

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Luciana Pedott Romanenco

ANÁLISE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR DE
OBRAS FOTOGRÁFICAS PREVISTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DAS EVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS

Porto Alegre

2020

Luciana Pedott Romanenco

ANÁLISE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR DE
OBRAS FOTOGRÁFICAS PREVISTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DAS EVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody.

Porto Alegre

2020

Luciana Pedott Romanenco

ANÁLISE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR DE
OBRAS FOTOGRÁFICAS PREVISTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DAS EVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais na
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert
Ody.

Aprovada em 20 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
(Orientadora)

Professora Doutora Kelly Lissandra Bruch

Professor Doutor Rafael de Freitas Valle Dresch

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, especialmente aos meus pais - Simone e Odemir - e à minha irmã - Camila - pelo amor e apoio incondicionais. Só pude chegar até aqui por causa de vocês.

Agradeço à minha orientadora, Professora Lisiane Feiten Wingert Ody, pela dedicação, apoio e inspiração mesmo diante dos desafios encontrados ao longo deste ano.

Ao Pivotal - Ana Paula, Caroline, Catherine, Fabiane, Giovana, Luíza, Pedro e Sofia -, obrigada pelos cafés, conversas e materiais compartilhados. A amizade de vocês me manteve sã e me permitiu crescer mais do que jamais imaginei que pudesse.

Aos colegas com quem estagiei na 17ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, no 4º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, na Procuradoria Regional da República da 4ª Região e na 18ª Promotoria de Justiça Criminal de Porto Alegre, em especial àquelas que viraram amigas - Cristiane, Francine, Júlia e Lauren -, agradeço pelos conhecimentos jurídicos compartilhados e pelo crescimento pessoal e profissional que me proporcionaram.

RESUMO

A evolução das tecnologias, evidenciada, principalmente, pelo surgimento de aparelhos eletrônicos ultramodernos e pelo surgimento da rede mundial de computadores, mudou significativamente o modo de criação das obras fotográficas, o seu papel na sociedade e a interação estabelecida entre os indivíduos e essa criação intelectual. No direito brasileiro, a entrada em vigor da Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) é contemporânea ao início das transformações acima referidas, de forma que este trabalho tem por fim perquirir até que ponto os mecanismos de proteção de direito autoral previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro são eficientes à adequada tutela das obras fotográficas no contexto das mudanças tecnológicas vivenciadas pela sociedade. Assim, verificou-se a ineficácia parcial das disposições da lei no contexto da sociedade contemporânea, porquanto rígida a legislação em razão do contexto em que elaborada, resultando, então, em especial desproteção às obras fotográficas no ambiente virtual. Conquanto a reforma legislativa seja uma solução a longo prazo, parece ser ela, em conjunto com as licenças públicas de uso, em observância à maleabilidade do instituto jurídico norte-americano do *fair use* e em análise crítica à Diretiva (UE) 2019/790, o caminho a ser percorrido para a construção de um aparato jurídico coeso capaz de servir melhor à questão da proteção das obras fotográficas na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direito Autoral; Lei de Direitos Autorais; Obras Fotográficas; Evoluções Tecnológicas.

ABSTRACT

The technological evolution, mainly evidenced by the development of ultramodern electronic devices and by the development of the internet, has significantly changed the way in which photographic works are created, their role in society and human beings' interaction with this intellectual creation. In Brazil, the entry into force of Act 9.610/1998 (Brazilian Copyright Act) is contemporary to the beginning of the aforementioned transformations, thus this work aims to investigate to what extent the mechanisms of copyright protection provided by the Brazilian legal system are efficient for the adequate protection of photographic works in the context of technological evolutions experienced by society. Thus, given the rigidity of the Brazilian Copyright Act, due to the context in which it was drafted, it was found that the provisions of the law are partially ineffective in contemporary society, resulting, therefore, in a special lack of protection for photographic works in the virtual environment. While legislative reform is a long-term solution, it appears to be it, along with public copyright licenses, in compliance with the malleability of the fair use doctrine and in a critical analysis of Directive (EU) 2019/790, the path to be followed for the construction of a cohesive legal apparatus capable of better serving the issue of the protection of photographic works in contemporary society.

Keywords: Copyright Law; Brazilian Copyright Act; Photography; Technological Evolution.

RÉSUMÉ

L'évolution des technologies, notamment l'émergence d'appareils électroniques ultramodernes et l'émergence du *World Wide Web*, a considérablement changé la manière dont les œuvres photographiques sont créées, leur rôle dans la société, et l'interaction établie entre les individus et cette création intellectuelle. En droit brésilien, l'entrée en vigueur de la loi 9.610/1998 (loi brésilienne sur les droits d'auteur) est contemporaine du début des transformations susmentionnées, de sorte que ce travail vise à examiner dans quelle mesure les mécanismes de protection des droits d'auteur prévus par le système juridique brésilien sont efficaces pour la protection adéquate des œuvres photographiques dans le contexte des évolutions technologiques vécues par la société. Ainsi, il a été vérifié l'inefficacité partielle des dispositions de la loi dans le contexte de la société contemporaine, car la législation est rigide en raison du contexte dans lequel elle a été rédigée, ce qui se traduit donc par un manque de protection des œuvres photographiques dans l'environnement virtuel. Bien que la réforme législative soit une solution à long terme, il semble que son implémentation, avec les licences publiques de droit d'auteur, conformément à la malléabilité de l'institut juridique nord-américain du fair use et dans une analyse critique de la Directive (UE) 2019/790, soit la voie à suivre pour la construction d'un appareil juridique cohérent capable de mieux servir à la question de la protection des œuvres photographiques dans la société contemporaine.

Mots-clés: Droits d'auteur; Loi brésilienne sur les droits d'auteur; Photographie; Evolution Technologique.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LDA - Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS DIREITOS DE AUTOR DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	17
2.1 A FOTOGRAFIA ENQUANTO OBJETO TUTELADO PELO DIREITO DE AUTOR	17
2.2 OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO À OBRA FOTOGRÁFICA PREVISTOS PELO DIREITO DE AUTOR BRASILEIRO	29
3 AS IMPLICAÇÕES DA PROTEÇÃO DADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AOS DIREITOS DE AUTOR DE OBRAS FOTOGRÁFICAS EM FACE DAS EVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS	39
3.1 DESAFIOS À PROTEÇÃO DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NA ERA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO	39
3.2 ALTERNATIVAS À PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	47
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
ANEXO A - ARTIGO 17º DA DIRETIVA (UE) 2019/790 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE ABRIL DE 2019	73

1 INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual é o ramo do direito que cuida das relações estabelecidas entre a pessoa humana e os produtos do seu intelecto, podendo esses serem voltados à satisfação das necessidades subjetivas do ser humano ou à satisfação das suas necessidades materiais.¹ Nesse sentido, é o ramo responsável pela tutela dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas, às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.²

O extenso rol de criações passíveis de tutela pela propriedade intelectual dá origem a três sistemas jurídicos especiais para regê-las, baseados nas diferentes necessidades de proteção exigidas por cada uma das expressões acima nominadas, na medida em que se indaga se a exclusividade conferida pelo direito deve ser mais ou menos duradoura em razão do interesse da sociedade no seu aproveitamento,³ sendo eles: a) o do Direito Autoral, que abrange os direitos de autor, os direitos conexos e os programas de computador; b) o da Propriedade Industrial, referente às criações utilitárias e aos sinais distintivos; e c) o da Proteção *Sui Generis*, que abrange o conhecimento tradicional, a proteção de cultivares e a topografia de circuito integrado.⁴

Quanto ao direito de autor, em que pese a sua previsão jurídica sistematizada seja um acontecimento recente, que se deu por meio da consolidação do aparato de regras previsto na Convenção de Berna de 1886,⁵ é possível afirmar que, com a invenção da escrita e o início da Idade Antiga, o reconhecimento público da autoria de criações intelectuais já era prática

¹ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes**. 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2018. p. 3.

² OMPI. **Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual**. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 2002. Disponível em: < https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf >. Acesso em: 25 de abril de 2020.

³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

⁴ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes**. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 82.

⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

comum entre gregos e romanos. Nas referidas civilizações, a atribuição de paternidade às obras lhes servia como modo de adquirir fama, prestígio intelectual e, por vezes, vantagens pecuniárias.⁶

Contudo, apenas com o fim da Idade Média, em meados do século XV,⁷ com a invenção da imprensa por Hans Gutemberg na Alemanha, e conseqüente massificação da reprodução de obras literárias, que se reconheceu a necessidade de proteção das referidas criações. O controle sobre a reprodução da obra, que até então era tido somente por aquele que detinha a posse do manuscrito original, passou a ser diferido entre todos que tivessem uma cópia impressa. Nesse sentido, surgiram os primeiros privilégios⁸ frente ao trabalho autoral, sendo esses concedidos pelos monarcas, a princípio, não aos autores, mas aos editores das obras literárias.⁹

Nos dois séculos subsequentes, poucas foram as mudanças naquilo que se refere à proteção legal do criador. As ideias de John Locke a respeito dos direitos do homem aos

⁶ Na Grécia Antiga, era comum entre pintores e poetas a inserção de seus nomes ou de símbolos identificadores em suas criações como forma de atribuição de autoria, além do que, pelas pólis gregas medidas eram tomadas com o fim de coibir a prática do plágio. Na Roma Antiga, observam-se igualmente traços embrionários do direito de autor, na medida em que os romanos tinham consciência do potencial econômico advindo das produções autorais, não podendo, no entanto, explorá-lo plenamente, uma vez que aos autores faltavam os meios necessários para estabelecer relações comerciais em Roma e nas suas províncias; além disso, trata-se de contexto histórico marcado pela subserviência da população aos imperadores, havendo, dessa forma, uma limitação da liberdade criativa à discricionariedade imperial. Somado a esses obstáculos, a sociedade romana clássica reprovava veementemente aquele que viesse a explorar economicamente a sua obra, de forma que a creditação da autoria no período era impulsionada principalmente pelo interesse moral da aclamação pública obtida pelos autores. Por fim, na Idade Média, período marcadamente teocêntrico, as criações artísticas eram tidas não como a expressão do intelecto de seus criadores, mas como a mera expressão da voz divina. Cf.: NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 95-99 e ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29-37.

⁷ No mesmo período, auge do Renascimento, nomes como Leon Battista Alberti e Leonardo da Vinci contribuíram significativamente para o crescimento do senso de dignidade dos artistas, buscando equiparar a arte à ciência, ou, ainda, tentando demonstrar a sua superioridade frente aos estudos científicos, colaborando à construção de uma percepção do trabalho artístico como forma de externalização do íntimo do seu criador ao invés de mera reprodução de costumes, conhecimentos científicos ou normas de conduta social. Cf.: KOWALSKI, Wojciech W. **A Comparative Law Analysis of the Retained Rights of Artists**. Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 38, no. 4, October 2005, p. 1141-1176. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 17 de maio de 2020.

⁸ O sistema de privilégios visava à proteção de direitos editoriais, uma vez que a concessão dos referidos privilégios incidia sobre a reprodução e distribuição dos exemplares e não sobre o aspecto intelectual da obra literária. Cf.: NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 103.

⁹ CHAVES, Antonio. **Direito de Autor. Apanhado histórico. Legislação brasileira de caráter interno**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 30, n. 28/29, Maio/Outubro, 1985/1986, p. 333-361. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/989/923> >. Acesso em: 16 de maio de 2020.

frutos do seu trabalho,¹⁰ por ele propostas no final do século XVII,¹¹ foram incorporadas aos sistemas jurídicos da época, atribuindo ao trabalho criativo o *status* de extensão da personalidade do seu criador, surgindo, a partir da teoria lockeana, duas abordagens ao direito de autor.¹²

Em 1710, a Câmara dos Comuns, em Londres, tornou lei o *Statute of Anne*, um projeto que previa a abolição do sistema de privilégios, garantindo, dessa forma, o direito exclusivo aos autores de imprimirem e disporem das cópias dos livros por eles produzidos pelo prazo de quatorze anos, prorrogáveis por igual período, se, ao fim do prazo inicialmente estipulado, o autor ainda fosse vivo, dando origem, assim, ao *copyright*.¹³ No sistema inglês, delinearam-se conclusões mais práticas à teoria lockeana, o que resultou na compreensão de que a relação estabelecida entre a obra e o autor seria resultado do trabalho criativo por ele desempenhado, de forma a refletir a sua personalidade, mas dependendo, também, do seu esforço físico e intelectual, demonstrando que na *common law* o objeto do intelecto do artista é visto primordialmente sob o aspecto da propriedade, servindo, portanto, ao enriquecimento do criador.¹⁴

A França, no final do século XVIII, trilhando caminho semelhante àquele anteriormente percorrido pelos ingleses, reconheceu aos autores o direito perpétuo de editar e vender suas obras.¹⁵ O *droit d'auteur* surgido na França, de caráter subjetivo, que visava à proteção do indivíduo autor da obra, em contraposição ao *copyright* inglês, de ordem objetiva, que buscava a proteção da obra em si, inspirou a legislação autoral de diversos países do continente europeu, de forma que as normas criadas quando da primeira Convenção

¹⁰ *Labor Theory of Property*.

¹¹ A teoria de John Locke, consistente na ideia de que o homem é dono dos frutos do seu próprio trabalho, emergiu quando da publicação da sua obra *The Second Treatise of Government*, em 1689, estando o pensamento previsto na seção 27 do Capítulo V do livro. Disponível em: < <https://english.hku.hk/staff/kjohnson/PDF/LockeJohnSECONDTREATISE1690.pdf> >. Acesso em: 25 de maio de 2020.

¹² KOWALSKI, Wojciech W. **A Comparative Law Analysis of the Retained Rights of Artists**. Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 38, no. 4, October 2005, p. 1141-1176. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 17 de maio de 2020.

¹³ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 104.

¹⁴ KOWALSKI, Wojciech W. **A Comparative Law Analysis of the Retained Rights of Artists**. Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 38, n. 4, Outubro, 2005, p. 1141-1176. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 17 de maio de 2020.

¹⁵ LATOURNERIE, Anne. **Droits d'auteur, Droits du Public : Une Approche Historique**. L'Economie Politique, vol. 22, n. 2, Abril/Maio/Junho, 2004, p. 21-33. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2004-2-page-21.htm> >. Acesso em: 24 de maio de 2020.

Internacional sobre o tema, em Berna, em 1886, tiveram vinculações estreitas com seus fundamentos. As legislações internas dos países que aderiram à Convenção de Berna, dentre os quais se inclui o Brasil, foram, portanto, aproximando-se umas das outras no caminho da orientação jurídica francesa, adequando-se, com o passar dos anos, ao desenvolvimento das tecnologias e dos meios de comunicação.¹⁶

Os sistemas legais de proteção autoral acima explanados podem ser explicados pela ótica da teoria eclética dualista, que atribui ao direito de autor uma nova classificação jurídica e segundo a qual a publicação de uma obra dá origem a um direito incumbido de prerrogativas patrimoniais e morais, desenvolvidas separadamente. No sistema jurídico autoral francês, percebe-se um maior apreço às prerrogativas morais, na medida em que são perpétuas e inalienáveis, ao passo que, no sistema jurídico autoral inglês, há uma valorização da exploração patrimonial da criação.¹⁷

O direito brasileiro adotou a referida teoria, partindo da noção de que dois direitos de natureza diversa coexistem, um sendo o direito moral e o outro patrimonial, nascendo ambos simultaneamente a partir do surgimento de uma obra intelectual. A absorção dessa teoria pelo ordenamento jurídico pátrio resta consubstanciada pela legislação vigente sobre o assunto, qual seja, a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.¹⁸

Na Constituição Federal de 1988, o direito autoral encontra previsão nos incisos IX, XXVII e XXVIII do artigo quinto, além de ter relação com os direitos e garantias fundamentais previstos nos incisos IV, V, X e XIV do mesmo artigo e com as normas previstas nos artigos 205 e 215 do texto constitucional.¹⁹ Da própria previsão constitucional,

¹⁶ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 106-112.

¹⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

¹⁸ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 144.

¹⁹ CF/1988, 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: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] 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

resta evidente o aspecto moral da disciplina ora estudada, efeito natural do princípio da dignidade da pessoa humana; da interpretação da norma insculpida no inciso XXVII do artigo quinto, que confere ao autor o direito exclusivo de exploração econômica da obra, infere-se o seu aspecto patrimonial.²⁰ O inciso XXVIII da norma constitucional oferece garantias ligeiramente mais específicas associadas à tutela autoral, consubstanciadas na proteção às participações individuais em obras coletivas, na proteção à reprodução da imagem e voz humanas e no direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras.

O inciso IX, por sua vez, se lança como uma extensão do direito fundamental da liberdade de expressão, previsto nos incisos IV e V do mesmo artigo. O exercício da atividade intelectual se apresenta como um dos meios através dos quais o ser humano é capaz de se expressar, desenvolvendo-se, assim, através da criação intelectual, enquanto pessoa, bem como contribuindo para a formação da vontade coletiva, que se desenvolve a partir da ampla circulação de ideias e do livre debate acerca delas, fundamentos da liberdade de expressão.²¹

Além disso, a liberdade de expressão da atividade intelectual não poderá ser exercida com violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, lição esta preconizada pelo inciso X do dispositivo constitucional. Por fim, é possível estabelecer uma relação entre o direito autoral e os direitos à informação, à educação e à cultura, previstos nos artigos 5º, inciso XIV, 205 e 215 da Constituição Federal, respectivamente, na medida em que

econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...]

