considera salutar que o museu como instituição deva ser situado social e historicamente e que pertença a um certo projeto cultural, civilizatório, e, portanto, assuma seu sentido sob uma certa economia de práticas significantes, que opera e administra articulações muito específicas de representação e verdade, inscritas no complexo de uma época e de uma ordem cultural do discurso.

Sendo assim, devemos começar lembrando que o museu foi, e provavelmente ainda é, um dispositivo de importância crucial nesse sentido, um dispositivo organizador dos imaginários de autorrepresentação e reconhecimento recíproco do "humano" (Brea, 2007).

4.1. Licenças Públicas e as Licenças Creative Commons

Diversos museus ao redor do mundo têm adotado políticas institucionais de abertura dos dados de seus acervos, permitindo o acesso e a reprodução, de forma livre, para diferentes usos, dos itens digitalizados de seus acervos. A operacionalização dessa possibilidade é, em alguns casos, realizada por meio de legislações nacionais e/ou locais que regulam direitos autorais. Dada a complexidade dessas legislações e/ou a ausência de soluções para as questões de compartilhamento da informação trazidas pela Internet, quando o assunto são os acervos digitais de museus e outras instituições culturais, o padrão internacional reconhecido são as licenças *Creative Commons* (CC) (Ibram, 2020).

As licenças *Creative Commons* têm sido muito utilizadas por instituições que fazem a gestão de acervos e, no caso de acervos relativos a ECTs, podem se mostrar grandes aliadas de uma busca por uma padronização e uma correta identificação de como um conteúdo pode ser utilizado.

O Creative Commons é uma organização nãogovernamental internacional sem fins lucrativos, que visa a promover o compartilhamento do conhecimento, da cultura e da criatividade e fornece licenças gratuitas para os criadores disponibilizarem seus trabalhos ao público. Essas licenças permitem que o criador dê permissão para que terceiros utilizem sua criação, sob certas condições.

As licenças e instrumentos de direito de autor do Creative Commons forjam um equilíbrio no seio do ambiente tradicional "todos os direitos reservados" criado pelas legislações de direito de autor e de direitos conexos. Os instrumentos fornecem a todos, desde criadores individuais até grandes empresas, uma forma padronizada de atribuir autorizações aos seus trabalhos criativos. Em conjunto, esses instrumentos e seus utilizadores formam um corpo vasto e em crescimento de bens comuns digitais, um repositório de conteúdos que podem ser copiados, distribuídos, editados, remixados e utilizados para criar outros trabalhos, sempre dentro dos limites da legislação de direito de autor e de direitos conexos¹⁰.

As licenças *Creative Commons* são licenças públicas. Em uma licença tradicional, a pessoa que é titular de direitos entra em uma relação específica com outra pessoa para autorizar determinados usos. No caso das licenças públicas, titulares de direitos estabelecem os termos da autorização, que é dada para qualquer pessoa do público que queira fazer uso daquela obra – naqueles termos. A pessoa que vai usá-la precisa respeitar as condições e limites estabelecidos na licença, assim como ocorre quando uma licença é dada para uma pessoa particular¹¹.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Atualmente, existem seis licenças disponíveis¹²:

BY	Atribuição CC BY	Esta licença permite que terceiros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que atribuam o devido crédito pela criação original. É a licença mais flexível de todas as licenças disponíveis. É recomendada para maximizar a disseminação e o uso dos materiais licenciados.
BY SA	Atribuição-Compartilha Igual CC BY-SA	Esta licença permite que terceiros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos. Esta licença costuma ser comparada com as licenças de software livre e de código aberto <i>copyleft</i> . Todos os trabalhos novos baseados no original deverão ter a mesma licença; portanto, quaisquer trabalhos derivados também permitirão o uso comercial. Esta é a licença usada pela Wikipédia e é recomendada para materiais que seriam beneficiados com a incorporação de conteúdos da Wikipédia e de outros projetos com licenciamento semelhante.
BY E	Atribuição-Sem Derivações CC BY-ND	Esta licença permite a redistribuição, comercial e não comercial, desde que o trabalho seja distribuído inalterado e no seu todo, com crédito atribuído.
BY NC	Atribuição-Não Comercial CC BY-NC	Esta licença permite que terceiros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho para fins não comerciais. Embora os novos trabalhos tenham de atribuir o devido crédito e não possam ser usados para fins comerciais, os usuários não precisam licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos.
BY SA SA	Atribuição-Não Comercial-Compartilha Igual CC BY-NC-SA	Esta licença permite que terceiros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.
BY SNC ND	Atribuição-Sem Derivações-Sem Derivados CC BY-NC-ND	Esta é a mais restritiva das seis licenças principais, só permitindo que terceiros façam uso dos trabalhos e os compartilhem desde que atribuam crédito, mas sem que possam alterá-los de nenhuma forma ou utilizá-los para fins comerciais.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Há ainda instrumentos que operam no espaço "todos os direitos concedidos", do domínio público, e o instrumento CCO, que permite que os licenciantes renunciem a todos os direitos e coloquem um trabalho no domínio público. Porém, as licenças categorizadas nos quadros são os principais instrumentos utilizados quando tratamos de instituições de preservação e memória.

5. Acesso aberto em acervos de Expressões Culturais Tradicionais Brasileiras

Tendo esse norte, passamos à análise de alguns dos principais acervos digitais brasileiros, em quantidade de material disponibilizado, e que possuem em suas coleções expressões de cultura tradicional. Para tanto, elegemos duas instituições com acervos de cultura indígena e duas de cultura afro-brasileira. Analisamos especificamente se há indicações de licenças de uso e reuso desse material e quais são elas.

5.1. Expressões
da cultura
Indígena em
acervos digitais
brasileiros

5.1.1. Museu do Índio

O Museu do Índio é uma das principais instituições de memória brasileira, que tem o objetivo de divulgar a história e a contemporaneidade das culturas indígenas, a instituição tem

sob sua guarda acervos relativos à maioria das sociedades indígenas brasileiras. Seu acervo é constituído por mais de 18 mil peças etnográficas e cerca de 20 mil publicações nacionais e estrangeiras, especializadas em etnologia e áreas afins.

A instituição é responsável pelo tratamento técnico de centenas de milhares de documentos arquivísticos, entre registros textuais, que datam desde o século XIX, e documentação audiovisual, como fotos, vídeos e áudios, em sua maioria produzida pelos próprios povos indígenas¹³.

Em visita ao seu sítio eletrônico, há a indicação de que todo o conteúdo disponível está publicado sob a licença CC-BY-ND (*Creative Commons* - Atribuição - Sem Derivações 3.0 Não Adaptada), ou seja, isso quer dizer que o material disponível do acervo do museu pode ser utilizado desde que não haja derivações.

A utilização de uma licença que não a de domínio público parece uma alternativa razoável diante do conflito que estamos explorando: acesso à cultura *versus* apropriação e uso indevido. Dutfield (2001) nos lembra que, muitas vezes (e convenientemente), assume-se como de domínio público um conteúdo, e isso é suscetível de encorajar a presunção de que ninguém é prejudicado e nenhuma regra está sendo violada quando instituições de pesquisa e corporações o usam livremente.

5.1.2. Museu Nacional do Rio de Janeiro

O Museu Nacional, vinculado à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), é a mais antiga instituição científica do Brasil que, até setembro de 2018, figurou como um dos maiores museus de história natural e de antropologia das Américas.

Figurou, pois na noite de 2 de setembro de 2018, um incêndio de grandes proporções

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

atingiu a sede do Museu Nacional, destruindo quase a totalidade do acervo em exposição, uma perda inestimável e incalculável para a formação histórica e cultural não só do país, mas do mundo.

O museu possuía mais de 20 milhões de itens catalogados e era detentor do maior acervo de história natural e antropologia da América Latina, bem como a instituição museológica brasileira que tinha sob sua guarda o maior número de bens culturais.

Segundo a instituição, o núcleo de etnologia indígena brasileira era o mais representativo, abrangendo objetos produzidos por povos nativos de todas as regiões do país, desde o início do período colonial até os dias de hoje. A coleção abrangia também significativos conjuntos de artefatos referentes à etnologia africana, à etnologia afro-brasileira e às culturas do Oceano Pacífico. Por fim, o núcleo de linguística conservava um vasto conjunto de registros documentais e sonoros relativos às línguas indígenas brasileiras.

Antes de 92,5% do acervo do Museu Nacional se tornar cinzas, o projeto *Arts & Culture*, do Google, em 2016 digitalizou as peças e também o espaço físico do palácios, estando grande parte do acervo disponível de maneira online na plataforma¹⁴.

Com a destruição de 20 milhões de itens pelo fogo, a experiência pela plataforma proporciona, ainda que apenas de forma digital, uma catalogação e preservação, o que sem essa iniciativa significaria uma perda definitiva. Do acervo correspondente à arte indígena, foram perdidos registros de dialetos e cantos indígenas de comunidades que já se extinguiram.

Eventos trágicos como o incêndio do Museu Nacional do Rio trazem a importância e urgência em se digitalizar, preservar e viabilizar o acesso a conteúdos de patrimônio cultural.

Analisando a licença disponível na plataforma *Arts & Culture*, destinada ao museu há a designação de todos os direitos protegidos com a seguinte indicação: *Copyright* © 2017 Museu Nacional/UFRJ.

Sendo assim, não é possível utilizar de qualquer desses materiais e reutiliza-los sem que haja uma autorização expressa da instituição.

5.2. Expressões
da cultura afro-brasileira e
acervos digitais
brasileiros

5.2.1. Museu Afro Digital Galeria Rio de Janeiro

O Museu Afro Digital Galeria Rio de Janeiro, vinculado a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, tem por objetivo construir um acervo digital e exposições virtuais sobre as práticas daqueles que se identificam a si mesmos ou são identificados como afrodescendentes. A criação da Galeria Rio de Janeiro parte da importância da cidade e do estado do Rio de Janeiro em termos de construção de uma memória para a população negra ou afrodescendente. Não só é uma referência histórica e cultural, como também reúne instituições como a Biblioteca Nacional, Arquivo Nacional, além de outras de ensino e pesquisa que vêm se dedicando ao tema. O museu possui uma galeria digital de grande parte do acervo¹⁵.

Segundo a instituição a digitalização de informações é um instrumento que pode facilitar a repatriação de documentos e divulgar outros de difícil acesso e a proposta, segundo suas diretrizes é que este atue democratizando o acesso ao saber acumulado, descentralizando formas de conhecimento.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

No acervo do museu, há um conjunto amplo de registros de documentos: reproduções de material impresso, como: recortes de jornais; documentos pessoais; cartas; atas; textos publicados ou não; poesias; receitas culinárias ou da medicina tradicional; fotos; iconografia; gravações e partituras de músicas; depoimentos; rezas; cantigas; reproduções de objetos ou artefatos da cultura material; filmagens; e gravações de eventos culturais ou políticos. A documentação está disponibilizada em formato de exposições e arquivos.

A indicação da licença utilizada pelo Museu Afro Digital em seu sítio eletrônico é a *copyleft Creative Commons*, sem, no entanto, fazer uma indicação específica de qual seria a licença, dentre as seis disponíveis. Entendemos, portanto que, ao referenciar como *copyleft*, a licença escolhida pela instituição seria a CC-BY-SA.

A licença CC-BY-SA permite a utilização, dando o devido crédito, e com a condicionante de que o material reutilizado deva manter-se com a mesma licença ou se utilizar de uma mais aberta, ou seja, o material derivado não pode ser objeto de proteção por direitos autorais quanto a sua utilização.

5.2.2. Museu
Afro Brasil¹⁶

O Museu Afro Brasil é uma instituição pública administrada pela Associação Museu Afro Brasil — Organização Social de Cultura, localizada no Pavilhão Padre Manoel da Nóbrega, dentro do Parque Ibirapuera, em São Paulo.

O acervo digital do Museu Afro Brasil conserva mais de 8 mil obras, que englobam diferentes áreas de múltiplos universos culturais africanos, indígenas e afro-brasileiros. Dividido por meio de núcleos temáticos, o acervo procura abranger aspectos da arte, da religião afro-brasileira, do catolicismo popular, do trabalho,

da escravidão, das festas populares, registrando, assim, a trajetória histórica, artística e as importantes influências africanas na construção da sociedade brasileira.

Sua coleção é composta por gravuras, pinturas, desenhos, aquarelas, esculturas, documentos históricos, fotografias, mobiliário, obras têxteis, plumárias, cestarias, cerâmicas, entre outras obras elaboradas desde o século XVI até os nossos dias.

Segundo a instituição, o objetivo de tornar o acervo do Museu Afro Brasil disponível on-line não se limita às obras em si, mas, também, progressivamente, busca tornar público aos pesquisadores, professores, alunos, visitantes e interessados em geral os dados das pesquisas mais relevantes a respeito das obras desse conteúdo disponível. O acervo digital de arte africana foi o primeiro a integrar a primeira parte do projeto de digitalização e disponibilização on-line do acervo do museu.

O acervo é constituído por mais de 300 obras. O núcleo de arte africana tradicional do Museu Afro Brasil abarca obras de dezenas de povos que compõem os principais exemplares dessa arte presente em museus. Estão presentes obras dos povos: Iorubá, Fon, Bini, Baule, Iaure, Senufo, Attie, Bamana, Dogon, Landuma, Bijagó, Chokwe, Baluba, Bakongo, Suku, Makonde, entre outros.

Porém, em busca no sítio eletrônico da instituição, não há nenhuma indicação de uma licença de uso ou de que maneira pode-se utilizar do conteúdo disponível do acervo do museu. Sendo assim, quando não há uma indicação específica, entende-se que a utilização não é permitida e que é preciso autorização prévia da instituição.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

6. Iniciativa Contextos Locais (Local Contexts)

Uma possível equalização para mesclar os ensinamentos obtidos em protocolos de usos de material de culturas tradicionais, juntamente com a normatização de licenças de direitos autorais, é o projeto *Local Contexts*, ou Contextos Locais¹⁷.

Trata-se de um projeto colaborativo que foi fundado nos Estados Unidos em 2010. O objetivo é aprimorar e legitimar a tomada de decisão baseada localmente e as estruturas de governança; nesse caso, para determinar a propriedade, o acesso e as condições culturalmente apropriadas para o compartilhamento de patrimônio cultural e dados indígenas.

Muitos dos conflitos que existem em relação à lei de propriedade intelectual e os materiais culturais tradicionais, como explanado, têm seus legados na pesquisa e práticas desiguais, que tornaram os povos indígenas como sujeitos de pesquisa e estudo, ao invés do que colaboradores e proprietários dos resultados e produtos da pesquisa. O projeto *Local Contexts* considera esses legados desenvolvendo uma estratégia para lidar com ambos os materiais que estão em domínio público e aqueles criados e de propriedade de Pessoas indígenas.

Segundo, Christen (2015) o Local Contexts visa fornecer uma opção concreta para comunidades tradicionais gerenciarem seus direitos de propriedade intelectual e comunicarem seus interesses na documentação, digitalização, compartilhamento e exploração de seu patrimônio cultural digital de acordo com seus próprios desejos e aspirações. As opções de licença e selos visam atender às necessidades exclusivas de comunidades indígenas, locais e tradicionais em termos de acesso e controle, com base em regras, protocolos, diretrizes e modelos costumeiros para o uso adequado de materiais do patrimônio cultural.

O projeto oferece estratégias digitais para comunidades, instituições culturais e pesquisadores por meio dos Selos de Conhecimento Tradicional e Biocultural. Eles funcionam como um mecanismo prático para promover a soberania de dados indígenas e inovação indígena.

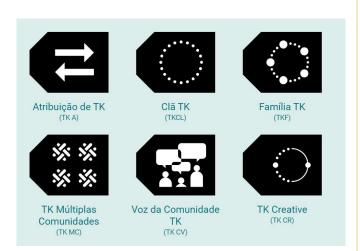
Inspirados nas licenças *Creative Commons* no âmbito dos metadados, os Selos de Conhecimento Tradicional reformulam a propriedade intelectual como culturalmente determinante e dependente do consentimento cultural para a utilização dos materiais. Esses selos alertam para quem irá utilizar aquele material sobre os protocolos locais estabelecidos pelas comunidades.

As licenças e selos fazem um trabalho diferente - as licenças são um mecanismo legal, enquanto os selos são educacionais e sociais. As licenças, assim como as licenças Creative Commons, são uma extensão de lei contratual existente e devem ser legalmente defensáveis em várias jurisdições. As licenças funcionam para materiais pertencentes a comunidades ou que sejam protegidos por direito autoral. Eles permitem que as comunidades (definidas de forma variada) estendam o termos de acordo para atender aos seus próprios parâmetros culturais. As licenças não estão buscando para alterar leis de direitos autorais nacionais ou internacionais já existentes; em vez disso, eles são um conjunto de acordos adicionais que os proprietários de direitos autorais indígenas podem usar para transmitir preocupações culturalmente específicas sobre o material que eles já possuem legalmente e ao controle. (Christen, 2015).

Sendo assim, as diversas licenças e selos, que, segundo orientação, devem ser colocados sempre o mais próximo possível do material que é disponibilizado, e que possuem uma informação de como o material pode ser utilizado.

São 6 selos de procedência que identificam o grupo ou subgrupo que é a principal autoridade cultural para o material e/ou reconhece outros interesses nos materiais.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES



[Figura 1] Selos de procedência. (https://localcontexts.org/labels/traditional-knowledge-labels/)

Por exemplo, o Selo Atribuição (TK Attribution (TK A): deve ser usado para informar quem são os verdadeiros criadores, guardiões e proprietários do material em circulação. Isso é especialmente útil se a autoria do material em questão tiver sido atribuída erroneamente ou se os nomes das pessoas envolvidas na criação ou proteção desse material não tiverem sido considerados ou devidamente atribuídos. Este selo permite corrigir erros históricos de nomenclatura e solicita que futuros usuários atribuam corretamente a autoria deste material.

Existem também 9 selos de protocolo, esses descrevem os protocolos tradicionais associados ao acesso de um determinado material e convidam aos usuários a respeitar os protocolos da comunidade.



[Figura 2] Selos de protocolo (https://localcontexts. org/labels/traditional-knowledge-labels/)

O Selo TK Women General (TK WG), por exemplo, deve ser usado para informar aos usuários externos que o material circulante tem restrições de gênero e deve ser usado e compartilhado apenas por mulheres da mesma comunidade. O selo foi concebido para informar que certos tipos de conhecimento são restritos por gênero e, portanto, só podem ser acessados e usados por membros específicos de uma comunidade – neste caso, apenas mulheres. Ajudando os usuários fora da comunidade a conhecer os costumes e protocolos culturais para acesso e uso em relação a este material.

Há também 5 selos de permissão que estabelece os usos e reuso que podem ser realizados:

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

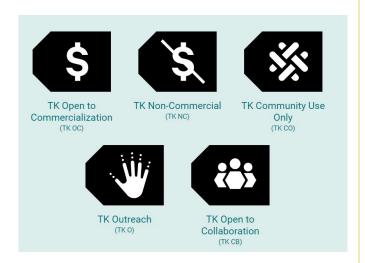


Figura 3. Selos de permissão (https://localcontexts.org/labels/traditional-knowledge-labels/)

Como exemplo de um selo de permissão, o selo de difusão TK Outreach comunica aos usuários fora da comunidade que os materiais culturais em circulação devem ser usados apenas para fins educacionais e de divulgação. As atividades educacionais incluem a divulgação pública de materiais culturais de uma comunidade para aumentar a conscientização e aumentar o conhecimento de usuários em potencial sobre sua família, clã ou comunidade. Estas atividades são normalmente desenvolvidas em escolas, universidades, bibliotecas, arquivos, museus, fóruns online e grupos informais de aprendizagem. Dependendo do contexto em que esse material está circulando, essa licença ajuda portadores e usuários a desenvolverem novas possibilidades de troca justa e recíproca desse material em atividades educativas. Essa troca pode incluir acesso a recursos educacionais que sua comunidade não teria acesso facilmente.

Finalmente, existem 4 licenças, estas que forma inspiradas e se aproximam das Licenças *Creative Commons*, e que atualmente se encontram em fase de testes.

O projeto já fora replicado em diversas locais e pode ser aproveitado e adaptado ao universo de cada comunidade. Em especial, ao contexto brasileiro que possui uma diversidade de comunidades que buscam representatividade e possuem histórico de participação social, parece especialmente harmonizável.

A iniciativa é um exemplo de alternativas que podem equilibrar e apontar caminhos para o aparente conflito das expressões tradicionais no ambiente digital. Em que diferentes quadros jurídicos, que muitas vezes podem aparentar inicialmente uma oposição, na realidade representam justamente o oposto, e podem servir como um avanço para muitos tipos de ferramentas e dispositivos educacionais em torno das necessidades de propriedade intelectual dos povos tradicionais. Permitindo levar em conta, em todos os casos, o histórico geográfico, social e cultural de cada contexto local que sempre determinarão os parâmetros de interação, uso e circulação de todo e qualquer conhecimento.

7. Considerações Finais

Na análise de acervos digitais brasileiros que possuem Expressões Culturais Tradicionais, identificamos uma falta de padronização, avençada pela especificidade de cada acervo e, também, pelo caráter de sua política e gestão. Há ainda uma ausência de informações mais acessíveis e rapidamente localizáveis, pontos que podem ser uma possível barreira ao uso e reuso desses conteúdos.

Os Povos e Comunidades Tradicionais, como destaca Foletto (2021), têm um modo e uma prática de conhecer o mundo guiadas pelo coletivo e pelo comunitário e permanecem, ainda que com dificuldades e muitos embates, preservando seus bens culturais e suas tradições há muito tempo, em que pese o confronto com a visão ocidental exclusivista que enxerga produtos de ancestralidade apenas como um bem passível de circulação em um mercado.

Para muitos dos povos indígenas situados no Brasil, os artefatos que fazem parte de seus

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

mundos não são meros objetos desprovidos de vida e significado e ocupam lugares especiais em suas diferentes culturas. O contexto de produção da arte indígena, desde a coleta das matérias-primas até o momento do uso, está fortemente relacionado com as filosofias que baseiam as formas de vida desses povos e as maneiras como se relacionam entre si, com os outros e com a natureza.

As mudanças culturais desencadeadas pela revolução informacional são demasiado evidentes para não supor, em diversos campos da sociedade, adequações equivalentemente revolucionárias. Assim, as soluções regulatórias da atualidade devem ser mais sofisticadas. As múltiplas estratégias demostram que um único conceito não pode responder à complexa estrutura das Expressões Culturais Tradicionais em um ambiente digital que respeite as expressões em um nível tanto simbólico como identitário.

O que se impõe é que esses Povos e Comunidades Tradicionais sejam protagonistas de suas próprias histórias, falas, saberes e ancestralidade e que encontrem na contemporaneidade e nas ferramentas disponíveis um mecanismo de seguirem com seu legado, sendo constituinte de suas expressões, seja no ambiente físico ou virtual.

É necessário que enquanto não exista uma regulamentação que faça esse balanço, possa-se buscar um equilíbrio em protocolos e licenças que identifiquem e tragam parâmetros que reflitam as características das comunidades tradicionais e estejam em consonância com o ambiente digital em sua sistematicidade e complexidade, mas que ainda garantam maiores possibilidades de liberdade de acesso à sociedade.

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 44 A 63 NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Referências Bibliográficas

- Bhaskar, M. (2020). Curadoria, o poder da seleção no mundo do excesso. São Paulo: Edições SESC.
- Brea, J. L. (2007). *Cultura_RAM*. Barcelona, Es: Gedisa Editorial.
- Christen, K. (2015). *Tribal archives, traditional knowledge, and local contexts:* Why the "s" *matters.* Journal of western archives.
- Dardot, P. & Laval, C. (2017). *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo.
- Dutfield, G. (2001). TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge, 33 Case W. Res. J. Int'l L. 233.
- Foletto, L. (2021). A Cultura é livre: uma história da resistência antipropriedade. São Paulo: Autonomia Literária.
- Haocai, L. & Gongde, S. (2016). Balance and Inbalance in Human Rights Law. In WEI, Z. *Human Rights and Good Governance* (pp. 180-196). Leiden, NL: Brill Nijhoff.
- Helfer, L. R. (2003). Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? *Minnesota Intellectual Property Review, Rev.* 47, 5 (1), 47-61.
- IBRAM Instituto Brasileiro de Museus. (2020). Acervos digitais nos museus: manual para realização de projetos. Brasília.

- Lima, A. S., Prado, D.-M., Castro, R. R.,
 Andriolli, C., Carneiro, A. A., Carneiro,
 A. P. ... Souza, Z.-A. Comunidade
 tradicional Caiçara da Jureia (Litoral
 Sul do estado de São Paulo, Brasil).
 (2022). In M. C. Cunha, S. B. Magalhães
 & C. Adams (Org), Parte VI Seção 16 —
 Comunidades Tradicionais (pp. 16-76). São
 Paulo, SBPC.
- Meyer-Bisch, P. & Bidault, M. (Org.). (2014). *Afirmar os direitos culturais: comentário à declaração de Friburg* (A. Goldberg, Trad.).

 São Paulo: Iluminuras.
- OMPI Organização Mundial da Propriedade Intelectual. (2007). *Intellectual property and traditional knowledge*. Booklet.
- Santos, M. (2008). *Por uma outra globalização*. 15a ed. Rio de Janeiro: Record.
- Tedeschi, P. P. (2009). A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore. *Revista de Informação Legislativa*, 184, 245-252.
- UNESCO-WIPO. (1983). Model provisions for national laws on the protection of expressions of folklore against illicit exploitation and other prejudicial actions, with a commentary. Dakar.

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

Notas finais

- 1 O Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) preside desde 2007 a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais (CNPCT), a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT). A PNPCT foi criada em um contexto de busca de reconhecimento e preservação de outras formas de organização social por parte do Estado.
- OMPI é a sigla da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI; em inglês, World Intellectual Property Organization, WIPO). É uma entidade internacional de direito internacional público com sede em Genebra (Suíça), integrante do Sistema das Nações Unidas. Criada em 1967, é uma das 16 agências especializadas da ONU e tem por propósito a promoção da proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo por meio da cooperação entre Estados. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A30_Mundial_da_Propriedade_Intelectual
- A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) acrônimo de *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* é uma agência especializada das Nações Unidas (ONU) com sede em Paris, fundada em 16 de novembro de 1945 com o objetivo de contribuir para a paz e segurança no mundo mediante a educação, ciências naturais, ciências sociais/humanas e comunicações/informação. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_a_Educa%C3%A7%C3%A3o,_a_Ci%C3%AAncia_e_a_Cultura

- 4 Mais informações em: https://www.wipo.int/tk/en/igc/
- 5 Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150224
- 6 Todo o material pode ser consultado em: https://www.wipo.int/tk/en/folklore/
- 7 Comumente o termo *soft law* é conhecido no âmbito do direito internacional para se referir à flexibilidade pela qual os Estados negociam e se organizam por meio de resoluções, códigos de conduta ou recomendações não equiparadas ao direito formal hierarquizado e sancionador. Sem tradução precisa para o português, seu significado se aproxima ao termo "direito flexível", um contraponto às normas duras do *hard law* (Haocai & Gongde, 2016).
- 8 Disponível em: https://www.budapestopenac-cessinitiative.org/
- 9 Disponível em: https://openglam.org/
- 10 Disponível em: https://creativecommons.org/licenses/
- 11 Para uma exploração completa do *Creative Commons*, suas licenças, objetivos, tem a cartilha desenvolvida pela Equipe CC Brasil 2020 das https://br.creativecommons.net/wp-content/uploads/sites/30/2021/02/CartilhaCCBrasil.pdf e o sítio da web oficial da Organização https://creativecommons.org/
- 12 https://br.creativecommons.net/licencas/
- 13 Disponível em: https://www.gov.br/museudoindio/pt-br/assuntos/acervos
- 14 https://artsandculture.google.com/project/museu-nacional-brasil?hl=pt-BR

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 44 A 63 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS E ACESSO ABERTO: UMA POSTURA ÉTICA DIANTE DE UM CONFLITO

NANASHARA FERREIRA PIAZENTIN GONÇALVES

 ${\color{blue}16 \hspace{0.2in} http://www.museuafrobrasil.org.br/o-museu/apresentacao} \\$

17 Disponível em: https://localcontexts.org/

ARTIGO

Reforma da Lei de Direitos Autorais: mapeando interesses a partir da Consulta Pública de 2019

Alice de Perdigão Lana

alice.lana@internetlab.org.br

Coordenadora de pesquisa da área de Cultura e Conhecimento & Encarregada de dados (DPO) do InternetLab. Mestre e bacharel em Direito pela UFPR. Coordenadora do Creative Commons Brasil na frente Ciência Aberta e Recursos Educacionais Abertos (REA).

André Houang

andre.houang@internetlab.org.br

Pesquisador do InternetLab
e Coordenador da Reforma
da Lei de Direitos Autorais
do Creative Commons Brasil.
Mestrando em Ciência Política
e bacharel em direito pela
USP, com dupla-graduação
pela Universidade de Lyon
2 e certificado em direito
alemão pela LMU de Munique.

Jade Becari

jademirandabecari@hotmail.com

Licenciada e Bacharela
em Ciências Sociais pela
Universidade Estadual
de Campinas (UNICAMP).
Foi pesquisadora do
InternetLab e do CESOP, onde
desenvolveu pesquisas sobre
política e tecnologias.

A. LANA, A. HOUANG,

Reforma da Lei de Direitos Autorais: mapeando interesses a partir da Consulta Pública de 2019

Palavras-chave

Direito Autoral grupos de interesse consulta pública

Resumo

Em 2019, a Secretaria de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SDAPI) realizou uma consulta pública sobre a necessidade de alterar a atual Lei de Direitos Autorais (lei 9.610/98). Os objetivos da consulta eram verificar se representantes da sociedade civil e de organizações públicas e privadas entendiam que seria necessária uma reforma geral ou específica da LDA, quais temáticas deveriam necessariamente ser incluídas em uma reforma da lei e qual era a sua opinião em relação à adesão do Brasil em tratados internacionais sobre direitos autorais. Após o processo, entretanto, a SDAPI não publicou uma análise pormenorizada da consulta pública ou divulgou as contribuições recebidas no processo. Este artigo busca apresentar os principais pontos trazidos pelos diferentes grupos de interesse a partir de uma análise não exaustiva das contribuições, adquiridas a partir de pedidos pela Lei de Acesso à Informação (lei 12.527/2011). A partir da análise, foi possível perceber novos temas apresentados pelos grupos de interesse sobre direitos do autor e os pontos de conflito presentes entre os setores que enviaram as contribuições.

A. LANA, A. HOUANG,

Copyright Law Reform: mapping interests from the Brazilian 2019 Public Consultation

Keywords

copyright interest groups public consultation

Abstract

In 2019, the Brazilian Copyright and Intellectual Property Office (Secretaria de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual - SDAPI) held a public consultation procedure on the need to modify the current Brazilian Copyright Law (law 9,610/98). The consultation aimed at verifying if representatives of (i) public, (ii) private, and (iii) civil society organizations understood that a structural or specific reform of the Brazilian Copyright Law was necessary, which themes should be included in a possible reform and whether Brazil should ratify specific international treaties on copyright. After the procedure, however, SDAPI did not publish a detailed analysis of the public consultation nor publicized the contributions received. This article seeks to present the main points raised by the different interest groups and conduct a non-exhaustive analysis of the contributions, which were accessed through requests made possible by the Access to Information Law (law 12.527/2011). This analysis allowed us to identify news topics of concern to copyright interest groups and possible points of conflict between the different sectors that took part in the public consultation procedure.

A. LANA, A. HOUANG,

1. Introdução: Delimitação de setores e interesses

A atual lei brasileira de direitos autorais (lei n° 9.610/98) - LDA - foi o fruto de um longo processo de revisão da legislação anterior (lei nº 5.988/73), iniciado ainda no final dos anos 1980. Os debates legislativos durante a elaboração da LDA foram intensos tanto no Congresso Nacional quanto no poder executivo, que colocaram, respectivamente, uma Comissão Especial e o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI) a cargo de avaliar o tema. A despeito de disputas intensas, agentes que viriam a se tornar centrais nos debates de direitos autorais nos anos seguintes não participaram da formulação da LDA, que também deixou de abarcar temas e questões que ganhariam proeminência nas políticas de direitos autorais.

A partir da virada do milênio, a expansão da internet comercial colocou em questão algumas premissas e dinâmicas básicas na produção, circulação e acesso a obras protegidas que foram sedimentadas na legislação brasileira. Com essas mudanças, novos atores passaram a atuar em políticas de direitos autorais a nível nacional e internacional. No setor privado, plataformas digitais se consolidaram enquanto atores poderosos e se tornaram um dos setores mais interessados em direitos autorais. Ao mesmo tempo, os anos 2000 viram a emergência e fortalecimento de organizações da sociedade civil defensoras de interesses que iam além da dicotomia de autores e indústria e propunham mecanismos para garantir o acesso e uso de obras protegidas, como a Creative Commons, a Free Software Foundation e a Fundação Wikimedia (a esse respeito, ver KAPCZYNSKI, 2010 e VALENTE, 2019).

Depois de décadas de constante expansão da propriedade intelectual, iniciou-se um movimento que criticava o crescente fortalecimento dos direitos exclusivos. Formavam-se questionamentos acerca desse fortalecimento como solução única para o incentivo da criação de obras autorais. Esses movimentos se alinhavam à defesa de uma maior flexibilização dos direitos autorais e ampliação do acesso a obras produzidas como forma de incentivo à criatividade e à produção de cultura. Eles foram protagonizados especialmente por entidades da sociedade civil, visando representar os interesses das pessoas comuns que consumiam e produziam cultura, e não apenas interesses de grandes corporações.

As mudanças tecnológicas e comerciais e o surgimento e fortalecimento de novos agentes interessados na política de direitos autorais, que não tiveram a oportunidade de atuar na elaboração da LDA, fizeram com que muitos a considerassem defasada desde seu nascimento. Pouco depois de ser promulgada, a LDA passou a ser objeto de projetos de lei para alterá--la e em 2007 o Ministério da Cultura chegou a apresentar uma minuta de reforma, que foi submetida a consulta pública e recebeu contribuições da nascente sociedade civil brasileira a atuar no tema. Apesar de numerosas tentativas de reforma da LDA, até o momento a lei foi objeto de uma única alteração substancial. A lei 12.853/2013 estabeleceu novas regras para as sociedades de gestão coletiva, um dos temas historicamente mais controversos na política brasileira de direitos autorais e que ainda mobiliza intensos debates¹.

Numerosas tentativas de reforma da LDA se sucederam e em 2019 a Secretaria de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual (SDAPI) - à época parte do Ministério da Cidadania, posteriormente integrada ao Ministério do Turismo - realizou uma consulta pública sobre necessidade de reformar a LDA. A consulta apresentava um formulário a ser preenchido e também possibilitava que os participantes enviassem contribuições mais longas e em

A. LANA, A. HOUANG,

um formato pré-definido para um e-mail da SDAPI. O formulário perguntava apenas se seria necessária uma reforma geral ou específica da LDA, quais temáticas deveriam necessariamente ser incluídas em uma reforma da lei e se, em caso de adesão do Brasil aos Tratados da Internet da OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual, (WCT² e WPPT³) e ao Tratado de Pequim⁴, ele deveria fazê-lo com ou sem reservas⁵. Muitas das contribuições enviadas por e-mail à SDAPI foram além das questões levantadas no formulário, apresentando comentários sobre diversos temas relativos a direitos autorais, referenciando estudos e legislações estrangeiras e até sugerindo novas redações a dispositivos da LDA com explicações detalhadas.

A consulta pública de 2019 foi uma oportunidade de organizações de diversos setores e com diferentes interesses se manifestarem a respeito do sistema brasileiro de direitos autorais. A própria amplitude da consulta, que não contava com uma minuta ou restrição a um tema específico, permitia que grupos de interesse⁶ contribuíssem livremente, podendo opinar abertamente sobre a legislação brasileira e sugerir todo tipo de mudança à legislação autoral. O estudo das contribuições enviadas à SDAPI é, portanto, uma oportunidade para (i) entender quais são os principais temas na agenda das organizações interessadas em direitos autorais, (ii) como diferentes organizações de distintos setores se posicionam nesses debates e (iii) que argumentos eles articulam para fundamentar suas posições. A análise da consulta pública permite, então, que se estude possíveis caminhos para a reforma da legislação brasileira e quais são os pontos de maior desavença que podem dificultar tal reforma. Além disso, permite imaginar soluções para esses conflitos que possibilitem a construção de uma legislação capaz de acomodar os diferentes interesses e a adaptação de mecanismos estrangeiros à realidade brasileira.

Apesar de colher dezenas de contribuições e de elaborar um relatório preliminar, a SDAPI não chegou a publicar análise pormenorizada da consulta pública de 2019 e nem divulgou as contribuições recebidas no processo. A presente análise da consulta pública iniciou-se, portanto, com um pedido via Lei de Acesso à Informação (lei 12.527/2011)⁷ solicitando as contribuições enviadas à consulta pública organizada pela SDAPI em sua integralidade. Os pedidos foram negados com fundamento nos argumentos de que o compartilhamento das contribuições enviadas à consulta pública infringiria a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, lei 13.079/2018) e de que o edital da consulta pública previa que as contribuições seriam mantidas em sigilo e seriam usados apenas internamente pela SDAPI. Após numerosos recursos, foi possível ter acesso às contribuições com todo tipo de identificador censurado, acompanhadas de uma lista das pessoas jurídicas que participaram da consulta pública8.

Foram recebidos 94 documentos tarjados, sendo que nem todos continham contribuições: alguns eram imagens de capturas de tela de e-mails com aviso de remoção de conteúdo por direitos autorais; outros continham apenas o preenchimento do formulário enviado para quem realizou a contribuição com dados de identificação. Os documentos que não continham contribuições foram excluídos do estudo por não conterem conteúdo que auxiliasse na análise dos interesses envolvidos na consulta pública e no desenvolvimento de uma discussão sobre a política brasileira de direitos autorais. As contribuições individuais foram igualmente excluídas por entendermos que elas não se encontram no escopo do artigo de mapeamento dos setores de interesse na reforma da LDA, já que não representam interesses de uma instituição ou setor e por não entrarem na definição de grupo de interesse utilizada. Desta forma, dos 94 documentos recebidos, foi realizada a análise de 42.

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 64 A 88 REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG, J. BECARI

Os documentos foram analisados seguindo os seguintes critérios: i) setor que a instituição autora da contribuição pertence; ii) se a proposta de reforma é geral ou pontual; ii) quais temas foram trazidos pela contribuição; iii) qual foi o posicionamento da instituição sobre os temas citados; e iv) quais estudos, legislações nacionais e internacionais e jurisprudência foram citados. Após a análise, eles foram divididos nos setores identificados nas contribuições e, posteriormente, nos temas tratados por cada setor.

Cabe ressaltar que os setores foram identificados com base em informações contidas nas contribuições (como a descrição da organização, geralmente presente no início do texto), que foram avaliadas pelos pesquisadores em conjunto com os temas e termos utilizados no texto das contribuições A partir dessa análise, em alguns casos foi possível identificar com precisão que organização enviou determinada contribuição, ou ao menos associar a contribuição a um setor específico. Assim, para estudar as contribuições, elas foram agrupadas em 5 categorias, segundo os identificadores que continham e os temas que abordavam.

Setor	Contribuições	Principais temas tratados
Representantes da	contribuições nº 10, 32, 38 e 81	Limitações e Exceções
academia e sociedade civil		Responsabilidade de intermediários
Audiovisual	contribuições nº 11, 13, 15, 17, 21, 22,	Gestão coletiva
	46 e 76	Pirataria
		Registro de obras intelectuais
		Responsabilidade de intermediários
		- Titularidade
		Transferência de direitos de autor
Museu e Editorial	contribuições nº 4, 8, 12, 14, 35, 37,	Cessão e licença
	49, 52, 53, 62, 64, 65, 66, 67, 74 e 77	Domínio público
		Gestão coletiva
		Inteligência artificial
		Licenciamento
		Limitações e Exceções
		Monetização
		Obras órfãs
		Pirataria
		Registro de obras
		Reprodução da obra
		Responsabilidade de intermediários
		Streaming
		Titularidade
		Transferência de direitos de autor

[Tabela 1] Principais temas tratados por setor

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 64 A 88 REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG, J. BECARI

Setor	Contribuições	Principais temas tratados
Música	contribuições nº 3, 6, 41, 43, 57 e 59	
		Gestão coletiva
		Monetização
		Pirataria
		Remuneração
		Streaming
		Transferência de direitos
Empresas de tecnologia	contribuições nº 2, 40, 42, 45, 47,	Enforcement
	58, 71 e 79	Inteligência artificial
		Limitações e exceções
		Reprodução da obra
		Responsabilidade de intermediários

O artigo apresenta alguns dos principais temas tratados na consulta pública, sendo considerados temas principais: i) os que foram tratados em mais de uma contribuição, e ii) os que tiveram material suficiente para análise e discussão no artigo, tendo sido deixados de fora temas que fizeram apenas uma apresentação superficial da demanda pela contribuição. Um dos temas sobre os quais esperávamos uma maior discussão nas contribuições é o da adesão do Brasil aos Tratados da Internet da OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual, (WCT e WPPT) e ao Tratado de Pequim, assunto que foi pouco debatido, mostrando uma diferença entre os temas tidos como prioritários para consulta pelo setor público dos temas prioritários para o setor privado.

Em contrapartida, percebemos a introdução de temas no debate para além dos inicialmente previstos pela SDAPI. A responsabilidade de intermediários por violações de direitos autorais ganhou centralidade no debate em relação à reforma da LDA, tema já debatido na formulação do Marco Civil da Internet (lei 12.965/2014), que acabou por estabelecer uma regra geral de responsabilidade dos intermediários em relação às publicações realizadas por terceiros, mas que não se aplica às infrações de direito autoral, que deveriam ser objeto de lei específica (o que ainda não ocorreu). As limitações e exceções,

que eram pouco debatidas, também passaram a ser objeto de numerosos projetos de lei, e estiveram presentes em boa parte das contribuições recebidas pela consulta pública.

Desta forma, os temas mais debatidos nas contribuições enviadas à consulta pública e que serão objeto de análise são: Gestão coletiva de direitos autorais (ECAD), streaming, limitações e exceções, titularidade e transferência de direitos autorais e responsabilidade de intermediários. Com a apresentação destes temas, não pretendemos realizar uma análise exaustiva da consulta pública ou encerrar o debate acerca da reforma da LDA, mas sim trazer transparência às demandas dos setores interessados e entender quais são os jogos de forças, demandas e interesses. Ou seja, buscamos trazer pontos de atenção sobre os possíveis caminhos que a reforma da legislação brasileira pode seguir, além de apontar tópicos que podem vir a dificultar tal reforma.

A. LANA, A. HOUANG,

2. Mapeamento de interesses: temas trazidos pelas contribuições

2.1 Gestão coletiva de direitos autorais (ECAD)

A gestão coletiva9 tem historicamente sido um dos principais e mais contenciosos tópicos na política brasileira de direitos autorais. O tema está no centro dos debates sobre o direito autoral no Brasil desde o início do século XX¹⁰ e motivou a única reforma significativa da lei 9.610/98 até o momento (lei 12.853/2013). A gestão coletiva costuma atrair intensas discussões entre setores da produção musical, como compositores, intérpretes, músicos executantes, editoras, gravadoras, produtoras e sociedades de gestão coletiva e setores que usam obras musicais, como hotéis, rádios, restaurantes, cinemas e organizadores de eventos. Os debates sobre os temas por vezes levam a divisões dentro dos próprios setores, e não são raras as ocasiões em que titulares de direitos se encontram em polos opostos às entidades que em tese deveriam representá-los. As discussões apresentadas à consulta pública de 2019 em torno da gestão coletiva podem ser agrupadas em 4 subtemas: (i) o funcionamento da gestão coletiva e do escritório central de arrecadação e distribuição (ECAD), (ii) o monopólio legal do ECAD enquanto sociedade guarda-chuva da gestão coletiva, (iii) a arrecadação e distribuição de recursos pelo ECAD e (iv) a expansão da gestão coletiva para outros tipos de obras.

No que diz respeito ao funcionamento da gestão coletiva no Brasil, vale notar que a lei nº 12.853/2013 estabeleceu o voto unitário no ECAD (art. 99, parágrafo primeiro¹¹ e art. 99-A, parágrafo único12), de forma que cada associação participante da organização possui um único voto, de igual peso. Isso significa que cada associação de gestão coletiva possui em princípio a mesma importância nas decisões do ECAD, independente de sua arrecadação. Para alguns (contribuição nº 3 - associação de produtores fonográficos), esse sistema de decisão é inadequado e seria necessária uma reforma legal que estabelecesse um critério de votação que levasse em conta a importância econômica (o repertório¹³) de cada organização.

A contribuição nº 43 (associação de editores de música), critica outra mudança feita pela lei de 2013, que determinou que apenas titulares originários têm direito a voto nas assembleias de gestão coletiva e podem assumir quadros de direção (arts. 5º, inciso XIV e art. 97, §§ 5º e 6º 14). Essa contribuição critica, portanto, a exclusão de editores de música das associações de gestão coletiva e, consequentemente, do ECAD¹⁵ e defende a exclusão desses artigos. A contribuição nº 59 (organização do sistema de gestão coletiva musical) vai em sentido similar, sugerindo a alteração da lei para dispor que todos os titulares de direitos de autor ou de direitos conexos - e não apenas os originários - podem associar-se em sociedades de gestão coletiva.

Um segundo tópico de debate quanto à gestão coletiva no Brasil diz respeito ao monopólio legal do ECAD enquanto sociedade guarda-chuva das associações. Pela lei atual, os direitos relativos a obras musicais são geridos coletivamente pelo ECAD, que agrupa as associações de gestão coletiva às quais os titulares de direitos são associados. Para algumas organizações (contribuição nº 6 - associação de gravadoras), esse sistema de monopólio legal do ECAD estaria em descompasso com a legislação da maioria dos países e a lei deveria ser alterada para

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 64 A 88 REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

permitir que titulares de direitos possam estabelecer suas próprias organizações de gestão coletiva ou aderir livremente às organizações existentes. Para defender esse ponto, essa contribuição aponta para a Diretiva Europeia de Gestão Coletiva, de 2014 (art. 5.2), e para o guia de boas práticas da OMPI. Em sentido similar, a contribuição nº 13 (do setor de radiodifusão de sons e imagens) sugere que "iniciativas de alteração da lei direcionadas à implantação não voluntária de qualquer sistema de gestão coletiva" devem ser afastadas, já que isso feriria a liberdade de associação e as prerrogativas dos titulares de direitos autorais. Interessante notar que essa contribuição, diferente das anteriores, não menciona o fim do monopólio do ECAD, mas menciona apenas a livre associação a ele.

A gestão coletiva de direitos autorais também é debatida com relação à atuação das sociedades de gestão coletiva abaixo do ECAD. Para algumas associações, titulares de direitos autorais deveriam ter a liberdade de integrar o ECAD diretamente, sem antes terem de integrar alguma das associações que o compõem (contribuição nº 6 - associação de gravadoras). Para elas, o sistema em camadas atual geraria ineficiências, aumentando os custos da gestão coletiva. A contribuição nº 13 vai em linha similar, ao afirmar que esses intermediários apenas se beneficiam da arrecadação dos direitos e burocratizam a gestão de direitos autorais.

Outro tópico de embate quanto à gestão coletiva diz respeito à distribuição dos recursos arrecadados pelas sociedades de gestão coletiva a título de direito de execução pública. Alguns setores (contribuição nº 3 - associação de produtores fonográficos; e contribuição nº 6 - associação de gravadoras) criticam a divisão atual de ¾ para os titulares de direitos de autor e de ¼ para os titulares de direitos conexos, afirmando que ela foi estabelecida na década de 1960, é arcaica e desequilibrada. A crítica a esse rateio tem um motivo claro: as gravadoras recebem os valores relativos a direitos conexos,

enquanto as editoras recebem os valores de direitos autorais relativos à composição (o que tem implicações importantes para o streaming, como será visto adiante).

A contribuição nº 6 em particular critica a distribuição atual, já que apenas 13,8% do valor distribuído seria destinado a produtores musicais, apesar de eles serem os principais investidores na criação de obras musicais. A crítica dessas contribuições à distribuição dos recursos arrecadados está associada à sua crítica ao sistema de funcionamento legal da gestão coletiva, já que o sistema de votação unitária inviabilizaria a revisão dessa divisão. Dado o impasse no seio do ECAD, algumas possíveis soluções legislativas são apresentadas pelas associações de gravadoras e de produtores fonográficos: (i) a fixação de tarifas por cada categoria de titulares (contribuição nº 3), (ii) a fixação, em lei, de rateio pareado (50/50) entre titulares de direitos autorais e titulares de direitos conexos (contribuição nº 3), e (iii) a livre negociação entre produtores, executantes e autores para a divisão de receitas (contribuição nº 6). Interessante notar que essas contribuições, ao mesmo tempo em que criticam uma atuação excessiva do Estado na gestão coletiva, que prejudicaria a liberdade econômica, defendem que a lei estabeleça uma divisão dos recursos arrecadados que lhes seja mais favorável.

Para além do setor musical, a gestão coletiva de direitos autorais também é comentada em contribuições de associações de empresas do setor audiovisual, que costumam rechaçar que seja conferido às obras audiovisuais o mesmo tratamento atualmente conferido às obras musicais. Algumas dessas organizações são céticas quanto à gestão coletiva para obras audiovisuais, ora apontando para problemas na atual gestão coletiva no Brasil (contribuição nº 21), ora apontando para as particularidades do setor audiovisual, como a centralização dos direitos no produtor, que tornam a gestão coletiva inadequada para o setor (contribuição nº 15). Já a

A. LANA, A. HOUANG,

contribuição nº 46 é menos cética com relação à gestão coletiva de obras audiovisuais, mas insiste em apontar a inadequação do sistema de gestão atualmente posto pela lei nº 12.853/13 para esse tipo de obra.

As contribuições enviadas à consulta pública mostram que a gestão coletiva deve permanecer central em uma eventual reforma da LDA e apontam para possíveis pontos de discordância entre os setores interessados. Muitos dos temas e sugestões apresentados nas contribuições, como a existência e o funcionamento do ECAD e a gestão coletiva de obras audiovisuais, já foram discutidos no passado e na elaboração da lei 9.610/98 (VALENTE, 2019, p. 315 e ss.). Para além da persistência de temáticas antigas, às vezes acompanhadas de novos argumentos (como a referência à legislação europeia), é interessante notar que por mais central e divisiva que a gestão coletiva seja, ela é um tema que mobiliza primordialmente os atores diretamente afetados por ela, como produtoras musicais. Diferentemente de outros temas levantados nas contribuições, como limitações e exceções, esse tópico não é debatido por uma multiplicidade de setores e as contribuições da sociedade civil notadamente não tratam da matéria. É interessante observar essa concentração do debate sobre a gestão coletiva em torno de poucos atores muito interessados no tema, já que isso pode influenciar o sucesso de uma reforma da gestão coletiva no Brasil e inclusive afetar uma eventual reforma ampla da LDA.

2.2. Streaming

O tema do streaming também é frequentemente mencionado nas contribuições enviadas à consulta pública, na maior parte das vezes com relação ao streaming de obras musicais. O debate sobre o tema costuma girar em torno da definição de "streaming" e de que direitos seriam afetados pela prática. Um marco nas questões sobre o tema e que é referenciado pelas contribuições enviadas à consulta pública é o julgado do STJ no processo do Ecad contra a Oi (STJ, 2017), quando o tribunal decidiu que o streaming de músicas via internet é uma forma de execução pública¹⁶.

A caracterização do streaming enquanto execução pública ou reprodução tem implicações importantes para os diferentes atores da indústria musical. As editoras são titulares derivadas dos direitos de autor sobre as composições musicais, enquanto as gravadoras são titulares originárias dos direitos conexos sobre os fonogramas. Os valores recolhidos pelo ECAD a título de execução pública de uma gravação são distribuídos em um rateio de 3/3 para os titulares de direitos autorais (as editoras) e 1/3 para os titulares de direitos conexos (as gravadoras). Já no caso dos direitos de reprodução sobre gravações, a maior parte dos valores arrecadados é retido pelas gravadoras, que repassam uma pequena porcentagem para os compositores da música (respeito da divisão das receitas, ver Valente, 2016).

Desta forma, as editoras são as mais beneficiadas pelos valores recolhidos a título de execução pública, enquanto as gravadoras se beneficiam mais quando o uso de uma obra é enquadrado enquanto reprodução. A definição do streaming musical enquanto execução pública ou enquanto reprodução beneficiam, portanto, as editoras e as gravadoras de músicas, respectivamente. Assim, algumas organizações do setor musical (especialmente editoras e UBEM¹⁷) se alinham com a jurisprudência do STJ, afirmando que o streaming de músicas deve ser tratado como um tipo de execução pública, enquanto outras a criticam. No sentido de defender a decisão, a contribuição nº 59 propõe a alteração do art. 68, § 2º18 e do art. 8619 da LDA de forma a consolidar na lei que há execução pública no streaming.

Outras organizações do setor musical, no entanto, criticam o enquadramento do streaming

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

enquanto direito de execução pública. Para as contribuições nº 3 e nº 6, o streaming incide no direito de posta à disposição (making available right), previsto no WPPT, que seria equivalente aos arts. 93, II e V e art. 29, VII da LDA. Esse enquadramento tem implicações importantes para o meio musical, já que o direito de colocar à disposição não configura execução pública e nem está sujeito à gestão coletiva, sendo simples reprodução. Nesse sentido, essas contribuições sugerem indiretamente que o uso de obras musicais via streaming esteja excluído do escopo de atividade do ECAD e que uma maior parcela dos valores arrecadados via streaming seja distribuído às gravadoras.

Observa-se, assim, uma divergência importante quanto ao *streaming* musical, mas que não se reproduz quando o assunto é *streaming* audiovisual. A única contribuição que menciona o tema (contribuição nº 22) sugere a alteração do capítulo referente à comunicação ao público para incluir obras audiovisuais e a disponibilização em plataformas digitais no art. 68, com a inclusão de serviços de streaming interativos e não interativos como local de frequência coletiva.

Uma possível explicação para entender por que o streaming parece ser mais interessante para o setor musical do que para o setor audiovisual está relacionada ao tema da gestão coletiva e da remuneração por diferentes tipos de usos. Como já mencionado, a gestão coletiva é voltada essencialmente para obras musicais e depende da existência de um direito de execução pública. Para titulares de direitos sobre obras musicais – notadamente considerando a disputa entre editoras, gravadoras e atores da gestão coletiva no Brasil - é, portanto, importante definir sobre qual de seus direitos um determinado uso de uma obra incorre. Um uso enquanto execução pública acarreta um tipo de remuneração a ser feita pelo ECAD. Outros usos, como a reprodução, podem acarretar diferentes tipos de remuneração, sendo que isso

tem implicações relevantes para a distribuição dos valores arrecadados. As diferenças na remuneração entre diferentes usos de uma obra e as consequentes disputas em torno do enquadramento de determinado uso não são observadas no setor audiovisual, onde a forma de remuneração pelo uso de obras costuma ser definido por via contratual.

A redação atual da lei realmente parece dar razão à interpretação do STJ, já que o conceito de execução pública da LDA afirma que a "transmissão por qualquer modalidade" é considerada execução pública²⁰. Em caso de uma reforma da lei, no entanto, cabe voltar à racionalidade que fundamenta a gestão coletiva e refletir sobre como ela se aplica ao streaming. A gestão coletiva, como já mencionado, tem origem na dificuldade de os titulares de direitos autorais de músicas acompanharem os usos de suas obras e recolherem a devida remuneração sobre esses usos. É interessante perguntarmo-nos se essa dificuldade persiste nos casos de streaming e em caso afirmativo se outros remédios seriam mais apropriados para dirimi-la. A transparência de plataformas de streaming musical quanto ao uso de obras e remuneração de artistas, por exemplo, tem sido objeto de questionamentos. Como forma de garantir uma justa remuneração dos titulares de direitos, a solução mais adequada seria enquadrar o streaming como execução pública, garantindo assim que os titulares sejam representados por sociedade de gestão coletiva com maior poder de barganha? Ou melhor seria impor deveres de transparência e de remuneração justa a essas plataformas? Essas perguntas não são simples e devem ser avaliadas em uma eventual reforma da LDA, especialmente considerando que as respostas podem influenciar significativamente o setor musical brasileiro à medida que o uso de obras se dá cada vez mais via streaming.

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

2.3. Limitações e Exceções

Um tema de divergência crescente a respeito da legislação autoral são as limitações e exceções (L&E) aos direitos autorais. Na década de 1990, muitas das organizações da sociedade civil que atualmente defendem flexibilidades na proteção autoral para garantir o acesso à cultura e ao conhecimento ainda não estavam consolidadas, e as discussões sobre direito autoral eram monopolizadas por grupos empresariais e representativos de autores (VALENTE, 2019, p. 298). A partir dos anos 2000, a expansão das L&E se tornou um dos principais focos da atuação da sociedade civil. Embora no Brasil tentativas de reformar a LDA para expandir as L&E para além das hipóteses previstas nos arts. 46, 47 e 48 da LDA não tenham sido bem-sucedidas, reiteradas decisões do STJ afirmam que o rol previsto na lei é meramente exemplificativo (STJ, 2011; STJ, 2020). Tal decisão foi consubstanciada no Enunciado nº 115 da 3ª jornada de direito comercial. Essa expansão judicial das L&E é um dos temas mais divisivos nas contribuições enviadas à consulta pública de 2019.

Em um primeiro lado, setores de titulares de direitos autorais (como da música e do audiovisual) costumam criticar as L&E atuais por as considerarem demasiadamente amplas e são especialmente críticos à jurisprudência do STJ que vê o rol do art. 46 como exemplificativo. Na visão desses setores, o rol de L&E previsto na LDA é taxativo e caberia reformar a lei para tornar isso explícito e para vedar qualquer proposta de ampliação de L&E (contribuição nº 13 e nº 15).

Dentre os argumentos que essas contribuições trazem para criticar a interpretação de que os incisos do art. 46 são exemplificativos, estão não apenas uma suposta insegurança jurídica ou a necessidade de uma proteção sólida para a existência de incentivos que promovam a criação de novas obras, mas também a própria regra dos três passos. Para essas contribuições, a interpretação de que as limitações e exceções previstas na LDA são exemplificativas pode levar à violação da regra dos três passos, com o possível afastamento dos direitos exclusivos de autor inclusive em situações em que a aplicação dessa regra vedaria tal afastamento²¹.

O argumento de que a jurisprudência do STJ gera insegurança jurídica também é usado por organizações em outro polo, que defendem a expansão legislativa das L&E. Embora tendam a ser elogiosas à interpretação do STJ, essas organizações propõem que a lei seja alterada de forma a garantir que as L&E realmente amparem a atuação de diferentes atores. A despeito desses julgados, elas afirmam que a inexistência de dispositivos legais que fundamentam determinados tipos de usos estimula "uma interpretação conservadora por parte de instituições educacionais, arquivos e museus quanto à sua possibilidade de uso legítimo de obras protegidas" (contribuição nº 81).

Neste sentido, organizações da sociedade civil (contribuições nº 10 e 81)²² reforçam a necessidade de L&E voltadas para bibliotecas, arquivos, museus e outras instituições de memória para garantir a preservação, conservação, reposição, classificação e cópias digitais das obras. Elas alegam a necessidade de mencionar, como exceção na lei, a mineração de textos e dados, obras órfãs e esgotadas, catálogos e terminais e pedem pela extensão das salvaguardas aos usuários das instituições para fins educacionais e de pesquisa.

Em relação às limitações para atividades educacionais e de pesquisa, a contribuição nº 10 do setor de representantes da sociedade civil defende que elas devem focar nas atividades educacionais, que perpassam os ambientes de educação formal e são essenciais para o exercício de diversos direitos, e não apenas nas instituições. Neste sentido, eles citam o TERA (*Treaty on Education and Research*)²³, proposto por 39 organizações do campo,²⁴ como modelo, que sugere a redação de normativas ampliando os

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

direitos dos consumidores de obras protegidas com fins educacionais e de pesquisa. Associado a isso, a contribuição defende a extensão da exceção para cópias integrais de obras para usos educacionais e de pesquisa, retirando o termo "pequenos trechos" do art. 46, para. II da lei²⁵, já que o termo não possui definição legal e coloca obstáculos em atividades educacionais.

Referente às limitações para bibliotecas, museus, arquivos e outras instituições de memória, a contribuição nº 10 defende que sejam incluídas limitações expressas na lei, já que a legislação atual não inclui limitações relacionadas às necessidades destas instituições, o que gera incerteza e impossibilita a reprodução de obras para preservação, restauração, armazenamento digital e outras atividades essenciais para a manutenção e compartilhamento de conhecimento. As contribuições nº 35, 53, 67, 74 e 77 do setor de museus, vão no mesmo sentido, sugerindo a criação de L&E para cópias para preservação, digitalização e disponibilização online de arquivos, obras órfãs, exposição, divulgação e catálogo, reprodução para atividade educacional e pesquisa e a limitação de responsabilidade de funcionários de instituições de memória em caso de boa fé.

Citando exemplos da Convenção de Berna²⁶ e do TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)²⁷, a contribuição nº 81 defende o uso do teste de proporcionalidade da regra dos 3 passos previsto pelos acordos, que fornece "mais flexibilidade à norma e segurança às usuárias e usuários no exercício de seus direitos e evitando interpretações excessivamente restritivas das limitações". A contribuição nº 10, da sociedade civil, também defende a implementação da regra de três passos da Convenção de Berna como forma de manter o equilíbrio entre titulares de direitos autorais, intermediários e consumidores. A mesma contribuição defende que a regra dos três passos deva ser um critério expresso na legislação para a limitação geral de direitos autorais para flexibilizar

a legislação e estabelecer uma ratio clara para as limitações, evitando uma má interpretação da lei. Essa defesa se dá para que "se desfaça o entendimento de que as limitações expressas em lei devem ser interpretadas restritivamente, em prejuízo do acesso do consumidor à informação". Ainda, como eles apontam, há decisões da aplicação da regra de três passos em decisões do STJ "quando as limitações expressas em lei se provarem insuficientes no caso concreto", mostrando-se necessária a aplicação de uma regra que "explicite a natureza exemplificativa das limitações" (contribuição nº 10). Essa contribuição também apresenta um modelo inspirado no fair use dos Estados Unidos como alternativa à regra dos 3 passos para o estabelecimento de uma limitação geral.28

Para além de organizações da sociedade civil, contribuições da área de tecnologia (contribuições nº 40 e 42) também propõem a expansão legislativa das L&E. Elas trazem a defesa de que o desenvolvimento de tecnologias de análise de informação realizada por machine learning a partir da análise de informações, como imagens ou texto, não pode ser considerada uma infração de direitos autorais por reprodução. Isso poderia ser visto como uma violação porque, durante a aplicação das técnicas de machine learning, pode haver a "criação temporária de reproduções legíveis por máquina do material usado". Eles alegam que essa forma de reprodução não deve ser considerada como infração porque é feita:

com o único propósito de analisar as informações factuais (não protegidas pelo direito autoral) presentes em conteúdo legalmente acessado, e não estão relacionadas à expressão criativa incorporada no obras subjacentes, elas não substituem o original ou de qualquer forma comprometem os interesses legítimos dos detentores de direitos autorais (contribuição nº 42).