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.

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. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

²⁰ SANTOS, Manuella. **Aspectos constitucionais da propriedade intelectual**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. n. 71, p. 178-202, Abril-Junho, 2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 19 de maio de 2020.

²¹ MORAES, Alexandre de *et al.* Dos direitos e garantias fundamentais: dos direitos e deveres individuais e coletivos. In: FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 43-353.

o exercício do direito autoral, para além da proteção do autor da obra, tem finalidades sociais, proporcionando a promoção do desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade em que exercido.²²

Assim, é certo afirmar que o direito de autor é o ramo jurídico responsável por garantir ao criador de uma obra intelectual o exercício dos direitos morais e patrimoniais atrelados ao surgimento da respectiva obra, além de servir ao desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico da sociedade. Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis, referindo-se à possibilidade do autor em ter a autoria sobre a obra reconhecida, tendo o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional atrelado a tal obra, além do direito de conservá-la inédita e de assegurar a sua integridade.²³ Já os direitos patrimoniais dizem respeito à possibilidade de exploração econômica da obra intelectual, podendo esses direitos serem alienados, total ou parcialmente, por tempo determinado ou definitivamente.²⁴ A efetiva prestação dessas garantias individuais ao autor da obra intelectual resulta na garantia de um bem público maior, qual seja, o desenvolvimento intelectual e cultural dos povos.²⁵

Quanto ao que seriam consideradas obras intelectuais, a LDA, em seu artigo 7º, define-as como “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.²⁶ O mesmo dispositivo legal prevê um extenso rol não exaustivo de criações passíveis de proteção pelo direito autoral, dentre as quais se inclui a fotografia, técnica de criação de imagens através de processos físicos e químicos surgida em meados do século XIX e que, desde então, vem causando grande impacto no mundo, sendo responsável por documentar os grandes feitos da humanidade, auxiliar na solução de crimes bárbaros, influenciar grandes movimentos artísticos, dentre outras repercussões. Logo que surgiu, o processo de criação de uma fotografia era demorado e caro, sendo, portanto, reservado às elites,²⁷ além do que, era tido

²² NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51.

²³ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 109.

²⁴ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 115.

²⁵ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51.

²⁶ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

²⁷ GRALHA, Fernando. **Fotografia E História: Uma relação complexa**. Revista Digital Simonsen. Rio de Janeiro, n. 1, Dezembro, 2014. Disponível em: <
http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2014/12/Revista-Simonsen_N1_Fernando-Gralha.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2020.

apenas como um processo mecânico de registro fidedigno da realidade, no qual o operador da máquina fotográfica era considerado um mero facilitador desse processo.²⁸

Em pouco menos de dois séculos desde que a primeira fotografia foi criada, é razoável afirmar que as técnicas utilizadas para viabilizar essa criação se modificaram, da mesma maneira que se alterou o papel por ela desempenhado perante a sociedade. Na passagem do século XIX para o XX, chegaram ao mercado técnicas fotográficas mais simples, que diminuíram o custo de produção e contribuíram para a popularização da fotografia; no curso do século XX, grandes progressos mecânicos foram feitos, melhorando a qualidade das imagens fotográficas.²⁹ Ao mesmo passo, numa mudança de paradigma, a ação humana empenhada ao longo do processo de criação de uma fotografia passou a ser vista como primordial, enquanto a utilização do maquinário fotográfico passou a ser coadjuvante.³⁰

Com o alvorecer do século XXI, assistiu-se à massificação da criação de fotografias, viabilizada pelo surgimento e popularização das novas tecnologias. Mais especificamente, vivenciou-se a criação e evolução de *smartphones*, *tablets* e *notebooks*, todos equipados com câmeras de alta tecnologia, capazes de tirar fotos que até então necessitavam de um grande aparato próprio para esse fim. Testemunhou-se, também, a ascensão da rede mundial de computadores e das redes sociais, facilitando, assim, a criação de fotografias e o rápido compartilhamento dessas.

No Brasil, a entrada em vigor da LDA coincidiu com o início do processo de avanço dos aparelhos eletrônicos, da *internet* e das redes sociais, tecnologias através das quais tornou-se relativamente simples a produção e a rápida difusão de fotografias pelo mundo. Nesse contexto evolutivo, considerando que a legislação brasileira atualmente vigente data do ano de 1998, sendo, portanto, contemporânea ao início das grandes evoluções tecnológicas vivenciadas pela humanidade, mostra-se necessário o estudo dos aparatos de proteção legal às

²⁸ VIEIRA, César Bastos de Mattos. **Fotografia como documento e arte: há como servir a dois senhores?** Encontro Estadual de História. São Leopoldo/RS, n. 12, Agosto, 2014. Disponível em: <http://www.eeh2014.anpuh-rs.org.br/resources/anais/30/1405438888_ARQUIVO_Fotografiacomodocumentoearte_Textocompleto_CesarVieira_Final.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

²⁹ GRALHA, Fernando. **Fotografia E História: Uma relação complexa**. Revista Digital Simonsen. Rio de Janeiro, n. 1, Dezembro, 2014. Disponível em: <http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2014/12/Revista-Simonsen_N1_Fernando-Gralha.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2020.

³⁰ HUGHES, Justin. **The Photographer's Copyright - Photograph as Art, Photograph as Database**. Harvard Journal of Law & Technology, vol. 25, n. 2, Spring 2012, p. 339-428. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

obras fotográficas previstos pelo ordenamento jurídico pátrio, analisando-se até que ponto tais mecanismos são eficientes à adequada tutela das obras fotográficas no contexto das mudanças tecnológicas vivenciadas pela sociedade.

Para o adequado estudo do tema, o trabalho divide-se em duas partes principais, cada qual dividida em duas subpartes. A primeira parte desta monografia busca analisar o conjunto dos mecanismos de proteção do ordenamento jurídico brasileiro vinculados à tutela das obras fotográficas, refletindo-se, em um primeiro momento, acerca do conceito de obra intelectual adotado pelo direito de autor brasileiro, a fim de delimitar-se o conceito de obra fotográfica trazido pela legislação autoral. Em um segundo momento, analisar-se-ão os mecanismos de proteção às obras fotográficas previstos pela Constituição Federal Brasileira, pelos textos legislativos e pelos Tratados Internacionais assinados pelo Brasil e recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio.

A segunda parte deste trabalho tem por objetivo discorrer acerca dos embaraços ocasionados pelas evoluções tecnológicas vivenciadas pela sociedade ao direito autoral brasileiro naquilo que se refere à proteção das obras fotográficas. Para tanto, em um primeiro momento, analisar-se-ão os principais desafios impostos pelas evoluções tecnológicas e dos meios de comunicação à proteção da obra fotográfica no âmbito do direito de autor brasileiro. Sucessivamente, analisar-se-á a viabilidade do direito autoral brasileiro em comportar os desafios legais surgidos, bem como possíveis soluções oferecidas pela doutrina.

O estudo realizado utilizou-se de três métodos de pesquisa. *Ab initio*, empregou-se o método dedutivo, consubstanciado na consulta à legislação vigente aplicável, em especial à Lei 9.610/1998 e à Convenção de Berna, bem como às previsões contidas no texto constitucional. A segunda metodologia empregada no trabalho consistiu na metodologia dialética, pela qual foi realizada a revisão bibliográfica acerca do tema. Por fim, adotou-se o método indutivo, através do qual foram coletadas decisões jurisprudenciais visando à elucidação acerca do posicionamento dos tribunais diante de casos envolvendo os direitos autorais de obras fotográficas.

2 OS DIREITOS DE AUTOR DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O capítulo a seguir tem por objetivo abordar a maneira através da qual o ordenamento jurídico pátrio trata da proteção autoral às obras fotográficas. Destarte, no primeiro ponto, far-se-á uma reflexão acerca do conceito de obra intelectual no direito de autor brasileiro, a fim de delimitar-se o conceito de obra fotográfica trazido pela legislação autoral, analisando-se, para tanto, os elementos da originalidade e da criatividade. Sucessivamente, serão analisados os mecanismos de proteção às obras fotográficas previstos no texto constitucional, bem como nos textos legislativos e nos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

2.1 A FOTOGRAFIA ENQUANTO OBJETO TUTELADO PELO DIREITO DE AUTOR

A originalidade é um termo central no estudo do direito autoral, sendo um conceito demasiadamente amplo, na medida em que assume acepções diversas a depender do contexto em que for analisado.³¹ Tradicionalmente, a originalidade pode ser concebida sob a ótica da doutrina *sweat of the brow*³², adotada historicamente pelos países de *common law*, ou sob a ótica da doutrina da criatividade, adotada majoritariamente nos países que seguem a tradição romano-germânica.³³

No contexto da tradição anglo-saxônica, a originalidade era percebida, em um primeiro momento, através de uma concepção objetiva, segundo a qual seria original a criação que não fosse cópia de outra obra já existente, independentemente do emprego de criatividade, de forma que tal obra seria uma criação dissociada da personalidade do seu

³¹ MAGNANI, Luisa Brasil. **A originalidade como requisito de proteção autoral do software**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. n. 6, p. 177-195, Janeiro-Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 02 de junho de 2020.

³² Em tradução livre da autora: doutrina do suor da testa.

³³ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão**. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 43.

autor.³⁴ A noção romano-germânica tradicional de originalidade, por sua vez, era subjetiva, entendendo como original a criação intelectual na qual houvesse o emprego da criatividade, considerando a obra como a expressão da personalidade do seu autor.³⁵

Houve, contudo, uma evolução dos conceitos em ambas as tradições jurídicas. Nos países de *common law*, a jurisprudência evoluiu no sentido de aproximar sua aceção de originalidade à concepção francesa do conceito, passando, então, a exigir a contribuição de elementos criativos mínimos na execução do trabalho intelectual protegido pelo direito de autor.³⁶ No *droit d'auteur*, abandonou-se a noção de expressão da personalidade do autor em favor da noção de identidade criativa ou de níveis de criatividade, no sentido de que o *quantum* de criatividade necessária para se considerar o trabalho original estaria diretamente relacionado à natureza do trabalho realizado.³⁷

Conquanto as duas doutrinas tenham se aproximado nas suas compreensões do que é originalidade, os níveis de criatividade exigidos pelos países de tradição romano-germânica permanecem mais elevados que aqueles exigidos pelos Estados pertencentes à *common law*. Além disso, a principal controvérsia passou a ser com relação à averiguação do nível de criatividade, indagando-se se deveria ser estabelecido um patamar mínimo comum a todas as criações intelectuais - tradicionalmente adotado no *copyright* - ou se a cada trabalho intelectual seria estabelecido um parâmetro próprio - tradicionalmente preferido no *droit d'auteur*.³⁸ A evolução da legislação autoral francesa, por fim, demonstra uma inclinação à adoção do patamar mínimo comum, porquanto, em 1985, excluiu da sua redação a distinção artística ou documental de uma fotografia para o fim de considerá-la objeto do direito autoral,

³⁴ DRASSINOWER, Abraham. **Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship**: On Originality in Canadian Copyright Law. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 1, p. 105-124, 2003-2004. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 08 de junho de 2020.

³⁵ BERTHOLD, Nicolas. **L'harmonisation de la Notion D'originalité en Droit D'auteur**. *Journal of World Intellectual Property*, vol. 16, n. 1-2, p. 58-71, March, 2013. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 16 de maio de 2020.

³⁶ MAGNANI, Luisa Brasil. **A originalidade como requisito de proteção autoral do software**. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. n. 6, p. 177-195, Janeiro-Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 02 de junho de 2020.

³⁷ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 49-52.

³⁸ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 55.

o que demonstrou o empenho do aparato legal francês em submeter todas as criações intelectuais protegidas ao mesmo nível de exigência de originalidade.³⁹

O legislador brasileiro não foi claro quanto a qual das duas doutrinas teria adotado na redação da LDA, omitindo-se, em parte, em razão da lacuna deixada também pelo texto da Convenção de Berna. Houve, contudo, a realização de Conferências Diplomáticas e de Comitês organizados por especialistas da área, ambos sob a égide da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que discorreram acerca do conceito de originalidade no âmbito do tratado internacional, servindo como contribuição doutrinária ao assunto e influenciando no exercício do direito autoral pela comunidade internacional.⁴⁰

Um dos mais importantes documentos produzidos em nome da Organização Mundial da Propriedade Intelectual acerca do tema é o Guia da Convenção de Berna, publicado em 1980 e escrito por Claude Masouyé, então Diretor do Departamento de Direito de Autor e de Informação do *Bureau* Internacional da OMPI. Segundo infere-se da leitura da referida publicação, o objeto do direito de autor seria a criação intelectual, consubstanciada na expressão intelectual criativa, concretizada em um trabalho original.⁴¹

Além disso, defende-se a ideia de que a Convenção teria, na verdade, indícios implícitos do conceito de originalidade. Considerando que o texto da Convenção tem sua origem no *droit d'auteur*, seria óbvio, portanto, que a redação do documento tivesse por referência o conceito romano-germânico de originalidade, ou seja, adotasse a doutrina tradicional da criatividade, baseada na ideia da criação intelectual como expressão da personalidade do autor, não havendo necessidade da demonstração explícita dessa característica na redação do documento, porquanto estaria subentendida.⁴²

³⁹ HUGHES, Justin. **The Photographer's Copyright - Photograph as Art, Photograph as Database**. Harvard Journal of Law & Technology, vol. 25, n. 2, Spring 2012, p. 339-428. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

⁴⁰ GERVAIS, Daniel J. **The protection of databases**. Chicago-Kent Law Review, vol. 82, n. 3, p. 1109-1170, 2007. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 08 de junho de 2020.

⁴¹ MASOUYÉ, Claude. **Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas** (Acta de Paris, 1971). Tradução de Antônio Maria Pereira. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 1980. Disponível em:

<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2020.

⁴² GERVAIS, Daniel J. **The protection of databases**. Chicago-Kent Law Review, vol. 82, n. 3, p. 1109-1170, 2007. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 08 de junho de 2020.

Dessa forma, o direito autoral brasileiro, quando da promulgação da Lei 5.988/1973, seguindo as diretrizes estabelecidas no seio da Convenção de Berna, adotou a doutrina tradicional da criatividade, segundo a qual a obra intelectual protegida pelo direito de autor é toda a expressão intelectual criativa, concretizada em um trabalho original.⁴³ A redação da Lei Autoral atualmente vigente seguiu o mesmo caminho, incorporando, contudo, as mesmas modificações sofridas pela legislação autoral francesa,⁴⁴ havendo, nesse sentido, uma aproximação à teoria da criatividade, mas com um esforço do legislador brasileiro em exigir a contribuição de elementos criativos mínimos comuns a todos os trabalhos intelectuais protegidos, estando este pensamento implícito na redação da LDA. Extrai-se dessa definição, portanto, a existência de três requisitos gerais que devem ser observados em uma criação para que ela possa ser considerada objeto tutelado pelo direito autoral, sendo eles a originalidade, a criatividade e o seu aporte no mundo físico.⁴⁵

A legislação autoral anterior, qual seja, a Lei nº 5.988/1973, ao tratar da proteção conferida às fotografias, exigia que essas fossem consideradas criações artísticas a fim de serem objeto do direito autoral. Newton Paulo Teixeira dos Santos, em obra publicada no ano de 1990, teceu críticas à redação da referida norma,⁴⁶ referindo que tal exigência estaria impondo aos julgadores a realização de uma análise qualitativa da obra, o que violaria o princípio do direito autoral consistente na impossibilidade de realização de análises baseadas em valores morais pelos magistrados. Ainda conforme o livro, a redação do texto legal deveria fazer menção apenas às “obras fotográficas”, na medida em que a exigência de certo grau de originalidade empregado na criação da obra estaria abarcada pelo uso da expressão “criações do espírito”, mencionada no *caput* do artigo.⁴⁷

O mesmo entendimento exarado na obra acima mencionada parece ter sido adotado quando da redação da LDA, porquanto foi excluído do enunciado referente à proteção autoral da fotografia o excerto que atrelava o referido amparo legal ao caráter artístico da obra.

⁴³ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 62.

⁴⁴ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 51.

⁴⁵ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 75.

⁴⁶ Lei nº 5.988/1973, Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: [...] VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística; [...]

⁴⁷ SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. **A fotografia e o Direito de Autor**. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1990. p. 29-31.

Ocorre que, ao contrário do que anteviu Newton Paulo Teixeira dos Santos, a tentativa de enquadramento na categoria de obras protegidas de tudo aquilo que se conceitue como “criação do espírito” não se mostra suficiente, na medida em que tudo o que emana da cabeça do ser humano é obra do espírito,⁴⁸ havendo aí uma locução referente apenas à obrigatoriedade da intervenção humana no processo de criação da obra, não estando a originalidade, portanto, abarcada pelo termo.

Ainda, é correta a afirmação do autor naquilo que se refere à impossibilidade de outorgar ao magistrado a análise qualitativa de qualquer obra, porquanto as decisões judiciais exaradas nesse cenário estariam desprovidas de segurança jurídica, na medida em que seriam baseadas em argumentos voláteis.⁴⁹ Contudo, verifica-se que, em sentido diverso àquilo defendido pelo autor, a exigência de traços artísticos em uma fotografia para que essa seja considerada objeto do direito autoral não pressupõe uma análise qualitativa por parte do julgador. Para muito além de definir um patamar estético, a análise a ser realizada se restringiria a determinar se a obra analisada pode ser tida como criação intelectual, na qual há determinado grau de “originalidade” e “criatividade”.⁵⁰

A originalidade e a criatividade como requisitos necessários à proteção de uma fotografia seriam decorrência do próprio caráter nuclear da originalidade no direito autoral e da adoção da teoria da criatividade pelo direito de autor brasileiro, nada tendo a ver, portanto, com o emprego da expressão “criações do espírito” pelo legislador. A alteração legislativa, no sentido de excluir do texto a distinção artística da obra, foi feita para o fim de unificar o nível de originalidade exigido de todas as criações intelectuais protegidas, assim como no direito francês, e não para afastar a necessidade de análise do *quantum* de originalidade e criatividade da fotografia.