A. LANA, A. HOUANG,

Ainda, a contribuição 40 defende que:

uma exceção deve esclarecer que as etapas da análise computacional - copiar obras legalmente adquiridas, analisar as cópias e usá-las para validação de dados, são permitidas sem autorização do proprietário dos direitos autorais, podendo ser realizadas por qualquer entidade ou indivíduo para quaisquer fins legais.

A mineração de dados realizada por técnicas de *machine learning* depende da utilização de bancos de dados, que são obras protegidas pelo art. 87 da LDA²⁹, e segundo o art. 29, inciso IX da lei³⁰, é necessária autorização prévia e expressa do autor para a inclusão de obras protegidas em base de dados. Ainda, o art. 7º, § 2³¹ determina que dados ou materiais não são abarcados pela proteção dada a obras intelectuais protegidas. Desta forma, a legislação atual se torna uma barreira para as atividades de mineração de dados, posta a dificuldade de negociação entre os mineradores e os detentores de direitos quando se trata de uma grande quantidade de dados.

Além disso, outros países já reconheceram a relevância de abordar exceções para a mineração de dados em sua legislação. A lei de Direito Autoral do Reino Unido "prevê, em seu artigo 29A, uma possibilidade de reprodução livre para fins de análise de dados e texto, desde que para fins não-comerciais, em moldes similares aos da Diretiva 96/9/CE" (ALVARENGA, 2019 apud. REINO UNIDO, 1988, p. 114). O Japão também prevê em sua legislação sobre direitos autorais uma limitação à proteção de bancos de dados para o uso de técnicas de mineração de texto e dados (Ibid., p. 116 apud. JAPÃO, 2009). As legislações desses países podem ser utilizadas como referência de legislação que englobe os pontos apresentados.

2.4. Titularidade e transferência de direitos autorais

Questões relativas à titularidade e transferência de direitos autorais e conexos também são frequentes, especialmente em contribuições provenientes do setor audiovisual. O setor audiovisual apresenta preocupação considerável quanto à transferência de direitos relativos a obras audiovisuais. As contribuições nº 11, de programação audiovisual, e nº 17, de exibição audiovisual, por exemplo, ressaltam que embora a lei atual não restrinja a cessão de direitos conexos, criadores que participam de obras audiovisuais supostamente costumam "desafiar a legalidade das cessões que celebram com base em legislação trabalhista não recepcionada pela lei 9.610/1998". Para sanar o que consideram uma falha, essas contribuições sugerem que a lei seja alterada para prever que a cessão de direitos conexos de artistas e intérpretes de obras audiovisuais é lícita.

A contribuição nº 15, também do setor audiovisual, vai em linha similar ao afirmar a necessidade da transferência de direitos autorais e direitos conexos para a criação de obras audiovisuais. Segundo essa contribuição, a "consolidação dos direitos no produtor faz parte do sistema legal de várias nações do mundo" e uma reforma legal deveria expressamente revogar o art. 13 da lei 6.533/78, que proíbe a transferência definitiva de direitos autorais e conexos como resultado da prestação de serviços profissionais. A contribuição nº 46 também sugere alterações na LDA com vistas a consolidar os direitos sobre obras audiovisuais no produtor. É interessante pontuar que as contribuições sobre a titularidade de direitos sobre obras audiovisuais são provenientes de empresas do setor, que podem não ter os mesmos interesses dos criadores individuais que contribuem para obras audiovisuais.

A. LANA, A. HOUANG,

A remuneração por criadores também é abortada em algumas das contribuições. Por um lado, a contribuição n° 15 rejeita que a lei estabeleça deveres de remuneração, sugerindo que caso parâmetros sejam estabelecidos, eles devem sê-lo por meio de convenções coletivas de trabalho e de acordos individuais. Por outro lado, algumas contribuições defendem a remuneração equitativa aos artistas, incluindo intérpretes, conforme estabelecido na Convenção de Pequim (contribuição n° 57).

2.5. Responsabilidades de intermediários

O tema da responsabilidade de intermediários foi bastante debatido durante a concepção do MCI, que determina que a responsabilidade dos conteúdos publicados é de seu autor e não da plataforma em que ele foi publicado. A despeito de o MCI prever que uma lei específica trataria da responsabilidade de intermediários em caso de violações de direitos autorais (art. 19, §2º), ainda não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema. Dado a centralidade do tema durante a elaboração do MCI (ENOMOTO, 2017, p. 71) e em recentes reformas de legislações autorais estrangeiras, não é surpreendente que a responsabilidade de intermediários seja um dos temas mais recorrentes nas contribuições enviadas à consulta pública.

A temática apareceu em contribuições de representantes da sociedade civil e academia e empresas do setor tecnológico, que ressaltaram a necessidade de estudar modelos alternativos adotados em outros países e princípios internacionais, e de realizar consulta pública para aprimoramento do assunto na lei. Neste sentido, contribuições de representantes da sociedade civil e academia apontaram os princípios

de Manila (EFF)³², o modelo *notice* and *notice* adotado pelo *Copyright Modernization Act* do Canadá³³ e os Princípios de Santa Clara como guias para o regime brasileiro de responsabilização de intermediários, além de defenderem a extensão do regime do MCI aos direitos autorais, aos moldes da lei do Chile (contribuição nº 10 - sociedade civil).

Os modelos apresentados pela sociedade civil sustentam a aplicação de políticas que responsabilizem o intermediário apenas por decisão judicial e prezem pela transparência e respeito ao devido processo em regras que regem a moderação de conteúdo. Os princípios de Manila defendem a proteção dos intermediários por conteúdos produzidos por terceiros por lei, a necessidade de ordem judicial para remoção e restrição de conteúdos e os princípios de transparência, necessidade, proporcionalidade e respeito ao devido processo em leis, ordens, políticas e práticas que restrinjam conteúdos.

Já o regime de notice and notice, aplicado pelo Copyright Modernization Act34 no Canadá, é uma ferramenta que auxilia na abordagem de violações de direitos autorais na internet por seus detentores. Ele consiste na notificação do provedor de serviços da internet pelo detentor dos direitos para que o provedor notifique o usuário que supostamente publicou o conteúdo infringente de direitos autorais. Os Princípios de Santa Clara, 35 por sua vez, focam na transparência e responsabilidade da moderação de conteúdo por plataformas focada na (i) publicização do número de publicações e contas sinalizadas, removidas e suspensas, (ii) informação sobre quais conteúdos são proibidos e como é feita a detecção destes e (iii) a possibilidade de recurso/apelação significativa para que o usuário possa buscar reparação pela moderação de conteúdo.

Também foram recebidas contribuições de plataformas de redes sociais, que focaram mais em expor quais são suas medidas de contenção de conteúdos que violem os direitos autorais

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

do que necessariamente fazer sugestões para aprimoramento da lei. A contribuição nº 79, enviada por uma plataforma de rede social, aponta o uso do MCI como modelo para a responsabilização de intermediários na remoção de conteúdos infringentes no sentido de permitir a ação das plataformas "em relação às denúncias recebidas diretamente na plataforma, em observância aos seus Termos de Uso e as políticas aplicáveis", não dependendo apenas de ordem judicial. A contribuição nº 71, enviada por outra plataforma, também cita o MCI como referência por prover segurança jurídica e previsibilidade, permitindo a cooperação entre plataforma, usuário e titulares de direitos para as violações de direitos de propriedade intelectual, e por ter levado em consideração diferentes visões envolvidas no processo da sua elaboração.

Quando mencionam o aprimoramento da lei, as contribuições das plataformas costumam defender a aplicação da regra geral de responsabilidade de intermediários às violações de direitos autorais ou a adoção de um sistema de safe harbors. Nesse sentido, a contribuição nº 79 afirma que "a sistemática de responsabilização civil dos provedores de aplicação de Internet estabelecida pela Lei no. 12.965/2014 é também adequada aos casos de remoção de conteúdo que caracterize violação de direitos autorais e conexos". Já a contribuição nº 45 afirma que o MCI teria criado um regime de safe harbors para provedores de aplicações de internet geral, o qual teria sido estendido pela jurisprudência aos casos de violações de direitos autorais. A contribuição defende que esse modelo de safe harbors é importante por assegurar a inovação e permitir que intermediários desenvolvam novas formas para a proteção de obras junto a detentores de direitos.

A contribuição nº 71 pontua a complexidade ainda existente "no sistema de licenciamento de músicas e dificuldade na aquisição dos dados corretos", que conta com "uma crescente fragmentação no mercado de edição musical, que

dificulta, se não impede, que serviços de músicas digitais licenciem o residual para direitos de reprodução de composições no Brasil". Neste sentido, a contribuição defende que haja uma organização mais detalhada dos dados dos titulares de direitos autorais para que seja facilitada a sua identificação, já que há um déficit grande sobre esses dados. Também pedem por um maior incentivo do governo para que haja colaboração entre setores, aprimorando a qualidade dos dados necessários para o controle de violações de direito autoral e incentivando os detentores de direitos a melhorar a transparência dessas informações.

Já as contribuições de empresas da área de tecnologia vão em torno de uma ainda maior responsabilização dos titulares em relação aos conteúdos infringentes de direito autoral, mas sem defender a adoção de filtros de upload típicos de modelos de notice and stay down. A contribuição recebida pela área de comércio eletrônico defende que a responsabilidade sobre a detecção de conteúdos infringentes de direitos autorais seja do titular, e não das plataformas, e que a obrigação de intermediários removerem conteúdos infringentes seja feita apenas por ordem judicial. Os argumentos apresentados para a defesa dessa posição são a defesa da liberdade de expressão e favorecimento do desenvolvimento e inovações tecnológicas, afirmando que deve haver um equilíbrio entre direito dos titulares e incentivos à inovação (contribuição nº 47).

As contribuições da área de *software* e *video-games* também mencionam a aplicação do princípio de *safe harbor* para conteúdos que violem direitos autorais³6. Neste sentido, a contribuição nº 2, da área de *videogames*, defende a aplicação do princípio de *safe harbor* nestes casos, mas com obrigações pré-estabelecidas aos intermediários. Essas condições são apresentadas pela contribuição como exemplo do que a indústria do videogame aplica: (i) "adotando e implementando uma política contra violadores

A. LANA, A. HOUANG,

repetitivos", (ii) "não recebendo benefício financeiro atribuído a infração", e (iii) "não interferindo com as medidas técnicas dos direitos de titulares" (contribuição nº 2).

Já outra contribuição da área de softwares defende a não responsabilização de intermediários em monitorar e filtrar atividades infratoras cometidas por terceiros, com o argumento de que "tais obrigações enfraqueceriam os incentivos à inovação e ameaçariam o dinamismo e os valores que tornaram a Internet tão valiosa" (contribuição nº 42). Eles afirmam que os safe harbors auxiliam no equilíbrio entre direitos dos titulares e prestadores de serviços online e dão incentivo aos provedores de internet para agirem rapidamente na remoção de conteúdos infratores com notificação de titulares e sanções apropriadas aos infratores.

As contribuições nº 2 e 42 do setor de tecnologia também defendem o uso do sistema notice and take-down, metodologia prevista no Communications Decency Act e no Digital Millenium Copyright Act37, que consiste na remoção de um conteúdo que viola direitos autorais pelo provedor de serviço de internet quando ele recebe uma notificação de violação do detentor dos direitos da obra. A contribuição nº 2 pontua a importância da adoção deste método em contraposição a um sistema focado apenas em ações judiciais, já que um sistema que "demanda a revisão do governo de notificações de violações enviadas por detentores de direito autoral é inoperável e coloca um grande fardo nas cortes e juízes" (contribuição nº 2, tradução própria).

Já as contribuições de setores de titulares de direitos autorais, como da indústria musical e audiovisual, costumam ser críticos à atual inexistência de uma regra específica sobre responsabilização de intermediários por violação de direitos autorais e solicitam a criação de regras mais severas. As sugestões desse setor vão no sentido de permitir o bloqueio definitivo de sites que disponibilizarem obras em violação aos direitos autorais (contribuições nº 3, nº 6,

 n° II, n° I3, n° I5, n° I7, n° 21) e a criação de um sistema de "notice and stay down" (contribuição n° II, n° I3, n° I5 e n° I7). No sentido da adoção de um modelo de notice and stay down, as contribuições desses setores costumam fazer referência à Diretiva Europeia de 2019 (contribuição n° I3 e n° I5). No caso do bloqueio de sites, a legislação europeia também costuma ser mencionada (contribuição n° 6 e n° I5).

Vê-se que, em relação a responsabilidade de intermediários sobre conteúdos infringentes de direitos autorais, organizações representantes da sociedade civil vão em torno da defesa do uso de modelos como os Princípios de Manila, o modelo notice and notice e os Princípios de Santa Clara. Esses modelos sustentam a responsabilização do intermediário apenas por decisão judicial e prezam pela transparência na moderação de conteúdo e liberdade de expressão do usuário. As plataformas e algumas organizações de tecnologia, por sua vez, propõem a adoção de modelos de safe harbors e a aplicação da regra geral do MCI também para violações de direitos autorais, rejeitando modelos de filtragem obrigatória. Já os setores de titulares de direitos autorais, como da indústria musical e audiovisual, defendem a aplicação de modelos como os de notice and take-down e notice and stay down, que prevêem maiores responsabilidades e deveres para os intermediários com vistas à proteção de obras.

Com isso em perspectiva, observamos um conflito entre os setores, que defendem modelos distintos e incompatíveis para a responsabilização de intermediários. Esse conflito observado na consulta pública já se fazia presente no momento da elaboração do MCI, quando a intensa discordância entre os setores sobre a regra de responsabilidade de intermediários em caso de violação de direitos autorais colocou em risco a aprovação do projeto, que acabou por não tratar da matéria (ENOMOTO, 2017). A permanência do conflito sobre esse tema revela a dificuldade de criação de uma legislação que acomode os interesses de todos os setores

A. LANA, A. HOUANG,

e evidencia um possível ponto de impasse na reforma da LDA.

Embora a responsabilidade de intermediários seja o tema mais mencionado para o combate às violações de direitos autorais, outras propostas também são mencionadas nas contribuições, como o combate à pirataria, citada especialmente nas dos setores de titulares de direitos autorais, e o uso de mecanismos de *enforcement* de direitos autorais. Neste sentido, algumas contribuições sugerem a vedação à circunvenção de medidas tecnológicas de proteção (TPMs)³⁸ (contribuição nº 3, contribuição nº 6 e contribuição nº 2).

A contribuição nº 2, do setor de vídeo games, defende que o Brasil deveria ter uma regra abrangente para a proteção de TPMs, já que um regime de TPMs eficaz imporia responsabilidade civil a indivíduos que se envolvam na "evasão não autorizada de TPMs que controlem o acesso a uma obra protegida". Ainda, eles defendem a responsabilização criminal de quem se envolva intencionalmente ou que tenha fins de vantagem comercial ou ganho financeiro nessa evasão. Apontam que "a responsabilidade por violações de evasão deve ser independente de qualquer violação de direitos autorais que possa ocorrer (como disposto no Trans-Pacific Partnership Agreement entre EUA, México e Canadá)" (contribuição nº 2, tradução própria) e que as L&E de TPMs: (i) só devem existir para permitir usos não-infringentes da obra (Section 1201 do DMCA), (ii) não devem levar à autorização da existência de produtos ou serviços de circunvenção além dos beneficiários, e (iii) não devem minar a adequação do regime de TPM.

A contribuição nº 2 também defende a extensão das previsões de execução para o ambiente online, já que hoje ela foca em bens físicos, e sugere que o Brasil continue trabalhando no treinamento do poder público em técnicas de detecção e investigação de casos infringentes de direito autoral, inclusive em parceria com o governo estadunidense.

Outras propostas para coibir violações de direitos autorais envolvem aumentar sanções civis e penais. A contribuição nº 6, de uma associação de gravadoras musicais, sugere que o art. 103 da LDA seja alterado para o estabelecimento de novas regras para sanções civis (seguindo as legislações de Canadá e EUA, sugere-se que, a compensação por violações de direitos autorais deveria se dar segundo as perdas e danos do titular de direitos, os proveitos do infringente e royalties razoáveis). Já a contribuição nº 59, de uma organização do sistema de gestão coletiva musical, sugere mudança na forma de cálculo de sanções e novas sanções por violação ao direito à execução pública. A contribuição nº 21 sugere a alteração da legislação para tornar explícito que a oferta ou distribuição comercial de obra protegida incide no tipo penal previsto no art. 184 do Código Penal Brasileiro.

3. Conclusão

Este artigo buscou analisar e apresentar algumas temáticas trazidas pelas contribuições enviadas à consulta pública de 2019 sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais. Com isso, buscou-se trazer transparência sobre o processo da consulta pública e averiguar pontos de conflito intra e extra setores que apareceram nos temas tratados pelas contribuições e que podem ser relevantes na reforma da LDA.

O direito autoral brasileiro passou por mudanças significativas desde suas origens na década de 1920. A despeito disso, os temas debatidos e os agentes centrais nesses debates permaneceram relativamente constantes ao longo do século XX. Por décadas o ramo musical foi o mais atuante na política de direitos autorais, e o debate costumava ser polarizado entre artistas e empresas do setor. Na formulação da LDA, o principal embate ocorreu entre autores e empresários, com protagonismo do

A. LANA, A. HOUANG,

setor musical e atuação preponderante das indústrias de comunicação, audiovisual e editorial (VALENTE, 2019). A predominância de titulares de direitos autorais - fossem eles autores ou empresas - e do setor musical passou a oscilar a partir dos anos 2000. Mudanças na dinâmica de produção e consumo de obras protegidas provocadas pela internet permitiram o surgimento de novos atores privados cada vez mais poderosos, que passaram a ter atuação protagonista na matéria. A sociedade civil também passou a partir dos anos 2000 a ter um papel de crescente importância nos debates sobre políticas de direitos autorais.

Desde a aprovação da LDA, novos temas também ganharam centralidade na política brasileira de direitos autorais. As limitações e exceções, que eram pouco debatidas quando os titulares de direitos dominavam a agenda, passaram a ser objeto de numerosos projetos de lei. A manutenção do status quo por muitos anos favoreceu os titulares de direitos, que foram capazes de travar a inserção de novas limitações e exceções na legislação. Essa situação, no entanto, se inverteu com a consolidação no STJ do entendimento de que o rol de limitações dos arts. 46 a 48 da LDA são meramente exemplificativos. Esse novo status quo prejudica titulares de direitos, que agora querem alterá--lo, incluindo na lei a previsão de que o rol é taxativo. A responsabilidade de intermediários por violações de direitos autorais também ganhou centralidade desde a aprovação da LDA, sendo um dos temas mais recorrentes nas contribuições enviadas à consulta pública de 2019. Discutida durante a formulação do MCI, essa política é intensamente disputada entre titulares de conteúdo e empresas de tecnologia.

Um elemento interessante a se notar quanto à consulta pública de 2019 é o posicionamento oposto de grupos de interesses poderosos em temas controversos. Isso ficou evidente na questão da responsabilização de intermediários, em que novos atores econômicos da internet

formaram associações de defesa de interesse atuantes na política brasileira de direitos autorais, bem como no tema sobre o enquadramento jurídico do streaming musical. Em paralelo a isso, observa-se que muitos setores concentram suas contribuições sobre temas específicos, e deixam de lado temas centrais para outros setores. Assim como plataformas concentram suas contribuições no tema de responsabilidade de intermediários, gravadoras e editoras musicais têm suas contribuições centradas na gestão coletiva e no streaming, enquanto instituições de memória se concentram em limitações e exceções.

Os impasses nas tentativas passadas de reforma da LDA, no entanto, não significam necessariamente que qualquer nova tentativa de reforma da LDA esteja fadada ao fracasso. Novas legislações europeias e australianas, referenciadas no Brasil em contribuições a consultas públicas e em projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional³⁹, podem sinalizar possíveis trajetos para a política brasileira de direitos autorais. No caso da União Europeia, novas regras de responsabilização de intermediários e de remuneração de jornais por plataformas foram aprovadas a despeito de uma intensa resistência de organizações defensoras do interesse público e das empresas de tecnologia. Situação similar ocorreu na Austrália, onde o lobby do setor jornalístico prevaleceu sobre as gigantes de tecnologia, que serão obrigadas a pagar pelo uso de reportagens (HOUANG, 2021).

O caso europeu também é interessante porque a Diretiva 2019/790 rompeu anos de relativa inércia no direito autoral europeu, provocando drásticas mudanças na legislação europeia de direitos autorais. Ela simultaneamente criou um novo direito conexo para jornais a ser pago por plataformas, estabeleceu novas exceções e limitações de direito autoral, criou mecanismos de proteção aos autores pessoa-física e instituiu um complexo sistema de responsabilização de intermediários. Se a trajetória europeia

A. LANA, A. HOUANG,

servir de referência, é possível que uma reforma da política brasileira chegue tarde. Mas quando ocorrer, pode ser muito mais ampla do que os atuais impasses dão a entender.

Em relação à gestão coletiva de direitos autorais, se destacam o pedido para atualização sobre o rateio dos direitos de execução pública das obras, que prioriza os titulares de direitos do autor em relação aos titulares de direitos conexos, e sobre os votos para decisões internas do ECAD, sugerindo que a quantidade de votos dos participantes da organização seja distribuída levando em conta a importância econômica de cada organização. Este ponto pode trazer conflitos na construção da legislação devido a maior participação de autores no ECAD, que traz desequilíbrio e inviabiliza a revisão da divisão tanto de arrecadamento quanto de decisão na organização. Acreditamos que esse desequilíbrio deva ser resolvido com a maior participação de produtores musicais, que são grandes investidores na organização, mas possuem baixo acesso à arrecadação.

A respeito da temática do streaming, percebeu-se uma divergência importante em relação ao streaming musical, já que algumas contribuições defendem a definição do streaming interativo como direito de execução pública, e outras como direito de posta à disposição. Essa divergência pode ser resolvida levando em consideração tanto as previsões do WPPT quanto as disposições do ECAD em relação ao tema, chegando a uma resolução sólida que determine os termos em relação ao streaming, seja interativo ou não. Sobre as limitações e exceções, também foram encontradas divergências a respeito do aumento ou diminuição de suas previsões, já que setores da música e audiovisual as consideram demasiadamente amplas e organizações da sociedade civil acreditam que elas devam ser ampliadas para instituições com fins educacionais, de pesquisa e memória. Para resolver essas divergências, contribuições apontaram para a necessidade

de uma definição mais clara das limitações e exceções expressas em lei e a utilização de marcos e modelos internacionais como base para a reforma da legislação brasileira.

Em referência à titularidade e transferência de direitos autorais, se destaca a defesa de autores conexos em relação à transferência de direitos do autor. Ligado aos problemas apontados pelas contribuições, uma melhor definição sobre as questões de titularidade e um maior equilíbrio entre autores e autores conexos poderia trazer mais clareza sobre o tema. Relacionado a isso, também foi realizada a defesa de uma remuneração equitativa aos artistas com a inclusão de intérpretes em relação à remuneração de criadores. Em relação à responsabilidade de intermediários, foram feitas contribuições no sentido da legislação brasileira utilizar modelos internacionais para lidar com a questão sobre direitos autorais no Brasil.

A partir deste panorama, visamos ajudar a entender e pensar soluções para os conflitos que ocorrem inter e intra setores de grupos interessados em direitos autorais, para caminhar no sentido da reforma da legislação brasileira. Ressaltamos que este esforço se fez necessário pela falta de transparência do Governo Federal sobre a consulta pública, que dificultou a realização desta pesquisa devido ao envio de documentos tarjados para análise, mesmo com a utilização da Lei de Acesso à Informação. Com isso, acreditamos que o esforço da construção de uma legislação atenta a todos os interesses e que traga melhor equilíbrio entre os interesses de titulares e usuários deve começar com a pressão pela realização de maiores debates sobre a lei pautados pela transparência e uma pressão dos interessados sobre os legisladores envolvidos na reforma.

A. LANA, A. HOUANG, J. BECARI

Bibliografia

- Albrecht, N. F. M. de M. (2021). A política dos direitos autorais no Brasil: coalizões, lobby e defesa de interesses. Belo Horizonte: Dialética.
- Ascensão, J. de O. (1997) Direito Autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Alvarenga, M. B. (2019). Mineração de dados, big data e direitos autorais no Brasil. (Dissertação de Mestrado). Instituto de Economia - UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
- Basso, M. (2007). As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (threestep-test). Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, p. 493 503.
- Costa Netto, J. C. (2019). Direito autoral no Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- Enomoto, L. Y. de Q. (2017). Influência e disputa regulatória: a atuação de grupos de interesses do setor privado na definição da neutralidade de rede no Brasil. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas USP, São Paulo, SP, Brasil.
- Houang, André (2021). A remuneração do jornalismo pelas plataformas: o que está em pauta?. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/remuneracao-jornalismo-plataformas-15062021
- Kapcyznski, Amy (2019). The Right to Medicines in an Age of Neoliberalism. Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development. University of Pennsylvania Press, Vol. 10, N. 1, Spring 2019, p. 79-107.

- Santiago, O. (1985). Aquarela do direito autoral. Rio de Janeiro: UBC.
- STJ. Recurso Especial 1.450.302. (2020, 11 de fevereiro). Relator: Marco Buzzi Quarta Turma.
- STJ. Recurso Especial 1.559.264. (2017, 15 de fevereiro). Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva.
- STJ. Recurso Especial 964.404. (2011, 15 de março). Relator: Paulo de Tarso Sanseverino Terceira Turma.
- Valente, Mariana Giorgetti (2016). Música, internet e a reorganização do campo autoral. In: Francisco, Pedro Augusto Pereira e Valente, Mariana Giorgetti (orgs.). Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.
- Valente, M. (2019). A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo. Belo Horizonte: Editora Letramento.
- Virtuoso, B. A gestão coletiva de direitos de autor no Brasil e União Europeia: O princípio da transparência no ambiente digital. (Dissertação de Mestrado).
 Universidade Federal do Paraná Curitiba, PR, Brasil.
- Yoho, J. (1998). The Evolution of a Better Definition of "Interest Group" and Its Synonyms. The Social Science Journal, v. 35, n. 2, p. 231-243.

A. LANA, A. HOUANG,

Notas Finais

- 1 A respeito do processo de formulação da LDA e das tentativas de reformá-la, ver Valente, 2019 e Albrecht, 2021, respectivamente.
- Wipo Copyright Treaty (WCT) de 1996 é um tratado internacional que trata da proteção de obras e de direitos autorais no ambiente digital. Ver mais em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/
- 3 Wipo Performances and Phonograms Treaty (WPPT), também de 1996, estabelece regras sobre direitos de intérpretes e produtores de fonogramas, em especial no ambiente digital. Ver mais em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/
- 4 O Tratado de Pequim é de 2012, e trata dos direitos de propriedade intelectual dos artistas intérpretes ou executantes em obras audiovisuais. Ver mais em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/beijing/
- 5 Segundo Valente (2019, p. 221): "Há algumas versões conflitantes ou complementares sobre os motivos pelos quais o Brasil decidiu não tomar parte [do WCP e do WPPT]". Uma delas seria a discordância a respeito da adoção das Declarações Consertadas sobre reprodução, outra seria a vedação por parte do Ministério das Relações ao uso do direito autoral como moeda de troca em outras negociações, uma terceira explicação seria o desejo do Brasil de se opor aos EUA, defensor dos tratados, e finalmente a explicação mais comum é a de que o Brasil optado pela opção de não assumir mais obrigações internacionais para além do TRIPs (VALENTE, 2019, p. 220 e ss).

- O conceito "grupos de interesse", seguindo Yoho (1998), é objeto de disputas, especialmente em torno de sua visão clássica e uma visão mais contemporânea. Para o objetivo deste artigo, entendemos, em alinhamento com o referido autor, que grupos de interesse são compostos por organizações reais e não um grupo de pessoas organizadas que objetivam influenciar decisões do governo, mas não são agências do governo em si ou partidos políticos.
- O pedido de acesso à informação foi protocolado em 16/12/2020 e recebeu o nº 72020.002003/2020-11. A decisão inicial foi publicada em 22/01/2021, e recorreu-se até a Corregedoria Geral da União, que emitiu decisão em 31/03/2021 (PARECER N° 345/2021/CGRAI/OGU/CGU).
- 8 Os documentos referentes às consultas públicas podem ser acessados no link: https://drive.google.com/drive/u/2/folders/IJLBUKYsHaQ4gD2rdvdQnhlBbTpWVsnq8.
- 9 Autores ou titulares de direito teriam muita dificuldade em acompanhar o uso de sua obra em todo o território brasileiro para exercer seus direitos, inclusive o de remuneração. A gestão coletiva se propõe a facilitar esse acompanhamento e a cobrança de remuneração. Para isso, são formadas sociedades de gestão coletiva, órgãos que realizam essa averiguação em nome de um agrupamento de artistas. Vale notar, no entanto, que embora em teoria representem os artistas, as associações de gestão coletiva frequentemente entram em conflito com eles. A respeito da natureza e estrutura jurídica da gestão coletiva, ver ASCENSÃO, 1997, p. 619 e ss e COSTA NETTO, p. 403 e ss.
- 10 A respeito do papel das associações de gestão coletiva nas origens do direito autoral brasileiro, ver VALENTE, 2019, p. 46 e SANTIAGO, 1985.

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

- 11 "Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B. § 1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no caput não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra.
- 12 "Art. 99-A. O ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A. Parágrafo único. As deliberações quanto aos critérios de distribuição dos recursos arrecadados serão tomadas por meio do voto unitário de cada associação que integre o ente arrecadador."
- O conjunto de obras e artistas que cada associação de gestão coletiva representa e administra é chamado de "repertório".
- 14 Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro. § 5° Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos filiados diretamente às associações nacionais poderão votar ou ser votados nas associações reguladas por este artigo. § 6° Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos, nacionais ou estrangeiros domiciliados no Brasil, filiados

diretamente às associações nacionais poderão assumir cargos de direção nas associações reguladas por este artigo.

- 15 "A lei n. 12.853/2013, na prática, significou a usurpação dos direitos associativos dos editores de música, que, hoje, na qualidade de titulares de direitos patrimoniais de direitos de execução pública musical, deixaram de participar e atuar na gestão coletiva dos direitos autorais, pois, perderam, por força da lei, direitos a voz em suas respectivas associações".
- Para aprofundamento a respeito da decisão do STJ, ver VIRTUOSO, 2020, p. 104.
- 17 Sigla para União Brasileira de Editoras de Música.
- 18 Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. § 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica. § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
- 19 Art. 86. Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em obras audiovisuais serão devidos aos seus titulares pelos

REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS: MAPEANDO INTERESSES A PARTIR DA CONSULTA PÚBLICA DE 2019 A. LANA, A. HOUANG,

responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 30 do art. 68 desta Lei, que as exibirem, ou pelas emissoras de televisão que as transmitirem.