Somado a isso, a LDA foi pensada e elaborada num contexto onde a fotografia era uma prática limitada a poucos, não existindo a difusão de aparelhos fotográficos nas mesmas proporções encontradas nos dias de hoje. Assim sendo, natural que a redação do texto legislativo, especificamente o inciso VII do artigo 7º da LDA, tenha partido do princípio de

⁴⁸ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 96.

⁴⁹ PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão**. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 84.

⁵⁰ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65.

que os elementos da originalidade e criatividade seriam intrínsecos a todas as fotografias e que, portanto, seria óbvia a interpretação do referido dispositivo legal.

Ocorre, contudo, que, nas últimas duas décadas, vivenciou-se um extenso desenvolvimento dos aparelhos eletrônicos, processo esse incipiente à época da entrada em vigor da LDA, até o ponto em que se encontra atualmente, onde a existência de *smartphones*, *notebooks*, *tablets* e outros aparatos tecnológicos munidos de câmeras fotográficas de altíssima qualidade e facilmente acessíveis à maior parte da população tornou o exercício da fotografia uma prática democrática. Faz-se necessária, assim, a interpretação da LDA à luz dos conceitos doutrinários aqui estudados e do papel que a fotografia passou a ter na sociedade. Das evoluções vivenciadas pela humanidade e do conseqüente surgimento de um novo paradigma social, emerge, também, a necessidade de ampliação da abrangência da lei a fim de que ela se enquadre às novas exigências da sociedade, evitando, dessa forma, o colapso do sistema.⁵¹

A aplicação da LDA pelos Tribunais brasileiros naquilo que se refere às fotografias, contudo, parece ter evoluído no sentido de preterir a análise da originalidade e da criatividade no resultado final das obras fotográficas, partindo do silogismo entre norma e caso concreto, tendência essa que propicia exageros,⁵² culminando, no cenário atual, numa pretensa superproteção a essa modalidade de trabalho intelectual. A aplicação por parte dos magistrados da norma insculpida no inciso VII do artigo 7º da LDA segue, via de regra, duas linhas de entendimento: a de que todas as fotografias são protegidas ou a de que apenas algumas fotografias são protegidas. Em um primeiro momento, analisando-se as decisões provenientes dos Tribunais de Justiça dos Estados, a referida dicotomia fica evidente, uma vez que ora interpreta-se o texto legal em sua literalidade, ora a partir da valoração dos aspectos subjetivos envolvidos na criação da obra fotográfica.

Exemplificativamente, analisar-se-ão acórdãos provenientes dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de São Paulo e do Rio Grande do Sul, obtidos através de pesquisa nos respectivos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça.⁵³ No julgamento das

⁵¹ CABRAL, Plínio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 19.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor**. 2. ed, ref. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 420-421.

⁵³ Disponível em:

<<https://pesquisajuris.tjdf.tjus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexad>

Apelações Cíveis nº 0015126-67.2013.8.07.0001⁵⁴ e nº 0136874-47.2005.8.07.0001,⁵⁵ provenientes da 6ª e da 1ª Turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, respectivamente, versando acerca da indenização de autores de fotografias por suposto uso indevido dessas, o entendimento exarado pelos magistrados foi no sentido de que as fotografias sobre as quais cingiam-se as discussões tratavam-se de fotografias técnicas, caracterizadas pelo mero registro fidedigno da realidade, não havendo o emprego de recursos que fizessem crer tratarem-se as imagens de criações artísticas, motivo pelo qual aos autores foram negadas quaisquer indenizações previstas pela LDA.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a compreensão acerca do assunto diverge daquela explanada acima. No julgamento da Apelação Cível nº 0276206-03.2019.8.21.7000,⁵⁶ os magistrados mantiveram a decisão de primeiro grau que

[a.apresentacao.VisaoBuscaAcordao](#)>, utilizando-se como critério de pesquisa os termos “fotografia” e “direito autoral”; <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>, utilizando-se como critério de pesquisa os termos “fotografia” e “originalidade”; e <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>, utilizando-se como critério de pesquisa os termos “fotografia” e “intelectual”. Acesso em: 06 de junho de 2020.

⁵⁴ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTRAL. FOTOGRAFIA. LEI 9.610/1998. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1.A obra protegida é aquela que constitui exteriorização de determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma idealizada e materializada pelo autor, incluindo as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia. 2.A imagem constante dos autos é considerada um trabalho técnico, pois não houve nenhuma criação, simplesmente houve captação de imagem por meio mecânico. 3.Aprotegilidade a que se refere o inciso VII da Lei nº 9.610/1198 está relacionada ao caráter artístico da forma. 4.Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1001672, 20130110573186APC, Relator: CARLOS RODRIGUES, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 22/2/2017, publicado no DJE: 14/3/2017. Pág.: 360/391)

⁵⁵ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTRAL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. FOTOGRAFIA. TRABALHO TÉCNICO. DIVULGAÇÃO EM JORNAL. DIREITO AUTRAL. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Não fere o princípio da dialeticidade o recurso de apelação interposto de forma clara e coesa e que combate os fundamentos de fato e de direito da sentença impugnada, visando pronunciamento judicial mais vantajoso que aquele que foi estabelecido na sentença. 2. A fotografia consistente em simples captação de imagem por meio mecânico, tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, caracteriza-se como mero trabalho técnico, desprovido de conteúdo artístico e, portanto, fora do âmbito de proteção da Lei nº 9.610/1998, que dispõe sobre os direitos autorais. 3. Em se tratando, portanto, de fotografia de conteúdo técnico e tendo esta sido contratada e adquirida por terceiro, a sua publicação em veículo de comunicação - jornal - por aquele que a adquiriu não requer autorização de quem a produziu, de modo que tal situação não gera dano moral e material indenizável. 4. Apelação Cível conhecida e não provida. (Acórdão 853845, 20140111373038APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 4/3/2015, publicado no DJE: 11/3/2015. Pág.: 280)

⁵⁶ APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, INTELECTUAL E AUTRAL. CONTRATO DE TRABALHO. FOTOGRAFIA. SUPRESSÃO DOS CRÉDITOS DA OBRA. INDENIZAÇÃO DEVIDA Trata-se de ação através da qual a autora pretende indenização sob a alegação de que realizou diversas fotografias que foram utilizadas em livro sem o respectivo pagamento e lançamento dos créditos autorais, julga parcialmente procedente na origem. A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc. Nos termos do art. 7º, incisos VII e VIII, da Lei 9.610/98, são

condenou a ré ao pagamento de indenização pela utilização sem autorização e sem indicação de autoria de fotografias que registravam a Turma de Formandos do ano de 1980 do Colégio Santo Inácio, sob o argumento de “que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral”. Fazendo uso da mesma fundamentação, nos autos da Apelação Cível nº 0213373-46.2019.8.21.7000,⁵⁷ ao reformar a sentença de primeiro grau, os

consideradas obras intelectuais protegidas "as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia". Dispõe também a lei que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, dependendo "de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades" (arts. 28 e 29). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos. (AgInt no AgInt no AREsp 775401 / DF, Rel. Min. Raul Araújo). A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra. No mínimo o lançamento dos créditos da autora deviam estar estampados, a exemplo dos demais profissionais que participaram do ensaio. Ausência de autorização expressa da autora para a utilização da obra intelectual, subsumida em várias fotografias, rende direito à indenização material e moral. Dano material a ser apurado em liquidação de sentença e o dano moral arbitrado na r. sentença no valor de R\$4.000,00(...) merecem manutenção, mormente porque o livro onde assentadas as fotografias, foi de distribuição gratuita. Contudo, o provimento do recurso de apelação da autora limita-se apenas à correção do dispositivo e da distribuição dos encargos sucumbenciais, já que, na verdade, o julgamento foi de procedência total. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA E DESPROVIDA A DO RÉU. (Apelação Cível, Nº 70083042978, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 21-11-2019)

⁵⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA E SEM AUTORIZAÇÃO DE OBRA INTELECTUAL. INDENIZAÇÃO DE NATUREZA MATERIAL E MORAL DEVIDA Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais em face de uso de pintura do autor em publicidade televisiva realizada pelas rés, com denunciação da lide, julgadas improcedentes na origem. A proteção do patrimônio material e imaterial das criações do espírito humano tem previsão constitucional (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII) e infraconstitucional (Lei nº 9.610/1988). A prova documental e testemunhal evidenciam quantum satis a violação ao direito do autor, pois os réus se utilizaram de um quadro de desenho de gaúcho para, sem autorização expressa do autor intelectual, exibi-lo em comercial de televisão, para fazer propaganda do produto da primeira demandada. Portanto, houve, modo claro, violação à Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXVII e à Lei 9.610/98 em seu art. 7º, inciso VII, art. 24, inciso II, art. 29 e art. 79, § 1º. A alegação de que a gravura foi baixada da internet em nada abranda a proteção autoral e intelectual, muito ao contrário, agrava a conduta das rés que, em desprezo a obra intelectual de terceiro, a usurpam e a utilizam sem autorização. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos. (AgInt no AgInt no AREsp 775401 / DF). Danos materiais – consabido que para o arbitramento de indenização por danos materiais é imprescindível a escorreita prova do prejuízo suportado. Reconhecida a utilização indevida da obra (desenho a bico-de-pena) pelos réus, na hipótese de não ser possível a quantificação dos danos materiais, não se deve simplesmente afastar o pedido indenizatório, mas determinar-se a liquidação por arbitramento, nos termos do que dispõe o art. 509, I, do CPC/15. Ademais, a exegese do art. 103, da Lei 9.610/98 é clara no sentido de que o eventual ressarcimento pela publicação indevida deve ocorrer tendo como parâmetro o número de exemplares efetivamente vendidos ou exposição da obra violada. Danos morais – consoante se verifica dos fatos narrados na exordial e dos documentos colacionados aos autos, os réus utilizaram o desenho do autor sem autorização e sem o destaque do crédito autoral. Portanto, na situação concreta, o autor viu sua obra intelectual violada pelos réus, o que, a toda a evidência, configura dano moral indenizável. Assim, valorando as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização por danos morais em hipóteses similares arbitro o valor de R\$10.000,00 (...), a fim de compensar à violação a direito autoral do

magistrados decidiram pelo provimento do recurso de apelação do autor, para o fim de condenar os réus ao pagamento de indenização pela violação dos direitos de autor da fotografia oportunamente analisada, que nada mais era do que a representação fidedigna de uma pintura de autoria do mesmo autor da fotografia.

A Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 1016331-84.2017.8.26.0506,⁵⁸ por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso do autor da ação, que buscava perceber reparação cível por uso indevido de fotografia de sua autoria, discorrendo no mérito que, em que pese a fotografia oportunamente analisada apresentasse as características da originalidade e da criatividade, seriam esses elementos dispensáveis na discussão acerca do direito autoral de fotografias, segundo o que preconiza a lei. Em sentido diverso, a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, nos autos da Apelação Cível nº 1026375-36.2015.8.26.0506,⁵⁹ manteve a sentença de improcedência de ação que buscava indenização por alegada violação de direitos autorais de fotografia, sustentando que a proteção legal da obra fotográfica está atrelada ao caráter artístico da obra, não sendo este o caso dos autos.

Da análise dos julgados acima referidos, infere-se serem aqueles oriundos do TJDF e aquele oriundo da Décima Câmara de Direito Privado do TJSP os acórdãos que reverberam o entendimento outrora defendido no âmbito deste trabalho, porquanto correm no sentido de

demandante. Denúnciação da lide desprovida, haja vista que a Emissora de Televisão não se responsabiliza pelo conteúdo da propaganda veiculada, conforme contrato de prestação de serviços colacionado aos autos.

APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70082414640, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 24-10-2019)

⁵⁸ DIREITO DE AUTOR – Revelia - Publicação de fotografia sem autorização do fotógrafo profissional e sem indicação da autoria – Proteção da obra fotográfica como emanção do trabalho humano, independentemente de se tratar de criação artística – Direito da Personalidade – No campo do direito de autor, conforme expressa disposição do art. 29 da Lei n. 9.610/1998, a utilização da obra, por qualquer modalidade, depende de autorização prévia – A divulgação da fotografia sem autorização ou sem o nome do autor importa em danos materiais e moral – Procedência parcial da ação – Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1016331-84.2017.8.26.0506; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2019; Data de Registro: 27/09/2019)

⁵⁹ DIREITOS AUTORAIS. FOTOGRAFIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE AUTORIA NA FOTO. FOTOGRAFIA QUE NÃO CONTÉM ELEMENTO DIFERENCIADOR. AUSÊNCIA DE ORIGINALIDADE. PRECEDENTES DA CÂMARA E DO TRIBUNAL. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Direitos autorais. Fotografia. Ausência de indicação de autoria na foto. Fotografia que não contém elemento diferenciador. Ausência de originalidade. Precedentes da Câmara e do Tribunal. Improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1026375-36.2015.8.26.0506; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2020; Data de Registro: 03/03/2020)

que nem todas as fotografias são objeto de proteção legal. Em relação àqueles provenientes do TJDFT, em que pese ambos os acórdãos tenham sido exitosos em reconhecer a necessidade da presença de elementos artísticos para ensejar a tutela legal das obras fotográficas sobre as quais cingiam-se as discussões, a análise desses elementos partiu de premissas erradas.

A análise de mérito das decisões concluiu que as obras analisadas não eram passíveis de proteção do direito de autor por serem fotografias não dotadas de “manifestação intelectual estética”, nem de “beleza contemplativa”, não sendo estes parâmetros válidos, como já asseverado anteriormente. Restringir a outorga da natureza artística apenas àqueles fotografias supostamente belas parece prática bastante simplista e ultrapassada, não ecoando tal pensamento na sociedade contemporânea, além do que, para o direito, trata-se de fundamentação volátil e, portanto, desprovida de segurança jurídica.

Quanto às demais decisões, aquelas provenientes do TJRS e aquela proveniente da Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP, observa-se a interpretação literal do texto da lei, sem a devida observância do contexto que permeou a sua redação. A análise realizada no início do presente capítulo permite inferir que a opção do legislador em referir-se genericamente às obras fotográficas demonstra, na verdade, seu desígnio em uniformizar o *quantum* de originalidade e criatividade exigido de todas as obras intelectuais, de forma que, a despeito do que defenderam os órgãos colegiados, a fotografia, por si só, não constitui obra intelectual protegida pela LDA, devendo ser original e criativa para ensejar a proteção legal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a análise de acórdãos provenientes da Corte Superior, obtidos através de pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal,⁶⁰ evidencia com clareza o entendimento de que a fotografia, sempre que for produto do intelecto humano, estará sujeita à proteção pelo direito de autor brasileiro, havendo, portanto, uma interpretação literal do texto da lei. Um dos mais recentes julgados do STJ a tratar dos direitos autorais de obras fotográficas, o Recurso Especial nº 1.822.619/SP,⁶¹ de relatoria da Ministra Nancy

⁶⁰ Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, utilizando-se como critério de pesquisa os termos “fotografia” e “direito autoral”. Acesso em: 06 de junho de 2020.

⁶¹ RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. FOTOGRAFIA. USO NÃO AUTORIZADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA AUTORIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 1. Ação ajuizada em 20/9/2017. Recurso especial interposto em 29/3/2019. Autos conclusos à Relatora em 28/6/2019. 2. O propósito recursal é definir (i) se houve reformatio in pejus e (ii) se é cabível a condenação da recorrida a compensar os danos morais causados ao recorrente em virtude da violação de seus direitos autorais. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. O direito

Andrighi, foi prolatado para o fim de majorar a indenização a ser paga pela ré ao autor da ação em razão da utilização indevida de fotografias de sua autoria, cabendo aqui a reflexão acerca do mérito da decisão.

A relatora do acórdão deu início à sua fundamentação citando jurisprudência daquela Corte, que considerou a fotografia “obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc”.⁶² Cumpre observar, no entanto, que o julgado citado pela magistrada cuida de fato ocorrido em momento anterior à promulgação da LDA, sendo julgada a lide sob o amparo da Lei nº 5.988/1973. Além disso, trata-se de processo julgado há mais de quinze anos acerca de fato ocorrido na década de 1990, período durante o qual a popularização da fotografia era um processo incipiente, de forma que a sua prática era, de fato, adstrita àqueles que a exerciam sob um viés artístico, não existindo aparatos tecnológicos massificadores do seu uso, nem sendo popular a utilização da rede mundial de computadores e das redes sociais.

Diante deste panorama, é possível afirmar que o excerto citado pela relatora do acórdão partia do pressuposto de que todas as fotografias eram produzidas naquelas condições, não havendo, por parte da magistrada, um esforço em adaptar a análise à sociedade que hoje se conhece. Ao depois, em análise a fragmento de livro do renomado autor José de

moral de atribuição do autor da obra, expressamente previsto na Lei 9.610/98, não foi observado no particular, devendo a recorrida, além de divulgar o nome do autor da fotografia, compensar o dano causado. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 1822619/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020)

⁶² DIREITO CIVIL. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBRA CRIADA NA CONSTÂNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO DE CESSÃO EXCLUSIVO DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 30, DA LEI 5.988/73 E 28, DA LEI 9610/98. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO. PARCELA DEVIDA. DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇÃO. I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc. II - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra. III - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano. IV - Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada. V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 617.130/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 344)

Oliveira Ascensão, igualmente publicado em data anterior à LDA, a magistrada teceu observações acerca de eventuais exceções à regra de que toda fotografia seria objeto de proteção do direito autoral. Assim, conforme depreende-se da leitura do acórdão, apenas não estariam no escopo de proteção do direito autoral brasileiro aquelas fotografias produzidas por meios tão somente mecânicos e automatizados, ou seja, que não tenham tido intervenção humana.

Valendo-se da mesma jurisprudência citada pela Terceira Turma, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, negou provimento ao Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 775.401/DF,⁶³ mantendo a decisão agravada para o fim de reconhecer o direito à proteção da obra fotográfica em discussão e determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que se verificasse a responsabilidade de cada um dos réus, bem como a extensão do dano. Ainda, no mérito da

⁶³ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL E PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES. FOTOGRAFIA. OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA. ART. 7º, VII, DA LEI 9.610/98. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não existem óbices processuais ao conhecimento do recurso especial. Os fundamentos do acórdão recorrido foram suficientemente impugnados e, ademais, a questão relativa aos direitos autorais da obra fotográfica foi debatida pelas instâncias ordinárias, sendo expresso o prequestionamento da Lei 9.610/98, em particular no que se refere ao seu art. 7º, VII. Por outro lado, a questão controvertida nem de longe se insere no campo do reexame de matéria fática, restringindo-se à interpretação da norma jurídica aplicável. 2. Nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas "as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia". Dispõe também a lei que "cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica", dependendo "de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades" (arts. 28 e 29). 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos. 4. O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu que a fotografia em questão não teria a proteção da Lei de Direitos Autorais, porque produzida a pedido do contratante, consignando que o fotógrafo "foi convidado pela direção do Centro de Convenções para prestar serviço de freelancer, com o fim de fotografar o referido Centro de Convenções, por meio de tomada aérea, o que gera a presunção de que foi devidamente pago por esse serviço" e que "a própria direção do Centro de Convenções disponibilizou todos os meios e contraprestações para a execução do trabalho, tendo inclusive requisitado um helicóptero, o que sugere que a fotografia seja de domínio público, sobretudo porque, além de ter sido contratada pelo Ente Público, retrata imagem antiga de Brasília". 5. A interpretação dada aos fatos descritos no acórdão recorrido, no entanto, não se mostra em consonância com a Lei 9.610/98. A mera circunstância de que a fotografia tenha sido executada a pedido do contratante para determinada finalidade - no caso, a confecção de uma maquete -, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa, ipso facto, a transferência dos respectivos direitos autorais, permitindo a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado. A teor dos arts. 28 e 29, I, da Lei 9.610/98, a cessão dos respectivos direitos depende de autorização expressa do titular da obra, não podendo, portanto, ser presumida. 6. A inexistência de previsão do alcance da cessão objeto da contratação entre as partes, se total ou parcial, faz incidir, na espécie, a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, no sentido de que, "não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato". Precedentes. 7. Agravo interno improvido. (AgInt no AgInt no AREsp 775.401/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 11/04/2019)

decisão, reconheceu-se que a fotografia, por si só, constituiria obra intelectual protegida pela LDA, dispensando maiores digressões acerca do contexto que permeou a criação da fotografia oportunamente analisada.

Da análise de ambos os acórdãos oriundos do STJ, depreende-se, então, que estariam todas as fotografias sob o amparo da legislação autoral, salvo aquelas às quais não fosse possível atribuir a autoria humana. Mostra-se, no entanto, defasado o argumento apresentado nas decisões, na medida em que as análises de mérito realizadas em ambos os casos partiram do exame de julgado realizado há quinze anos, que versava sobre evento ocorrido há mais de duas décadas e julgado sob o amparo de legislação em desuso, num contexto social inteiramente distinto da realidade que hoje se conhece, não havendo uma adaptação das decisões citadas às novas experiências vivenciadas com a fotografia.

Em que pese a redação da lei, com a evolução tecnológica, tenha passado a ser vista como vaga, a análise acima realizada permite inferir que a intenção do legislador brasileiro não era estender a proteção legal indiscriminadamente a todas as fotografias, apenas uniformizar o *quantum* de originalidade e criatividade exigido a todas as obras intelectuais. Nesse sentido, a aplicação da referida legislação pelos Tribunais deve ser feita em estrita observância aos conceitos acima estudados, para que, assim, seja efetiva a prestação jurisdicional.

2.2 OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO À OBRA FOTOGRÁFICA PREVISTOS PELO DIREITO DE AUTOR BRASILEIRO

A Convenção de Berna pode ser apontada como o principal documento internacional acerca dos direitos autorais do qual o Brasil é signatário, tendo sido recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio após a sua última revisão, no ano de 1971, em Paris, por meio do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.⁶⁴ No contexto da Convenção de Berna, a tutela jurídica das obras fotográficas se deu de forma gradual; em que pese tenham sido incluídas no âmbito de proteção do acordo logo no seu texto original, em 1886, o caráter artístico da obra ainda não era entendimento unânime entre os países signatários da Convenção, de forma que

⁶⁴ A última revisão da Convenção de Berna se deu em 24 de julho de 1971, tendo entrado em vigor a partir de 10 de outubro de 1974. Em 1979, o texto da Convenção foi emendado.

as normas estabelecidas para o fim de tutelar as fotografias estavam atreladas ao *status* que essa criação intelectual recebia no âmbito da legislação interna de cada um dos países acordantes.

A revisão da Convenção em Berlim no ano de 1908, ainda sem reconhecer expressamente aos trabalhos fotográficos o caráter artístico, estabeleceu aos signatários a obrigatoriedade de proteção desses, sem prever, no entanto, um prazo mínimo para essa proteção. O reconhecimento jurídico da fotografia como arte, bem como o estabelecimento de um prazo mínimo de vinte e cinco anos de proteção às obras fotográficas se deram apenas com as revisões de 1948 e 1967, respectivamente.⁶⁵

No âmbito da legislação brasileira interna, a primeira lei a tratar exclusivamente acerca do assunto foi a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, tendo sido posteriormente revogada pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, atualmente em vigência. A LDA oferece, em seu artigo 7º, inciso VII, proteção legal às obras fotográficas e às produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, caracterizando-se como obra a fotografia original, criativa e devidamente fixada em suporte material, conforme visto anteriormente.

Deve-se observar, em um primeiro momento, que o exercício da atividade fotográfica envolve a questão da proteção autoral da obra fotográfica em si, bem como os direitos inerentes ao objeto de representação da fotografia, que pode ser igualmente objeto de tutela do direito de autor ou, ainda, na hipótese dos retratos, do direito de imagem.⁶⁶ Quanto à proteção legal da obra fotográfica *per se*, há de se referir que o suporte em que materializada a obra fotográfica não se confunde com a obra em si; àquele dá-se o nome de *corpus mechanicum*, enquanto que à criação intelectual, nele materializada, dá-se o nome de *corpus mysticum*. Assim, sobre o *corpus mechanicum*, será exercido o direito de autor de ordem patrimonial,

⁶⁵ HUGHES, Justin. **The Photographer's Copyright - Photograph as Art, Photograph as Database.** Harvard Journal of Law & Technology, vol. 25, n. 2, Spring 2012, p. 339-428. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

⁶⁶ PICHTA, Thomas Jr.. **The Virtual Photography Paradox: How Courts Could Analyze Copyright of Virtual Photography of User Generated Content Using Software, Real World, or Toy Copyright Analyses.** SMU Science and Technology Law Review, vol. 12, n. 3, p. 275-308, Summer 2009. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 de julho de 2020.

enquanto que sobre o *corpus mysticum* será exercido o direito de autor dotado de prerrogativas morais.⁶⁷

A obra fotográfica, enquanto projeção do espírito do seu autor, é protegida como direito de personalidade pela LDA, na medida em que vincula-se essencialmente à personalidade do seu criador, caracterizando-se os direitos morais como indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis,⁶⁸ conforme preconiza o artigo 27 do referido diploma legal. O artigo 24 da LDA prevê o rol de direitos morais oponíveis ao autor da obra intelectual, de forma que ao criador da obra fotográfica se reconhece o direito de paternidade da obra, o direito de ter o seu nome ligado à obra, o direito de conservar a obra inédita, o direito à manutenção da integridade da obra, o direito de modificar a obra, o direito de retirá-la de circulação ou de interromper o seu uso caso haja afronta à sua reputação e/ou imagem e o direito de ter acesso a exemplar único e raro da obra quando esse se encontrar legitimamente em poder de outrem.

O parágrafo primeiro da norma retromencionada faz a ressalva de que os direitos de paternidade da obra, de ter o seu nome ligado à obra, de conservar a obra inédita e de manutenção da integridade da obra são todos transmissíveis aos sucessores do autor quando da sua morte. Em que pese esta disposição, a princípio, aparentemente vá de encontro à característica da intransmissibilidade dos direitos de personalidade do autor, há uma intenção do legislador em reconhecer que os direitos da personalidade não se cessam com a morte da pessoa natural, estendendo-se para além da vida,⁶⁹ até pelo menos a extinção dos direitos patrimoniais,⁷⁰ conforme recomendação da Convenção de Berna.⁷¹ Nesse sentido, a norma

⁶⁷ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 35.

⁶⁸ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 230.

⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212.

⁷⁰ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 133.

⁷¹ Convenção de Berna, Artigo 6 bis: Conteúdo do direito moral: 1) independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação. O direito moral depois da morte do autor: 2) Os direitos reconhecidos ao autor em virtude da alínea 1) supra são, depois da sua morte, mantidos pelo menos até a extinção dos direitos patrimoniais e exercidos pelas pessoas ou instituições às quais a legislação nacional do país onde a protecção é reclamada atribui qualidade para tal. Todavia, os países cuja legislação em vigor no momento da ratificação do presente Acto ou da adesão a este, não contenham disposições que assegurem a protecção, depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos em virtude da alínea 1) supra, têm a faculdade de prescrever que alguns destes direitos não serão mantidos depois da morte do autor.

legal prevê a hipótese de proteção e defesa dos direitos da personalidade do autor pelos seus sucessores, que deverão, como regra, seguir os parâmetros estabelecidos pelo *de cuius*.⁷²

Os direitos patrimoniais do autor, por sua vez, consistem na prerrogativa que o autor tem de utilizar, fruir e dispor da sua criação, conforme preconizam o artigo 28 da LDA e o artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, ou seja, é a possibilidade que o autor tem de explorar economicamente a sua criação, sendo este um direito passível de transmissão, total ou parcial, por tempo determinado ou indeterminado, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos em Direito.⁷³ O modelo trinomial de utilização da obra intelectual é o modelo norteador da legislação autoral brasileira, segundo o qual as hipóteses de “utilização” da obra intelectual previstos pelo artigo 29 da LDA compreendem essencialmente três tipos de direitos, quais sejam, os direitos de reprodução, de distribuição e de comunicação da criação intelectual ao público.⁷⁴

A reprodução, conforme inteligência do inciso VI do artigo 5º da LDA, é definida como sendo “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. A distribuição, por sua vez, é definida pelo inciso IV do artigo 5º da LDA como sendo “a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse”. A comunicação ao público, por fim, conforme dispõe o inciso V do artigo 5º da LDA, é o “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”.⁷⁵

Os direitos patrimoniais, ainda, são dotados de uma limitação temporal, isto é, a exploração econômica da obra intelectual possui prazo de duração. Naquilo que se refere às obras fotográficas, o prazo de proteção será de setenta anos, contados a partir do ano

⁷² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 436.

⁷³ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 239-243.

⁷⁴ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 333.

⁷⁵ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 88.

subsequente ao de divulgação da obra;⁷⁶ findo este prazo, a obra fotográfica cairá em domínio público. Ao contrário dos autores das demais criações intelectuais,⁷⁷ que gozam de proteção do direito autoral durante toda a sua vida, os autores de obras fotográficas poderão ver suas obras caírem em domínio público, se viverem por setenta anos após a sua divulgação, ou jamais as verão como objeto do direito de autor, se decidirem por fazer uso do seu direito de mantê-las inéditas.⁷⁸ Aqui, fica evidente a necessidade que tem o autor em fazer uso do seu direito moral de escolha em divulgar a obra fotográfica para que assim possa gozar dos direitos patrimoniais inerentes à criação.⁷⁹

A limitação da incidência do direito de autor apenas às fotografias originais e criativas, bem como a limitação temporal da exploração patrimonial dessas obras, somadas às limitações previstas pela LDA em seus artigos 46, 47 e 48⁸⁰ buscam resguardar os interesses

⁷⁶ LDA, Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

⁷⁷ As obras audiovisuais seguem a mesma regra prevista para as fotografias no artigo 44 da Lei 9.610/1998. A fotografia da obra audiovisual diverge da obra fotográfica ora estudada por ser caracterizada pela escolha de uma série de elementos técnicos e visuais, tais quais a iluminação, a composição da cena e os movimentos de câmera, através dos quais criam-se imagens em movimento, que constituem parte significativa do todo da obra audiovisual.

⁷⁸ PERALTA, Patrícia Pereira. **Apontamentos sobre o Direito Autoral e a Formação dos Mercados de Arte Fotográficos**. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Junho/2008, p. 184-202. Disponível em:

<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/LIVRO_Estudios-de-Direito-de-Autor-e-Interesse-P%C3%BAblico_-_Anais-II-CODAIP.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

⁷⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 436.

⁸⁰ LDA, Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

públicos de acesso à informação, à educação e à cultura, bem como de desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade.⁸¹ A natureza das exceções aos direitos autorais previstos pela legislação brasileira deve, assim, ser analisada à luz da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS,⁸² que estabelecem como regra o *three-step test*,⁸³ segundo o qual o uso da obra por terceiros não-autorizados não consiste em violação ao direito de autor nas hipóteses de uso (i) em casos especiais, (ii) que não entre em conflito com a exploração comercial da obra e (iii) que não prejudique os legítimos interesses do autor.⁸⁴

As referidas limitações configuram-se como autorizações legais de uso de obras protegidas pelos direitos autorais a despeito de autorização dos titulares diretos desses direitos, de forma que, sendo o objetivo da lei impedir a livre utilização de obras intelectuais sem consentimento do seu autor, as exceções renunciadas pela LDA constituem rol taxativo.⁸⁵ Dentre as hipóteses previstas pela lei, opta-se por aqui sobrepular aquelas de maior pertinência ao estudo específico das obras fotográficas, consubstanciadas na vedação à cópia privada (artigo 46, inciso II, LDA), na liberdade de citação (artigo 46, inciso III, LDA), na autorização de reprodução prevista no inciso VIII do artigo 46 da LDA e na autorização para paródias (artigo 47 da LDA).

A vedação à cópia privada consiste na mudança legislativa ocorrida com o advento da LDA, que, diferentemente da legislação anterior, permissiva de uma única reprodução integral de qualquer obra protegida, desde que sem intuito de lucro, restringiu a possibilidade de

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

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

⁸¹ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 283.

⁸² O acordo TRIPS foi internalizado pelo direito brasileiro por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 e estabelece padrões universais mínimos na proteção e aplicação dos direitos de propriedade intelectual, além de disposições acerca de procedimentos judiciais e administrativos a serem observados para o fim de garantia desses direitos. Cf.: ATES, Mustafa. **Copyright and Related Rights Protection under the TRIPS Agreement**. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, vol. 23, n. 4, December 2006, p. 239-254. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 26 de outubro 2020.

⁸³ Em tradução livre da autora: teste dos três passos.

⁸⁴ BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three-step-test*)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 102, Janeiro-Dezembro, 2007, p. 493-503. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67766>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

⁸⁵ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 65.

reprodução a pequenos trechos da criação intelectual.⁸⁶ O legislador optou, aqui, por uma redação demasiadamente simplista, não contemplativa da raridade e inacessibilidade de determinadas obras, bem como não inclusiva de diferenças essenciais existentes entre as obras protegidas, sendo especialmente árdua a tarefa de delimitação do que seriam “pequenos trechos” de uma obra fotográfica.⁸⁷

A liberdade de citação de que trata o artigo 46, inciso III, da LDA diz respeito à possibilidade de reprodução de extratos de uma obra para fins de estudo, crítica ou polêmica, desde que indicados o nome do autor e a origem da obra.⁸⁸ Pressupõe-se, ainda, que a obra citada tenha sido licitamente tornada pública e que a citação seja feita na medida justificada para o fim almejado, de forma a não se transformar em uma reprodução camuflada.⁸⁹ A respeito da autorização outorgada pelo legislador no dispositivo legal retromencionado no sentido de autorizar tão somente a citação de passagens da obra, o artigo 33 da LDA reforça essa proibição, ressaltando em seu parágrafo único, contudo, a possibilidade de publicação dos comentários ou anotações em separado.