- 20 Sobre a construção legislativa deste termo, ver VALENTE, 2019, p. 317.
- 21 A regra dos 3 passos funciona como uma orientação para o direito de reprodução de uma obra por terceiros não autorizados. Desta forma, o teste permite o direito de reprodução nas hipóteses de (i) casos especiais, (ii) que não apresentam conflito com a exploração comercial normal da obra e (iii) que não cause dano injustificável aos legítimos interesses do autor (Basso, 2007).
- 22 É relevante afirmar que dois dos coautores deste artigo são atualmente membros do capítulo brasileiro do Creative Commons, e que um deles participou da redação da contribuição que a organização enviou à consulta pública
- 23 Disponível em: http://infojustice.org/tera/coalition
- 24 Disponível em: http://infojustice.org/wp-content/uploads/2018/II/TERA-II272018.pdf
- 25 Art. 46, para. II, da Lei 9.610/1998: "Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro"
- 26 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm
- 27 Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm

- Esse modelo é uma limitação aos direitos do autor realizada a partir de "um teste para determinar se o uso do material protegido por tais direitos, enquanto não-autorizado pelo titular, constitua ou-não ato de violação" (Basso, 2007, p. 502). Os critérios para determinar as limitações são: 1) o propósito e natureza do uso (comercial ou educacional sem intuito de lucro); 2) a natureza da obra protegida sendo utilizada; 3) a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação à obra como um todo; e 4) os efeitos desse uso no mercado potencial ou valor da obra (17 U.S. Code § 107 Limitations on exclusive rights: Fair use).
- 29 Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir: I sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo; II sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação; III a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público; IV a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.
- 30 Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: IX a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.
- 31 Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo

A. LANA, A. HOUANG, J. BECARI

de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

- 32 Disponível em: https://manilaprinciples.org
- 33 Disponível em: https://uwaterloo.ca/information-systems-technology/about/policies-standards-and-guidelines/campus-network/notice-and-notice-regime
- 34 Disponível em: https://www.ic.gc.ca/eic/site/ Oca-bc.nsf/eng/cao2920.html
- 35 Disponível em: https://santaclaraprinciples.org/scpi/
- O safe harbor é um princípio apresentado na Seção 230 do Communications Decency Act of 1996 (Disponível em: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-502-8947?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) e isenta de responsabilidade os prestadores de serviço online em relação aos conteúdos infringentes publicados por terceiros. Todavia, ele não é aplicado em casos de conteúdos que infringem direitos autorais, nem em território estadunidense.
- 37 Disponível em: https://www.copyright.gov/le-gislation/dmca.pdf
- 38 As Technological Protection Measure (TPM) são softwares ou dispositivos colocados em materiais protegidos por direito autoral para evitar acesso ou cópia não autorizadas.
- 39 O PL 1354/2021 e o PL 1586/2021 são inspirados no News *Media Bargaining Code* australiano.

ARTIGO

Reclaim the state: public interest in copyright and Modern Monetary Theory

Dr Konrad Gliściński LL.M.

konrad.gliscinski@uj.edu.pl

Doutor em Direito. Pesquisador do Departamento de Direito da Propriedade Intelectual da Universidade Jagiellonian. Assessor jurídico da Diretoria do Jagiellonian Center of Innovation. Autor de "All rights reserved. The history of disputes over copyright. 1469 – 1928".

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

Reclaim the state: public interest in copyright and Modern Monetary Theory

Keywords

copyright
exclusive rights
non-exclusive rights
Modern Monetary Theory
Mission-Oriented Economy

Abstract

The literature indicates that the current copyright system does not fit in with the digital reality. The proposed solutions to these problems often come down to only minor modifications to the system. It is assumed that the copyright model resulting from international agreements, for some reasons or other reasons, is essentially appropriate and in practice will not be subject to any significant changes. This study proposes a very radical approach. First, it should be recognized that the copyright system is only a tool for achieving certain social goals - not an end in and of itself. From this perspective, it is important to conduct an analysis in the field of regulatory policy, as it serves the implementation of certain public goals. Second, the article shows that apart from the market model of creating and distributing intangible goods, such as works, there is a model based on the action of the state. Against this background, incentive

theory was presented, which is sometimes used to justify the system of copyright based on exclusive rights. Third, the article tries to recognize the role of the state, both as the entity financing the production of creation and organizing its process. The perspective of the Modern Monetary Theory and the concept of a Mission-Oriented Economy were helpful in this respect. Due to this, it was possible to break two basic myths. The first is that states cannot afford to finance creativity, and the second is that states are never the proper organizers of creative processes.

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

1. Introduction

Copyright is a mechanism supporting the market process for the production and distribution of cultural and intellectual works. In other words, copyright, as a system, is supposed to rely on markets as a means for rewarding creativity, locating in the users of a given work the very source of its financing. This model of production, however, is not the only existing one. Recognizing works as public goods, as well as their significance as indispensable building blocks of culture — and not only as ordinary commodities — while accepting the right to culture as a human right, raises the issue of considering the role of the public finance system in providing an alternative to the existing market-based model. Unfortunately, as often occurs in discussions concerning the use of public finances, debate tends to be limited to state budget constraints and the problem of public debt. In practice, this leads to the conclusion that we cannot do anything because states simply cannot afford the costs. As it turns out, this approach is inappropriate from both a theoretical and a strategic (political) point of view.

2. A brief history of the birth of exclusivity

To start with, copyright is not a natural law. Copyright — like any other human-made regulation — is the result of a political decision taken by society for a specific purpose, and only began to really shape up with the development of capitalism and its needs. Initially, copyright secured the business model of book production, and over time began to form the basis for the functioning of other creative industries.

Disputes about copyright, about the scope of exclusivity and permitted uses, their duration, and methods of protection, are basically disputes about the distribution of profits from the use of works — profits generated as part of the market method of producing and distributing works. A central myth of copyright law is that it was created to protect authors against those who commercially exploit the results of their work. Nevertheless, examining the history and development of copyright, and its importance within a capitalist mode of production, leads us to a completely different conclusion. Authors, although formally the primary recipients of copyright protection, were only a convenient excuse for the creation of the regime that is currently supported by copyright law (Gliściński 2016).

Exclusive rights, because they are the essence of this system, facilitate the operation of producers, publishers, and other capitalists who can run their business based on other people's works. At the production stage, the collection of appropriate rights makes it easier to obtain capital from investors, and at the operating stage, the appropriation of benefits. By purchasing rights from authors, producers obtain exclusivity in return for remuneration. From this perspective, it seems that the interests of authors and publishers are completely convergent. The former receives the money, the latter the tool of legal control over the work. Thanks to exclusivity, they can deal with the commercial exploitation of a given work without fearing that someone else, a competitor, will copy the goods they have produced, and start making money on it without having to bear the costs of their creation. From an economic point of view, regarding a given work, they are monopolists. Therefore, they can freely determine the price of their goods and decide who can use the work, where, when, and how. They can also limit the amount of a good available on the market and raise its price.

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

At this point, it should be emphasized that, from the very beginning of the system of exclusive rights, alongside the rights-owning producers there were competitors who did not accept the imposed rules. These competitors considered that the creation of artificial exclusivity by law did not in fact prevent the use of the intangible nature of the works. They knew that, once created, a work could be reproduced any number of times, which resulted in a different business model for the distribution of works. This business model gave the masses access to the latest literature at lower prices. Therefore, to combat such competition, it was not enough to state that competitors were disobeying the law. To deal with this situation, the rhetoric of the "sacred copyright", "poor author", and the "evil pirate" was born, and publishers tried to convince their customers that buying books from illegal sources is not only illegal, but also morally wrong. This approach also gave them arguments in negotiations with the authors. As a result, they could justify that the low remuneration offered to authors in exchange for acquired rights was caused by strong and unfair competition from pirates. The reason was simple: if only there were not those bad pirates who pay authors nothing at all, and thus can sell books at lower prices, the situation would be radically different.

Consequently, the mass publishing market, from the beginning, was based on two different business models. The official one was based on contracts between authors and publishers, high book prices, and a limited number of copies sold. The unofficial, pirated one ensured their wide distribution. The mass availability of illegal books was enormous and had a real impact on the cultural development of contemporary Europe, A. Johns even stating that there would be no Enlightenment without piracy (Johns, 2009, p. 50).

The creation of copyright was to enable the emergence of a new profession, the writer,

who now could make a living based on the creation of works free from the whims of patrons. Copyright, as a tool to support the emerging class of professional writers, was in line with the values of emerging free market capitalism, an ideal based on the work of a multitude of small producers. The problem is that the claim that copyright law made it possible for authors to live only from the fruits of their creative work is unfounded. This is a convenient myth that shows that if you are a good creator, copyright will "protect you". The copyright system made it possible for some authors to become financially independent of the patronage of aristocrats, "Yet, ironically, the copyright system produces a new form of patronage—that of the market— which now subjects authors to commercial forces as their new patron" (Ng, 2008, p. 423). This means that not all creators can use this system equally. For many producers, it is only a supplementary source of income (cf. Kretschmer et alii, 2018).

3. The theory of incentives (or the simplified justification of exclusivity)

The justification for the existence of exclusive rights argues that without such a system works would not be produced at a socially optimal level. Neoclassical economics explains that the protection of intangible goods with exclusive rights serves to solve the problem of market failure, which relates to the fact that works meet the criteria for public goods. According to this approach (called the theory of incentives), it is assumed that intangible goods, due to their *non-excludable* and *non-rivalrous nature*, will not be produced at the socially optimal level. This is because goods such as intellectual

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

and cultural works, the production of which is expensive, can be cheaply and easily copied by illegal entities (the so-called pirates) and then sold at lower prices than those of the rights holders. Consequently, rights holders would not be interested in producing such goods, which means that new works will not be created. Authors acting as rational individuals do not create for their own or someone else's pleasure: they create only to be able to earn money from their work. Therefore, exclusive rights ensure the supply of intellectual goods.

This well-known reasoning has several shortcomings. It is based on a variety of assumptions, and as Micha Kalecki pointed out: "If you make stupid assumptions, you come to stupid conclusions". The theory of incentives is an incomplete application of the neoclassical theory of public goods to the problem of the production of intangible cultural works. While it is often emphasized that strengthening the system of intellectual property rights will lead to better results, this is not based on the theory of public goods. As some economists stress, intellectual property rights, as a system regulating the production and distribution of intangible goods (i.e., works) through exclusive rights, do not constitute an optimal mechanism. Protecting intangible goods with exclusive rights, while solving the problem that these goods do have features of public goods, also generates new ones, and can be economically ineffective. As mentioned by J. E. Stiglitz: 'It is more efficient to distribute knowledge freely to everybody than to restrict its use by charging for it' (Stiglitz 2008, p. 1700). Here, we come to the heart of the problem of the relationship between the incentive theory and the theory of public goods as justifications for copyright. The neoclassical theory of public goods is based on the logic of efficiency. For this reason, this theory, unlike the theory of incentives, by no means indicates that the best (most effective) way to solve the problem

of public goods is (always and under all circumstances) to privatize them (Gliściński 2018). Regardless, the proponents of the incentive theory advocate a policy that transforms information into an object of monopoly control, treating it as intellectual property: "However, practically every economics textbook goes to great lengths to show that the monopoly is inefficient. In fact, monopolies are antithetical to the ideal markets that markets supposedly represent because monopolies annihilate the very competition that supposedly acts as the lifeblood of markets" (Perelman 2002, p. 182).

4. Platform capitalism: the savior of techno-optimists

The existing strategies related to the use of copyright as a tool to ensure open access to culture have undoubtedly broadened the field of discussion. Ultimately, however, one can conclude that openness strategies are not always able to ensure stable financing, even if it is possible to point out that a means of financial security for creators can be extracted from modern technologies through disintermediation, hybrid transactions (Ricolfi 2015, p. 150) crowdfunding, crowd-sourcing, or other models of participatory creative production (Poujol 2019). These models are supposed to provide authors with other sources of income, bypassing the old intermediaries. Proponents of this approach place copyright conflicts in the context of the civil liberties of Internet users, more than in terms of remuneration rights. That is why Lawrence Lessig focuses on amateur creativity — for fun and for the sake of self-realization — without thinking about rewarding for it. Such creativity and such motifs to a large extent undermine the neoclassical

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

assumptions about *homo oeconomicus*, and while this approach is important, it does not solve all the problems. Technology by itself will not give creators real independence, both in terms of freedom of speech and financial autonomy.

First of all, both the old capitalism of the creative industries and the new capitalism of platforms are still different forms of the same phenomenon, based on the exploitation of authors' labor. The techno-optimist approaches, as pointed out by Gavin Mueller, "neglect or mystify the role of labor as a source of antagonism" (Mueller 2018, p. 28). It must not be forgotten that, even in a digital environment, people need to meet their basic needs for food or sleep. "In our world, this means that almost everyone must work, and that work exists in an economy structured in specific ways" (Mueller 2018, p. 2). When there is no financial security for survival, any additional nonfinancial value (e.g., recognition, fame) becomes less important. In this new phase of capitalism, a new creative workforce is emerging, geared toward risk and flexibility of employment. In return for freedom and the possibility of avoiding routine work, cognitive office representatives are forced to give up social security. The main source of value is no longer routine work, but new (innovative) ideas. Therefore, giving such workers a certain degree of freedom is a necessary condition for creative production (Mueller 2018, p. 45-46).

Some online platforms can function thanks to the creativity provided by the authors, and some self-employed creators can make a living from their creativity distributed through them. The question is whether it is a stable and fair earning model for everyone. Perhaps creators who live from income gained outside of creative work, or who have already gained financial independence and have free time that they can devote to creative production, are best served by this model: "Free time for personal development turns into a new source of value that can be extracted" (Zygmuntowski,

2020, p. 94). The appropriation here is therefore not due to exclusive rights, but due to the fact that the platform is necessary for communications between creators and their audiences. The availability of technology provided by the platform becomes a necessary condition for the elimination of traditional intermediaries (producers, publishers).

There is no complete disintermediation here, but the replacement of traditional intermediaries with new ones. Both have the capital necessary for creators to reach audiences for their works. The former based their business models on the acquisition of rights from authors and exclusive control the use of works, while the latter do not need such rights. The former, by collecting rights from creators, take the risk of organizing the entire enterprise in exchange for potential residual profits. The latter, at the production stage, enable creators to access the capital necessary for production through crowdfunding and the work of specialists (crowdsourcing). Platforms, like old intermediaries, also play an important role in the distribution stage. At the same time, the production and distribution models of works are being transformed. In the case of participatory models, this means a different way of organizing and distributing capital than the traditional one. Thus, there may be a process of democratization of production consisting of enabling independent creators to obtain funds for production outside traditional channels, thus bypassing financial censorship, i.e. the inability to create due to the lack of access to cash. At the same time, such platforms receive a commission on each transaction, which is sometimes referred to as a form of parasitic capitalism.

Most importantly, at present, the profit sharing rules for sharing works on platforms remain non-transparent (Poujol 2019, p. 43, 285-287, 343-359, 380).

Secondly, all these solutions, as they are based on the methods of decentralization,

are not appropriate for every type of creative activity and for every purpose behind the use of creative works. Not every type of creativity that is socially desirable will find its financing in the market — both in the traditional version of creative industries based on the "old" copyright system and in the version of platform capitalism. Moreover, treating works as objects of copyright implies the recognition that only this model of organization of production, financing, and dissemination is appropriate or desirable.

A good example of a case in which such a model, based on the logic of property rights, is not an appropriate way to regulate creativity, is that of works of cultural heritage. In such cases, works constituting cultural heritage should be viewed through the prism of the right to culture as part of the human rights system: "When such an approach is taken, copyright (and other IP rights) is important, but not as an end in itself; rather it becomes a means for the realization of the goals of cultural rights and of the right to culture" (Waelde, Cummings, 2014, p. 8). None of the international legal instruments provides a definition of a 'right to culture' or 'cultural rights.' The literature identifies various rights that are collectively referred to as rights to culture, which, in general, can be defined as part of the human rights system, including the 'right to access, participation in and enjoyment of culture"2. From this point of view, public funding seems to be a necessary complement to the system of financing creative creation through copyright or platform capitalism. The contemporary right to culture requires not only that public authorities ensure that they refrain from interference in the sphere of artistic expression and access to artistic culture, but also that they fulfill a "number of positive obligations, in particular regarding fair and universal access to financing of artistic life" (Młynarska-Sobaczewska 2018, p. 208).

Of course, the issue of public financing of the creation and distribution of works is not limited to the cases of exercising the right to culture. Generally, it is about all kinds of merit goods. These are goods the consumption of which is assessed as socially desirable, and access to them should not depend on level of income or willingness to pay. At the same time, the lack of consumption of such merit goods is detrimental not only to the person who has no access to them, but also to society as a whole (Stiglitz 2000, p. 86-88). The classic examples of such works, which are socially desirable goods, are educational materials or scientific literature. The outputs of creating educational resources or research projects are, inter alia, publications, monographs or other types of teaching aids. However, the financing of their creation is not always accompanied by compliance with the principle of the prohibition of double financing. Therefore, society pays twice for the production of these materials — first directly in the form of public funds, then indirectly through the rent from the copyright monopoly. Regardless of that, from the perspective analyzed in this article, it is more important to assess whether a given socially desirable good should be created or not due to budget constraints of public finances. It is often repeated that the state simply cannot afford to provide support for creative activity at the appropriate level. Accepting such a narrative, however, means that there is no other way to secure financing for the creation of works than private financing, such as the copyright system or the mechanism of platform capitalism. In other words, a system of private organization of the processes of production and distribution of these goods remains the only option.

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

5. The regulation of intangible goods from the perspective of the public interest

Regulatory policy in the field of intangible goods such as works (and inventions) requires the assumption that the content of rights must be adapted to the purpose for which these rights are created. Copyright (or other intellectual property rights) do not have a predetermined shape. Their content is solely the result of a political decision which should be based on scientific research (Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest, 2011). We need to start treating copyright as a tool for achieving social goals, which is to provide the public with access to works, and not as an end in and of itself. At the same time, the concept of public interest is itself not clear. From a normative point of view, the public interest or general interest clause is known in various legal systems, and this clause is applicable under Article 1 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights (Grgic, Mataga, Longar, Vilfan, 2007). As it turns out, it is not possible to clearly distinguish between public and private interests. This occurs, inter alia, because there are different ways of defining interest, which translate into different conclusions. The public interest is sometimes equated with the interest of the state or nation (Aristotle, Hegel, Fichte), the sum of the interests of individual individuals (Bentham, Adam Smith, John Stuart Mill) and finally with the interest of all mankind (Geiger, 2013, p. 163-164). The concept of public interest does not fit neoclassical economics, which assumes that optimal results for society are achieved when individual individuals maximize their utility. Under this

school, it is assumed that governments cannot "actively and productively contribute to society, with actions that exceed the mere role of fixing market failures" (Ehnts and Höfgen, 2020, p. 7). In contrast, another concept can be found within the framework of heterodox schools, as shown, for example, by William Mitchell, L. Randall Wray, Martin Watts:

Public purpose is inherently a progressive agenda that strives to continually improve the material, social, physical, cultural, and psychological well-being of all members of society. It is inherently 'aspirational' in the sense that there is no end because its frontiers will continually expand (Mitchell, Wray, and Watts, 2019, p. 11).

From the perspective of this study, the notion of public purpose, despite the lack of clarity, should be understood as an expression of democratic choices, which essentially depend on social context and may change over time. Generally speaking, "the public interest refers to the outcomes best serving the longrun survival and wellbeing of a social collective construed as a 'public'" (Bozeman, 2007, p. 12). It seems appropriate to indicate that providing remuneration to authors and ensuring the protection of investments made by producers through copyright are merely one method of achieving the public goal, which is to provide society with wide access to works and inventions. Since copyright also generates several social costs (including limiting the freedom of speech or creating the appearance of fair remuneration for authors), other solutions should be sought.

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

5.1. In search of a mission (i.e. beyond the theory of public goods)

Obviously, treating privatization via copyright as the only appropriate solution to these problems has its origins in the triumph of the neoliberal approach to economic policy. In this context, it is of strategic importance to recognize that the role of the state in supporting access to culture is not strictly solving the socalled market failures problem resulting from treating works as public goods. The theory of public goods points to situations in which private markets are unable to provide specific goods at the socially optimal level, but, as already mentioned, the solution to this problem is not always the transformation of such goods into private goods (e.g. by making them exclusive to copyright): "While people can use economic theory to oppose interference with the market for private goods on the grounds of efficiency, they should also accept the logic of economics to support the public provision of public goods, unless they are just being hypocritical and only invoke considerations of efficiency for purely ideological reasons" (Perelman 2002, p. 166).

A good example of such an approach is the issue of public funding of research and the model of making it available to the public. For many years, it was considered that the results of research financed from public funds should be directly in the public domain "for all to access and use in commercial developments and applications" (Greenhalgh, Rogers 2010, p. 94). With the dominance of free-market rhetoric and the TINA ("there is no alternative") argument, this approach has changed. This way of thinking can be clearly noticed in the so-called Bayh-Dole model, named after

an American statute of 1980 which introduced new rules for the use of inventions financed with public funds. From then on, what was once considered to be in the public domain — because it was financed with public money — could become the subject of patents sold and licensed to private entities for their exclusive use. Although this model does not bring the benefits assumed by its supporters, it is commonly accepted as a method of managing intangible goods created at universities (Sampat 2009; Mowery, Nelson, et al., 2004). Obviously, such an approach contradicts the logic of public goods theory. Since funds were provided for the creation of goods such as research results, there is no justification for the subsequent protection of exclusive rights. Consequently, this leads to a breach of the principle of the prohibition of double financing.

This problem must be viewed from a broader perspective. The neoclassical theory of public goods, although it constitutes a justification for public financing, only only do it in a narrow selection of cases. That is, in situations where there is a so-called market failure. But the point is not that the state should only enter where the market is unable to provide financing. As Mariana Mazzucato points out, what is needed is a mission-oriented economy. In this approach, the role of the state is not only to fix market failures, but to shape them generally. Neoliberal policy assumes that government intervention in the economy is ineffective, though this does not mean that the complete transition from the state to the market follows as a consequence: "[T]he system the neoliberals allegedly aspire to - (...) a strictly market-based order entailing the extension of the market and the market-making mechanism into all areas of life - requires a strong state structure to institute, maintain, and enforce 'the market'" (Mitchell, Fazi, 2017, p. 97). This can be clearly noticed in specific regulations, such as public procurement rules or

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

expenditure rules that determine the levels of public debt. From a copyright perspective, the most important example of such a regulation is the TRIPS agreement. As emphasized by F. Block and M.R. Somers, one can clearly notice the tension between the ideological support by international corporations of the so-called free market and their practical striving to create regulations corresponding to their interests (Block, Somers, 2014, p. 40).

On the one hand, there is messaging indicating that any state intervention is ineffective, or that we cannot afford it; on the other hand, the state is still active and supports the projects it chooses. Therefore, the perspective that Mazzucato proposes seems to better structure the role of the state, by situating it within a mission-oriented approach: "It means choosing directions for the economy and then putting the problems that need solving to get there at the center of how we design our economic system" (Mazzucato, 2021, p. 8). Selecting missions is a highly complex task, and in Mazzucato's opinion, such a mission must meet several criteria, the most important being that it should be bold, inspirational, and of wide societal relevance.³

5.2. Limiting exclusive rights

It seems that one of such missions may also be to provide society with mass (and inclusive) access to culture, educational resources, or scientific works. By access to these goods, I mean not only ensuring the possibility of passive acquaintance with works, but also their reuse and transformation. Adopting such a perspective means the need to change — and limit — the current scope of exclusivity. Copyright is a method for achieving certain social goals and should not be considered an end in and of itself. This is why statements included, for example, in the InfoSoc directive,

highlighting the need to ensure the 'highest level of protection', are rhetorical. At the same time, they influence the shape of the copyright system and constitute the basis for the formulation of interpretative prescriptions with actual legal consequences. Therefore, it must be concluded that the level of copyright protection should not be "the highest", but the one most adequate to the intended purpose4. In other words, exclusivity in the case of intangible goods should be ensured only to the extent necessary for the purposes sought (Kur and Schovsbo 2009). Some works are created as commodities, some are publicly funded, and some are simply expressions of creativity. Regardless of the reasons for which the works were created or who financed them, they constitute — at least potentially — material for new works. Copyright, like other intellectual property rights, is not inherently exclusive, and we need to re-examine what uses of works should be covered by exclusive rights, which only by a right to remuneration, and which should be left entirely in the public domain. One of the proposed solutions is complete replacement of the system based on exclusive rights with non-exclusive rights (e.g. rights to remuneration), or at least increasing the situation in which the use of intangible goods is not protected by exclusive rights. (Ricolfi 2015, Frosio 2015, Gliściński 2018). Following that line of reasoning, it can theoretically be concluded that the use of works, to a certain extent, should be covered by: 1) exclusive rights, 2) nonexclusive rights (e.g., the right to remuneration), or 3) remain entirely in the realm of freedom, i.e., in public domain.

International regulations currently restrict the freedom of states to choose the proportions in which these three spheres of use may be regulated: "TRIPS is a clear attempt to remove IPRs from the realm of global politics and to (re)define them as only subject to arcane and technical legal debate" (May, Sell, 2006, p. 162). This,

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

nonetheless, does not mean that since a specific type of intellectual property right was created due to political will in the past, it cannot be reshaped into a different one in the future. The return of the state to the field of copyright and, more broadly, intellectual property rights, depends on a change in international law.

Proper shaping of intellectual property rights requires accepting the fact that in some situations exclusivity as a mechanism supporting the market financing of works may be desirable, while in others that may not be the case. It should be stressed that what is "good for the entitled person" is not always desirable from the "social point of view". Leon Petrażycki more than 100 years ago in 'Introduction to the Science of Legal Policy' emphasized this fact by pointing out that there is no doubt that rights grant certain benefits to individual subjects, but the assessment of rights only from the perspective of the rights holder is incorrect, because it leads to "unilateral consideration of the private and economic interests of one party in the account of the interests of the other party and to ignore the socioeconomic point of view" (Petrażycki, 1968 [1897], p. 47). This approach is not surprising in the field of private rights. Even Rudolf Ihering himself, opting for the "social theory of property", affirmed that "[a] ll rights of private law, even though primarily having the individual as their purpose, are influenced and bound by regard for society. There is not a single right in which the subject can say, this I have exclusively for myself, I am lord and master over it, the consequences of the concept of right demand that society shall not limit me" (Ihering, 1913, p. 396). In this context, following Oscar Lange, it should therefore be indicated that "The source of numerous errors in the reasoning regarding economic issues is the confusion of the private-economic and social-economic points of view" (Lange, 1937, p. 307). This perspective opens the way to recalibrating the system. Perhaps the basis for building a system

of regulating intangible goods should not be exclusive rights at all? Perhaps it is the current knowledge about the economics of the functioning of such goods, the recognition of their importance as an element shaping culture, or finally a real strengthening of freedom of speech, access to education, and the freedom to conduct scientific research that should support the system based on the model of nonexclusive rights?

5.3. The entrepreneurial state

An exclusive rights market, then, is not the only way to provide financing for creativity: the state can and should actively participate in this area. The state-funded organization of the production and distribution processes of works should be treated as equivalent to the market model, and an informed political decision should decide when (and to what extent) works are to be produced and distributed through the market mechanism or through the public system. These mechanisms cannot be treated as a zero-sum game, where the growth of one must take place at the expense of the other (Mitchell, Fazi, 2017, p. 98-101). The socalled free market can only function with undervalued, albeit important, state support. This was already pointed out by Karl Polanyi in The Great Transformation: "The road to the free market was opened and kept open by an enormous increase in continuous, centrally organized, and controlled interventionism" (Polanyi 2001 [1944], p. 146). Mazzucato, researching various sectors of innovative industries — ranging from smartphones, the pharmaceutical market, biotechnology, and nanotechnology companies — pointed out that behind all these areas, which are considered to be the work of free market and Silicon Valley entrepreneurship,

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

there was actually significant state intervention. This is because the role of the state is not limited to the co-financing of these innovations. In many cases, the state bore the risk of organizing these processes and played the role of an entrepreneurial state. In this way, Mazzucato refutes the myth built on the simple dichotomy of the entrepreneurial private sector and the bureaucratic (non-innovative) state (Mazzucato, 2014). Of course, the state does not have to do all of this "in person". Quite often, it chooses other players to bet and to invest in. And, as with private investors, sometimes the public sector succeeds and sometimes it fails: "The question is not then whether governments can pick winners, as they obviously can, but how to improve their 'batting average" (Chang, 2010, p. 135).

5.4. Yes, we can afford it

Modern Monetary Theory (MMT) provides a theoretical framework showing why it is not money, but resources, that constitute the real constraints of public policy (Kelton 2020, Wray 2015). The concept of monetary sovereignty and its implications for the size of the policy space available to a government are vital (Ehnts and Höfgen, 2020, p. 7). The basic misconception, which Stephanie Kelton calls a myth, is treating the state budget like a household budget. This logic assumes that, as in the case of households, the state cannot spend more than it earns. If the state decides to take such a step, it must borrow just as a household. Consequently, a public debt is created that will have to be repaid, i.e., our public expenses will have to be reduced in the future. This line of thought, however, confuses the position of the currency user with that of the currency issuer. The '[I]ssuer of a currency faces no financial constraints (...) a country that issues its own currency can never run out and

can never become insolvent in its own currency' (Mitchell, Wray, and Watts, 2019, p. 13). MMT demonstrates that the government is not dependent on revenue from taxes or borrowing to finance its spending in its own currency. "The government is the only supplier of what it demands in the payment of taxes. Hence, the government has to spend its currency into existence first, before non-government actors can use it to pay taxes or purchase bonds" (Ehnts, Höfgen, 2020, p. 9). A different situation occurs when the government borrows a foreign currency; in that case, it only acts as the user of that currency, and many analyses of the household budget may apply. But the issuer of a sovereign currency creates money "exclusively through keystrokes on a computer controlled by the government's fiscal agent" (Kelton 2020, p. 28), that is, the central bank: "As former Fed chair Alan Greenspan testified, 'There's nothing to prevent the federal government from creating as much money as it wants and paying it to someone.' His successor, Ben Bernanke, went further, describing how the government actually pays its bills: 'It's not taxpayer money. We simply use the computer to mark the size of the account." (Kelton, 2020, p. 256).

Another myth is that deficits are evidence of overspending: "Fiscal surpluses drain money out of the economy. Fiscal deficits do the opposite" (Kelton, 2020, p. 96). That is why public finances should not be balanced but based on the assumption of functional finance: "The central idea is that government fiscal policy, its spending and taxing, its borrowing and repayment of loans, its issue of new money and its withdrawal of money, shall all be undertaken with an eye only to the results of these actions on the economy and not to any established traditional doctrine about what is sound or unsound" (Lerner 1943, p. 39). Any self-imposed procedural regulations (e.g., in constitutional regulations determining the permitted level of public debt) "that constrain

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

the government in its ability to spend are to be considered as economically unnecessary in the context of currency-issuing governments and can only be grounded in political reasons" (Ehnts, Höfgen, 2020, p. 10). Currently, governments around the world have created unprecedented amounts of money "out of thin air" to combat the COVID-19 pandemic. In the same way, money was introduced into the banking system in connection with the 2008 financial crisis (Kelton, 2020, p. 13, p. 28; Mazzucato, 2021, p. 185). MMT, it bears mentioning, is not a crisis theory, since it does not describe how governments can deal with extreme situations. MMT is a theory that describes how issuers of a sovereign currency spend, under all circumstances.

But isn't all this just a utopian wish? Could it be that governments have no limits and can spend as much as they want? Repeating after L. Randall Wray: "Domestically, government can buy anything for sale if it is for sale in terms of its own currency" (Wray, 2015, p. 55). Restrictions appear when some goods are not available or are available only for a foreign currency. In the first case, we are dealing with limitations related to existing resources, and in the second, with the need to exchange currencies. The first case is the one associated with the phenomenon of inflation as a real constraint.

Neoclassical economics, through the Quantitative Theory of Money, argues that inflation is a purely monetary phenomenon. According to this approach, money creation as described above will automatically lead to inflation. This theory "has intuitive appeal and is not very different from what we might expect the average layperson to believe: that growth in the money supply causes the value of money to decline (that is, causes inflation)" (Mitchell, Wray, Watts, 2019, p. 262). Without going into further considerations, from the point of view of MMT, inflation can occur when governments spend more than the real resources

existing in the economy would allow them to (labour, natural resources, productive capacity — factories, raw materials, know-how and so on). So, if the government wants to buy more protective masks than there are currently available for sale, assuming that the factories producing them are working at maximum capacity (assumption of full utilization of production resources), the price of these masks will go up. At the same time, it should be reminded that the supply of these resources is not static: "Investments in physical capital (machinery, factories) and the underlying organizational and technological innovation can expand capacity" (Mazzucato, 2021, p. 187).

From this perspective, it seems clear that fiscal policy has an important role to play in achieving the public goal of ensuring public access to intellectual goods. The role of a democratic decision is which class of works — created with public funding — should be available, and under what terms. Scientific works produced with the backing of a grant? Maybe educational materials created by teachers? Works of pure entertainment? The important thing is that we can afford to provide the public with access to these goods whenever a public goal supports bypassing the expensive copyright system. To that end, we can use various models of cultural policy which aim, at the same time, to ensure access to public funds and freedom of speech (Młynarska-Sobaczewska 2018, p. 172-184). We can also look for other solutions, better suited to the digital reality. We could adopt, among other examples, Dean Baker's idea for Artistic Freedom Vouchers⁵ — each citizen would receive a voucher of a certain amount, which could be transferred to the implementation of a certain creative project: "Such an approach would improve financial security for creative workers and increase the size and value of the creative commons for future artists. Moreover, this approach is inherently biased towards community art, as a local artist

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

can pre-fund her next album with seed money from a few dozen friends and relatives' vouchers" (The Modern Money Network, 2014).

5.5. If we can afford it, how much should we pay?

If we recognize that there are different models for the organization and financing of the creation of cultural and intellectual works, this will mean the need to define when market financing — based on copyright, in some form — is appropriate and when public financing is better. In this respect, it should be helpful to recognize that certain uses of works are carried out in the public interest, and consequently the costs of their financing should be covered by the public finance system. If so, what mechanism should be adopted to determine the appropriate remuneration paid from public finances?

The simplest answer would be the one that indicates that regardless of the source of financing, the amount of remuneration should be the same. Orthodox economists insist that the market sets all prices, and the system of exclusive rights is based on a subjective valuation made by the parties to the transaction. This subjective valuation is sometimes referred to as the "market valuation". The system thus offers a chance to the rights-holder (the "poor author") to ban the use of his work if it considers that the proposed price is low. This is a standard approach based on the assumption that social wealth is created through voluntary exchange in a free (competitive) market. According to this approach, exclusive rights, both in relation to tangible and intangible goods, constitute the legal basis for free exchange, "which achieves allocative efficiency by moving goods from people who value them less to people

who value them more" (Cooter, Ulen, 2014, p. 94). So if Milton wants to buy something that belongs to Friedrich for an amount not higher than 100 (e.g. a pencil), then, to Milton, the pencil is worth 100. If Friedrich is willing to sell this pencil for any amount greater than 90, it is worth 90 for him. Under such conditions, the deal could be between 90 and 100. If the pencil is sold for 100, social wealth will increase by 10. Why? Simple: before the deal, Milton had 100 cash and Friedrich had a pencil worth (to him) 90, so the total value of wealth to society is 190. After the deal, the total value of wealth to society is 200. "So what is wealth? It is the sum of all goods, the value of which is measured in money, and revealed through the willingness to pay" (Stelmach, Brożek, 2006, p. 138).

Free exchange, told in this way, seems convincing. The real problem is that most people, including creators, are not faced with this voluntary choice: "An analysis of the essence of social relations leads Marx to the conclusion that behind the veil of formal equality before the law and freedom of contracting lies the capitalist monopoly on ownership of the means of production and the consequent need for workers to sell their ability to perform work" (Osiatyński, 1978, 249). Therefore, for a wage exchange to be in fact voluntary, the employee should not only be formally able to choose the job he/she wants to do (and not be forced to do so), but at the same time "have the real capacity (a) to independently work for her/his own account and (b) to simply not work" (Sindzingre A., Tricou F., 2021, p. 31). In addition, "[w]hen initial conditions are unequal, voluntary, informed, and mutually beneficial exchanges, they will be coercive and lead to inequitable outcomes even if exchanges take place under competitive conditions" (Hahne, 2014, p. 274).

If we deviate from such a subjective (and imaginary) determination of remuneration, we may realize that, in reality, "[b]usiness enterprises and governments set most prices – the

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

former with increasingly vast market power and the latter with the power of the public purse" (Tcherneva, 2000, p. 51). Contrary to neoclassical thinking, there are no mechanisms in capitalism that allow creators, understood as factors of production, to be paid in line with their productivity. Determining the amount of remuneration, as in any other case in capitalism, is a derivative of bargaining power. This state of affairs raises a number of problems related to the determination of remuneration for the use of works for public purposes. On the one hand, if we put the creator and the state against each other, it turns out that the former is in a worse negotiating position. On the other hand, if the state invests in the creative process, then — following Mazzucato — one can ask: "how the state can reap some return from its successful investments (the 'upside') to cover the inevitable losses (the 'downside') - not least, to finance the next round of investments" (Mazzucato, 2018, p. 264). Consequently, it seems necessary to look for some form of objective determination of this remuneration. What elements should be considered when determining such remuneration, and what procedure should be used for this purpose are open questions, and not merely technical ones: "[C] ivil servants are not just market fixers but value co-creators and shapers" (Mazzucato, 2021). Understanding the state not as a mechanism to correct market failures, but as a mechanism for carrying out a public mission, also means the need to develop a public mechanism for determining appropriate remuneration for using works in the public interest.

6. Conclusions

The current copyright system requires a thorough reconstruction. The starting point for designing a new system should be a clearly

defined public goal. For the purposes of this study, I have understood that this goal is to ensure public access to works, and that remuneration is an important means for achieving said access. This does not mean that the system must necessarily be based on exclusive rights. This shape of these rights was developed along with the development of capitalism and for its needs. However, this method of production is neither the one nor the most desirable. Recently, platform capitalism has emerged as an alternative to the "old" way of producing works, but it also does not solve all the problems that copyright has as a model, especially those related to the fair remuneration of authors. A possible alternative seems to be creating production and distribution models for works based on public funds — models that we can afford, as MMT teaches us, with the state financing the creation and distribution of works unconstrained by exclusive rights. Otherwise, as is often the case today, we will have to continue to deal with the problem of double financing, while an alternative exists: "Creating publicly funded, decentralized systems of cultural production in parallel to the existing proprietary system of copyright subsidies would enable the public to compare, for the first time, the merits of proprietary versus non-proprietary culture" (The Modern Money Network, 2014).

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

References

- Cooter R., Ulen T., Law and Economics, 2014. Block F., Somers M.R., The Power of Market Fundamentalism: Karl Polanyi's Critique, Cambridge, 2014.
- Bozeman B., Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism, Washington, 2007.
- Chang H.-J., 23 Things They Don't Tell You About Capitalism, London, 2010.
- Ehnts D. E., Höfgen M., Modern Monetary Theory and the Public Purpose, Institute for International Political Economy Berlin, Working Paper, No. 133/2020.
- Frosio G., A History of Aesthetics from Homer to Digital Mash-ups: Cumulative Creativity and the Demise of Copyright Exclusivity, "Law and Humanities" 9, 2/2015, 2015.
- Geiger Ch., The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence the Shape and Use of IP Law, w: G.B. Dinwoodie (red.), Methods and Perspectives in Intellectual Property, Cheltenham 2013.
- Geiger Ch., Bulayenko O., Creating statutory remuneration rights in copyright law: What policy options under the international legal framework? Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2020-05, 2020.
- Grgic A., Mataga Z., Longar M., Vilfan A., The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols, Human rights handbooks, No. 10, Strasbourg 2007.

- Gliściński K., Digitalization vs. assumptions of the theory of incentives. Towards a change of the paradigm from exclusive rights to non-exclusive rights as part of the regulation of intangible goods, 2018, 6th International Conference of PhD Students and Young Researchers Digitalization in Law, Conference papers, 2018.
- Gliściński K., Wszystkie prawa zastrzeżone. Historia sporów o autorskie prawa majątkowe, 1469–1928, Warszawa 2016.
- Greenhalgh Ch., Rogers M., Innovation, intellectual property and economic growth, Princeton University Press, Princeton 2010.
- Hahne R., The ABCs of Political Economy. A Modern Approach. Revised and Expanded Edition, London 2014.
- Ihering R., Law as a Means to an End, Boston, 1913.
- Johns A., Piracy. The intellectual property wars from Gutenberg to Gates, Chicago and Londyn, 2009.
- Kelton S., The Deficit Myth: Modern Monetary Theory and the Birth of the People's Economy, 2020.
- Kur A., Schovsbo J., Expropriation or Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm, "Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper" 09-14/2009, 2009.
- Kretschmer M., Azqueta Gavaldon A., Miettinen J., Singh S., UK Authors' Earnings and Contracts 2018: A Survey of 50,000 Writers , UK Copyright & Creative Economy Centre, 2018
- Lange O., Straty kapitałowe jako korzyść społeczna, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, No. 1 (1937).

- Lerner A., Functional finance and the federal debt, Social Research, Vol. 10, No. 1, 1943.
- May Ch., Sell S., Intellectual Property Rights: A Critical History, London 2006.
- Mazzucato M., The Entrepreneurial State Debunking Public vs. Private Sector Myths, New York, 2014.
- Mazzucato M., Mission Economy. A moonshot guide to changing capitalism, 2021.
- Mazzucato M., Mission-Oriented Research & Innovation in the European Union. A problem-solving approach to fuel innovation-led growth, 2018.
- Mazzucato M., The value of everything.

 Making and Taking in the Global
 Economy, 2018.
- Mitchell W., Fazi T., Reclaiming the State. A Progressive Vision of Sovereignty for a Post-Neoliberal World, London, 2017.
- Mitchell W., Wray R., Watts M., Modern Monetary Theory and Practice: An Introductory Text, Callaghan 2016.
- Mitchell W., Wray R., Watts M, Macroeconomics, 2019.
- Młynarska-Sobaczewska A., Right to Culture, Warsaw 2018.
- Mueller G., Media Piracy in the Cultural Economy Intellectual Property and Labor under Neoliberal Restructuring, New York 2019
- Mowery D, Nelson R. Sampat B., Ziedonis A., Ivory Tower and Industrial Innovation University-Industry Technology Transfer Before and After the Bayh-Dole Act, Stanford 2004.
- Ng A., A. Ng, The Social Contract and Authorship: Allocating Entitlements in the Copyright System, "Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J." 413 (2008).
- Osiatyński J., Kapitał, podział, wartość. Kryzys ekonomii neomarginalistycznej, Warszawa 1978.

- Polanyi K., The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time, Boston 2001 [1944].
- Perelman M., Steal This Idea: Intellectual Property Rights and the Corporate Confiscation of Creativity, New York, 2002.
- Petrażycki L., Wstęp do nauki polityki prawa, Warszawa 1968 [1897].
- Poujol P., Online Film Production in China Using Blockchain and Smart Contracts. The Development of Collaborative Platforms for Emerging Creative Talents, Springer, 2019.
- Ricolfi M., The new paradigm of creativity and innovation and its corollaries for the law of obligations, w: P. Drahos i in., Kritika: Essays on Intellectual Property, Vol. 1, Cheltenham, 2015.
- Sampat B.N., "The Bayh-Dole Model in Developing Countries: Reflections on the Indian Bill on Publicly Funded Intellectual Property", "UNCTAD policy brief Number 5", October 2009, http://unctad.org/en/Docs/iprs_pb20095_en.pdf (access: 05.03.2022),
- Stelmach J., Brożek B. Metody Prawnicze, Kraków 2006, p. 138.
- Stiglitz J.E., Economic Foundations of Intellectual Property Law, "Duke Law Journal" 57, 6/2008, 2008.
- Sindzingre A., Tricou F., Six forms of hierarchy for a theoretical analysis of capitalism, Journal of Post Keynesian Economics, (4)2021.
- Stiglitz J.E, Economics of the Public Sector, New York, 2000.
- Tcherneva P.R., The Case for a Job Guarantee, Cambridge, 2020.
- The Modern Money Network (columbia chapter), Free Culture? Free Finance,
 The Morningside Muckraker, 2014 http://
 themorningsidemuckraker.com/free-culturefree-finance/ (access: 06.03.2021).

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

- Waelde C., Cummings C., RICHES, Deliverable 2.2, Digital Copyrights Framework, 2014.
- Washington declaration on intellectual property and the public interest, 2011.
- Wray R., Modern Money Theory. A Primer on Macroeconomics for Sovereign Monetary Systems, 2nd Edition, 2015.
- Wróblewski J., Teoria racjonalnego tworzenia prawa, Wrocław 1985.
- Wróblewski J., Zasady tworzenia prawa, Warszawa 1989.
- Zygmuntowski J.J., Kapitalizm sieci, Warszawa 2020, s. 94.

DR KONRAD GLIŚCIŃSKI LL.M.

Notas finais

- I quote after J. Osiatyński, in the film: J. Miklaszewski (director), Kalecki. Genius Forgotten, 2012, 10 minutes 18 seconds to 10 minutes 40 seconds.
- 3 Today, one of the most important problems facing humanity is the issue of global warming. Therefore, Mazzucato proposes applying this approach to Green New Deal policies (Mazzucato, 2018).
- 4 See further on the development of legal policy, including Civil Law Policy, in: Petrażycki L., Wstęp do nauki polityki prawa, Warszawa 1968, Wróblewski J., Teoria racjonalnego tworzenia prawa, Wrocław 1985, Wróblewski J., Zasady tworzenia prawa, Warszawa 1989,
- $5 \\ \text{https://cepr.net/report/the-artistic-freedom-vou-} \\ \text{cher-internet-age-alternative-to-copyrights/}$

ARTIGO

La Regla de los Tres Pasos: antecedentes normativos y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño¹

Maria Rita Neiva

maria.neiva@mackenzie.br

Doutora "cum laude" em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha), especialista em Direito Autoral e Direito Digital, professora e pesquisadora na Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada.

MARIA RITA NEIVA

La Regla de los Tres Pasos: antecedentes normativos y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño

Palabras Clave

propiedad intelectual sociedad de información límites al derecho de autor regla de los tres pasos

Resumen

La revolución digital, vivida desde finales del siglo XX, ha propiciado un fortalecimiento del proceso de democratización cultural, pues amplió el acceso de los usuarios a los contenidos protegidos por la propiedad intelectual. En este contexto, los límites al derecho de autor adquieren una clara relevancia jurídica una vez que son esenciales para garantizar la difusión de la cultura y de la información, al proporcionar el equilibrio entre la protección del interés del autor y el interés público de toda la sociedad. No obstante, dicho equilibrio se ve cada vez más amenazado, en la medida en que el sistema de límites previsto en las leyes de derecho de autor no es suficiente para dar amparo a las nuevas formas de utilización de obras o prestaciones protegidas generadas a partir de los cambios tecnológicos. En este contexto, la "regla de los tres pasos", como norma de interpretación de los límites, podría funcionar como una importante herramienta para garantizar un proceso de adecuación del sistema de la propiedad intelectual a los nuevos usos y hábitos sociales. En ese sentido, el objeto del presente trabajo es analizar los antecedentes normativos de la regla y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño.

MARIA RITA NEIVA

A Regra dos Três Passos: antecedentes normativos e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro

Palavras-Chave

propriedade intelectual sociedade de informação limites ao direito de autor regra dos três passos

Resumo

A revolução digital, vivida desde o final do século XX, levou ao fortalecimento do processo de democratização da cultura, pois ampliou o acesso dos usuários aos conteúdos protegidos por direito autoral. Neste contexto, os limites ao direito autoral adquirem uma clara relevância jurídica, uma vez que são essenciais para garantir a difusão da cultura e da informação, ao proporcionar o equilíbrio entre a proteção do interesse do autor e do interesse público de toda a sociedade. No entanto, esse equilíbrio se vê cada vez mais ameaçado, na medida em que o sistema de limites previsto nas leis de direito autoral não é suficiente para amparar as novas modalidades de utilização de obras ou prestações protegidas criadas a partir dos avanços tecnológicos. Neste contexto, a "regra dos três passos", como norma de interpretação dos limites, poderia funcionar como uma importante ferramenta para garantir um processo de adequação do sistema de direito autoral aos novos usos e hábitos sociais. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar os antecedentes normativos da regra e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro.

MARIA RITA NEIVA

1. Introducción

"Hacer libros para ponerlos en todas las manos"2, afirmó García Lorca (1997) en la conocida "Alocución al pueblo de Fuente Vaqueros", leída con ocasión de la inauguración de una biblioteca pública en su pueblo natal. En su discurso, el poeta resaltó que, con la invención de la imprenta, "el libro deja de ser un objeto de la cultura de unos pocos para convertirse en un tremendo factor social".

De hecho, la invención de la imprenta en el siglo XV permitió la reproducción de libros e inúmeras otras obras, facilitando su difusión y consagrando la propiedad intelectual³ como un monopolio jurídico del autor sobre su propia creación.

A partir de la imprenta, el hombre debe hacer que sus creaciones sean "puestas en todas las manos", como sentenció García Lorca (1997), una realidad que se ha reforzado con el surgimiento de los nuevos medios de comunicación, especialmente internet.

La revolución digital ha acelerado de forma extraordinaria la difusión de las obras y prestaciones protegidas, provocando un cambio sustancial en la estructura de explotación de la propiedad intelectual y exigiendo rápidas adaptaciones y respuestas legislativas.

Efectivamente, como consecuencia de esa amplia difusión del contenido cultural, se han incorporado modificaciones significativas en las leyes de derecho de autor, en su mayoría para asegurar que autores y titulares pudiesen controlar la explotación de los bienes que integran su propiedad.

Ello se ha notado especialmente en los últimos veinte años, con la creciente regulación del derecho de autor a nivel internacional, particularmente a través del Acuerdo sobre los ADPIC⁴, de los Tratados de la OMPI de 1996, sobre Derecho de Autor ("TODA")⁵ y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas ("TOIEF")⁶ y de la Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de Información ("DDASI")⁷.

de

dicha tendencia,

Como resultado

modificaciones destinadas a la protección de los intereses de autores y titulares han sido incorporadas a las leyes nacionales paulatinamente.

Entre dichas modificaciones, la más significativa para el tema central del presente trabajo consiste en el proceso de reducción del alcance y de la fuerza normativa del sistema de límites al derecho de autor, mediante una interpretación restrictiva de los mismos⁸ que, aunque no esté expresamente prevista en los tratados internacionales aplicables, ha sido (y sigue siendo) adoptada y defendida por parte autorizada de la doctrina⁹ y jurisprudencia¹⁰.

Como corolario del principio de la interpretación restrictiva de los límites, se ha consagrado lo que internacionalmente se conoce como "three-step test" o, en la terminología más usual en castellano y adoptada a lo largo de este trabajo, la "regla de los tres pasos", según la cual, en líneas generales, los límites deben quedar restrictos a "determinados casos especiales", "no atentar a la explotación normal de la obra", "ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor".

La "regla de los tres pasos" fue introducida por primera vez en el Convenio de Berna, con ocasión de la revisión de este en el marco de la Conferencia de Estocolmo de 1967. Posteriormente, ha sido incorporada en los textos de distintos tratados internacionales sobre derecho de autor, concretamente, los ya mencionados Acuerdo sobre los ADPIC, los Tratados OMPI de 1996 y la DDASI.

Sin embargo, pese a su amplia presencia internacional desde 1967, el interés por el estudio de la "regla de los tres pasos" solamente ganó relevancia en el año 2000, con la publicación del Informe del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") en el ámbito del *Caso WT/DS160* (2000), un conflicto sobre derecho de autor suscitado entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos¹¹.

A partir de ahí, la "regla de los tres pasos" ha adquirido cierto protagonismo en la

MARIA RITA NEIVA

actividad legislativa y doctrinal y, más recientemente, también en el ámbito judicial, pues como se verá en esta investigación, aunque de forma escasa, ya existen decisiones judiciales que utilizan la regla como una herramienta para la interpretación de los límites a la propiedad intelectual.

La aplicación judicial de la "regla de los tres pasos" deriva de su incorporación al derecho interno de cada país, dejando de ser únicamente un instrumento internacional de control del proceso legislativo, para ser también una norma interpretativa destinada a los jueces y tribunales nacionales.

Sin embargo, lo que se defenderá en este trabajo es que la "regla de los tres pasos" no debe servir necesariamente para restringir los límites a los derechos de autor.

Si bien es cierto que en el ámbito internacional la regla funciona como un instrumento de control de la actividad legislativa, en el ámbito interno, debería servir más bien como un marco general a la disposición de los jueces, sobre el que sería posible moverse con cierta libertad para buscar un equilibrio entre los intereses de autores y titulares, de un lado, y los intereses públicos que fundamentan la existencia de los límites, de otro.

Dicho equilibrio podría ser alcanzado a partir de una interpretación razonable de los límites, mediante la aplicación de los criterios que componen la "regla de los tres pasos", permitiendo que el sistema tenga mayor capacidad de adaptación a los cambios económicos y culturales asociados al nuevo contexto tecnológico.

Así, el presente trabajo tiene como finalidad principal estudiar la historia de la "regla de los tres pasos" para buscar entender su sentido original y su función como norma de interpretación de los límites a los derechos de autor, reflexionando sobre su papel como instrumento para alcanzar soluciones razonables y equilibradas a los conflictos derivados de los avances tecnológicos.

Para ello, se ha partido de un análisis crítico de la aplicación de la "regla de los tres pasos" en el contexto jurídico brasileño.

La actual era digital anuncia una etapa verdaderamente inédita en la difusión de la cultura, existiendo una tendencia por "super proteger" los intereses de autores y titulares, en detrimento del interés público de acceso a la cultura.

Lo que se propone con el presente trabajo, en definitiva, es reflexionar, a través de una interpretación razonable de la "regla de los tres pasos", sobre el sentido de los nuevos cambios en curso y las necesarias adaptaciones del sistema de límites a los derechos de autor, de tal forma que las obras intelectuales, como bien decía García Lorca (1997), sigan siendo "puestas en todas las manos".

2. Génesis de la "regla de los tres pasos": la Conferencia de Estocolmo de 1967 para la revisión del Convenio de Berna

La primera versión de la "regla de los tres pasos" apareció por primera vez en el sistema jurídico de la propiedad intelectual en 1967, con ocasión de la Conferencia de Estocolmo, que tenía por objeto la revisión del Convenio de Berna (en adelante, "CB").

La Conferencia tenía como principal objetivo la consagración a nivel internacional del derecho de reproducción de los autores o titulares de obras, que, pese a no estar previsto expresamente en el Convenio, en la práctica ya era reconocido por gran parte de las legislaciones nacionales¹².

Pese a dicha laguna en el texto del Convenio, los países signatarios del CB ya habían

MARIA RITA NEIVA

impuesto restricciones propias al derecho de reproducción reconocido en sus respectivas legislaciones. De ese modo, el sistema de limitaciones al derecho de reproducción variaba en gran medida según las legislaciones de los distintos países¹³.

La principal consecuencia de ello en el ámbito de Conferencia de Estocolmo consistía en que, si el CB pasase a incorporar un derecho general de reproducción, habría que cuidar para que dicha disposición no invadiese los límites ya contemplados en las legislaciones nacionales.¹⁴

La amplia variedad de limitaciones previstas en las legislaciones nacionales reflejaba la diversidad de intereses existentes en los distintos contextos. Tal hecho llevaba a la necesidad de elaboración de una disposición que atendiese a todos los objetivos.

Por un lado, dicha disposición debería salvaguardar el derecho general de reproducción frente a los efectos nocivos de una supuesta amplitud de las limitaciones nacionales. Por otro, tal disposición no debería invadir el margen de libertad que cada legislación nacional consideraba indispensable para atender a sus respectivas necesidades culturales y sociales¹⁵.

A lo largo de la Conferencia de Estocolmo, diversas propuestas de una disposición fueron presentadas por parte de las delegaciones de distintos países participantes.

En particular, algunas delegaciones proponían la formulación de una redacción más restrictiva, delineando de modo más preciso el ámbito de aplicación de las limitaciones¹⁶.

Por otra parte, las delegaciones de los países del *Common Law*, tales como Reino Unido e India, proponían, cada una a su manera, una redacción más general y amplia de la regla¹⁷.

En el caso del Reino Unido, se defendió la elaboración de una regla general que regulase los límites permitidos al derecho de reproducción. De hecho, la redacción inicial del borrador basada en tres criterios abstractos fue fruto del texto sugerido por la delegación británica.

No obstante, Reino Unido no estaba de acuerdo con el texto aprobado por el Comité de Expertos e incluido en el programa de la Conferencia, sino que defendía una redacción más abstracta y en línea con el sistema de limitaciones del *fair dealing*.

De ese modo, la delegación del Reino Unido abogó por una regla abstracta, basada en la ponderación de criterios generales¹⁸, que permitía reproducciones "en determinados casos especiales con tal que la reproducción no sea contraria a los legítimos intereses del autor y no entre en conflicto con la explotación normal de la obra".

Al final de la Conferencia de Estocolmo, el Comité Principal optó por el planteamiento de una fórmula general mediante la creación de un segundo párrafo al art. 9 del Convenio que trata del derecho de reproducción, en los siguientes términos:

"Art. 9. (...)

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor¹⁹."

De ese modo, cabe destacar que la "regla de los tres pasos", tal cual fue consagrada en el artículo 9.2 del Convenio, contenía un criterio bastante vago y genérico que permitía a los países miembros establecer limitaciones al derecho de reproducción.

Se trató de una transacción, suficientemente flexible como para poder abarcar todas las limitaciones contenidas en las legislaciones de los países signatarios del CB, tanto aquellas en forma de listados enumerativos de límites como aquellas derivadas de cláusulas abiertas del tipo fair use o fair dealing.

MARIA RITA NEIVA

Por cierto, fue precisamente esta flexibilidad que hizo atractiva la "regla de los tres pasos" a la hora de negociar los acuerdos posteriores sobre propiedad intelectual, al tratarse de una norma con capacidad para adecuarse tanto a la legislación de los países de tradición continental, como a la de los países del Common Law.

En virtud de este papel relevante, la "regla de los tres pasos" quedó recogida en los distintos textos legales internacionales posteriores a su concepción inicial en el ámbito del Convenio de Berna²⁰, como es el caso del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante, "Acuerdo de los ADPIC"²¹), los Tratados OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, de 1996²² y la Directiva Europea sobre derecho de autor en la sociedad de información (DDASI)²³.

A partir de ahí, la "regla de los tres pasos" fue incorporada al ordenamiento interno de distintos países²⁴, dejando de ser el legislador el único destinatario de la regla, trasladando a los jueces y demás aplicadores del derecho, la tarea de delimitación del alcance de la regla en los distintos supuestos.

3. La "regla de los tres pasos" en el sistema de derecho de autor de Brasil

En los últimos años, la propiedad intelectual ha adquirido un papel de extrema importancia en el ámbito internacional, principalmente en virtud del desarrollo de las nuevas tecnologías de información, que han ampliado significativamente la transmisión del contenido cultural por todo el mundo.

En este contexto, la discusión respecto del papel de los límites al derecho de autor como mecanismo de garantía del equilibrio entre los intereses de los autores, de un lado, y los del público en general, de otro, ha cobrado una importancia sin dimensiones o fronteras, siendo objeto de estudios no solamente en países del contexto europeo, sino que también en países de otros entornos, como Brasil.

Sin embargo, el derecho de autor brasileño, pese a la aparente similitud con el llamado sistema europeo-continental, presenta importantes particularidades, principalmente cuando se tiene en cuenta la compleja realidad del país derivada de las desigualdades económicas, sociales y culturales entre sus ciudadanos.

En efecto, uno de los principales retos de la sociedad brasileña en la actualidad consiste en superar la desigualdad²⁵. Una de las formas de hacerlo, en lo que se refiere al derecho de autor, consistiría en garantizar el amplio acceso del público en general al conocimiento y a la información, lo que podría lograrse, entre otras medidas, a través de un sistema de límites a los derechos de autor más flexible y adecuado al atendimiento de esas necesidades sociales.

No obstante, Brasil tiene un sistema de límites muy restrictivo, lo que dificulta el acceso de sus ciudadanos a los bienes culturales y, al fin y al cabo, contribuye para agravar el escenario de desigualdad antes referido²⁶.

Además, la ley actual deja de regular límites con importante función pública, como pueden ser aquellos en beneficio de bibliotecas para fines de conservación del acervo o de investigación, o que permitan el uso de obras protegidas en el ámbito de programas de educación a distancia.

En un país como Brasil, con graves problemas y desigualdades sociales y culturales²⁷, una ley de derecho de autor con un sistema de límites extremamente restrictivo como la LDA, contribuye para la creación de un ambiente inapropiado a la difusión de la información y la cultura a una parte sustancial de la sociedad, que cuenta con muy pocos medios para acceder a las mismas²⁸.

MARIA RITA NEIVA

En efecto, la adecuación del sistema de límites al derecho de autor a la realidad socio-cultural y económica de cada país está en la esencia de la elaboración de la "regla de los tres pasos"²⁹, la cual, como se ha visto, surgió en el ámbito de la Conferencia de Estocolmo para la revisión del Convenio de Berna como un marco flexible dentro del cual las distintas legislaciones nacionales tendrían un margen de libertad para fijar los límites que mejor atendiesen a sus propias necesidades sociales, culturales y económicas.

En el contexto jurídico brasileño, la LDA tuvo como objetivo, entre otros extremos, dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por Brasil ante la OMC³⁰ a través del Acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo la "regla de los tres pasos" prevista en su art. 13 que, en este caso, cumple una función de control de la actividad legislativa.

Ello, no obstante, la LDA no reprodujo la "regla de los tres pasos" en su texto. Más allá de esto, teniendo en cuenta el carácter extremamente restrictivo de la ley, se puede decir que el legislador brasileño, al menos con respecto al sistema de límites, dejó de observar debidamente a los criterios de la regla prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC, al no dar amparo a utilizaciones con fines constitucionalmente protegidos, como la educación³¹ y el acceso a la información y al conocimiento³²-³³.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente, el sistema de limitaciones de la LDA no garantiza un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de autor y aquellos de los diversos sectores de la sociedad de tener acceso legítimo, con mayor facilidad, al contenido intelectual protegido.

3.1. La "regla de los tres pasos" como norma de interpretación del derecho de autor: eficacia normativa de la regla en el ordenamiento jurídico brasileño

Como se ha dicho anteriormente, la "regla de los tres pasos" no tiene previsión expresa en la LDA brasileña. Lo que sí existe es lo que se podría llamar de una "huella" de la "regla de los tres pasos" en el art. 46, VIII de la LDA que establece que "no constituye ofensa a los derechos de autor la reproducción, en cualesquiera obras, de pequeños fragmentos de obras preexistentes, de cualquier naturaleza, o de obra integral, cuando de artes plásticas, siempre que la reproducción en si no sea el objetivo principal de la obra nueva y que no perjudique la explotación normal de la obra reproducida ni cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores".

Cumple señalar que el referido apartado VIII del art. 46 no existía en la versión original del Proyecto de Ley nº 5430/90 ("PL 5430"), que dio origen a la actual LDA.

Realizándose un análisis de los documentos que constituyeron el proceso legislativo³⁴, se verifica que dicho apartado tuvo su origen a lo largo de los debates legislativos del PL 5430 y fue introducido en el Texto Sustitutivo de dicho proyecto de ley, preparado por la Comisión Especial del Congreso de los Diputados³⁵.

De acuerdo con las justificativas del Texto Sustitutivo presentadas en el Parecer de la Comisión Especial³⁶, la inclusión de dicho apartado tenía por objeto adecuar la nueva LDA al

MARIA RITA NEIVA

texto de los tratados internacionales y, muy especialmente, a lo previsto en el Acuerdo sobre los ADPIC firmado por Brasil.³⁷

Aunque, efectivamente, se pueda reconocer la presencia de los dos pasos de la regla en dicho apartado, su aplicación limitada exclusivamente a los supuestos de reproducción de pequeños fragmentos de obras perjudica la flexibilidad inherente a regla y su aplicación a otros casos que igualmente merecerían protección.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que la "regla de los tres pasos", tal cual prevista internacionalmente, ha sido introducida al sistema jurídico brasileño a través del Decreto 75.699/1975 y del Decreto 1.355/1994 que han promulgado, respectivamente, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. Tras la promulgación vía Decreto, ambos tratados internacionales pasaron a integrar el ordenamiento jurídico brasileño con *status* de ley ordinaria, complementando el régimen jurídico de derecho de autor existente.