Da mesma forma que o dispositivo alusivo ao instituto de vedação à cópia privada, as normas acima mencionadas, proibitivas da citação integral de obra intelectual, não se coadunam rigorosamente ao caso das fotografias, porquanto difícil a elucidação do que seriam “passagens” de uma obra fotográfica. Não obstante, o direito de citação não deve ser percebido como particularidade das obras fragmentáveis, tais quais as obras do domínio literário, as obras audiovisuais, as gravações sonoras,⁹⁰ de forma que as fotografias, ainda que citadas em sua integralidade, desde que para fins de estudo, crítica ou polêmica, com a indicação do nome do seu autor e da sua origem, serão igualmente compreendidas pelo direito

⁸⁶ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 148.

⁸⁷ FRIAS, Felipe Barreto. **O Instituto da Cópia Privada no Direito Autoral Brasileiro - Análise Dogmática e Crítica**. Revista dos Tribunais, vol. 846, Abril, 2006, p. 66 - 96. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 26 de julho de 2020.

⁸⁸ MASOUYÉ, Claude. **Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas** (Acta de Paris, 1971). Tradução de Antônio Maria Pereira. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 1980. Disponível em:

<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

⁸⁹ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 149.

⁹⁰ MASOUYÉ, Claude. **Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas** (Acta de Paris, 1971). Tradução de Antônio Maria Pereira. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 1980. Disponível em:

<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

de citação.⁹¹ Sob esse viés, a utilização de obras fotográficas em vídeos e para postagens em redes sociais, desde que para as finalidades acima referidas e em estrita observância aos direitos morais do autor da obra, restam toleradas pelo ordenamento jurídico pátrio.

O inciso VIII do artigo 46 da LDA trata do instituto da “obra nova”, consistente, no caso das fotografias, na autorização de reprodução integral da obra fotográfica “sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”. A problemática ínsita a essa espécie de autorização legal resta no fato de que há grande proximidade entre a “obra nova”, a “obra derivada”⁹² e a imitação, de forma que determinar a qual desses propósitos serviu o uso de obra fotográfica é uma tarefa árdua e subjetiva, que deve ser analisada caso a caso e, em regra, com o auxílio de perito.⁹³

A paródia, por sua vez, consiste na modalidade de arte que, imitando uma determinada obra fotográfica, confere a ela teor jocoso, irônico ou satírico. Há de se referir, contudo, que a paródia não pode constituir verdadeira reprodução da obra parodiada, ou seja, deve o artista se aproximar da obra fotográfica tanto quanto for possível para que reste cristalina a sua referência à obra parodiada, mas sem usá-la desmedidamente.⁹⁴ É, assim, uma autorização legal em prol da liberdade de expressão e do humor, que encontra limites apenas na hipótese de descrédito à obra, não interessando, portanto, outras pessoas a quem a paródia possa atingir.⁹⁵

A utilização de qualquer obra fotográfica sem autorização expressa do fotógrafo, de forma não abarcada pelas hipóteses de limitações legais, pode ser enquadrada como violação aos direitos de autor do criador da obra fotográfica, estando o infrator sujeito às sanções cíveis e penais decorrentes da lei. A prática ilícita pode atingir apenas os direitos morais, apenas os direitos patrimoniais ou ambos os complexos de direitos intrínsecos à obra fotográfica; no

⁹¹ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 151.

⁹² A “obra derivada” é definida no artigo 5º, inciso VIII, ‘g’, da LDA como aquela que, “constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”, a exemplo das adaptações e traduções.

⁹³ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 129-137.

⁹⁴ ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 138.

⁹⁵ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 152.

caso dos direitos de ordem patrimonial, a violação apenas pode ser constatada se a obra estiver dentro do prazo de proteção conferido pela lei.⁹⁶

O panorama acima traçado evidencia que o sistema de direitos autorais brasileiro fundamenta-se em dois pilares contrapostos: vedações legais e autorizações legais. Na sua origem, o direito autoral surge como garantia de remuneração e valorização do trabalho criativo, evoluindo de tal forma a se reconhecer que esse esforço criativo não é puramente individual, mas produto de verdadeiro esforço coletivo, já que a atividade intelectual se auto-alimenta, buscando-se através das referidas vedações e autorizações o equilíbrio desses interesses individuais e coletivos.⁹⁷

Surgida na década de 1990, a LDA foi pensada sob a influência do *World Copyright Treaty*, Tratado da OMPI sobre direito de autor na *internet*, em que pese a não aderência do Brasil ao documento internacional.⁹⁸ Observa-se, nesse sentido, uma legislação preocupada em tutelar as criações intelectuais num contexto internacional de adaptação às mudanças que vinham ocorrendo frente à popularização da rede mundial de computadores, havendo, na concepção legislativa, portanto, a ideia de que quanto mais rígida fosse a lei, mais protegidos estariam os autores.⁹⁹

Emerge, a partir daí, um desequilíbrio entre os direitos conferidos pela lei aos titulares dos direitos autorais e o exercício dos direitos de acesso à educação, à cultura e à informação pela sociedade, porquanto, frente ao que preconiza a lei, há a primazia daqueles sobre estes. A evolução dos aparelhos eletrônicos e dos meios de comunicação, contudo, exerceu influência direta sobre as relações interpessoais, bem como sobre as relações estabelecidas entre seres humanos e obras intelectuais, de forma que as autorizações concedidas pela lei vêm se mostrando incapazes de abranger o modo como grande parte dos internautas passou a se relacionar com as obras de terceiros.¹⁰⁰

⁹⁶ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 157.

⁹⁷ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 47.

⁹⁸ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 333.

⁹⁹ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.76.

¹⁰⁰ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 66.

Nesse sentido, a rigidez imposta pela própria lei acabou por torná-la relativamente ineficaz em relação às autorizações de uso previstas.¹⁰¹ Logo, mostra-se necessário o estudo das novas modalidades de utilização das obras fotográficas surgidas a partir do advento do ambiente virtual, a fim de se explorar de que maneiras a LDA é passível de adequação à nova realidade introduzida, sob o risco de restar prejudicada a eficácia das normas protetivas dos direitos autorais das obras fotográficas por ela previstas.¹⁰²

¹⁰¹ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.76.

¹⁰² POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.76.

3 AS IMPLICAÇÕES DA PROTEÇÃO DADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AOS DIREITOS DE AUTOR DE OBRAS FOTOGRÁFICAS EM FACE DAS EVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS

O capítulo a seguir tem por objetivo abordar os impactos da modernidade na proteção legal oferecida às obras fotográficas pelo direito brasileiro. Destarte, no primeiro ponto, tratar-se-ão das evoluções tecnológicas e dos meios de comunicação vivenciadas pela sociedade global, refletindo-se acerca da influência exercida sobre o processo de criação fotográfico, bem como sobre o compartilhamento dessas obras com o público e as implicações legais advindas desse processo. Sucessivamente, será analisada a viabilidade do direito autoral brasileiro em comportar os desafios legais surgidos, bem como possíveis soluções oferecidas pela doutrina.

3.1 DESAFIOS À PROTEÇÃO DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NA ERA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO

A década de 1960 marcou o início da era digital, sendo o período ao longo do qual foi criada a rede mundial de computadores. Inicialmente idealizada como parte da estratégia de comunicação militar estadunidense durante o período da Guerra Fria, a *internet* passou a ser difundida no mundo todo a partir da década de 1990, gerando grande impacto nas relações sociais e refletindo de maneira significativa, também, no direito de autor. Nesse sentido, cada salto evolutivo das tecnologias e dos meios de comunicação foi acompanhado de tentativas de adaptação do regime de proteção dos direitos de autor em relação a cada nova obra intelectual surgida no processo, bem como a cada nova modalidade de utilização das obras intelectuais protegidas.¹⁰³

Conforme asseverado anteriormente, no âmbito internacional, as evoluções tecnológicas ensejaram a edição do *World Copyright Treaty*, Tratado da OMPI sobre o direito de autor na *internet*, aprovado em 1996 e em vigor desde 2002, contando com 89 países signatários, dentre os quais não se inclui o Brasil. Apesar da não aderência brasileira ao Tratado, a redação da Lei 9.610/1998 tomou por base as disposições do documento

¹⁰³ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 321.

internacional, evidenciando, assim, a intenção do legislador em adaptar o direito autoral brasileiro às novas experiências até então vividas.¹⁰⁴

Não obstante o esforço legislativo, nas mais de duas décadas desde que promulgada a LDA, as evoluções no campo da *internet*, dos aparatos tecnológicos e dos meios de comunicação foram inúmeras, havendo hoje uma sociedade na qual o uso de aparelhos eletrônicos, tais quais os *smartphones*, *tablets* e *notebooks*, e de redes sociais é a regra. Nesse sentido, a criação de obras fotográficas foi facilitada, assim como o seu compartilhamento no ambiente virtual, estabelecendo, portanto, uma nova relação entre os indivíduos e as criações intelectuais, de forma a se propiciar um espaço favorável a diferentes formas de violação dos direitos de autor dessas criações.

As redes sociais, em geral, permitem a comunicação instantânea e em tempo real de seus usuários em uma escala global. O ambiente digital surgido a partir do advento das redes sociais promove a ideia de conversa e colaboração entre os usuários, na medida em que há um incentivo ao compartilhamento de conteúdo original e de interação da comunidade virtual com o material compartilhado. Essa nova cultura introduzida cria, contudo, a falsa impressão de que a *internet* é um lugar sem regras e de que todo o conteúdo que ali se encontra pode ser utilizado sem autorização e de maneira gratuita.¹⁰⁵ Quanto à incidência do direito de autor às relações existentes no ambiente virtual, a LDA é exitosa, porquanto, no *caput* do seu artigo 7º, preconiza que a obra intelectual deve ser protegida independentemente do meio em que expressa e do suporte em que fixada.¹⁰⁶

A introdução da fotografia digital, bem como da possibilidade de fixação de fotografias criadas através do processo analógico no ambiente virtual por meio da sua digitalização, propicia a difusão em massa dessa espécie de criação, sendo possível manter a sua qualidade originária intacta ao longo do processo. Nesse sentido, as questões concernentes à proteção dos direitos autorais das obras fotográficas no ambiente virtual são de grande

¹⁰⁴ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 333.

¹⁰⁵ LEVINSON, Lauren. **Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal**. *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p. 1038-1079. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/adapting-fair-use-to-reflect-social-media-norms-a-joint-proposal/>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. **A proteção autoral na sociedade da informação**. *Revista dos Tribunais*, vol. 1013, p. 63-78, Março, 2020. Disponível em: *Revista dos Tribunais Online*. Acesso em: 19 de maio de 2020.

complexidade e levantam debates acerca da proteção conferida pelo direito do autor frente à nova relação estabelecida entre os indivíduos e as fotografias.¹⁰⁷

Pensando-se na realidade hodiernamente vivida, o carregamento virtual de obra fotográfica em rede social torna a referida imagem acessível a uma vasta quantidade de usuários daquela rede, proporcionando, também, a disseminação dessa obra a inúmeros outros espaços existentes na *internet*. Na ampla maioria das vezes, o carregamento, no ambiente virtual, de fotografia protegida significa que o controle ao acesso e ao uso dessa criação intelectual estará fora do alcance do seu autor.

Consoante outrora demonstrado, a legislação autoral brasileira adotou em sua redação o modelo trinomial de utilização da obra intelectual, consistente na reprodução, distribuição e comunicação da criação intelectual ao público.¹⁰⁸ A utilização das obras fotográficas no ambiente virtual engloba essas três possibilidades de uso, de forma que o uso de fotografia protegida pelo direito de autor em qualquer das três modalidades sem a prévia autorização do seu criador, ainda que no ambiente virtual, consistirá em violação ao direito de autor do fotógrafo.¹⁰⁹

A princípio, a estrutura das redes sociais baseava-se na ideia de carregamento *online* de conteúdo original produzido pelo próprio usuário responsável pelo compartilhamento (*user-generated content*), evoluindo, posteriormente, a uma segunda geração de redes sociais, baseadas na estrutura de compartilhamento de material não produzido pelo usuário que o publicou na *internet* (*user-found content*).¹¹⁰ A questão da proteção autoral às fotografias no âmbito das redes sociais de primeira geração se restringe à análise realizada no início do presente trabalho, no sentido em que deve ser determinado se a fotografia eventualmente

¹⁰⁷ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7 ed. São: Editora Atlas S.A., 2014. p. 55.

¹⁰⁸ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 333.

¹⁰⁹ BOSHER, H.; YEŞILOĞLU, S.. **An analysis of the fundamental tensions between copyright and social media: the legal implications of sharing images on Instagram**. *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, n. 2, 2019, p. 164–186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/13600869.2018.1475897>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

¹¹⁰ LEVINSON, Lauren. **Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal**. *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p. 1038-1079. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/adapting-fair-use-to-reflect-social-media-norms-a-joint-proposal/>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

analisada é original e criativa a fim de ser considerada obra intelectual tutelada pelo direito brasileiro.¹¹¹

As grandes controvérsias acerca da violação de direitos de autor de obras fotográficas concentram-se na análise das atividades operadas no âmbito das redes sociais de segunda geração. Os usuários dos referidos espaços virtuais são estimulados a interagir com os conteúdos produzidos por outros usuários, compartilhando essas criações intelectuais em seus perfis da mesma rede social ou de redes sociais vizinhas, reportando-se à postagem originária, sendo, assim, possível o redirecionamento dos usuários ao perfil do fotógrafo que originariamente disponibilizou a sua obra, prática esta popularmente denominada de *linking*. Cada rede social viabiliza o exercício desta atividade de uma maneira particular: o *Facebook* e o *Instagram* através do “compartilhar”, o *Twitter* através dos “*retweets*”, o *Pinterest* através do “*pin*”.¹¹²

Nesse sentido, à luz dos princípios tradicionais do direito de autor, a interação dos usuários das redes sociais com obras fotográficas disponibilizadas no ambiente virtual através da prática do *linking* consistiria numa modalidade de violação de direito autoral. A título exemplificativo, uma imagem fotográfica objeto de proteção jurídica, originariamente publicada no *Instagram* pelo fotógrafo responsável pela criação da referida obra, quando compartilhada por outro indivíduo no seu perfil na mesma rede social ou em rede social diversa, ainda que possibilitando o redirecionamento dos demais usuários à página do autor da fotografia, terá o condão de comunicar a obra intelectual protegida a um público inteiramente diverso daquele ao qual o criador pretendia comunicar.¹¹³

O armazenamento permanente ou temporário em um dispositivo eletrônico de obra fotográfica disponibilizada *online* também é viabilizado no espaço das redes sociais, consistindo na prática conhecida como *download*. Sendo esta uma atividade amplamente

¹¹¹ ALM, Jessica Gutierrez. **Sharing Copyrights**: The Copyright Implications of User Content in Social Media. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 35, n. 1, 2014, p. 103-130. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 de junho de 2020.

¹¹² ALM, Jessica Gutierrez. **Sharing Copyrights**: The Copyright Implications of User Content in Social Media. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 35, n. 1, 2014, p. 103-130. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 de junho de 2020.

¹¹³ BOSHER, H.; YEŞİLOĞLU, S.. **An analysis of the fundamental tensions between copyright and social media**: the legal implications of sharing images on Instagram. *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, n. 2, 2019, p. 164–186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/13600869.2018.1475897>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

difundida no ambiente virtual, é também uma das maneiras mais comuns de violação de direitos autorais de obras fotográficas, na medida em que a necessidade de autorização do autor para realização desta espécie de reprodução da obra não é informação suficientemente conhecida pelos internautas, sendo raras as vezes em que o usuário que pretende armazenar eletronicamente a obra solicita a autorização do fotógrafo, incorrendo frequentemente em violação aos direitos de autor.¹¹⁴

O *download* de imagens fotográficas dá, também, azo à possibilidade de compartilhamento dessas fotografias nos inúmeros ambientes existentes no espaço virtual sem que se possibilite, contudo, o redirecionamento à página do fotógrafo, de forma que, além de comunicação da obra fotográfica a um público inteiramente novo, da mesma forma que na prática do *linking*, uma série de direitos autorais incumbidos de prerrogativas morais são violados. Nesse sentido, quanto às prerrogativas morais inerentes à obra fotográfica, restam especialmente vulneráveis o direito à paternidade, o direito à integridade e o direito de retirar a obra de circulação.¹¹⁵

Por comparação, em outras espécies de criações intelectuais, a atribuição de paternidade à obra é tarefa menos árdua; em livros, por exemplo, não são raras as vezes em que o símbolo ©¹¹⁶ é inserido nas páginas iniciais da obra seguido pela indicação da paternidade daquela criação. Contudo, a mesma facilidade de atribuição de autoria encontrada no caso dos trabalhos literários se traduz em dificuldades quando se trata da imagem fotográfica.¹¹⁷ Muito embora às fotografias também haja mecanismos de atribuição de autoria semelhantes àquele acima referido, como é o caso das marcas d'água, são abundantes os programas de computador que operam no sentido de remover os referidos sinais das obras juridicamente protegidas.

Ainda, mostra-se pertinente enfatizar que, em que pese o direito à paternidade, em um primeiro momento, pareça servir exclusivamente à satisfação de um direito privado, a sua garantia serve ao propósito de defesa da própria autenticidade da informação, refletindo-se,

¹¹⁴ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 334.

¹¹⁵ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7 ed. São: Editora Atlas S.A., 2014. p. 55.

¹¹⁶ Símbolo do *copyright*.

¹¹⁷ MADDREY, Thomas B. **Photography, Creators, and the Changing Needs of Copyright Law**. SMU Science and Technology Law Review, vol. 16, n. 3, Winter, 2013, p. 501-534. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

dessa forma, na garantia de um bem comum.¹¹⁸ Inobstante a dificuldade em se atribuir corretamente a paternidade das obras fotográficas no universo virtual, é esta uma garantia legal, sendo forçoso, portanto, o rastreio de mecanismos que visem coibir a violação desse direito.

Junto à criação da obra fotográfica vem atrelado o direito do seu autor em opor-se a quaisquer modificações dessa criação que de qualquer forma possam prejudicá-la ou possam atingir seu autor em sua honra ou reputação.¹¹⁹ O direito à integridade, como é conhecido, é também de difícil salvaguarda no ambiente virtual, na medida em que, havendo a cultura predominante de que a *internet* é um território sem leis, é prática comum que o conteúdo fotográfico legalmente protegido divulgado em comunidades virtuais passe a ser utilizado por indivíduos terceiros de maneira tal a ofender a honra ou reputação do seu criador.

Aqui, cumpre trazer exemplo do direito estadunidense, que, muito embora verse acerca de criação intelectual não pertencente ao universo das obras fotográficas, pode ser facilmente a elas estendido. Trata-se do caso da personagem “Pepe, o sapo”, originário em uma história em quadrinhos criada por Matt Furie; a imagem do sapo antropomórfico se popularizou na *internet*, de tal forma a ser adotada como símbolo por grupos de extrema-direita e, em que pese as investidas legais do seu criador de cessar o uso negativo da sua criação, a personagem acabou por ser classificada como símbolo de ódio pela organização não-governamental norte-americana denominada de Liga Antidifamação.¹²⁰

E não menos frustrantes são as tentativas de um fotógrafo em retirar de circulação sua obra divulgada na *internet*. Em uma sociedade na qual a “viralização” de conteúdos ocorre com frequência, torna-se de difícil execução a tarefa de retirar de circulação obras fotográficas já disponibilizadas virtualmente. A uma, está-se diante de uma inviabilidade técnica, na medida em que, em determinados espaços virtuais, como é o caso do *WhatsApp*, é impossível a identificação do conteúdo compartilhado por valer-se este serviço da

¹¹⁸ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7 ed. São: Editora Atlas S.A., 2014. p. 56-57.

¹¹⁹ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 75.

¹²⁰ LANTAGNE, Stacey M.. **Mutating Internet Memes and the Amplification of Copyright's Authorship Challenges**. Virginia Sports and Entertainment Law Journal, vol. 17, n. 2, Spring 2018, p. 221-243. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

criptografia.¹²¹ A duas, a tentativa de retirada de circulação pode ter por consequência o exato oposto daquilo que se almeja, já que, a depender do caso concreto, a obra fotográfica pode receber ainda mais atenção do que anteriormente, fenômeno este comumente denominado de “*Streisand effect*”.¹²²

Ainda, muitos são os relatos, em especial no universo das grandes celebridades, de indivíduos que tiveram seus dispositivos eletrônicos invadidos por *hackers* e, a partir disso, tiveram uma série de dados pessoais roubados e divulgados *online*. Assim sendo, dentre as inúmeras repercussões legais que tal ato terá, o eventual roubo e divulgação de obra fotográfica fere o direito que o fotógrafo tem de conservar a sua criação intelectual inédita, ou seja, de não dar a ela destinação pública,¹²³ sendo este um direito de reserva da personalidade do autor, eis que a ele é facultado a exteriorizarização da sua obra sem que seja obrigado a divulgá-la.¹²⁴

Ocorre que, na prática, essas violações aos direitos de autor das obras fotográficas no ambiente virtual acabam por ter poucas repercussões legais. Primeiro, porque há uma grande dificuldade em se identificar as violações de direitos morais e patrimoniais do fotógrafo ocorridas na *internet*. Tome-se por exemplo a prática do *download*; a reprodução não autorizada da fotografia por alguém dificilmente será descoberta pelo seu criador. Isso ocorre em razão das infrações autorais não impedirem o uso normal das obras fotográficas, além de as infrações, em muitas ocasiões, ocorrerem em outro estado federativo ou país daquele em que radicado o fotógrafo.¹²⁵

¹²¹ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 85-86. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

¹²² O termo refere-se ao fenômeno que ocorre quando a tentativa de retirar de circulação alguma informação acaba por torná-la ainda mais popular, sendo derivado de um famoso caso do direito estadunidense, onde a atriz Barbara Streisand ajuizou ação com o intuito de remover da *internet* uma fotografia aérea da sua casa, resultando em aproximadamente meio milhão de visualizações à imagem, que até então tinha sido vista por apenas seis pessoas, dentre as quais ela mesma, seu advogado e seu vizinho. Cf.: LOUW, A. M. **What Intellectual Property Lawyers Can Learn from Barbra Streisand, Sepp Blatter, and the Coca-Cola Cry-Baby**: Dealing with Trademark Bulling in South Africa. Potchefstroom Electronic Law Journal, vol. 16, n. 5, 2013, p. 1-42. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

¹²³ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 75.

¹²⁴ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 19.

¹²⁵ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 56.

Ao depois, nos casos em que constatado o desrespeito a direitos autorais de fotografia na *internet*, as disputas costumam ser resolvidas extrajudicialmente ou, como o é na maioria das vezes, o autor, desacreditado de que obterá quaisquer frutos oriundos da sua irrisignação, deixa a violação passar como que despercebida. Na primeira situação, o autor que teve seu direito ferido geralmente notifica o infrator diretamente solicitando a ele a retirada da sua obra da rede social, *website* ou qualquer outro ambiente digital em que disponibilizado o conteúdo, ou, ainda, solicita à empresa responsável por aquela plataforma a retirada da sua obra fotográfica da sítio eletrônico. No segundo caso, a inércia daqueles que tiveram seus direitos feridos em buscar a cessação da violação e eventual indenização pelo uso indevido da obra acaba por perpetuar as sucessivas violações autorais na *internet*,¹²⁶ aflorando na sociedade um pessimismo generalizado acerca dos desafios impostos pela era digital.¹²⁷

A fotografia é importante instrumento de difusão do conhecimento, da cultura e da informação, tendo, assim, um importante papel social. É através dela que se registram, para a posteridade, momentos emblemáticos, construindo-se uma memória social, em seus aspectos familiar e coletivo. Quando empregada ao campo educacional, a decodificação das imagens fotográficas, bem como a sua contextualização servem como ferramenta para a compreensão do tempo e espaço em que inseridas.¹²⁸ É, também, relevante técnica de expressão artística, central na construção do subjetivo daquele que a exerce e, de modo mais amplo, concorre à construção da cultura e identidade coletiva.

Assim, revelando-se o direito autoral brasileiro atual como ineficaz em face da totalidade das mudanças ocorridas a partir do advento da *internet*, acabam por ficar vulneráveis as obras fotográficas no espaço virtual. Nesse sentido, o desrespeito constante aos direitos autorais dessa espécie de criação intelectual, que ocorre com frequência na sociedade atual em razão dos novos costumes cultivados no ambiente digital e da não observância destes pelo ordenamento jurídico pátrio, ameaça o sustento dos seus autores, além da esfera dos seus direitos morais e, de igual forma, ameaça os direitos fundamentais coletivos de acesso à

¹²⁶ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 100.

¹²⁷ OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. **A proteção autoral na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, vol. 1013, p. 63-78, Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 19 de maio de 2020.

¹²⁸ LOPES, Patricia Peruzzo. **A função social, cultural e artística da imagem fotográfica**. Revista Reflexão e Ação. Santa Cruz do Sul, vol. 23, n.1, Janeiro/Junho, 2015. p. 303-321. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/6024>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

cultura, à educação e à informação.¹²⁹ Destarte, mostra-se necessário o estudo de aparatos idôneos capazes de mitigar as dificuldades encontradas pelo direito de autor brasileiro na era das novas tecnologias.

3.2 ALTERNATIVAS À PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Sendo a invenção da *internet* um evento relativamente recente, é orgânico que a disciplina jurídica não tenha ainda se adaptado completamente às novas relações complexas estabelecidas nesse ambiente, de forma que acaba por haver um descompasso entre o Direito e os fatos em si.¹³⁰ Assim, na busca de um ordenamento jurídico apto a comportar as mudanças do mundo fático, esforços doutrinários e legislativos são feitos no sentido de encontrar soluções às problemáticas enfrentadas pelo campo dos direitos autorais na era das novas tecnologias.

A primeira e mais efetiva alternativa capaz de corrigir este descompasso seria a alteração da LDA, levando-se em consideração o universo de mudanças ocorridas na sociedade durante o processo de adoção das novas tecnologias. Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.370/2019, que, através da proposta de alteração a uma série de artigos da LDA, bem como de inclusão de novos artigos à lei, busca atualizar a legislação sobre direitos autorais.¹³¹ Há de se referir, contudo, que, conforme explicado por Sérgio Vieira Branco Júnior, a reforma legislativa envolve um longo “estudo de políticas legislativas, a análise de experiências estrangeiras, a contraposição de interesses os mais

¹²⁹ OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. **A proteção autoral na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, vol. 1013, p. 63-78, Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 19 de maio de 2020.

¹³⁰ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 03.

¹³¹ O Projeto de Lei nº 2.370/2019 é de autoria da Deputada Federal Jandira Feghali e propõe a alteração dos arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 15,16, 17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 68, 77, 78, 79, 81, 86, 90, 95, 96, 97, 100-B, 101, 102, 103, 107, 108 e 109 e a inserção dos arts. 30-A, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D, 52-E, 61-A, 67-A, 85-A, 88-A, 88-B, 88-C, 99-C, 99-D, 110-A, 110-B, 110-C, 110-D, 110-E, 110-F, 110-G, 110-H, 110-I, 110-J, 110-K, 110-L, 111-A, 111-B, 113-A e 113-B na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. O inteiro teor da proposta está disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0A0C6F5EB2D7A8B827A1B9312556CCF5.proposicoesWebExterno2?codteor=1734276&filename=PL+2370/2019>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

diversos possíveis”,¹³² de forma que, aos problemas ora analisados, seria esta uma solução efetiva apenas a médio ou longo prazo.

Não obstante, cumpre mencionar que o referido Projeto de Lei se mostra relevante ao estudo ora realizado em duas ocasiões. Inicialmente, em análise à proposta de alteração do artigo 46, em especial nas partes em que se esboçam autorizações ao instituto da cópia privada (incisos I e II) e ao uso para fins didáticos (incisos VI e XX), bem como na evidente tentativa de flexibilizar a já referida rigidez da legislação brasileira ao se propor um dispositivo normativo aberto capaz de abarcar um maior número de autorizações legais de uso de fotografias protegidas (§ 2º).¹³³ A ampliação das hipóteses de autorização de uso, de forma a serem consideradas outras espécies de uso de obras fotográficas, se revela mais adequada às necessidades da sociedade contemporânea.

Ao depois, ressaltam-se as disposições contidas nos artigos 29, §1º, e 88-A, do Projeto de Lei nº 2.370/2019,¹³⁴ que prevêm a responsabilização dos provedores de aplicações de

¹³² JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 06.

¹³³ Projeto de Lei nº 2.370/2019, Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução, por qualquer meio ou processo, em uma só cópia e por pessoa física, para seu uso privado e não comercial, de obra legitimamente obtida, exceto por meio de locação, desde que realizada a partir de exemplar de obra publicada legalmente; II - a reprodução, por qualquer meio ou processo, em uma só cópia para cada suporte e por pessoa física, para seu uso privado e não comercial, de obra legitimamente obtida, exceto por meio de locação ou se o acesso à obra foi autorizado por um período de tempo limitado, desde que realizada a partir de original ou cópia de obra publicada legalmente, para o fim específico de garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade; [...] VI – as representações, recitações, declamações, exposições, exhibições e execuções públicas realizadas no recesso familiar ou quando usadas como recurso didático-pedagógico, a título de ilustração, em atividades educativas ou de pesquisa, incluindo os espaços públicos de formação artística, desde que feitas sem finalidade comercial ou intuito de lucro, e na medida justificada pelo fim a atingir; [...] XX - a reprodução, a tradução, a distribuição e a colocação à disposição do público de trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes visuais ou pequenas composições, como recurso didático-pedagógico por docentes, a título de ilustração, em atividades educativas ou de pesquisa, no âmbito da educação e na medida necessária para o fim a atingir, desde que essa utilização não tenha finalidade comercial ou intuito de lucro e sejam citados o autor e a fonte, vedada a publicação em forma de apostilas; [...] § 2º Também não constituem ofensa aos direitos autorais utilizações análogas às previstas nos incisos do caput, caso atendidas cumulativamente as seguintes condições: I - a utilização não concorra com a exploração comercial da obra e nem prejudique os interesses do autor; II - a utilização tenha como objetivo atender a outros direitos e garantias fundamentais; e III - sejam citados o autor e a fonte.

¹³⁴ Projeto de Lei nº 2.370/2019, Art. 29, §2º O provedor de aplicações de Internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos em território nacional e que permita que terceiros coloquem obras à disposição do público sem autorização prévia de seus titulares poderá ser responsável por remunerar os titulares de direitos autorais em decorrência dessa colocação à disposição do público, nos termos dos arts. 88-A e 88-C.

Art. 88-A. Art. 88-A. O titular de direitos da obra, fonograma, interpretação, execução ou emissão colocado à disposição do público poderá notificar o provedor de aplicações de Internet requerendo: I - a indisponibilização da obra, fonograma, interpretação, execução ou emissão colocado à disposição do público, ainda que por

internet em eventuais situações de violação a direitos autorais. No contexto de análise de experiências estrangeiras naquilo que se refere a mudanças profundas no sistema legal de proteção autoral, os dispositivos retromencionados encontram semelhanças ao disposto no artigo 17 da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019.¹³⁵

Em termos gerais, a diretiva buscou estabelecer normas capazes de adaptar as exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstos pelos ordenamentos jurídicos dos países-membros da União Europeia às mudanças sofridas nos âmbitos das tecnologias e das mídias digitais.¹³⁶ Restringindo-se a análise ao retromencionado dispositivo da Diretiva, observa-se uma exigência de que os provedores de serviços *online*, tais quais o *Facebook* e o *Instagram*, obtenham autorização dos detentores dos direitos autorais antes de permitirem o compartilhamento das obras protegidas pelos usuários da rede, sob pena de serem responsabilizados por violação de direitos autorais. Quando nenhuma autorização for obtida, as plataformas só não serão responsabilizadas se puderem demonstrar que empreenderam todos os esforços possíveis para obter tais autorizações ou, então, que, uma vez notificadas da presença de conteúdo violador em seu sítio eletrônico, foram rápidas em retirá-lo do ar.¹³⁷

Nessa senda, os serviços que contem com mais de cinco milhões de visitantes por mês deverão demonstrar que envidaram seus melhores esforços para impedir outros carregamentos de quaisquer obras protegidas que já tenham sido objeto de notificação. E, ainda, exige-se das plataformas com mais de três anos de funcionamento e receitas maiores que dez milhões de

terceiros, sem sua autorização, nos termos do art. 88-B; ou II - remuneração em decorrência da colocação à disposição do público de sua obra, fonograma, interpretação, execução ou emissão, ainda que tenha sido feita por terceiros, quando o provedor de aplicações de Internet exercer essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos em território nacional, conforme o art. 88-C

¹³⁵ Ver Anexo A.

¹³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **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. p. 92-125 Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

¹³⁷ REIS, Sarah. **A Closer Look at the European Union Copyright Directive**. AALL Spectrum, vol. 24, n. 2, November/December 2019, p. 35-38. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

euros por ano que implementem filtros de *upload*, a fim de bloquear conteúdos não licenciados no momento que o usuário estiver carregando-o.¹³⁸

Assim, operou-se uma significativa mudança no regime de responsabilidade e de obrigações das plataformas de *internet*, uma vez que, até então, pelo que dispunha a Diretiva de Comércio Eletrônico, legislação vigente na Europa antes da Diretiva (UE) 2019/790, eram os próprios usuários os responsáveis pelos conteúdos por eles compartilhados, sobejando aos provedores a tarefa de agir apenas quando informados concretamente de uma violação. O novo texto, portanto, passou a exigir dessas plataformas um dever de monitoramento ativo sobre a atividade de seus usuários.¹³⁹

A previsão do Conselho Europeu encontra respaldo na legislação brasileira atualmente vigente, ainda que de forma mais superficial, na medida em que, conquanto a regra geral do Marco Civil da Internet, prevista no seu artigo 19,¹⁴⁰ no sentido de que o provedor de serviços de aplicações da *internet* poderá ser responsabilizado apenas se não tomar providências para retirar do ar conteúdo gerado por terceiros após ordem judicial específica, o §2º do dispositivo legal¹⁴¹ exclui os direitos de autor e direitos conexos da norma geral. Assim sendo, os provedores de serviços de aplicações da *internet* obedecem à norma do artigo 104 da LDA,¹⁴² que estabelece a responsabilidade objetiva.¹⁴³

¹³⁸ VALENTE, Mariana G.. **A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet?** Internetlab, 2019. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

¹³⁹ VALENTE, Mariana G.. **A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet?** Internetlab, 2019. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

¹⁴⁰ Lei nº 12.965/2014, Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

¹⁴¹ Lei nº 12.965/2014, Art. 19, § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

¹⁴² Lei nº 9.610/1998, Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

¹⁴³ NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 351.