A la luz de la llamada doctrina de la interpretación consistente, para que se preserve el equilibrio del sistema, evitando incompatibilidades entre las normas de origen internacional y las de ámbito nacional, la aplicación de la LDA, y demás normas nacionales, deberá estar en consonancia con lo establecido en los tratados internacionales³⁸.

Según la referida doctrina:

"cuando una norma local permite distintas interpretaciones, esta deberá ser interpretada en consonancia con las obligaciones internacionales pertinentes a la materia, posibilitando una relación armónica del sistema jurídico nacional con el internacional, así como la realización plena del principio del *pacta sunt servanda* que, necesariamente, debe ser observado por todos los órganos estatales, incluso por el Poder Judiciario"³⁹-⁴⁰.

Desde esta perspectiva, por tanto, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC serían normas fundamentales de interpretación y aplicación de los límites a los derechos de autor consagrados en los artículos 46, 47 y 48 de la LDA⁴¹, que deben ser interpretados a la luz de los criterios generales que componen la "regla de los tres pasos" del art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 de los ADPIC⁴².

De acuerdo con Basso (2011):

"A la luz de la doctrina de la interpretación consistente, el test de los tres pasos consiste en una directriz que debe ser empleada por el operador/intérprete/aplicador de la LDA para la delimitación del objeto de las limitaciones y su aplicación, en el caso concreto, de modo a no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores y empresas cuyas actuaciones sean dependientes de los derechos de autor y, por último, pero no menos importante, para no infringirse obligaciones internacionales asumidas por Brasil cuya no observancia puede sujetarlo a retaliaciones comerciales en el ámbito del Sistema de la Organización Mundial de Comercio."43_44

En este mismo sentido se manifestó la jurisprudencia brasileña. En particular, el *Tribunal Regional Federal da 2ª Região45*, en un caso relativo a representación teatral para fines didácticos realizada fuera del establecimiento educativo, rechazó la aplicación del límite previsto en el art. 46, VI de la LDA⁴⁶ al considerar que la utilización de la obra teatral había violado el segundo y el tercer paso de la "regla de los tres pasos" prevista internacionalmente.

Según el Tribunal:

"(...) toda vez que uno de los pasos de la regla de los tres pasos es infringido, se puede concluir que el uso no autorizado de la obra

MARIA RITA NEIVA

no está adecuado a la limitación establecida en el art. 46 de la LDA, no se incluyendo en una de las modalidades de uso para fines de interés público (*fair use*) y, por consiguiente, violando los derechos fundamentales de los autores de obtener beneficios a partir de su obra, según lo dispuesto en el art. 5º, XVII de la Constitución Federal."⁴⁷

Así, de acuerdo con dicha decisión, aunque la "regla de los tres pasos" no se encuentre reflejada expresamente en la LDA, su aplicación es posible por fuerza de los acuerdos internacionales firmados por Brasil, pudiendo la misma ser utilizada con la finalidad de aclarar el alcance de los límites a la propiedad intelectual expresamente previstos en el ordenamiento jurídico nacional, principalmente cuando incorporen conceptos jurídicos indeterminados⁴⁸.

Otro aspecto interesante de esta sentencia es que el Tribunal, aunque haya entendido que el supuesto de hecho no se encajaba perfectamente en el límite legal del art. 46, VI de la LDA - en la medida en que el local donde se dió la comunicación pública de la obra teatral era un museo y no un establecimiento educativo tal y como prevé la LDA - consideró que el primer paso de la regla había sido observado justamente porque el propio art. 46, VI previa un "caso especial". De esta forma, se podría entender que el Tribunal admitió la aplicación de la "regla de los tres pasos" a casos comparables a los previstos en la ley.

Así las cosas, se puede afirmar que ya se ha defendido en Brasil, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la aplicación de la "regla de los tres pasos" como "cláusula de salvaguardia" de intereses públicos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la información y al conocimiento o el derecho a la privacidad, ante la ausencia de un límite expresamente previsto en Ley⁴⁹. De acuerdo con dicho entendimiento, la "regla de los tres pasos" se

aplicaría subsidiariamente a los límites legales, autorizando, por tanto, "el establecimiento de excepciones por vía judicial o administrativa" 50.

En este contexto, se debe hacer referencia a una decisión paradigmática del *Superior Tribunal de Justi*ça ("STJ"), tribunal brasileño responsable por la salvaguardia de la legislación nacional infra constitucional (incluyendo los tratados internacionales ratificados por Brasil) y por la armonización de su interpretación en ámbito nacional.

El caso trata de una demanda interpuesta por la entidad religiosa MITRA ARQUIDIOCESANA DE VITÓRIA contra la entidad de gestión *ECAD* – *Escritorio Central de Arrecadação e Distribuição*, en relación con la recaudación de derechos en virtud de actos de ejecución pública de obras musicales en evento religioso y sin ánimo de lucro.

En su decisión, el tribunal entendió que la "regla de los tres pasos" del art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sería el instrumento necesario para mediar la ponderación entre el interés del autor, como un derecho fundamental previsto constitucionalmente, y el interés público y los derechos fundamentales amparados por los límites a la propiedad intelectual, en el caso, el derecho fundamental de la libertad religiosa y de culto.

Así, para el STJ, los límites al derecho de autor enumerados entre los artículos 46 a 48 de la LDA consistirían en un listado de supuestos meramente ejemplificativo, en la medida en que dicho proceso de ponderación podría darse en casos concretos distintos de los supuestos enumerados en la ley⁵¹.

Aplicando la "regla de los tres pasos", el tribunal entendió que el supuesto de hecho analizado consistía en evento gratuito y con finalidad exclusivamente religiosa que no entraba en conflicto con la explotación normal de la obra (en el caso, obra musical) además de no perjudicar a los legítimos intereses del autor pues no se trataba de evento de grandes proporciones⁵².

MARIA RITA NEIVA

Al garantizar la aplicabilidad directa de la regla del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵³ y admitir la naturaleza meramente ejemplificativa de los límites, la referida sentencia del STJ representa un marco en la aplicación del derecho de autor en Brasil, pues consiste en un cambio de posicionamiento del tribunal que, hasta aquel momento, adoptaba una interpretación restrictiva de los límites⁵⁴-⁵⁵.

Sin embargo, aunque interpretaciones más flexibles de los límites basadas en la "regla de los tres pasos" sea deseable, el uso de los pasos de la regla sin parámetros o estándares objetivos que orienten la toma de decisiones por jueces y tribunales puede comprometer negativamente la seguridad jurídica del sistema de propiedad intelectual.

El análisis de los casos de aplicación de la regla por los distintos tribunales de Brasil demuestra que no existe una preocupación de los jueces en fijar parámetros o criterios objetivos para la aplicación de los pasos de la regla. Más bien al contrario, las decisiones se limitan a hacer referencia a los tratados internacionales que disciplinan la regla, mencionando de forma literal los tres pasos que la componen, pero sin explicar su significado normativo y su relación con el caso concreto⁵⁶.

La falta de fundamentación y claridad a la hora de aplicar la "regla de los tres pasos" no es un problema exclusivo de Brasil, sino que común a muchas otras jurisdicciones⁵⁷.

En el caso de Brasil, la situación puede ser más preocupante porque, como se ha mencionado, la LDA no disciplina expresamente la "regla de los tres pasos" como norma de interpretación de los límites. Su aplicación judicial se basa en la referencia a la regla prevista en los tratados internacionales, que se han incorporado al ordenamiento nacional con idéntica redacción. Esa identidad de redacción entre los tratados y la norma incorporada a derecho interno puede dar lugar a problemas de interpretación, pues la regla originalmente prevista en

los tratados constituye una regla habilitadora y de control del proceso legislativo, que tiene como destinatario el legislador y no los jueces y tribunales.

Lo anterior explicaría, por poner un ejemplo, la redacción restrictiva y de connotación negativa del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, al disponer que los países miembros del acuerdo "circunscribirán" las limitaciones impuestas a los derechos de autor a los pasos de la regla⁵⁸.

Incorporada la regla tal cual, al derecho interno, sería posible al juez adoptar una lectura extremadamente restrictiva de la regla, rechazando la aplicación de límites y, consecuentemente, dejando de atender al interés público.

Asimismo, el lenguaje abierto de la regla, formada por conceptos jurídicos indeterminados, puede llevar el intérprete a aplicar los pasos de forma poco razonada y muy subjetiva, convirtiéndola en un mero argumento de ocasión, para justificar de modo retórico la convicción individual del juzgador.

De ese modo, la aplicación judicial directa de la regla del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exige un ejercicio de identificación de los parámetros y criterios objetivos que deben emplearse con vistas a la especificación concreta de su contenido, lo que garantizaría la coherencia y la seguridad jurídica del sistema de límites en Brasil.

4. Conclusión

(I) La revolución digital, vivida desde finales del siglo XX, ha propiciado un fortalecimiento del proceso de democratización cultural, pues amplió el acceso de los usuarios a los contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

En este contexto, los límites al derecho de autor adquieren una clara relevancia jurídica una vez que son esenciales para garantizar la difusión de la cultura y de la información, al

MARIA RITA NEIVA

proporcionar el equilibrio entre la protección del interés del autor y el interés público de toda la sociedad.

(2) No obstante, dicho equilibrio se ve cada vez más amenazado, en la medida en que el sistema de límites previsto en las leyes de derecho de autor no es suficiente para dar amparo a las nuevas formas de utilización de obras o prestaciones protegidas generadas a partir de los cambios tecnológicos.

Esta laguna del sistema de límites, sumada a su falta de flexibilidad y su carácter restrictivo, contribuye para que el derecho de autor viva actualmente una crisis de legitimidad. En efecto, existe un creciente desajuste entre la ley y las nuevas normas sociales que han sido moldeadas por la tecnología digital.

- (3) En este contexto, la "regla de los tres pasos", como norma de interpretación de los límites, podría funcionar como una importante herramienta para garantizar un proceso de adecuación del sistema de la propiedad intelectual a los nuevos usos y hábitos sociales, toda vez que una interpretación flexible de los criterios que la componen permitiría que el impacto económico generado por dichos usos y hábitos, así como el atendimiento de una finalidad pública específica, fuesen debidamente ponderados en la solución de casos concretos.
- (4) Del análisis histórico de la "regla de los tres pasos", desarrollado en este trabajo, se verifica que la primera versión de la regla, prevista en el art. 9.2 del Convenio de Berna, se basaba en una proposición redactada por la delegación británica en el marco de la Conferencia de Estocolmo.

De ese modo, la regla encuentra sus raíces en la tradición de los sistemas de límites del copyright inglés, lo que explica la naturaleza abierta y dinámica de su contenido. Dichas características permitieron un marco flexible dentro del cual las distintas legislaciones nacionales tendrían un margen de libertad para fijar los límites que mejor atendieran a sus propias necesidades sociales, culturales y económicas.

(5) Sin embargo, la "regla de los tres pasos" fue posteriormente incorporada a distintos textos de tratados internacionales como norma de control del proceso legislativo destinada exclusivamente a los legisladores, consagrándose, así como norma de carácter negativo y restrictiva del alcance de los límites a la propiedad intelectual.

Este proceso culminó con la incorporación de la regla al ordenamiento interno de cada país, que en gran parte de los casos se ha dado en términos literales a lo previsto internacionalmente. En consecuencia, la "regla de los tres pasos" adquirió la condición de norma de interpretación de carácter restrictivo, destinada a los jueces y demás aplicadores del derecho.

Así, contrariando a su sentido original, tal como preconizado en el Convenio de Berna, la "regla de los tres pasos" ha dejado de ser una norma habilitadora para la introducción de nuevas excepciones para convertirse en un principio interpretativo restrictivo de los límites al derecho de autor.

Como resultado de todo este proceso, el sistema de límites actual combina una lista específica de límites con una lectura restrictiva de la regla, careciendo de la necesaria flexibilidad para adaptarse al nuevo contexto tecnológico.

(6) Ante al exceso de restricción del sistema, distintas propuestas han sido desarrolladas por la jurisprudencia analizada en este trabajo, buscando defender una lectura flexible de la regla para convertirla en un mecanismo de "apertura" del sistema mediante el cual sea posible la ampliación, por vía judicial, del número de limitaciones admitidas por ley.

Sin embargo, pese a su buena intención, dichas propuestas adoptan, con carácter general, una postura extremadamente flexible respecto de la aplicación de la regla y no delimitan el contenido y el alcance de la "regla de los tres pasos" a través de la fijación de criterios objetivos que permitan una aplicación segura de la misma por parte de los órganos jurisdiccionales.

MARIA RITA NEIVA

- (7) De ese modo, ni una lectura restrictiva de la regla ni, por el contrario, una lectura extremadamente flexible, sería el camino ideal con vistas a la mejor interpretación de los límites y el alcance de su finalidad esencial de garantizar el equilibrio entre los intereses de los autores y titulares de obras, de un lado, y del público en general, de otro.
- (8) Es precisamente en este contexto, que este trabajo de investigación defiende un acercamiento entre el sistema de límites abiertos del *copyright*, basado en la doctrina del *fair use*, y el sistema cerrado de límites del derecho de autor europeo, en especial, el sistema español.

Dado que la "regla de los tres pasos" consiste en una norma de carácter abierto, formada por criterios interpretativos amplios y asemejados a los factores del *fair use*, no sería extraño que el razonamiento de un juez, al analizar un caso de posible violación de la propiedad intelectual a la luz de la regla, también implicase en valoraciones de carácter abierto.

Por cierto, aún mismo en los sistemas cerrados de límites, existe una actividad judicial interpretativa y valorativa que no necesariamente consiste en una aplicación literal de la ley.

Así, criterios como (i) el propósito o carácter del uso, (ii) la naturaleza de la obra, (iii) la sustancialidad de la parte utilizada de la obra en relación con su totalidad o (iv) el criterio del efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra, deben ser tenidos en cuenta en la fundamentación judicial de cualquier tribunal, con independencia de su contexto.

(9) Basándose en los referidos criterios, sería interesante establecer parámetros más objetivos que orienten a los jueces y tribunales en la aplicación de los pasos que componen la regla, sea para admitir su utilización, sea para rechazarla cuando, mediante una aplicación razonable de sus criterios, se entienda que estos no hayan sido observados.

De ese modo, sería posible plantearse de *lege* ferenda un cambio en la redacción del actual

Art.46, VIII de la LDA, ampliando su alcance, pero fijando criterios objetivos que sirvan de parámetro para la aplicación judicial de la "regla de los tres pasos", en el sentido de transformarla en una "cláusula semiabierta", que permita una mayor dinamicidad del sistema de límites, pero sin comprometer su seguridad jurídica.

En ese sentido, el sistema de límites de derecho de autor fijado en la LDA atendería mejor a su función de equilibrio entre los intereses de autores o titulares de derecho y los intereses públicos de toda la sociedad.

En el caso de Brasil, es innegable que la aplicación ponderada de la "regla de los tres pasos" contribuiría para fomentar la ampliación del acceso a la cultura y al conocimiento, esencial para el pleno desarrollo del país.

MARIA RITA NEIVA

5. Bibliografía

- BASSO, Maristela (2007). "As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three step test)", en PIMENTA. Eduardo Salles, Direitos Autorais Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos, Revista dos Tribunais.
- BERCOVITZ, Alberto (2005), "Límites al derecho de autor", en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales* Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho.
- BERCOVITZ, Germán (2009), "Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Manual de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2011). "Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el Derecho español", en *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, Addenda.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando (1988). Propiedad Intelectual: su significado en la Sociedad de Información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987), Madrid, Trivium.
- ____ (1997), "Capítulo II Límites", en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Civitas.
- BORGES BARBOSA, Denis (2010). *Tratado da propriedade intelectual*, vol. 3, Lumen Juris.
- Branco, Sérgio (2011). O Domínio Público nos direitos autorais Brasileiro uma Obra em Domínio Público, Lumen Iuris, Rio de Janeiro.

- BURRELL, R. y COLEMAN, A. (2005). Copyright Exceptions: The Digital Impact, Cambridge University Press.
- CARBONI, Guilherme (2008). Função social do direito de autor, Juruá.
- CASAS VALLÉS, Ramón (2005). "Derecho de autor y bibliotecas: historia de una larga amistad", Seminario Internacional CEDRO/IFRO.
- _____ (2007), "Comentarios al art. 40 bis de la LPI", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos.
- CHRISTIE, Andrew F. y WRIGHT, Robin (2014), "A Comparative Analysis of the Three-Step Test in International Treaties", en IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law.
- DAVIES, Gillian (1994), Copyright and the public interest, Sweet & Maxwell.
- DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.) (2008), Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso, Juruá, vol. 2.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, 1997.
- _____(2007). Direito Autoral, Renovar.
 _____(2006), "Os limites dos limites. A

 Teoria dos Três Passos. A tensão entre
 os limites do direito e as medidas
 tecnológicas e outras relativas à
 informação e a gestão dos direitos",
 en ROGEL VIDE, Carlos, Los limites del
 Derecho de Autor, Reus.
- FICSOR, Mihály (2002). "How much of what? The 'three-step- test' and its application in two recent WPO Dispute Settlement Cases", en *Revue Internationale du Droit* D'Auteur RIDA, núm. 192.

MARIA RITA NEIVA

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2003). El derecho de autor en internet: los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación en el Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE, Comares.
- _____, "Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna" (2013). en BERCOVITZ
 RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo,
 Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas,
 Tecnos.
- GEIGER, Christophe (2004). "De la nature juridique des limites au droit d'auter. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux", en *Propriétés Intellectualles*, nº 13.
- ____(2006), "The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?, en International Review of Industrial Property and Copyright Law IIC, nº 6.
- ____(2006), "Copyright and free Access to information: for a fair balance of interests in a globalized world", en European Intellectual Property Review EIPR, vol. 28, n. 7.
- _____(2007), "From Berne to National
 Law, via the Copyright Directive: The
 Dangerous Mutations of the Three-Step
 Test", en European Intellectual Property
 Review EIPR.
- _____(2007). "El papel del "test" de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información ", en *e-Boletin de derecho de autor*, UNESCO.
- _____; Gervais, Daniel & Senftleben, Martin (2013). "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law", PIJIP Research Paper no. 2013-04, disponible en https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/39/.
- Gervais, Daniel (2005). "Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test", en *Marquette* Intellectual Property Law Review, Vol. 9:1.

- Hugenholtz, P. Bernt & Okediji, Ruth L. (2008). "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright. Final Report", disponible em:http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/limitations_exceptions_copyright.pdf.
- GINSBURG, Jane C. (2001). "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step-Test" for Copyright Exceptions", en *Revue Internationale de Droit d'Auter RIDA*, nº 187.
- HUGENHOLTZ, P. Bernt y SENFTLEBEN,
 Martin (2011). "Fair Use in Europe.
 In search of Flexibilities", *Institute*for Information
 Law, University of Amsterdam.
 pp. 23/24, disponible en < http://www.ivir.
 nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20
 Report%20PUB.pdf>.
- INSTITUTE FOR INFORMATION LAW DE LA UNIVERSIDAD DE ÁMSTERDAM IVIR (2007), "Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society Part II", p. 139, disponible en http://www.ivir.nl/.
- NEIVA, Maria Rita Braga de Siquiera (2016), La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual. Universidad Carlos III de Madrid (España), disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL — OMPI, Guía del Convenio de Berna para la protección de las obra literarias y artísticas (Acta de París de 1971),1978. Disponible en: < http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf >.

MARIA RITA NEIVA

- SANTOS, Manoel J. Pereira dos (2010),

 "Principais Tópicos para uma Revisão
 da Lei de Direitos Autorais Brasileira,"
 en Estudos de Direito de Autor a Revisão
 da Lei de Direitos Autorais, org. Marcos
 Wachowicz & Manoel J. Pereira dos
 Santos, Florianópolis, Boiteux, 2010.

 (coord.) (2011) Direito de Autor e Direito
- ____ (coord.) (2011), Direito de Autor e Direitos Fundamentais, Ed. Saraiva.
- ____ (2014). "As limitações aos direitos autorais", en PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J., PINHEIRO JABOUR, Wilson y DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, Direito Autoral, Saraiva.
- RICKETSON, Sam (1987). The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986, Kluwer.
- _____ y GINSBURG, Jane (2006), International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Conventio and Beyond, Oxford university Press.
- RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas y BASSO, Maristela (2008). "Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para avaliação das limitações aos direitos autorais", en DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.), Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso, Juruá, vol. 2.
- RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas (2013).

 Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos dos direitos de autor, de marca, de patente e de desenho industrial, Editora Singular.
- SENFTLEBEN, Martin (2004). Copyright, Limitations and the Three-Step Test, Kluwer Law International.

- Standard for Limiting Intellectual
 Property Rights? WTO Panel Reports
 Shed Light on the Three-Step Test
 in Copyright Law and Related Test
 in Patent and Trademark Law", en
 International Review of Industrial Property
 and Copyright Law IIC, nº4.
- _____ (2010). "The international three-steptest: A model provision for EC fair use legislation", en JIPITEC 67, disponible en: http://ssrn.com/abstract=1723867>.
- VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo. Letramento.
- wright, Robin (2009). "The "Three-Step Test" and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation", en *Journal of World Intellectual Property*, vol. 12, pp. 600-621.
- XALABARDER, Raquel (2007). "Declaración por una interpretación equilibrada de la "regla de los tres pasos" en Derecho de Autor", en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Marcial Pons, t. 28.

LA REGLA DE LOS TRES PASOS: ANTECEDENTES NORMATIVOS
Y SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

MARIA RITA NEIVA

Notas Finais

- O presente artigo se baseia na tese de doutorado desenvolvida e defendia pela autora no âmbito do Curso de Doutorado em Direito da Universidad Carlos III de Madrid (Espanha) intitulada "La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual". Ainda que o objetivo principal da investigação doutoral tenha sido a proposta de uma releitura da "regra dos três passos", especialmente no contexto da lei autoral espanhola, através da fixação de critérios mais objetivos que auxiliam os interpretes e aplicadores da regra, o presente artigo tem como recorte, em uma primeira análise, estudar e compreender a origem histórica da regra e como ela vem sendo interpretada e aplicada no contexto jurídico brasileiro, indicando, ao final, o problema da falta de critérios para interpretação da regra, tendo como base a análise das jurisprudências consolidadas sobre o tema no Brasil. Para pesquisa de todo o conteúdo da tese, ver documento disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/ handle/10016/22645>.
- 2 GARCÍA LORCA, Federico (1997). *Alocución al pueblo de Fuente Vaqueros*. Comares.
- 3 En España, las expresiones "propiedad intelectual" y "derecho de autor" son utilizadas indistintamente para significar un mismo derecho subjetivo relacionado a los autores. Sin embargo, en España, la expresión "propiedad intelectual" es más amplia pues se refiere también a los llamados derechos conexos o afines al derecho de autor que se refieren a las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, a los fonogramas realizados a iniciativa y bajo la responsabilidad de los productores de fonogramas, a las grabaciones audiovisuales

hechas a iniciativa y bajo la responsabilidad de los productores de grabaciones audiovisuales, a las emisiones de los organismos de radiodifusión, a las meras fotografías o a las ediciones de determinadas ediciones editoriales. Pese esa diferencia, en el presente trabajo se utilizará las dos expresiones, "propiedad intelectual" y "derecho de autor" de forma indistinta y como expresiones sinónimas, aunque se utilice más la expresión "derecho de autor" por ser la expresión más usual en el ámbito internacional. En efecto, en otros países de la Europa Continental, también de tradición codificadora (como Francia, Alemania, Portugal e Italia), así como para las organizaciones internacionales y también Brasil, lo que se denomina propiedad intelectual en España es designado "derecho de autor" que sería juntamente con la "propiedad industrial" ramas de la "propiedad intelectual".

- Acuerdo sobre ciertos aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994, Instrumento de ratificación en España de 30 de diciembre de 1994, BOE núm. 33, de 8 de febrero.
- 5 Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor, de 20 de diciembre de 1996, Instrumento de ratificación de España de 14 de diciembre de 2009, BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.
- Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, Instrumento de ratificación de España de 14 de diciembre de 2009, BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.
- Directiva 2011/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información (DOCE núm. L167, de 22 de junio de 2001; corrección de errores en DOCE

LA REGLA DE LOS TRES PASOS: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

MARIA RITA NEIVA

núm. L 6, de 10 de enero de 2002), transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

- Según estudios históricos desarrollados por DAVIES, el derecho de autor surgió a partir de la necesidad de atender simultáneamente a intereses públicos y privados, constituyéndose, desde su origen, una situación jurídica compleja, en la que derechos y deberes coexisten. Ver trabajo histórico publicado por DAVIES, Gillian, Copyright and the public interest, IIC Studies, Max Planck Institute for Foreign and International Patente, Copyright and Competition Law y VCH, 1994. Sin embargo, según DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ese entendimiento resultó perjudicado en el periodo comprendido entre mediados del siglo XIX y la Primera Gran Guerra (1914 - 1918), en la medida en que durante dicho período prevaleció la lógica del individualismo y del liberalismo. Esta situación, sumada a la creciente importancia económica de los bienes culturales, provocó una mutación del sentido original del derecho subjetivo del autor, resultando, de acuerdo con el jurista portugués, en un continuo proceso de erosión de la idea de los límites. Ver en DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, "Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos", en ROGEL VIDE, Carlos, Los límites del Derecho de Autor, Reus, 2006, pp. 83-108.
- 9 En el contexto jurídico español, marco legal de elaboración del presente trabajo de investigación, ver, por ejemplo, BERCOVITZ, Alberto, "Límites al derecho de autor", en Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, 2005, p. 97. El citado jurista afirma que "las excepciones al derecho de autor son solamente las específicamente determinadas en la ley, sin que exista una cláusula general

que permita su extensión analógica". También favorable a la interpretación restrictiva de los límites, BONDÍA ROMÁN, Fernando, "Capítulo II – Límites", en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Civitas, 1997, p. 164. Sin embargo, BERCOVITZ, Germán sostiene que el entendimiento por la absoluta restricción no sería de todo correcto al destacar que: "Frecuentemente se señala que al tratarse de límites o excepciones a derechos, deben interpretarse restrictivamente. Ello es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el "Derecho de la Información", el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información". Ver en BERCOVITZ, Germán, "Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Manual de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch, 2009, p. 91.

Como ejemplo de jurisprudencia española que afirma expresamente el carácter restrictivo de la interpretación de los límites véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007. El Tribunal Supremo afirmó que: "En materia de propiedad intelectual rige el principio o regla general de tener que pedir permiso al titular de un derecho de autor para poder comunicar, reproducir, distribuir o transformar su obra. La excepción a esta regla general sólo puede venir dada por los límites que la Ley establece con claridad, límites que han de ser lógicamente interpretados de manera restrictiva en consonancia con la naturaleza de la norma (Art. 4.2 CC)." Asimismo, aún sobre la interpretación restrictiva de los límites, véase la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 de septiembre de 2003, en repertorio Aranzadi: AC/2003/1894.

LA REGLA DE LOS TRES PASOS: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

MARIA RITA NEIVA

- 11 Informe del Grupo Especial de la OMC del 15 de junio de 2000, Estados Unidos -Artículo 110 (5) de la ley americana sobre el derecho de autor, WT/DS160/R, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ ds160_s.htm>. El 26 de enero de 1999 la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de ese país, modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, que se publicó el 27 de octubre de 1998 (Fairness in Music Licensing Act). La Unión Europea sostenía que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor permitía, cuando se cumplían determinadas condiciones, la emisión de música por radio o televisión en lugares públicos (bares, tiendas, restaurantes, etc.) sin pagar regalías. La Unión Europea consideraba que esta norma legal era incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo I del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que exige que los Miembros observen los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. La diferencia se centraba en la compatibilidad de dos exenciones previstas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que permite determinadas limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor, a condición de que tales limitaciones se circunscriban a determinados casos especiales, no atenten contra la explotación normal de la obra en cuestión ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos:
 - La denominada exención "empresarial", prevista en la parte (B) del artículo IIO(5), en esencia permitía la amplificación de emisiones musicales, sin necesidad de autorización ni pago de tasas, por parte de establecimientos

- de comidas y bebidas y establecimientos de servicios minoristas, siempre que su tamaño no superara una determinada superficie. También permitía esa amplificación de emisiones musicales por parte de establecimientos con una superficie mayor siempre que se cumplieran determinadas limitaciones de equipamiento.
- La denominada exención "del uso doméstico" prevista en la parte (A) del artículo 110(5), permitía que los pequeños restaurantes y los comercios minoristas amplificaran emisiones musicales sin autorización del titular del derecho ni pago de tasas, siempre que emplearan equipos de uso doméstico (es decir, equipos del tipo utilizado habitualmente en las casas).

El 15 de abril de 1999 la Unión Europea solicitó el establecimiento de un grupo especial para analizar el caso. El Grupo Especial quedó constituido el 6 de agosto de 1999. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros el 15 de junio de 2000. El Grupo Especial constató que: la exención "empresarial" prevista en la parte (B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no cumplía las prescripciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y era, por tanto, incompatible con los artículos 11bis 1) iii) y 11 1) ii) del Convenio de Berna (1971), incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo I del artículo 9 de dicho Acuerdo. El Grupo Especial observó, entre otras cosas, que una gran mayoría de los establecimientos de servicio de comidas y bebidas y casi la mitad de los establecimientos de servicio minorista quedaban abarcados por la exención empresarial;

MARIA RITA NEIVA

- La exención "de uso doméstico" prevista en la parte (A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumplía las prescripciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y era, por tanto, compatible con los artículos 11bis 1) iii) y 11 1) ii) del Convenio de Berna, incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en el párrafo I del artículo 9 de dicho Acuerdo. En este punto el Grupo Especial observó determinadas limitaciones impuestas a los beneficiarios de la exención, el equipo permitido y las categorías de obras, así como la práctica de aplicación de los tribunales.
- 12 RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane. (2006). International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Conventio and Beyond, Oxford university Press, p. 759 y RICKETSON, Sam (1987). The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986, Kluwer, p. 479 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2013). "Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Tecnos, p. 760.
- acuerdo **GARROTE** 13 De con FERNANDEZ-DÍEZ (2013), "ello provocó que se buscara una solución de compromiso lo suficientemente flexible como para permitir a los legisladores nacionales mantener sus excepciones tradicionales al derecho de reproducción vigentes en 1967 y, en su caso, incluir otras nuevas, pero a la vez con capacidad para ejercer presión cuando una determinada excepción o limitación prevista en la legislación de un Estado de la Unión de Berna pusiera en peligro la explotación económica de la obra.". Ver en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2013).

- "Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Tecnos, p. 760.
- 14 El grupo encargado del estudio señaló en los trabajos realizados para el programa de 1967 que los limites reconocidos con más frecuencia por las legislaciones nacionales se referían a las siguientes formas de utilización: (i) discursos políticos, (ii) citas, (iii) artículos de periódicos, (iv) información relativa a acontecimientos de actualidad, (v) grabaciones efímeras, (vi) utilización privada, (vii) reproducción mediante fotocopias realizadas en librarías, (viii) reproducciones de carácter especial para las personas con discapacidad visual, (ix) esculturas en exposición permanente en lugares públicos, (x) utilización de obras artísticas en películas y en televisión, (xi) reproducción en interés de la seguridad social. Para un recuento detallado ver SENFTLEBEN, M. (2004). Copyright, Limitations and the Three-Step Test, Kluwer Law International, 2004, p. 43-98.
- 15 Ver en WIPO, Records..., op.cit., p. 113, bien como en RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, International Copyright..., op.cit., p. 759 y RICKETSON, Sam, The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986, Kluwer, 1987, p. 479.
- 16 En ese sentido manifestaron las Delegaciones de Francia, Italia, Holanda, Mónaco y Dinamarca, Bélgica. De acuerdo con WIPO, *Records... op.cit.*, pp. 612, 690 y 857-860. Además, para un estudio sobre las distintas posiciones ver en RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, *International Copyright...*, op.cit., p. 762; RICKETSON, Sam, The Berne Convention..., op.cit., pp. 480-481 y en SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations...*, op.cit., p.50.