Dessa forma, ainda que haja uma pretensão em se enquadrar as grandes empresas da *internet* em razão dos lucros auferidos com a exploração de obras protegidas por direitos de autor e não repassados aos detentores desses direitos, a iminência de implementação de sistemas automatizados de controle revela-se potencialmente lesiva a uma gama de direitos fundamentais.¹⁴⁴ Observadas as experiências do *Youtube* com o seu filtro de *upload*, denominado *Content ID*, infere-se que a referida tecnologia frequentemente acaba por impedir o compartilhamento de conteúdos lícitos, pertencentes ao domínio público ou enquadrados em exceção prevista pela legislação, de forma que o emprego de tais mecanismos pode ser enquadrado como uma forma de censura.¹⁴⁵

Observa-se, nesse sentido, que a Diretiva (UE) 2019/790 mostra-se inclinada a perpetuar a ideia de uma legislação autoral restritiva como forma de assegurar o respeito às obras protegidas, tendência esta a ser observada ao longo dos próximos anos, porquanto os países-membros da União Europeia tem até 2021 para implementar as mudanças. Nessa perspectiva, a proposta do Projeto de Lei nº 2.370/2019, no sentido de inserir no texto da LDA dispositivos semelhantes àquele da Diretiva (UE) 2019/790, é preocupante, na medida em que quaisquer mudanças tendentes à ampliação do espectro de exceções legais aos direitos autorais seriam eventualmente atenuadas. A experiência brasileira até então analisada resulta na compreensão de que as tendências restritivas do direito autoral propendem a estagnar o desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade, já que impedir o acesso do grande público a criações intelectuais interrompe a retroalimentação da atividade cultural.

Surgem, também, discussões acerca de mecanismos que, a curto prazo, venham a suprir as necessidades do ordenamento jurídico brasileiro naquilo que se refere ao seu sistema de proteção autoral. Assim, a doutrina do *fair use* emerge dentre os juristas como um artifício promissor. Trata-se de instituto jurídico proveniente do direito estadunidense, consistente em uma exceção ao direito de autor, onde há um esforço em tornar legítimo o uso de criações

¹⁴⁴ VALENTE, Mariana G.. **A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet?** Internetlab, 2019. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

¹⁴⁵ TYNER, Andrew. **The EU Copyright Directive: Fit for the Digital Age or Finishing It.** Journal of Intellectual Property Law, vol. 26, n. 2, Spring 2019, p. 275-288. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

intelectuais sem intuito de lucro,¹⁴⁶ sob a justificativa de que a veiculação da obra corresponderia à satisfação de direitos coletivos.¹⁴⁷ Para ser reconhecido o *fair use*, um conjunto de quatro fatores deve ser analisado, sendo eles: (1) o propósito do uso; (2) a natureza da criação protegida; (3) a quantidade e a essencialidade da porção do trabalho utilizado em comparação ao todo; e, por fim, (4) os impactos no valor de mercado da obra protegida.¹⁴⁸

Naquilo que se refere ao uso das obras fotográficas no ambiente virtual, mais especificamente nas redes sociais, argumenta-se que parte significativa das fotografias juridicamente protegidas que são compartilhadas *online* por seus criadores dão início a discussões de grande relevância social, além de não serem utilizadas com o intuito de lucro pelos demais usuários da rede mundial de computadores. Assim, segundo os tribunais norte-americanos, os diálogos socialmente relevantes evidenciarium um uso transformador da obra e, somados ao uso não-comercial dessas criações, configurariam o *fair use*.¹⁴⁹

Um exemplo bastante prático dessa ideia são os memes da *internet*, consistentes em unidades de informação, geralmente imagens, que buscam, através de um teor cômico, gerar engajamento e discussões na comunidade virtual, espalhando-se rapidamente pelos usuários das redes sociais. As obras fotográficas são frequentemente empregadas para esse fim e, quando assim ocorre, são utilizadas na sua integralidade e sem qualquer alteração física significativa. Argumenta-se, contudo, que as discussões sociais surgidas a partir do seu emprego em um contexto inteiramente diverso, em que pese o seu uso integral e fisicamente equivalente, seria o suficiente à configuração do uso transformador da obra, de forma a se caracterizar o *fair use*.¹⁵⁰

¹⁴⁶ MADDREY, Thomas B. **Photography, Creators, and the Changing Needs of Copyright Law**. SMU Science and Technology Law Review, vol. 16, n. 3, Winter, 2013, p. 501-534. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

¹⁴⁷ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 86.

¹⁴⁸ MADDREY, Thomas B. **Photography, Creators, and the Changing Needs of Copyright Law**. SMU Science and Technology Law Review, vol. 16, n. 3, Winter, 2013, p. 501-534. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

¹⁴⁹ LEVINSON, Lauren. **Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal**. UCLA Law Review, vol. 64, 2017, p. 1038-1079. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/adapting-fair-use-to-reflect-social-media-norms-a-joint-proposal/>>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

¹⁵⁰ LEVINSON, Lauren. **Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal**. UCLA Law Review, vol. 64, 2017, p. 1038-1079. Disponível em:

De maneira geral, o *fair use* se propõe a ser para o direito norte-americano aquilo que as previsões dos artigos 46, 47 e 48 da LDA são para o direito brasileiro: autorizações legais de uso de obras protegidas. Contudo, de modo diverso ao sistema jurídico pátrio, reconhecido pela sua rigidez, o instituto estadunidense é maleável, na medida em que mantém uma capacidade de adaptação a novas circunstâncias, característica esta que se revela de suma importância, considerando-se a fluidez das relações entre os seres humanos e as criações intelectuais na sociedade contemporânea.¹⁵¹

Muito embora a doutrina estadunidense tenha sido referida pontualmente em três acórdãos do Superior Tribunal de Justiça,¹⁵² o instituto do *fair use* não foi recepcionado pela legislação pátria, sendo primordialmente assunto de discussões da doutrina.¹⁵³ Por fim, há de se referir a existência de certa insegurança inerente à aplicação do *fair use*, já que a interpretação dos quatro fatores previamente apontados é demasiadamente subjetiva e, portanto, inconsistente na jurisprudência norte-americana, não se prestando a informar de maneira segura aquilo que pode ou não ser abarcado pelo instituto doutrinário.¹⁵⁴

Nesse sentido, traz-se à discussão a análise dos direitos autorais à luz das garantias fundamentais, através da qual seria dada interpretação extensiva ao rol taxativo de limitações aos direitos de autor previstos pelos artigos 46, 47 e 48 da LDA. Segundo tal entendimento, constante da fundamentação exarada nos autos do Recurso Especial nº 964.404/ES,¹⁵⁵ de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cada uma das limitações previstas nos referidos dispositivos legais seriam decorrentes da recepção pela LDA de algum princípio constitucional¹⁵⁶ e, sendo os direitos autorais também tidos como um direito fundamental, as referidas limitações seriam resultado da ponderação destas garantias fundamentais em

<<https://www.uclalawreview.org/adapting-fair-use-to-reflect-social-media-norms-a-joint-proposal/>>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

¹⁵¹ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 88.

¹⁵² A doutrina do *fair use* é mencionada nos seguintes acórdãos do STJ: REsp 1.512.647/MG, REsp 1.217.567/SP e REsp 983.357/RJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, utilizando-se como critério de pesquisa o termo “*fair use*”. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

¹⁵³ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 86.

¹⁵⁴ MADDREY, Thomas B. **Photography, Creators, and the Changing Needs of Copyright Law**. SMU Science and Technology Law Review, vol. 16, n. 3, Winter, 2013, p. 501-534. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

¹⁵⁵ Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, utilizando-se como critério de pesquisa o termo “three step test”. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

¹⁵⁶ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 81.

determinadas situações, de forma que não poderiam ser consideradas a totalidade das hipóteses existentes.¹⁵⁷ Assim, as limitações dos artigos 46, 47 e 48 da LDA consistiriam em rol exemplificativo e, por meio do filtro realizado pelo teste dos três passos, poderiam ser reconhecidas outras hipóteses de autorizações de uso não previstas originariamente pela LDA.

Conquanto a interpretação apontada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino revele-se tendente à flexibilização das hipóteses de autorização de uso previstas pelo direito brasileiro, de forma a contribuir para a efetiva tutela das obras fotográficas na sociedade contemporânea, tem-se que o rol previsto originariamente pela LDA em seus artigos 46, 47 e 48 é taxativo,¹⁵⁸ de forma que eventual interpretação extensiva implicaria em afastar em parte a vigência da referida legislação, devendo, portanto, obedecer ao artigo 97 da Constituição Federal.¹⁵⁹ Nesse sentido, é também o voto proferido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva nos autos do Recurso Especial nº 1.380.341/SP,¹⁶⁰ também de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, tendo sido o voto do relator vencido, predominando o entendimento de que a interpretação proposta por ele dependeria de estrita observância à cláusula de reserva de plenário, “sob pena de restar configurada ofensa direta ao comando da

¹⁵⁷ RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA. I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS. IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor". V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 964.404/ES, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011)

¹⁵⁸ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 146.

¹⁵⁹ CF/1988, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁶⁰ Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, utilizando-se como critério de pesquisa os termos “direito autoral” e “limitação” e “garantias fundamentais”. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

Súmula Vinculante nº 10/STF, visto que o juízo de ponderação proposto importaria em afastar, ainda que parcialmente, a vigência da norma legal”.¹⁶¹

Ademais, no contexto ora apresentado, de profundos questionamentos acerca da eficiência do aparato jurídico brasileiro naquilo que diz respeito à efetiva proteção autoral das obras intelectuais, prestando-se aqui especial atenção às fotografias, vêm ao debate as licenças públicas de uso. De maneira geral, consistem em autorizações, onerosas ou gratuitas, para uso e/ou gozo dos direitos autorais inerentes à criação intelectual, sendo redigido um documento contratual através do qual o titular dos direitos autorais informa de que maneira permite que sua obra seja utilizada e, assim, aqueles que têm acesso à respectiva obra sabem até que limite lhes é permitido dela se valerem.¹⁶² Destacam-se, aqui, duas espécies de licenças públicas de uso: a *copyleft* e a *creative commons*.

O sistema *copyleft* surgiu, a princípio, em razão de irrisignações existentes frente às restrições de acesso a códigos fonte de *softwares* desenvolvidos a partir de verdadeiro esforço coletivo, uma vez que diversos trabalhos eram gratuitamente disponibilizados ao público e, por diversas vezes, ligeiramente modificados por terceiros, que imediatamente reivindicavam a titularidade dos direitos autorais sobre a criação, dando início, assim, a um movimento denominado de *software* livre. Criou-se, dessa forma, a *General Public Licence*¹⁶³ - GPL -, que, em que pese a especificidade dos trabalhos licenciados em sua origem, com o passar do

¹⁶¹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES. QUARTO DE HOSPITAL. INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. 1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram. 2. Para fins de reconhecimento da possibilidade de cobrança é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha propósito lucrativo. Por isso, nem mesmo as instituições hospitalares de natureza filantrópica se eximem da obrigação de remunerar os titulares dos direitos autorais em casos tais. 3. Recurso especial provido. (REsp 1380341/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 01/10/2015)

¹⁶² BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 29. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11461/O%20que%20%e3%a9%20Creative%20Commons.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

¹⁶³ Em tradução livre da autora: Licença Pública Geral.

tempo, passou a ser aplicável a uma variedade de criações intelectuais juridicamente protegidas, inclusive às obras fotográficas.¹⁶⁴

Nesse sentido, a *copyleft* consiste em uma licença através da qual são oferecidos aos usuários de um trabalho intelectual os direitos de utilizá-lo, copiá-lo, distribuí-lo e modificá-lo sob a condição de que a autoria da obra originária seja devidamente atribuída ao seu titular, além de que também seja disponibilizado o uso dos trabalhos derivados através da licença *copyleft*. Dessa forma, é uma ferramenta que proporciona ao titular dos direitos autorais um meio de disseminação do seu trabalho sem deixá-lo desprotegido, permitindo o acesso geral à criação intelectual nos termos em que for determinado por ele. Ainda, por meio da referida licença, evita-se que eventual uso da obra seja objeto de ação judicial que venha a lhe prejudicar e contribui-se para a criação de ambientes de cultura livre, onde os trabalhos artísticos circulem livremente.¹⁶⁵

A *creative commons*, por sua vez, expandiu a ideia nuclear da *copyleft*, na medida em que criou uma variedade de licenças feitas sob medida, com o propósito de abarcar o maior número possível de criações intelectuais disponíveis na *internet*, consideradas as suas especificidades, sendo, por esse motivo, mais popular entre os criadores de obras fotográficas.

¹⁶⁶ As licenças *creative commons* são desenvolvidas por uma corporação estadunidense sem fins lucrativos de mesmo nome e têm por finalidade viabilizar a qualquer titular de direitos autorais a disponibilização de sua obra para uso por terceiros, já que para alguns autores a necessidade de autorizar previamente cada uso da sua obra acaba por ser prejudicial para o desenvolvimento artístico e econômico do seu trabalho.¹⁶⁷

¹⁶⁴ LEMOS, Ronaldo; JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 243, 2006. p. 148-167. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42557>>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

¹⁶⁵ LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. *Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação*. Revista Ciência da Informação. Brasília, v. 37, n. 1, Janeiro/Abril, 2008. p.121-128. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652008000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

¹⁶⁶ SIMONE, Daniela. *Copyright or Copyleft?* Wikipedia as a Turning Point for Authorship. King's Law Journal, vol. 25, n. 1, 2014, p. 102-124. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Honácio Braga de. *Creative Commons e o Direito à Cultura Livre: as Licenças Criativas Frente às Limitações do Direito Autoral na Internet*. Texto Livre: Linguagem e Tecnologia, vol. 4, n. 2, 2011, p. 103-111. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre>>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

O sistema acima explanado exige que o autor do trabalho fotográfico solicite a licença no sítio eletrônico da organização não governamental, devendo determinar as características de distribuição da sua obra. Para tanto, deve optar positiva ou negativamente quanto à permissão para realização de obra derivada, permissão para uso comercial e se a obra criada a partir da sua deverá ser disponibilizada sob a mesma licença em que a obra originária, além de todas as licenças permitirem a cópia, distribuição e transmissão da obra e, na adaptação brasileira do *creative commons*, pressuporem a obrigatoriedade de atribuição de autoria, por força do que dispõe o artigo 27 da LDA.¹⁶⁸ Assim, é facultado aos fotógrafos decidirem quais permissões conceder a quem usa sua obra e quais condições exigir, na medida em que cada licença *creative commons* possui níveis variados de restrição.¹⁶⁹

As licenças públicas de uso valem-se da legislação autoral positivada como ponto de partida para um exercício diferenciado do direito de autor. Buscam, portanto, gerenciar melhor o desempenho das atividades criativas, proporcionando aos autores mecanismos flexíveis de exercício dos seus direitos, de forma a contornarem algumas das restrições impostas pela legislação autoral, beneficiando, assim, a sociedade com o aumento no fluxo de trabalhos artísticos, além de manterem certo grau de controle sobre suas próprias obras, a exemplo da obrigatoriedade de atribuição da autoria do trabalho utilizado.¹⁷⁰ Nesse contexto, portanto, o *modus operandi* dos sistemas de licenças criativas, como complemento do sistema tradicional de proteção autoral, revela-se mais próximo e compatível com a realidade virtual do que o emprego cabal da legislação, na medida em que, ao considerar a velocidade do fluxo de informações na *internet*, busca suprir as restrições exacerbadas vislumbradas na lei.¹⁷¹

No entanto, um exame minucioso dos objetivos almejados pelos sistemas de licenciamento permite inferir que, observados os dois limiares do direito de autor, consubstanciados nos direitos do seu titular direto e nos direitos coletivos de acesso à

¹⁶⁸ LDA, Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

¹⁶⁹ ARAÚJO, Honácio Braga de. **Creative Commons e o Direito à Cultura Livre**: as Licenças Criativas Frente às Limitações do Direito Autoral na Internet. Texto Livre: Linguagem e Tecnologia, vol. 4, n. 2, 2011, p. 103-111. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre>>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

¹⁷⁰ SIMONE, Daniela. **Copyright or Copyleft?** Wikipedia as a Turning Point for Authorship. King's Law Journal, vol. 25, n. 1, 2014, p. 102-124. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

¹⁷¹ ARAÚJO, Honácio Braga de. **Creative Commons e o Direito à Cultura Livre**: as Licenças Criativas Frente às Limitações do Direito Autoral na Internet. Texto Livre: Linguagem e Tecnologia, vol. 4, n. 2, 2011, p. 103-111. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre>>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

educação, cultura e informação, há uma preocupação desproporcional de garantia dos últimos. E, sob essa perspectiva, há de se referir que a mudança do exercício dos direitos autorais não pode ser alcançada sem que se considere a economia da cultura criativa, porquanto a ideia de viabilizar o acesso irrestrito e não pago aos trabalhos fotográficos serviria ao propósito de perpetuar construções sociais que podem agir no sentido de subestimar o referido trabalho criativo. Em que pese não haja um esforço positivo das licenças no sentido de não remunerar os autores, a ausência de mecanismos que operem no sentido de garantir essa provisão pecuniária mostra-se inclinada a enfraquecer o exercício da atividade fotográfica.¹⁷²

Assim, as licenças criativas apresentam-se como um ponto de partida naquilo que se refere à proteção eficaz dos direitos autorais dos fotógrafos, no sentido de observar o conjunto de garantias inerentes a essa proteção no ambiente da rede mundial de computadores. Para alguns fotógrafos, as restrições impostas pela legislação naquilo que diz respeito ao uso da sua obra influem negativamente no desenvolvimento artístico e econômico do seu trabalho, de forma que a ideia de livre circulação da sua criação se mostra mais benéfica e promissora, sendo estes os casos em que os sistemas de licenciamento revelam-se especialmente frutuosos.¹⁷³

¹⁷² DUSOLLIER, Severine. **The Master's Tools v. the Master's House**: Creative Commons v. Copyright. Columbia Journal of Law and Arts, vol. 29, n. 3, 2006, p. 271-293. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 06 de setembro de 2020.