MARIA RITA NEIVA

- 17 Para un estudio profundizado de dichas posiciones ver Idem, pp. 67-80.
- 18 Según SENFTLEBEN (2004), la semejanza entre la "regla de los tres pasos" y el fair dealing se intensifica en razón de un criterio compartido, en concreto, la posibilidad de competencia con la obra original, es decir, según lo previsto por la "regla de los tres pasos", la prohibición de conflicto con la explotación normal de la obra. Ver en SENFTLEBEN, M (2004). Copyright, Limitations..., op.cit., p. 70.
- 19 WIPO, Records... op.cit., p.858. Citado por RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, International Copyright..., op.cit., p. 763 (nota nº 25) y RICKETSON, Sam, The Berne Convention..., op.cit., p. 481 (nota nº 22). Traducción libre de la investigadora del siguiente texto original: "(2) It shall be a matter for legislation in the contries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reprodution does nor conflict with a normal explotation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the autor."
- 20 Para un estudio comparativo de las distintas versiones de la "regla de los tres pasos" en los tratados internacionales ver en CHRISTIE, Andrew F. y WRIGHT, Robin (2014). "A comparative analysis of the three-step tests in international treaties", en IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law. El estudio desarollado por Christie y Wright (2014) se basa, no obstante, en un análisis comparativo del sentido y significado literal de cada uno de los términos y expresiones que componen la redacción de la regla. En la opinión de esta autora, dicho análisis es incompleto una vez que no lleva en consideración el contexto de elaboración de cada uno de los tratados internacionales, ni el propósito y finalidades que justificaron su creación. Para un

análisis de la regla en el contexto de la DDASI, ver SENFTLEBEN, M., Copyright, Limitations..., op.cit..

- 21 Art. 13 de los ADIPIC.
- 22 Art. 10.1 del Tratado OMPI sobre derecho de autor y el art. 16.2 del Tratado OMPI sobre derechos conexos.
- 23 Art. 5.5 de la DDASI.
- 24 En el ámbito europeo, por ejemplo, la "regla de los tres pasos" está prevista en el artículo 5.5 de la DDASI que establece lo siguiente: "Las excepciones y limitaciones contempladas en apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.". A partir de ahí, la regla fue interpretada de manera muy distinta por los Estados miembros en el momento de su incorporación al ordenamiento jurídico interno. Algunos países dejaron de transponer la regla a su legislación interna bajo el entendimiento de que el legislador era el único destinatario de esta. Ese fue el caso de Alemania, Reino Unido, Bélgica, Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Holanda, Noruega, Eslovenia y Suecia. Por otro lado, Francia, Italia, Portugal, España, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Polonia sí que optaron por trasponer expresamente la regla a sus respectivas legislaciones. Para un estudio profundizado del histórico de incorporación de la "regla de los tres pasos" en el contexto europeo ver INSTITUTE FOR INFORMATION LAW DE LA UNIVERSIDAD DE ÁMSTERDAM – IVIR (2007), "Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and

MARIA RITA NEIVA

related rights in the information society — Part II", p. 139, disponible en http://www.ivir.nl/ >. Asimismo, para un estudio teniendo en cuenta la opción del legislador por una interpretación más restrictiva o flexible de la regla, específicamente, en Alemania, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Reino Unido, ver NEIVA, Maria Rita Braga de Siquiera (2016), La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual. Universidad Carlos III de Madrid (España), pp. 156-175, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645.

- 25 Según estudios sobre la desigualdad en Brasil, aunque se observe una mejora en la distribución de renta de la población, el país aún sufre con el alto nivel de desigualdad cuando comparado con otros países en el mundo y mismo en América Latina. En 2019, la población con los 10% más bajos rendimientos concentraban apenas 0,9% de la renta total. Ya el 10% más rico de la población brasileña concentró durante todo el período analizado más de 41,6% de la totalidad de la renta per cápita. Ver en Síntese de Indicadores Sociais - Uma análise das condições de vida da população brasileira, 2020, publicado por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponible en https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/ liv101760.pdf>.
- De acuerdo con Carboni (2008), dicho sistema de límites no es suficiente para solucionar el conflicto entre el derecho individual del autor y el interés público a la libre utilización de obras intelectuales, no atendiendo al principio constitucional de la función social del derecho de autor. CARBONI, Guilherme, Função social do direito de autor, Juruá, p. 97.
- 27 Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (UNESCO) publicados en 2011, en una evaluación realizada entre 127 país, Brasil ocupa el inexpresivo 88º lugar en el Índice de Educación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Dicho índice analiza la situación de un país con relación al cumplimiento de cuatro metas: garantizar el acceso universal a la educación primaria; alfabetización de la población adulta; buena calidad de la educación ofrecida; e igualdad de género. Datos estadísticos disponibles en: http://www.unesco.org/new/pt/ brasilia/about-this-office/unesco-resources-in-brazil/statistics/#c170356>. Además del grave problema en la educación, en términos culturales la situación no es distinta, un estudio realizado por el Ministerio de Cultura de Brasil, en 2010, ha puesto en evidencia la falta de acceso de la sociedad a la cultura y a los bienes culturales. De acuerdo con la investigación sólo 14% de los brasileños van al cine una vez por mes, 92% nunca ha frecuentado un museo, 93% nunca ha participado de una exposición pública de artes plásticas y 78% nunca han ido en un espectáculo de danza. Información citada por RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três..., op. cit., p.378.
- 28 Idem, p. 381.
- 29 Sobre el origen histórico de la regla, ver apartado 2 del presente trabajo.
- 30 RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 378.
- 31 Ver Art. 6º y Art. 205, de la Constitución de Brasil que disponen, respectivamente: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

MARIA RITA NEIVA

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

- 32 El art. 5º, XIV de la Constitución asegura el derecho fundamental al acceso a la información. Así, "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;". En ese mismo sentido, el art. 215, caput, también de la Constitución, dispone: "Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais."
- 33 En Brasil, el derecho de autor tiene protección constitucional como un derecho fundamental. Así dispone el art. 5º, incisos XXVII y XXVIII de la Constitución: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII são assegurados, nos termos da lei:
 - a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução

da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;".

- 34 El texto del Proyecto de Ley nº 5340/90, bien como de los Proyectos de Ley y Anexos están disponibles en: http://www.lacorte.adv.br/blo-g/?page_id=226, página web indicada por el servicio de atendimiento de la propia Cámara de los Diputados.
- 35 Para um recorrido histórico sobre elaboración y aprobación de la LDA y, especialmente, sobre la inclusión de una regla flexible inspirada em la "regla de los tres pasos" en el sistema de limites brasileño ver la obra de VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo. Letramento, pp. 298-305.
- 36 CÁMARA DE LOS DIPUTADOS DE BRASIL, Parecer de la Comisión Especial de la Cámara de los Diputados, disponible en: http://www.lacorte.adv.br/blog/?page_id=226, página web indicada por el servicio de atendimiento de la propia Cámara de los Diputados.
- Asimismo, según VALENTE (2019), la inclusión del apartado VIII del art. 46 de la LDA ha sido una sugerencia de la Federación Latino-Americana de Productores Fonográficos y Videofonogramas (FLAPF) que ha justificado la inclusión en razón de una serie de supuestos prácticos de usos incidentales de obras que encuentrarían cobijo en el concepto del "fair

MARIA RITA NEIVA

use" o "usos justos". En VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). A construção do direito autoral no Brasil..., op.cit., pp. 304-305.

- 38 Ver en BASSO, Maristela (2007). Propriedade Intelectual e Importação Paralela, Editora Atlas, 2011, p.36; BASSO, Maristela, "As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three step test)", en PIMENTA. Eduardo Salles, Direitos Autorais Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos, Revista dos Tribunais, 2007, p. 258 y RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42.
- 39 Traducción libre de esta investigadora del texto original en portugués.
- Ver em RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas y BASSO, Maristela, "Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para avaliação das limitações aos direitos autorais", en DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.), Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso, Juruá, vol. 2, 2008, pp. 180-181.
- 41 En ese sentido, RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42 y BASSO, Maristela, "As exceções e limitações aos direitos de autor..., op. cit., pp. 254-255.
- Para Rodrigues Júnior (2013), la "regla de los tres pasos" de los artículos 9.2 del Convenio de Berna y 13 de los ADPIC deben ser primariamente observada por los legisladores en el proceso de evaluación de la legitimidad de los proyectos de ley que contemplen la creación de nuevos supuestos de límites al derecho de autor. Asimismo, la regla puede ser utilizada

por el Poder Judiciario – y por los órganos gubernamentales de defensa de la competencia y por los tribunales administrativos encargados de examinar casos sobre propiedad intelectual. Ver en RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 41.

- 43 Traducción libre de esta investigadora del texto original en portugués.
- En BASSO, Maristela, "As exceções e limitações aos direitos de autor..., op. cit., p. 258 y BASSO, Maristela, Propriedade Intelectual..., op. cit., p. 36. En ese mismo sentido, RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 41. RODRIGUES JÚNIOR utiliza de la expresión "cláusula general de excepción de la propiedad intelectual" como sinónimo de "regla de los tres pasos". Según el jurista, la primera expresión presenta un carácter más técnico, mientras que la segunda consiste en una expresión más popular entre la doctrina.
- 45 Ver Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.015719-6, rel. Des. Liliane Roriz, de 24 de noviembre de 2009, DJ 01/12/2009 (Apelante: Soc. Bras. de Autores Teatrais SBAT. Apelado: Fundação Oswaldo Cruz).
- Dispone el citado límite: "Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: 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."
- 47 Idem, Fundamento Segundo. Traducción libre de esta investigadora del siguiente texto original: "(...) toda vez que um dos passos da regra dos três passos for infringido, pode-se

MARIA RITA NEIVA

concluir que o uso desautorizado da obra não está adequado à limitação estabelecida no art. 46 da LDA, não se incluindo em uma das modalidades de uso para fins de interesse público (fair use) e, por conseguinte, violando os direitos fundamentais dos autores de auferirem benefícios a partir de sua obra, na forma do disposto no art. 50, inciso XVII, da Constituição Federal".

- 48 En ese sentido, también lo entiende RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42.
- 49 En ese sentido RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42 y BORGES BARBOSA, Denis, Tratado da propriedade intelectual, vol. 3, Lumen Juris, 2010, pp. 1950 y ss.
- 50 Ver RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42.
- 51 Ver Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 964404, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 15 de marzo de 2011 (Recorrente: Mitra Arquidiocesana de Vitória. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD).
- 52 Idem, Voto del Relator Min. Paulo Tarso Sanseverino, p. 5.
- 53 La aplicabilidad directa de la "regla de los tres pasos" ha sido reiterada en otra decisión del Superior Tribunal de Justiça STJ en un supuesto de hecho muy parecido a lo analizado por el caso en cuestión. En ese caso, el tribunal entendió que un evento sin fines lucrativos, con entrada gratuita y finalidad exclusivamente religiosa, consistía en situación que no entraba en conflicto con la explotación

normal de la obra, bien como no perjudicaba injustificadamente a los legítimos intereses de los autores, pues no se trataba de un evento de grandes proporciones. Muy al revés, se trataba de un evento de naturaleza familiar. De ese modo, el STJ ha entendido que el caso concreto no violaba a la "regla de los tres pasos", se encuadrando en el límite previsto en el art. 46, VI de la LDA. Ver Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.320.007 - SE (2012/0082234-4), rel. Min. Nancy Andrighi, de 04 de junio de 2013 (Recorrente: Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil Aracajú. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD). En ese mismo sentido ver dos juzgados más recientes del STJ y en línea con los casos anteriores: (i) Superior Tribunal de Justiça STJ. Recurso especial nº Nº 1.746.739 - SP. Recorrente: ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. Recorrido: FREDERICO GEORGE BARROS DAY. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 31 de agosto de 2020 e (ii) Superior Tribunal de Justiça STJ. Recurso especial nº Nº 1320007 SE 2012/0082234-4. Recorrente: CENTRO DE TREINAMENTO BÍBLICO RHEMA BRASIL ARACAJÚ. Recorrido: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 4 de junho de 2013.

54 Ese cambio de entendimiento ha sido, incluso, destacado por otro magistrado del STJ, Ministro Massami Uyeda, en su voto en la misma decisión. De acuerdo con el Ministro: " (...) a angulação pela qual o eminente Relator dá o enfoque à matéria, inclusive trazendo a Convenção de Berna, que tem eficácia dentro do território nacional, mostra que essa questão determina a colidência dos princípios constitucionais. É um tema bem atual. Aliás, a evolução da jurisprudência e a própria doutrina está caminhando nesse sentido de que, no final, tudo se trata da ponderação, do equilíbrio na aplicação

MARIA RITA NEIVA

desses princípios. Tudo se resume a princípios, como naquele caso anterior que fiz do direito fundamental à intimidade e o direito à própria vida, uma colidência de princípios. Então, neste caso também, saúdo o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que dá uma nova visão, permite um estudo, um aperfeiçoamento das posições. Tínhamos, até agora, uma posição muito rígida, que vinha da decisão da Corte Especial, e aquilo resistiu por algum tempo. Com essa renovação que se faz, dos quadros dos Ministros, é natural essa mudança de observação.". Ver en Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 964404, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 15 de marzo de 2011.

El nuevo posicionamiento adoptado en esta decisión del STJ de que la LDA contempla un rol ejemplificativo de limitaciones ha sido utilizado por otros tribunales estaduales de Brasil. En ese sentido ver en: (i) Tribunal de Justiça do Espírito Santo - TJES, Apelação Cível nº 24070157714, de 2 de junio de 2011; (ii) Tribunal de Jusricia de Santa Catarina - TJSC, Apelação Cível nº 2008.054027-8, de 21 de julio de 2011; (iii) Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, Apelação Cível nº 2010.076442-8, de 15 de febrero de 2012; (iv) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0225705-28. 2011.8. 19.0001, de 4 de diciembre de 2012; (v) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Embargos de Declaração Cível nº 1038478-76.2015.8.26.0053/50000. Embargante: Empresa Folha da Manhã S/A. Embargado: Estado de São Paulo. Relator: Des. Rômolo Russo, 22 de setembro de 2020; (vi) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0016435-75.2009.8.26.0053. Apelantes: Editora Nova Fronteira S/A e Vilma Guimarães Rosa. Apeladas: Universidade de São Paulo - USP e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

- IMESP. Relatora: Des. Maria Salete Corrêa Dias, 23 de julho de 2018, (vii) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Embargos de Declaração nº 2222820-73.2015.8.26.0000/50000. Embargante: Empresa Folha da Manhã S/A. Embargado: Estado de São Paulo. Relator: Des. Rômulo Russo, 24 de julho de 2017.

56 Asimismo, existen decisiones que además de no aclarar el alcance de los pasos de la regla, mal interpretan su papel y finalidad, tratándola como sinónimo de la doctrina del fair use. En ese sentido ver reciente decisión del STJ que, al referirse a la "regla de los tres pasos" prevista en el art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 de los ADPIC, ha afirmado que: "Tais dispositivos 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.". En Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recusro Especial nº 1.217.567 - SP (2010/0185114-4), rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 07 de mayo de 2013 (Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido:SIGEM Sistema Globo de Edições Musicais LTDA).

57 Para un análisis de la "regla de los tres pasos" en el contexto jurídico español ver tesis doctoral de esta autora, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645>.

58 El carácter restrictivo del citado art. 13 de los ADPIC es aún más evidente en su versión en portugués que ha sido incorporada al derecho brasileño y que dispone: "Art. 13 – Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados

LA REGLA DE LOS TRES PASOS: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

MARIA RITA NEIVA

casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificadamente os intersses legítimos do titular do direito" [Énfasis mío].

TRADUÇÃO

Os artilheiros que estão faltando no time da inteligência artificial: Big Data, o direito fundamental à pesquisa, e as (insuficientes) limitações para mineração de textos e dados na Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital.

Christophe Geiger

cgeiger@luiss.it

Professor de direito da Universidade Luiss Guido Carli, em Roma. OS ARTILHEIROS QUE ESTÃO FALTANDO NO TIME DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: BIG DATA, O DIREITO FUNDAMENTAL À PESQUISA...

CHRISTOPHE GEIGER

Os artilheiros que estão faltando no time da inteligência artificial: Big Data, o direito fundamental à pesquisa, e as (insuficientes) limitações para mineração de textos e dados na Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital.

Palavras-chave

direitos autorais inteligência artificial "big data" direito à pesquisa limitações à mineração de textos e de dados

Resumo

Este artigo propõe que as recentes estratégias da União Europeia no campo da Inteligência Artificial (IA) se assemelham a um time de futebol que não dispõe de um artilheiro para vencer qualquer uma das competições com outras jurisdições que possuem limitações mais flexíveis aos direitos autorais, em particular aquelas que permitem uma robusta mineração de textos e dados (TDM). Analisam-se aqui as limitações de TDM recentemente introduzidas na legislação europeia em direitos autorais pela diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, de modo a demonstrar que essas disposições não apenas falham ao levar em conta o direito à pesquisa alicerçado no direito fundamental à informação, como também não permitirão que a União Europeia crie um ambiente competitivo para o desenvolvimento de inovações em IA e aquelas intensivas em dados. O artigo conclui pela necessidade de uma revisão imediata da estrutura dos direitos de autor para as atividades de TDM na UE e, no plano internacional, da implementação da diretiva pelos Estados-Membros que esteja em conformidade com o arcabouço dos direitos fundamentais da UE e com o objetivo estabelecido pelos legisladores europeus.

CHRISTOPHE GEIGER

Em 19 de fevereiro de 2020, a Comissão Europeia anunciou uma ambiciosa estratégia digital para a União Europeia, definindo, em duas comunicações, os objetivos a serem atingidos – uma sobre o futuro digital da Europa¹ e outra sobre dados², ambos complementados pelo White Paper sobre inteligência artificial3. Ao ler estes documentos estratégicos, seria de se esperar que fosse finalmente elaborado um quadro jurídico sólido e ponderado para o ambiente digital e que as políticas da UE nesta área constituíssem, no futuro, mais do que uma simples colcha de retalhos de interesses setoriais. Com efeito, no que diz respeito à revolução que a tecnologia digital trouxe a muitos setores da UE, lê-se:

Esta profunda transformação da sociedade apela a uma reflexão de fundo a todos os níveis sobre a melhor forma de a Europa responder a estes riscos e desafios. As dificuldades serão enormes, mas a Europa dispõe, inquestionavelmente, dos meios necessários para concretizar um futuro digital melhor para todos.⁴

Ou: "Criar uma Europa preparada para a era digital é um quebra-cabeças complexo, cujas diversas peças estão interligadas; tal como em qualquer quebra-cabeças, só é possível ter uma visão do conjunto uma vez inseridas todas as peças"⁵. A vontade de finalmente modernizar e adaptar o quadro jurídico da propriedade intelectual (PI) aos desafios colocados pelo ambiente digital foi reiterada no plano de ação da Comissão Europeia sobre a PI, publicado no final de novembro de 2020, onde se destacou que:

A revolução tecnológica – a economia e a sociedade dos dados, a transição para a inteligência artificial (IA), a importância crescente das novas tecnologias como

a tecnologia das cadeias de blocos, a impressão 3D e a Internet das Coisas, bem como o desenvolvimento de novos modelos de negócios como a economia das plataformas e a economia de dados e a economia circular – oferece uma janela de oportunidade única para modernizar a nossa abordagem de proteção dos nossos ativos incorpóreos. ⁶

Em resumo: uma reflexão horizontal sobre as questões digitais é desejada pela Comissão Europeia antes de se (re)definir as regras do jogo por meio de uma legislação adequada. No entanto, em um exame mais atento, nem no plano de ação proposto, nem na agenda de implementação para essas estratégias, aparece qualquer questionamento sobre os espaços livres deixados pela legislação em PI para permitir o desenvolvimento de um ecossistema digital equilibrado na UE7. A questão também foi totalmente ignorada pela Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União, publicada em 21 de Abril de 2021, apesar do fato de um dos principais objetivos propostos pela Comissão Europeia ser o de "garantir a segurança jurídica para facilitar os investimentos e a inovação no domínio da IA"8. A menos que a Comissão considere que a questão já foi resolvida, nomeadamente pela diretiva de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (Diretiva 2019/790)9, é difícil entender como uma reflexão horizontal sobre inovação digital pode ser conduzida sem incluir grande parte do direito digital, como o direito autoral (incluindo suas limitações e exceções) e a propriedade intelectual em geral¹⁰. Ainda pior, é provável que as soluções que foram adotadas anteriormente na Diretiva 2019/790 estejam

CHRISTOPHE GEIGER

em contradição direta com os objetivos agora apresentados, e que, como resultado, as muitas ambições recentemente apresentadas provavelmente permaneçam letra morta.

Muitos exemplos poderiam ser fornecidos, mas gostaríamos de destacar apenas um nesta contribuição: uma política proativa no campo da inteligência artificial e da inovação digital exige, sem dúvida, propor um quadro jurídico moderno que reconheça o risco de obstáculos ou proibições injustificados para o desenvolvimento da inteligência artificial na União Europeia¹¹. Nesse contexto, sabe-se que para permitir o aprendizado de máquina, essencial à inteligência artificial, é necessário ter exceções robustas para mineração de textos e dados para que a máquina possa reproduzir, armazenar e processar dados existentes e propor novas soluções12. A questão também é bastante atual no campo da saúde pública, porque é óbvio que grandes estoques de dados sobre a COVID-19 precisam ser processados e analisados em nível global para permitir o desenvolvimento de novos tratamentos¹³.

A mineração de textos e dados tornou-se, de fato, uma ferramenta fundamental para a pesquisa, seja aquela realizada por órgãos públicos ou por agentes privados¹⁴. Contudo, como foi argumentado por Bernt Hugenholtz e outros¹⁵, a solução proposta pela diretiva de 2019 é amplamente inadequada; é muito restritiva no que diz respeito às exceções para mineração de textos e dados. Assim, para usar uma analogia "futebolística", a estratégia de Inteligência Artificial da União Europeia pode se assemelhar a um time de futebol que ficaria sem atacantes para marcar gols com sucesso e vencer qualquer uma das competições com outras jurisdições que possam ter a vantagem de disposições legais mais flexíveis, que permitam atividades mais abrangentes de TDM.

Por que este é o caso? Voltemos rapidamente às duas exceções introduzidas na legislação europeia pela diretiva de 2019.

Em primeiro lugar, deve-se notar que a Comissão Europeia claramente não entendeu, no início, a importância das exceções de mineração de textos e dados para o desenvolvimento da inteligência artificial. É certo que a proposta de diretiva de 14 de setembro de 201616 previu uma exceção mandatória¹⁷, permitindo a mineração de textos e de dados, que não poderia ser afastada por contratos¹⁸. Contudo, foi limitada às "[...] reproduções e extrações efetuadas por organismos de investigação para a realização de prospecção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso lícito para efeitos de investigação científica"19. Essas organizações beneficiárias foram compreendidas de forma restritiva, uma vez que o Considerando 11 especificou que:

[...] os organismos de investigação dos Estados-Membros têm geralmente em comum o fato de agirem sem fins lucrativos ou no âmbito de uma missão de interesse público reconhecida pelo Estado. Esta missão de interesse público pode refletir-se, por exemplo, no financiamento público, em disposições da legislação nacional ou em contratos públicos²⁰.

Isso abrange apenas organizações de pesquisa e universidades públicas (ou aquelas que realizam uma missão de serviço público).

Mas o que dizer das importantes atividades de pesquisa conduzidas por *startups* que operam no ambiente digital, que são a fonte de importantes inovações, particularmente no domínio da inteligência artificial, e cujo potencial de crescimento foi fortemente visado na nova estratégia da Comissão?²¹ As *startups* não foram consideradas e, portanto, suas atividades de mineração de dados permanecem sujeitas aos direitos exclusivos. Em linhas semelhantes, o que dizer das parcerias público-privadas tão incentivadas na apresentação de candidaturas

CHRISTOPHE GEIGER

em concursos para a União Europeia? É certo que o considerando 10 afirma, de forma relativamente vaga, que "os organismos de investigação devem também beneficiar da exceção ao participarem em parcerias público-privadas", sem, contudo, explicar como isso funcionaria. Isso sem contar os pesquisadores individuais sem vínculo com uma instituição, cujas atividades também não são contempladas, e os jornalistas que, por definição, trabalham para estruturas privadas, que também não se beneficiarão da exceção.

Esta situação é altamente problemática em termos de direitos fundamentais e, em particular, no que diz respeito ao direito à pesquisa. De fato, o direito à pesquisa tem uma forte base nos direitos humanos e é protegido em âmbito internacional, europeu e nacional²². Baseado no direito à informação, inclui o direito ativo de buscar informações efetivas e objetivas por meio do uso de fontes existentes, o que implica na capacidade de utilizar legalmente, no ambiente digital, técnicas de mineração de textos e dados para a realização de pesquisas²³. Para os jornalistas, é de crucial importância, pois certas investigações só são possíveis hoje por meio da mineração, em larga escala, de textos e dados. A título de exemplo, há que se recordar do escândalo dos "Panama Papers", que evidenciou uma evasão fiscal em larga escala de políticos, bilionários, celebridades e desportistas de alto nível, e que só pôde ser revelado através da busca e mineração de informações e de técnicas de busca automatizada, de mais de um milhão de documentos bancários de offshores.

Ao restringir desta forma o escopo da exceção, a Comissão correu o risco de criar uma disposição ineficaz e, portanto, rapidamente obsoleta, notadamente no que diz respeito ao desenvolvimento da inteligência artificial, mas também quanto a outras atividades de investigação e inovação essenciais e que não são conduzidas por entidades públicas. Isso é especialmente verdadeiro porque a proposta de

diretiva só permitiu que organizações de pesquisa buscassem textos e dados "sobre obras ou outros assuntos aos quais tenham acesso legal para fins de pesquisa científica", o que parece excluir grande parte da pesquisa on-line, na medida em que a licitude das fontes permaneceria incerta²⁴.

Por todas estas razões, a proposta de diretiva foi alvo de muitas críticas durante a fase parlamentar²⁵, levando a mudanças em seu texto final²⁶. Como resultado, o círculo de beneficiários da exceção foi estendido às "Instituições responsáveis pelo patrimônio cultural", que, de acordo com o considerando 13 da diretiva, inclui, principalmente, bibliotecas, museus e arquivos²⁷. Além disso, foi incluída a possibilidade de armazenar obras para fins de busca e mineração, o que é importante porque pesquisa leva tempo: deve, portanto, ser possível voltar às obras em que os dados estão contidos sem ter que reproduzi-las todas as vezes. Por último, foi introduzida uma nova exceção no corpo da diretiva, em que "Os Estados-Membros devem prever uma exceção ou limitação aos direitos previstos [...] a fim de permitir a utilização digital de obras e outro material protegido..."28.

O objetivo da introdução de um novo dispositivo era claramente responder às críticas dirigidas ao texto inicial e permitir aos Estados-Membros prever uma exceção para os casos não abrangidos pelo artigo 3 da diretiva, nomeadamente para autorizar a mineração de textos e dados para entidades excluídas do escopo do artigo 3. Isso decorre claramente do considerando 18 da diretiva 2019/790, que afirma que:

[...] Para além da sua importância no contexto da investigação científica, as técnicas de prospecção de textos e dados são amplamente utilizadas, tanto pelas entidades públicas, como privadas para analisar grandes quantidades de dados em diferentes domínios da vida

CHRISTOPHE GEIGER

e para vários fins, nomeadamente para serviços públicos, decisões empresariais complexas e para o desenvolvimento de novas aplicações ou tecnologia.

Essa nova disposição seria um grande avanço se a exceção não tivesse sido acompanhada de um mecanismo de "opt-out", permitindo aos titulares de direitos reservar expressamente a utilização de obras "[...] de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha"²⁹. Ao condicionar a nova exceção à boa-fé dos titulares de direitos, corre-se o risco de inviabilizar esta exceção na prática, uma vez que a sua eficácia dependerá da implementação (ou não) do "opt-out"³⁰.

O objetivo do legislador foi o de levar em conta os interesses legítimos dos titulares de direitos e, em particular, dos produtores de bases de dados, também abrangidos pela exceção, que têm interesse em impedir a superexploração das suas bases de dados que seriam afetadas pela disposição³¹. No entanto, se a intenção fosse promover a pesquisa e, em particular, criar um arcabouço legal que estimulasse a inovação, seria possível sujeitar as atividades de mineração de textos e dados exploradas para fins comerciais a um direito à remuneração³². As incertezas criadas pela diretiva a esse respeito, que se repetirão na fase de transposição a nível nacional³³, podem conduzir a um grande atraso para a Europa no desenvolvimento de novas tecnologias e no campo da inteligência artificial³⁴, enquanto, em outros lugares, essas atividades com alto potencial de inovação possivelmente já estão cobertas por normas abertas, como o uso justo ("fair use")35, ou exceções mais flexíveis36. Isso sem mencionar o fato de que o legislador europeu também achou por bem especificar que o famoso teste dos três passos é aplicável às duas exceções recém-criadas³⁷, bem como o enigmático artigo 6(4) da

diretiva InfoSoc, de 2001³⁸, que, recorde-se, visa à resolução de conflitos entre usuários e titulares de direitos em caso de implementação de "medidas técnicas de proteção" (MTP), mas que ainda hoje permanece incerto na sua compreensão e aplicação³⁹. Por último, ainda que o escopo das exceções tenha sido ampliado, muitas questões pendentes no âmbito da proposta de diretiva permanecem, no texto final, por resolver, dando origem a uma grande insegurança jurídica sobre as atividades de mineração de textos e dados, correndo, assim, o risco de prejudicar a competitividade da União Europeia como espaço de pesquisa e de criatividade no cenário mundial⁴⁰.

Em suma, se a ambição da Comissão é propor uma política proativa que posicione a União Europeia na vanguarda da inovação digital e da inteligência artificial, receia-se que tal tarefa se revele simplesmente impossível se o debate sobre o alcance das exceções de mineração de textos e dados não for reaberto, com urgência, em um futuro muito próximo⁴¹. O impulso pode vir da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que recentemente abriu uma grande consulta sobre a propriedade intelectual e a inteligência artificial, incluindo o tema da mineração de textos e dados⁴². Nesse contexto, estudiosos convidaram a OMPI a assumir a liderança nessa área, por exemplo, por meio de uma proposta legislativa destinada a criar uma nova exceção aos direitos autorais no modelo do Tratado de Marrakesh⁴³. Fundamentalmente, isso só será possível se repensarmos o pressuposto subjacente e, ainda, amplamente aceito, de que apenas fortes direitos exclusivos podem servir à inovação e à criatividade, e reconhecendo que limitações e exceções podem, igualmente, desempenhar essa tarefa⁴⁴.

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022

PÁGINAS 135 A 148

OS ARTILHEIROS QUE ESTÃO FALTANDO NO TIME DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: BIG DATA, O DIREITO FUNDAMENTAL À PESQUISA... CHRISTOPHE GEIGER

Notas Finais

- 1 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Construir o futuro digital da Europa, COM/2020/67 final. Documento 52020DC0067. Disponível em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/db95106e-53ca-IIea-aece-0Iaa75ed7IaI>.
- 2 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma estratégia europeia para os dados, COM/2020/66 final. Documento 52020DC0066. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=PT.
- 3 Livro Branco sobre a inteligência artificial Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, Bruxelas, 19.2.2020 COM (2020) 65 final. Disponível em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957fi3-53c6-IIea-aece-0Iaa75ed7IaI>.
- 4 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Construir o futuro digital da Europa, *supra*, p. 1.
- 5 Ibid., p. 3.
- 6 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Tirar pleno partido do potencial de inovação da EU: Um plano de ação em matéria de propriedade intelectual para apoiar a recuperação e resiliência da EU, COM/2020/760

final. Documento 52020DC0760, p. 2 (destacamos). Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0760&from=PT.

- Para uma crítica inicial da falta de ambição do legislador da UE no campo dos direitos autorais, veja as reflexões fundamentais em: HUGENHOLTZ, P. Bernt (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*. Den Haag: Kluwer, 1996, em particular o capítulo do próprio editor, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, p. 81 et sq.
- 8 Proposta de Regulação do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Lei da inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União, COM/2021/206 final. Documento 52021PC0206, p. 3. Disponível em ">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e0649735-a372-IIeb-9585-0Iaa75ed7IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri-cellar:e06497IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://europa.eu/resource.html?uri-cellar:e06497IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://europa.eu/resource.html?uri-cellar:e06497IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://europa.eu/resource.html?uri-cellar:e06497IaI.0004.02/DOC_1&format=PDF>">https://europa.eu/resource.html?uri-cellar:e06497I
- Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125 (diretiva 2019/790). Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790. Para comentários, veja as várias opiniões desenvolvidas pela Sociedade Europeia de Direitos Autorais ("European Copyright Society"), em https://europeancopyrightsociety.org/.
- 10 Sobre a importância crucial das exceções e limitações no direito autoral europeu, em particular para a contínua inovação e da criatividade, ver, *i.e.*: HUGENTHOLTZ, P. Bernt, Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction ?, IFLA/IMPRIMATUR,

CHRISTOPHE GEIGER

Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance, Amsterdam, Oct. 1997, republicado em VAVER, David (ed.), Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law, v. 2, London: Routledge, 2006, p. 231; GEIGER, Christophe, Promoting Creativity through Copyright Limitations, Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, v. 12, Issue 3, 2010, p. 515; GEIGER, Christophe; SCHÖNHERR, Franciska, Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions, in: SYNODINOU, Tatiana-Eleni (ed.). Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012, p. 133, e as várias excelentes contribuições em: OKEDIJI, Ruth L. (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions. Cambridge: CUP, 2017.

IA na UE, veja o excelente relatório redigido por HUGENHOLTZ, P. Bernt; QUINTAIS, João Pedro; GERVAIS, Daniel para a Comissão Europeia: IViR and JIPP, Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework, Final Report, Sept. 2020, disponível em https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0, deixando de fora, contudo, do escopo da análise de "questões legais concernentes à inclusão do objeto de proteção aos sistemas de IA (e.g. para text-and-data mining)".

12 Ver HACKER, Philipp, A Legal Framework for AI Training Data, 13 Law, Innovation and Technology (2021, no prelo), demonstrando que "os dados de treinamento para a IA não desempenham apenas um papel fundamental no desenvolvimento de aplicações de IA, mas atualmente são capturados de forma inadequada pela UE"; KOP, Mauritz. The Right

to Process Data for Machine Learning Purposes in the EU, Harvard Journal of Law & Technology, v. 34, Digest, Spring 2021, p. 1. Sobre a importância da mineração de textos e dados para a inteligência artificial, veja, por exemplo,: GEIGER, Christophe. The Artificial Intelligence and Data-led Revolution of Copyright and its Wider Implications, Digital Encounters, relatório final, disponível em https://thinkfide.com/wp-content/ uploads/2021/01/Encounter_8_Report_Final.pdf>DU-CATO, Rosana; STROWEL, Alain. Limitations to text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility', IIC, v. 50, n. 6, 2019, p. 649; BINCTIN, Nicolas. TDM: un enjeu de l'intelligence artificielle, RIDA, n. 262, 2019, p. 7; CHIOU, Theodoros. Copyright lessons on Machine learning: what impact on algorithmic art? JIPITEC, n° 10, 2019, p. 398; BENSAMOUN, Alexandra; FARCHY, Joelle; SCHIRA, Paul-François. Intelligence artificielle et culture, relatório para a CSPLA, janeiro 2020, p. 54; GEIGER, Christophe; FROSIO, Giancarlo; Frosio; BULAYENKO, Oleksandr. Crafting a Text and Data Mining Exception for Machine Learning and Big Data in the Digital Single Market, in: SEUBA, Xavier; GEIGER, Christophe; PÉNIN, Julien (eds.). Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. Collection CEIPI/ICTSD, Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System: Geneva/Strasbourg, 2018, n. 5, p. 95.

13 Sobre a relação entre os dois tópicos, ver, em particular: HACKET, Teresa. COVID and Copyright: The Right to Research, 17 de Agosto de 2020, <www.eifl.net>; FLYNN, Sean; GEIGER, Christophe; QUINTAIS, Joao Pedro (com a colaboração de T. Margoni, M. Sag, L. Guibault, M. Carroll), Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action, EIPR, n. 7, 2020, p. 393. Ver também Statement

CHRISTOPHE GEIGER

on Copyright and Proposal of a Waiver from Certain Provisions of the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 (IP/C/W/669), 22 March 2021, endorsed by 250 organizations and prominent researchers calling for the reduction of copyright barriers to COVID-19 prevention, containment and treatment, disponível em http://infojustice.org/archives/43020>: "Em muitos países, os pesquisadores não têm os direitos necessários para usar as metodologias de pesquisa mais avançadas, como mineração de texto e dados, para ajudar a encontrar e desenvolver tratamentos para o COVID-19. De fato, o próprio vírus foi descoberto por um projeto de pesquisa de mineração de textos e dados que não seria legal em muitos países".

14 Ver o Considerando 8, da Diretiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, segundo o qual: "[...] há um reconhecimento generalizado de que a mineração de textos e dados pode, em particular, beneficiar a comunidade de pesquisa e, ao fazê-lo, apoiar a inovação". Ver também MARGONI, Thomas, Text and Data Mining in Intellectual Property Law: Towards an Autonomous Classification of Computational Legal Methods, CREATe, working paper 01/2020: "O impacto que a TDM pode ter na ciência, artes e humanidades é inestimável. Isso porque, ao identificar as correlações e padrões que muitas vezes estão ocultos aos olhos de um observador humano devido à quantidade, complexidade ou variedade de dados pesquisados, a TDM permite a descoberta de conceitos ou a formulação de correlações que, de outra forma, permaneceriam ocultos ou não descobertos. Considerando esse ponto de vista, pode-se argumentar efetivamente que a TDM cria um novo conhecimento a partir de dados antigos".

- 15 Para uma análise (crítica), ver também: HUGENHOLTZ, P. Bernt, The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog, 24 de Júlio de 2019, disponível em http://copyrightblog.kluwe- riplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directivetext-and-data-mining-articles-3-and-4/>; GEIGER, Christophe; FROSIO, Giancarlo; BULAYENKO, Oleksandr, Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU, in: SAIZ GARCÍA, Concepción; EVANGELIO LLORCA, Raquel (eds.). Propiedad intelectual y mercado único digital europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 27; KOP, supra, The Right to Process Data for Machine Learning Purposes in the EU, p. 7.
- 16 Veja a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital, COM/2016/0593 final 2016/0280 (COD). Disponível em ">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=PT>">https://eur-lex.europa.eu/lex.europa.eur
- O que, ao contrário da Diretiva de 2001, constitui uma melhora, considerando que a lista de 20 exceções e limitações *opcionais* possuía apenas um impacto limitado em termos de harmonização. Sobre essa questão, ver, por exemplo: GEIGER, Christophe; SCHÖNHERR, Franciska. The Information Society Directive (with updates from Stavroula Karapapa), *in*: STAMATOUDI, Irini; TORREMANS, Paul (eds.), *EU Copyright Law.* 2ª ed. Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2021, p. 279.
- De acordo com os Considerandos da proposta de diretiva, a exceção destinava-se a endereçar a grande insegurança jurídica relativa às atividades de mineração de textos e dados (Considerando 10), porque "a prospecção de textos e dados pode envolver atos protegidos por direitos de autor e/ou o direito sobre bases de dados sui generis, nomeadamente a

OS ARTILHEIROS QUE ESTÃO FALTANDO NO TIME DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: BIG DATA, O DIREITO FUNDAMENTAL À PESQUISA...

V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022 PÁGINAS 135 A 148 CHRISTOPHE GEIGER

reprodução de obras ou outro material protegido e/ou a extração do conteúdo de uma base de dados. Quando não existe qualquer exceção ou limitação aplicável, seria exigida aos titulares de direitos uma autorização para efetuar tais atos" (Considerando 8).

19 Art. 3, §1, da Proposta.

Ver também o art. 2 ("Definições") da 20 Proposta de Diretiva: "«Organismo de investigação», uma universidade, um instituto de investigação ou qualquer outro organismo cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou a realização de investigação científica e prestação de serviços de ensino: a) sem fins lucrativos ou por reinvestir a totalidade dos lucros na investigação científica; ou b) em conformidade com uma missão de interesse público reconhecida por um Estado-Membro". Ver também art. 2º, parágrafo 3º, segundo o qual uma «Instituição responsável pelo património cultural» significa "uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro".

21 Ver o Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, Bruxelas, 19.2.2020 COM (2020) 65 final, supra, p. 3, segundo o qual: "A Europa está numa boa posição para beneficiar do potencial da IA, não só como utilizador, mas também como criador e produtor desta tecnologia. A Europa tem excelentes centros de investigação, empresas em fase de arranque inovadoras, uma posição de liderança mundial em robótica e setores da indústria transformadora e de serviços competitivos, desde o setor automóvel aos cuidados de saúde, à energia, aos serviços financeiros e à agricultura" (destacamos).

22 GEIGER, Christophe; JÜTTE, Bernd Justin. Conceptualizing the Right to Research and its Implications for Copyright Law, An International and European perspective, American University International Law Review 2022, v. 38 (no prelo). Segundo o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (destacamos). Da mesma forma, o art. 19, n. 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, especifica que: "Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha" (destacamos). Na Europa, o direito à informação é derivado do art. 10(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Art. 11 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e é incluído em várias constituições nacionais, tais como o art. 5(1) da Lei Básica alemã, art. 16(3) da Constituição Federal da Suíça e Art. 11 da Declaração de Direitos Humanos francesa. Na UE, um "direito à pesquisa" pode também encontrar fundamento no Art. 13 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (liberdade das artes e das ciências), que estipula que "as artes e a pesquisa científica são livres. A liberdade acadêmica deverá ser respeitada". Ver, por exemplo, FLYNN; GEIGER; QUINTAIS, supra.

O direito à informação consiste em uma liberdade passiva de receber informações existentes e em um direito ativo de buscar informações efetivas e objetivas pelo uso de fontes existentes. Sobre o direito fundamental à informação, em particular no contexto da lei

CHRISTOPHE GEIGER

de direitos autorais, ver, com mais detalhes: GEIGER, Christophe. Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé, Paris: Litec, 2004; Author's Right, Copyright and the Public's Right to Information: A Complex Relationship, in: MACMILLAN, F. (ed.): New Directions in Copyright Law. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2007, v. 5, p. 24. E, é claro: HUGENHOLTZ, Bernt P. Auteursrecht op informatie. Deventer: Kluwer, 1989, iniciando a discussão sobre a interface entre o direito de autor e a liberdade de informação.

O requisito da "legalidade da fonte" pode ser encontrado, por exemplo, na exceção francesa de mineração de texto e dados introduzida no Código de Propriedade Intelectual pela lei "para uma república digital" de 7 de outubro de 2016 (Art. 122-5 10° do CPI, e para bases de dados, Art. L. 342-3, 5). Deve-se notar, no entanto, que a Alemanha, que também introduziu tal exceção em sua lei de direitos autorais em 2017, não acrescentou esse critério adicional (UrhG, par. 60d (I)).

25 Neste sentido, ver GEIGER, Christophe; FROSIO, Giancarlo; BULAYENKO, Oleksandr. The Exception for Text and Data Mining (TDM) in: the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects, Study for the Directorate-General for Internal Policies of the Union, Department of Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, February 2018. Para uma avaliação crítica da proposta de diretiva, ver também GEIGER, Christophe; FROSIO, Giancarlo; BULAYENKO, Oleksandr, Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data? IIC, v. 49, n. 7, 2018, p. 814, e dos mesmos autores: The EU Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations: A Good but Far Too Timid Step in the Right Direction, EIPR, v. 40, 2018, p. 4; European Copyright Society, General Opinion on the EU Copyright Reform Package, 24 January 2017, p. 5; HILTY, Reto M.; RICHTER, Heiko, in: HILTY, Reto M.; MOSCON, Valeria (eds.). Modernisation of the EU Copyright Rules, Position Statement, MPI for Innovation and Competition, Research Paper nº 17-12, p. 25 et sq; JONDET, Nicolas, L'exception pour le data mining dans le projet de directive sur le droit d'auteur - Pourquoi l'Union européenne doit aller plus loin que les législations des Etats membres, Propr. intell., n. 67, 2018, p. 25.

26 Para comentários sobre as disposições definitivas da diretiva, ver: GEIGER; FROSIO; BULAYENKO, Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU, p. 27; HUGENHOLTZ, P. Bernt, Artikelen 3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en datamining, AMI, n. 5, 2019, p. 167; DUCATO; STROWEL, Limitations to text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility', p. 649; ALLEAUME, Christophe. Les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique, Comm. com. électr., n. 10, 2019, p. 9; BERNAULT, Carine. Exceptions - Fouille de texte, Propr. intell., n. 72, 2019, p. 39; BALLET, L. L'exception TDM dans la directive droit d'auteur, une volonté européenne, Dalloz IP/IT, n. 5, 2019, p. 304.

O texto completo do considerando 13 é o seguinte: "O conceito de instituições responsáveis pelo património cultural deverá abranger as bibliotecas acessíveis ao público e os museus, independentemente do tipo de obras ou de outro material protegido que tenham nas suas coleções permanentes, bem como arquivos e instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro. O referido conceito deverá ainda incluir, nomeadamente, as bibliotecas nacionais e os arquivos nacionais, bem como estabelecimentos de ensino, organismos

CHRISTOPHE GEIGER

de investigação e de radiodifusão do setor público, no que diz respeito aos seus arquivos e bibliotecas acessíveis ao público".

- 28 Art. 4.
- 29 Art. 4(3). No entanto, não fica claro quais são essas ferramentas "apropriadas" para exercer o *opt-out*: tecnológicas, contratuais ou ambas?
- 30 Algumas obras estarão disponíveis para pesquisa, outras não. Na verdade, é muito provável que os beneficiários, geralmente hostis a essa nova exceção, usem sistematicamente o "opt-out" padrão para impedir a sua implementação.
- 31 Isso é destacado por BINCTIN, TDM: un enjeu de l'intelligence artificielle, *supra*, p. 7.
- 32 Ver, nesse sentido: GEIGER; FROSIO; BULAYENKO, Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?, p. 838. A questão da remuneração é particularmente discutida no campo do aprendizado de máquina, que exige que a máquina reproduza e armazene um grande conjunto de obras potencialmente protegidas por direitos autorais para produzir resultados valiosos. Como a liberação de direitos traria uma enorme insegurança jurídica devido à grande quantidade de obras em jogo e, portanto, custos de transação muito altos, um direito de remuneração previsto em lei poderia facilitar o desenvolvimento do aprendizado de máquina e permitir a remuneração dos criadores, quando apropriada (por exemplo, quando a IA está produzindo uma obra derivada em um contexto comercial). Nesse sentido, ver: KOP, The Right to Process Data for Machine Learning Purposes in the EU, supra, p.7, propondo "a criação de um ambiente "one-stop shop" de liberação de direitos online, com o licenciamento

obrigatório ou estatutário para conjuntos de dados de treinamento de aprendizado de máquina semelhantes a uma agência de direitos coletivos multiterritorial e paneuropeia". De uma forma mais geral, escrevendo sobre os direitos de remuneração estatutários como uma solução de compromisso viável no ambiente digital, ver: GEIGER, Christophe; BULAYENKO, Oleksandr, Creating Statutory Remuneration Rights in Copyright law: What Policy Options under the International Framework? *CEIPI Research Paper*, nº 2020-05. Disponível em <SSRN: https://ssrn.com/abstract=3722108>.

- 33 Ver também: DUSOLLIER, Séverine. The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and overall a failed ambition, *Common Market Law Review*, v. 57, nº 4, 2020, p. 987: "A exceção para TDM para fins não relacionados à pesquisa é, portanto, bastante precária e é subserviente à sua proibição pelos titulares de direitos".
- 34 Ver também, nesse sentido: DUCATO; STROWEL, Limitations to text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility, *supra*, p. 649 *et sq.*: "Nem a proposta inicial da Comissão Europeia com foco no contexto de pesquisa, nem as disposições finais da Diretiva "CDSM" parecem suficientes para facilitar o uso da TDM para melhorar a divulgação inteligente e, mais amplamente, para aplicativos de IA".
- Ver, nesse sentido, SAG, Matthew. The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning, Journal of the Copyright Society of the USA, v. 66, 2019, p. 291; CARROL, Michael. Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful, U.C. Davis L. Rev., v. 53, 2019, p. 893; GEIGER; FROSIO; BULAYENKO, Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU

CHRISTOPHE GEIGER

Ready for an Age of Big Data? p. 821. Como corretamente dispõe Bernt Hugenholtz (em: The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), supra: "as disposições de TDM da Diretiva "CDSM" garantem consideravelmente menos liberdade para a mineração de textos e dados do que inicialmente parecem fazer crer. A cláusula "opt-out" do art. 4, em particular, deixa os mineradores com fins lucrativos na UE à mercê dos proprietários de conteúdo. Isso coloca desenvolvedores de IA, jornalistas, laboratórios de pesquisa comerciais e outros inovadores em desvantagem competitiva em comparação com os Estados Unidos, onde a mineração de textos e dados é considerada um uso justo, mesmo que feita com fins lucrativos".

Ver, nesse sentido: SENFTLEBEN, 36 Martin et al., Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market: The Need for Copyright Data Improvement in the Light of New Technologies (12 Feb. 2021), disponível em <https://ssrn.com/abstract=3785272>; DREXL, Josef; HILTY, Reto et al. Artificial Intelligence and Intellectual Property Law, Position Statement of the MPI for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Research Paper nº 21-10, p. 3. O Japão, por exemplo, introduziu em 2019 uma nova exceção que permite de forma abrangente o uso de uma obra que não visa a desfrutar nem fazer com que outra pessoa desfrute da obra (art. 30-4, da Lei de Direitos Autorais Japonesa), que inclui o uso de obras protegidas por direitos autorais para atividades de mineração de textos e dados também para fins comerciais. Sobre esta disposição, ver: UENO, Tatsuhiro. The Flexible Copyright Exception for 'Non-Enjoyment' Purposes Recent Amendment in Japan and Its Implication, GRUR Int., v. 70, 2021, p. 145.

37 Sobre a (ainda) incerta intepretação da regra dos três passos, ver, *i.e.*: GEIGER, Christophe. From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test, *EIPR*, v. 29, 2007, p. 486.

38 Ver o art. 7, parágrafo 2º, da Diretiva 2019/790, que estabelece: "O artigo 5.0, no 5, da Diretiva 2001/29/CE é aplicável às exceções e limitações previstas no presente título. O artigo 6.0, no 4, primeiro, terceiro e quinto parágrafos, da Diretiva 2001/29/CE é aplicável aos artigos 3.0 a 6.0, da presente diretiva".

39 Sobre esse artigo, ver, por exemplo: GEIGER, Christophe. The Answer to the Machine should not be the Machine, Safeguarding the Private Copy Exception in the Digital Environment, EIPR, v. 30, 2008, p. 121, respondendo à CLARK, Charles, The Answer to the Machine is in the Machine, in: HUGENHOLTZ, B.P (ed.). The Future of Copyright in a Digital Environment, p. 139; HUGENHOLTZ, P. Bernt. Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain, Brook. J. Int'l L., v. 26, 2000, p. 83.

40 GEIGER, Christophe; JÜTTE, Bernd Justin. The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law, in: PIHLAJARINNE, Taina; MÄHÖNEN, Jukka; UPRETI, Pratyush (eds.). Rethinking the Role of Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice. Edward Elgar, 2022. Ver, em especial, a condição de a fonte ser legal, que foi mantida (Art. 3(I) e Art. 4(I)), bem como as incertezas quanto às atividades de TDM em parcerias público/ privadas, embora fortemente incentivadas pela União Europeia em sua política de pesquisa. A este respeito, o considerando 11 da diretiva permanece bastante vago: "[...] Embora

CHRISTOPHE GEIGER

os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural devam continuar a beneficiar dessa exceção, deverão também poder contar com os seus parceiros privados para proceder à prospecção de textos e dados, inclusive através do recurso às suas ferramentas tecnológicas". Isso significa que haverá extensão da exceção ao operador privado no caso de contrato de pesquisa com órgão público? (Ver, neste sentido, BINCTIN, TDM: un enjeu de l'intelligence artificielle, supra, p. 23). Isso permanece obscuro; é muito provável que tenhamos de esperar por uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) para especificar os contornos exatos da exceção. Enquanto isso, a incerteza persistirá, arriscando aumentar ainda mais a distância entre a UE e outras regiões do mundo em inovação e pesquisa digital. Criticando essa incerteza, ver também: DUCATO, Rosanna; STROWEL, Alain. Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues with the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out, *EIPR*, v. 43, 2021, p. 322 et sq.

41 Entretanto, espera-se que os legisladores nacionais aproveitem ao máximo a margem de manobra deixada pela diretiva na sua transposição. Eles podem, por exemplo, implementar o "opt out" de uma maneira que proteja a eficácia da exceção. Para esse fim, os Estados Membros podem interpretar o "expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada" de maneira muito restritiva (impondo, por exemplo, algumas formalidades aos titulares de direitos sobre a reserva, como requisito de registro etc.), tornando insuficiente a mera implementação de Medidas Técnicas de Proteção (TPM) para a reserva da obra. Alternativamente, a "adequação" do "opt-out" pode incluir um elemento de "razoabilidade" da reserva. Por fim, uma interpretação restritiva da possibilidade de "opt-out" poderia ser exigida pelo "effet utile" do dispositivo e pela

necessidade de interpretá-lo à luz do direito fundamental à informação, protegido pelo art. 10, da (CEDH).

- 42 WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), May 2I, 2020, 2nd session, WIPO/IP/AI/2/GE/20/I REV, para. 24, levantando a seguinte pergunta fundamental: "O uso dos dados que subsistem em obras de direitos autorais sem autorização para aprendizado de máquina constitui uma violação de direitos autorais?" (§24, i).
- 43 Ver FLYNN; GEIGER; QUINTAIS et al., Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action, *supra*.
- 44 Ver, por exemplo: GEIGER, Christophe, Copyright as an Access Right, Securing Cultural Participation through the Protection of Creators' Interests, in: GIBLIN, Rebecca; WEATHERALL, Kim G. (eds.). What if we could reimagine copyright? Acton: Australian National University (ANU) Press, 2016, p. 73 et sq.; Taking the Right to Culture Seriously: Time to Rethink Copyright Law, in: GEIGER, Ch. (ed.), Intellectual Property and Access to Science and Culture: Convergence or Conflict?, CEIPI/ ICTSD publication series on "Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System", nº 3, Geneva/Strasbourg, 2016, p. 90; Promoting Creativity through Copyright Limitations, Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law, supra.

PRODUÇÃO ARTÍSTICA

300 grau e 300 Grau: em negatividade colapsada

Amanda Mogwai

amandamogwai@proton.me

Artista da dança. Investiga processos de alteridade e contaminação da informação transformada em corpo se valendo também de um dizer fotográfico.

AMANDA MOGWAI

300 grau

Técnica

Fotografias de celular com pontual intervenção digital

Ano

2020

Local

Taboão da Serra

Dimensão

640 x 1136 px

Resumo

300 Grau é fazer fotográfico que persiste em pensar no modo como a classe, cor, gênero e sexualidade implicam nas dimensões de experiência com o ciberespaço entendendo que, a internet pode ser organizada para combater desigualdades sociais e impulsionar direitos humanos. Neste sentido, relembra que a internet pode acelerar os processos de familiarização das pessoas consigo mesmas fortalecendo e gestando movimentos de defesa às diferenças e ao coletivo, apoiando a autonomia e propriedade de salvaguardarem o que deve ser salvaguardado, motivando vínculos pulsantes de vida. Políticas públicas, educação para internet e democratização da informação são imperativos para preparar a sociedade aos processos de alteridades necessários. A artista explora temperaturas de cor da sua pele em contato com a lente da câmera do celular mantendo o "Erro de imagem" gerado pelo próprio aparelho enquanto tentava fazer uma foto da tela do computador, e, investiga de que modo a repetição pode ser usada para acessar lugares que acordem outras formas de estar no mundo virtual articulando os fazeres fotográficos a um cronograma de postagens em looping nos stories de seu Instagram.

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

AMANDA MOGWAI





Descrição da imagem I: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Fundo de imagem amarelo. No canto lateral direito, intensidades de amarelo, laranja e vermelho.

Descrição da imagem 2: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. No fundo, mancha preta encosta no retângulo. No canto superior, inferior e lateral esquerda intensidades de amarelo, laranja e vermelho.

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

AMANDA MOGWAI





Descrição da imagem 3: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Fundo com intensidades de vermelho e laranja.

Descrição da imagem 4: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Fundo branco com intensidades de cinza.

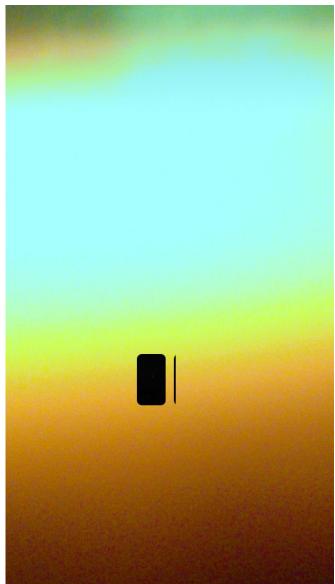
V. 3 / N. 2 / DEZEMBRO DE 2022

PÁGINAS 149 A 158

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

EGATIVIDADE COLAPSADA AMANDA MOGWAI





Descrição da imagem 5: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Um quadrado vermelho com borda lateral esquerda, direita e superior se desfragmenta atrás do retângulo. O fundo da imagem tem intensidades de vermelho.

Descrição da imagem 6: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor preta com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Metade do fundo em direção ao canto inferior tem intensidades de laranja e amarelo. Metade do fundo em direção ao canto superior tem uma intensidade de verde piscina.

AMANDA MOGWAI

300 Grau: em negatividade colapsada

Técnica

Fotografias de celular com pontual intervenção digital

Ano

2022

Local

Taboão da Serra

Dimensão

640 x 1136 px

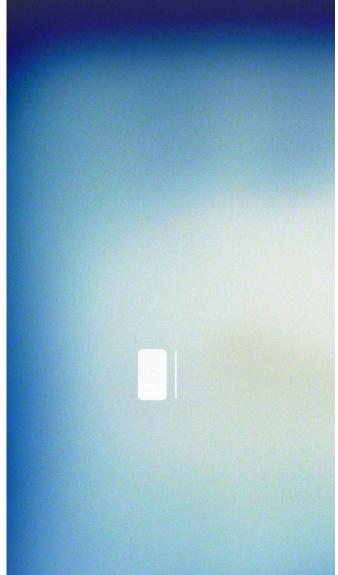
Resumo

300 Grau: em negatividade colapsada é fazer fotográfico que persiste em pensar no modo como classe, cor, gênero e sexualidade implicam nas dimensões de experiência com o ciberespaço entendendo que, a internet pode ser organizada para combater desigualdades sociais e impulsionar direitos humanos dando continuidade ao trabalho "300 grau" de 2020. Retomando este trabalho, a artista explora temperaturas de cor da sua pele em contato com a lente da câmera do celular mantendo o "erro de imagem" gerado pelo próprio aparelho enquanto tentava fazer uma foto da tela do computador transformando-as em negativo. Elabora a partir disso uma investigação fotográfica que vai de encontro ao reconhecimento da importância de uma internet libertadora que possa preparar as pessoas para processos de alteridades, às fricções na realidade cotidiana que façam coisas outras acontecerem, e às insurreições revolucionárias a fim de fomentar as discussões já abertas no campo do sensível sobre o modo como nos relacionamos coletivamente e compreendemos o que colocamos no mundo atráves da internet sem ignorar a maneira como é estruturada.

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

AMANDA MOGWAI



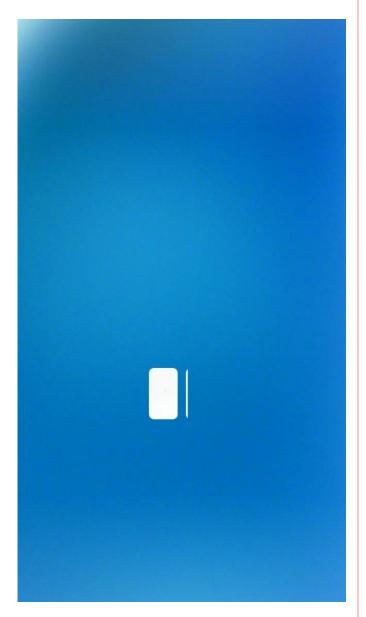


Descrição da imagem 7: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. Fundo da imagem é azul. No canto lateral direito, uma névoa branca.

Descrição da imagem 8: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. No fundo, mancha branca encosta no retângulo. No canto superior da lateral esquerda, intensidades de azul.

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

AMANDA MOGWAI



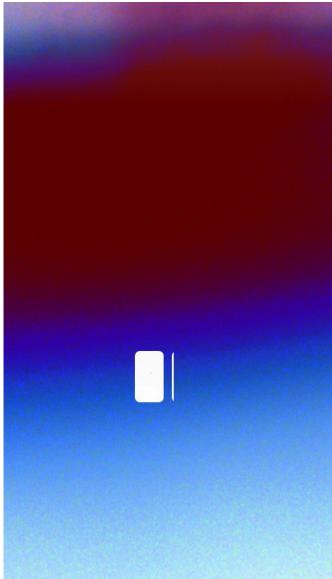


Descrição da imagem 9: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. O fundo da imagem é azul com canto da borda esquerda superior branca.

Descrição da imagem 10: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. O fundo da imagem tem intensidades de cinza. No canto superior da lateral direita, mancha preta.

AMANDA MOGWAI



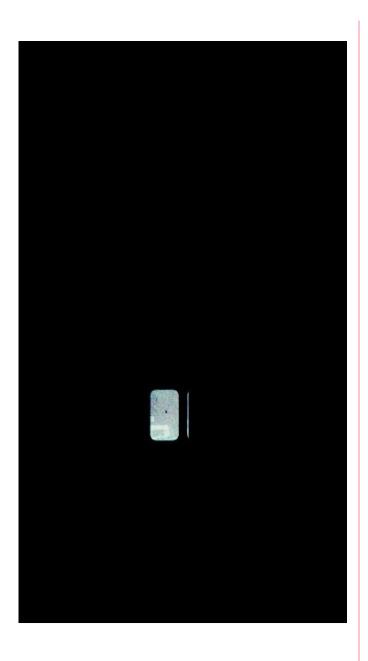


Descrição da imagem II: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. O fundo da imagem é azul piscina com canto da borda esquerda superior branca.

Descrição da imagem 12: um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo. No fundo, mancha preta com tons vermelhos perto do retângulo. Do centro ao canto inferior, intensidades de azul.

300 GRAU E 300 GRAU: EM NEGATIVIDADE COLAPSADA

AMANDA MOGWAI



Descrição da imagem 13: imagem com fundo preto. Um pouco abaixo do centro, retângulo pequeno na vertical de cor branca com cantos arredondados. Ao lado, uma linha de espessura fina do mesmo tamanho, cor e pontas arredondadas do retângulo.

internet& sociedade intcrnet& socicdade internet& sociedade internct& sociedade internet& sociedade internet& sociedade internet& sociedade internet& sociedade