¹⁷³ DUSOLLIER, Severine. **The Master's Tools v. the Master's House**: Creative Commons v. Copyright. Columbia Journal of Law and Arts, vol. 29, n. 3, 2006, p. 271-293. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 06 de setembro de 2020.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, depreende-se que as evoluções tecnológicas, consubstanciadas no desenvolvimento de aparelhos eletrônicos ultramodernos e no surgimento e ascensão de um universo de interação social inteiramente virtual - a *internet* -, exerceram um papel pioneiro nas significativas mudanças observadas nas relações estabelecidas entre os seres humanos e os produtos do seu intelecto. Nesse sentido, o progresso experimentado pela humanidade encontrou reflexos, também, na disciplina jurídica, na medida em que as novas maneiras de interação dos indivíduos com os trabalhos intelectuais muitas vezes não encontraram previsão nas legislações autorais ao redor do mundo, sendo este, igualmente, o caso do Brasil.

Assim, prestando-se especial atenção ao caso das obras fotográficas, é possível observar que a primeira lacuna encontrada no direito de autor brasileiro diz respeito à própria questão da fotografia enquanto objeto de tutela jurídica. Em que pese a redação da lei, propícia a se fazer entender que toda e qualquer fotografia é sujeito passivo do direito de autor - e assim até poderia ser interpretada quando da sua promulgação em 1998, porquanto, não existindo a difusão de aparelhos fotográficos nas mesmas proporções encontradas nos dias de hoje, todas as fotografias seriam originais e criativas -, a democratização do acesso aos aparelhos fotográficos resultou em uma necessidade de se observar a adoção da teoria da criatividade pelo direito de autor brasileiro, de forma a se inferir que são objeto de proteção apenas aquelas fotografias em que presentes originalidade e criatividade, a despeito do que vêm decidindo alguns Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, é possível afirmar que a digitalização da prática fotográfica e a possibilidade de digitalização de fotografias analógicas, somadas ao surgimento de espaços virtuais projetados especificamente ao fim de compartilhamento dessa criações, tornaram ainda mais complexos os debates no campo dos direitos de autor, na medida em que a nova relação estabelecida entre os indivíduos e as fotografias não encontra respaldo na legislação autoral vigente. A redação e a promulgação da LDA, ocorridas na década de 1990, deram-se em um contexto de estudo e adaptação às novas tecnologias, à época, iminentes, havendo, na concepção legislativa, portanto, a ideia de que quanto mais rígida fosse a lei, mais protegidos estariam os titulares dos direitos de autor.

Contudo, a despeito da intenção originária demonstrada pelo legislador, as experiências vividas ao longo das mais de duas décadas desde que promulgada a LDA demonstram que, a uma, a redação da lei se mostra inclinada a preterir os direitos de acesso à educação, à cultura e à informação em prol dos direitos morais e patrimoniais do autor e, a duas, as proibições e as autorizações previstas em lei, frente aos progressos tecnológicos, revelam-se incapazes de abranger o modo como grande parte dos usuários dos espaços cibernéticos passou a se relacionar com as obras de terceiros. Assim, a rigidez imposta pela própria lei acabou por torná-la relativamente ineficaz justamente em relação à proteção do titular direto dos direitos de autor, resultando em problemas tanto ao autor quanto à sociedade.

Diante desse cenário, vieram à tona discussões acerca de mecanismos capazes de solucionar ou, ao menos, mitigar as problemáticas encontradas pelo direito autoral brasileiro contemporâneo. Dentre as alternativas analisadas no decorrer da presente monografia naquilo que diz respeito à proteção da obra fotográfica, consubstanciadas na possibilidade de reforma legislativa, observando-se, nesse caso, a experiência da União Europeia diante da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, no instituto jurídico estadunidense do *fair use* e nas licenças públicas de uso, denominadas *copyleft* e *creative commons*, é possível afirmar que todas têm virtudes e defeitos.

As disposições da Diretiva (UE) 2019/790, em que pese ainda não completamente implementadas, caso transpostas ao direito autoral brasileiro, perpetuariam a lógica já presente na legislação autoral de rigidez dos mecanismos protetivos em favor dos titulares diretos, deixando em segundo plano as questões relativas ao aproveitamento dessas obras pela sociedade em geral, além de mostrar-se como um potencial aparato de censura. A ideia de reforma legislativa no sentido de conservar a ideia já vigente no direito pátrio serviria apenas ao propósito de impor a aplicação da lei tal qual ela é atualmente, de forma a não haver a intenção de se conciliar o aproveitamento da obra fotográfica entre seu fotógrafo e a sociedade, ignorando, portanto, a relevância social e cultural da fotografia.

Por outro lado, as licenças públicas de uso, revelam-se promissoras soluções à questão da desproteção das obras fotográficas no ambiente virtual, porquanto proporcionam aos fotógrafos alternativas às restrições impostas pela LDA, de forma a favorecer o aproveitamento de suas obras pelo grande público, sem, contudo, perder completamente o

controle sobre a sua criação. Todavia, há de se referir que não é esta uma alternativa viável a todos os fotógrafos, apenas àqueles que veem a ideia de livre circulação da sua criação como benéfica e promissora, já que deve ser observado que os direitos patrimoniais do autor restam especialmente desprotegidos.

Por fim, quanto ao instituto do *fair use*, é possível afirmar que se configura como exceção ao direito de autor, de forma a autorizar o uso de obras protegidas sem que seja necessária a autorização prévia do seu autor. Revela-se, assim, mais apto ao seu fim do que as disposições da legislação autoral brasileira que versam sobre o mesmo assunto, porquanto, em que pese relativamente subjetivo, é adaptável às novas relações que vêm sendo estabelecidas na *internet*. No direito brasileiro, a inclusão de dispositivo normativo aberto ao texto da lei, no sentido de autorizar o reconhecimento de outras espécies de autorização de uso por meio de filtro realizado pelo teste dos três passos, teria o condão de mitigar a restritividade da lei autoral brasileira, aproximando-se, assim, à flexibilidade conferida pelo instituto estadunidense.

Assim, é possível concluir que a rigidez e a obsolescência da legislação autoral brasileira resultaram em parcial ineficácia das suas disposições no contexto tecnológico contemporâneo, culminando em especial desproteção às obras fotográficas no ambiente virtual. Os mecanismos analisados para o fim de solucionar essa problemática possuem suas falhas, na medida em que não observam a necessidade de garantia tanto dos direitos do autor da fotografia - titular direto -, quanto dos direitos de acesso à cultura, à educação e à informação à sociedade em geral - titular indireta -, frequentemente havendo um favorecimento de um em detrimento do outro.

Nessa senda, observa-se que não é impositiva a aplicação individual dos mecanismos estudados, sendo possível a sua implementação conjunta, de forma a ser esta a alternativa mais adequada à proteção das obras fotográficas na sociedade contemporânea. Conquanto a reforma legislativa seja uma solução a longo prazo, parece ser ela, em conjunto com as licenças públicas de uso, em observância à maleabilidade do instituto jurídico norte-americano do *fair use* e em análise crítica à Diretiva (UE) 2019/790, o caminho a ser traçado pelo direito de autor brasileiro como forma de assegurar a efetiva proteção das obras fotográficas frente às evoluções tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALM, Jessica Gutierrez. **Sharing Copyrights**: The Copyright Implications of User Content in Social Media. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 35, n. 1, 2014, p. 103-130. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 de junho de 2020.

ARAÚJO, Honácio Braga de. **Creative Commons e o Direito à Cultura Livre**: as Licenças Criativas Frente às Limitações do Direito Autoral na Internet. *Texto Livre: Linguagem e Tecnologia*, vol. 4, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre>>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor**. 2. ed, ref. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ATES, Mustafa. **Copyright and Related Rights Protection under the TRIPs Agreement**. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, vol. 23, n. 4, December 2006, p. 239-254. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three-step-test*)**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 102, Janeiro-Dezembro, 2007, p. 493-503. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67766>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

BERTHOLD, Nicolas. **L'harmonisation de la Notion D'originalité en Droit D'auteur**. *Journal of World Intellectual Property*, vol. 16, n. 1-2, p. 58-71, March, 2013. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 16 de maio de 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOSHER, H.; YEŞILOĞLU, S.. **An analysis of the fundamental tensions between copyright and social media**: the legal implications of sharing images on Instagram. *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, n. 2, 2019, p. 164–186.

Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/13600869.2018.1475897>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 29.

Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11461/O%20que%20%C3%A9%20Creative%20Commons.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. **Lei de Direitos Autorais** (revogada pela Lei nº 9.610, de 1998, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.370, de 15 de abril de 2019. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0A0C6F5EB2D7A8B827A1B9312556CCF5.proposicoesWebExterno2?codteor=1734276&filename=PL+2370/2019>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 775.401/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Cláudio Alves Pereira. Relator para acórdão: Min. Raul Araújo, julgado em 28/03/2019, publicado no

Diário da Justiça em 11/04/2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502221213&dt_publicacao=11/04/2019>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 964.404/ES. Recorrente: Mitra Arquidiocesana de Vitória. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator para acórdão: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15/03/2011, publicado no Diário da Justiça em 23/05/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 983.357/RJ. Recorrente: Gege Edições Musicais Ltda. Recorrido: Rádio Imprensa S.A. Relator para acórdão: Min. Nancy Andrichi, julgado em 03/09/2009, publicado no Diário da Justiça em 17/09/2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702178187&dt_publicacao=17/09/2009>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.217.567/SP. Recorrente: Editora Abril S.A. Recorrido: SIGEM - Sistema Globo de Edições Musicais Ltda. Relator para acórdão: Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 07/05/2013, publicado no Diário da Justiça em 05/06/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001851144&dt_publicacao=05/06/2013>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.380.341/SP. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: Associação da Santa Casa de Misericórdia de Serra Negra. Relator para acórdão: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/09/2015, publicado no Diário da Justiça em 01/10/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301320030&dt_publicacao=01/10/2015>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial n. 1.512.647/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Botelho Indústria e Distribuição

Cinematográfica Ltda. Relator para acórdão: Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 13/05/2015, publicado no Diário da Justiça em 05/08/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301628832&dt_publicacao=05/08/2015>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.822.619/SP. Recorrente: Aurelio Bulhões Pedreira de Moraes. Recorrido: Academia de Letras de São José dos Campos. Relator para acórdão: Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/02/2020, publicado no Diário da Justiça em 20/02/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901799384&dt_publicacao=20/02/2020>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

CABRAL, Plínio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CHAVES, Antonio. **Direito de Autor. Apanhado histórico. Legislação brasileira de caráter interno**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 30, n. 28/29, Maio/Outubro, 1985/1986, p. 333-361. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/989/923>>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Sexta Turma Cível. Apelação Cível nº. 0015126-67.2013.8.07.0001. Recorrente: Helter Siqueira. Recorrido: Imovelweb Comunicação S.A. e Abdalla Imóveis Ltda. Relator: Carlos Rodrigues, julgado em 22/02/2017, publicado no Diário da Justiça em 14/03/2017. Disponível em: <[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoelettronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&campoSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1001672&numero=&tipoDeRelator=TIPODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&num](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoelettronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&campoSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1001672&numero=&tipoDeRelator=TIPODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&num)>

[eroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](#)>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Primeira Turma Cível. Apelação Cível nº. 0136874-47.2005.8.07.0001. Recorrente: Claudio Alves Pereira. Recorrido: Distrito Federal e Correio Braziliense S.A. Relator: Simone Lucindo, julgado em 04/03/2015, publicado no Diário da Justiça em 11/03/2015. Disponível em: <[DRASSINOWER, Abraham. **Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship**: On Originality in Canadian Copyright Law. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 1, p. 105-124, 2003-2004. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 08 de junho de 2020.](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoelettronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=853845&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1>. Acesso em: 06 de junho de 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

DUSOLLIER, Severine. **The Master's Tools v. the Master's House**: Creative Commons v. Copyright. *Columbia Journal of Law and Arts*, vol. 29, n. 3, 2006, p. 271-293. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 06 de setembro de 2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 1016331-84.2017.8.26.050. Recorrente: Giuseppe Silva Borges Stuckert. Recorrido: Ágil Tour Viagens e Turismo. Relator: Alcides Leopoldo, julgado em 26/09/2019, publicado no Diário da Justiça em 27/09/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12924452&cdForo=0>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Décima Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 1026375-36.2015.8.26.0506. Recorrente: Giuseppe Silva Borges Stuckert. Recorridos: CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A. e CVC Porto Alegre. Relator: J.B. Paula Lima, julgado em 03/03/2020, publicado no Diário da Justiça em 03/03/2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13369468&cdForo=0>>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0276206-03.2019.8.21.7000. Recorrentes: Virginia Furtado Travi e 3R Studio Comunicação Ltda. Recorridos: Virginia Furtado Travi e 3R Studio Comunicação Ltda. Relator: Niwton Carpes da Silva, julgado em 21/11/2019, publicado no Diário da Justiça em 29/11/2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70083042978&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0213373-46.2019.8.21.7000. Recorrente: João Carlos Fontes. Recorrido: Ervateira Seiva Pura. Relator: Niwton Carpes da Silva, julgado em 24/10/2019, publicado no Diário da Justiça em 30/10/2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082414640&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

FRIAS, Felipe Barreto. **O Instituto da Cópia Privada no Direito Autoral Brasileiro** - Análise Dogmática e Crítica. Revista dos Tribunais, vol. 846, Abril, 2006, p. 66-96. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 26 de julho de 2020.

GERVAIS, Daniel J. **The protection of databases**. Chicago-Kent Law Review, vol. 82, n. 3, p. 1109-1170, 2007. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 08 de junho de 2020.

GRALHA, Fernando. **Fotografia E História: Uma relação complexa**. Revista Digital Simonsen. Rio de Janeiro, n. 1, Dezembro, 2014. Disponível em: <http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2014/12/Revista-Simonsen_N1_Fernando-Gralha.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2020.

HUGHES, Justin. **The Photographer's Copyright - Photograph as Art, Photograph as Database**. Harvard Journal of Law & Technology, vol. 25, n. 2, Spring 2012, p. 339-428. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

KOWALSKI, Wojciech W. **A Comparative Law Analysis of the Retained Rights of Artists**. Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 38, no. 4, October 2005, p. 1141-1176. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 17 de maio de 2020.

LANTAGNE, Stacey M.. **Mutating Internet Memes and the Amplification of Copyright's Authorship Challenges**. Virginia Sports and Entertainment Law Journal, vol. 17, n. 2, Spring 2018, p. 221-243. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

LATOURNERIE, Anne. **Droits d'auteur, Droits du Public : Une Approche Historique**. L'Economie Politique, vol. 22, n. 2, Abril/Maio/Junho, 2004, p. 21-33. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2004-2-page-21.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

LEMOS, Ronaldo; JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 243, 2006. p. 148-167. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42557>>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

LEVINSON, Lauren. **Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal**. UCLA Law Review, vol. 64, 2017, p. 1038-1079. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/adapting-fair-use-to-reflect-social-media-norms-a-joint-proposal/>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. **Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação**. Revista Ciência da Informação. Brasília, v. 37, n. 1, Janeiro/Abril, 2008. p. 121-128. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652008000100011&script=sci_arttext>.

Acesso em: 03 de setembro de 2020.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Project Gutenberg, 2005. Disponível em: <<https://english.hku.hk/staff/kjohnson/PDF/LockeJohnSECONDTREATISE1690.pdf>>.

Acesso em: 25 de maio de 2020.

LOPES, Patricia Peruzzo. **A função social, cultural e artística da imagem fotográfica**. Revista Reflexão e Ação. Santa Cruz do Sul, vol. 23, n.1, Janeiro/Junho, 2015. p. 303-321. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/6024>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

LOUW, A. M. **What Intellectual Property Lawyers Can Learn from Barbra Streisand, Sepp Blatter, and the Coca-Cola Cry-Baby: Dealing with Trademark Bulling in South Africa**. Potchefstroom Electronic Law Journal, vol. 16, n. 5, 2013, p. 1-42. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

MADDREY, Thomas B. **Photography, Creators, and the Changing Needs of Copyright Law**. SMU Science and Technology Law Review, vol. 16, n. 3, Winter, 2013, p. 501-534. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 24 de março de 2020.

MAGNANI, Luisa Brasil. **A originalidade como requisito de proteção autoral do software**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. n. 6, p. 177-195, Janeiro-Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 02 de junho de 2020.

MASOUYÉ, Claude. **Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas** (Acta de Paris, 1971). Tradução de Antônio Maria Pereira. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 1980. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2020.

MORAES, Alexandre de *et al.* Dos direitos e garantias fundamentais: dos direitos e deveres individuais e coletivos. *In*: FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. **Direito e Arte**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

OLIVEIRA, Larisse Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. **A proteção autoral na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, vol. 1013, p. 63-78, Março, 2020. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 19 de maio de 2020.

OMPI. **Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual**. Publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, 2002. Disponível em: < https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf >. Acesso em: 25 de abril de 2020.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7 ed. São: Editora Atlas S.A., 2014.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 85-86. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

PERALTA, Patrícia Pereira. **Apontamentos sobre o Direito Autoral e a Formação dos Mercados de Arte Fotográficos**. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Junho/2008, p. 184-202. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/LIVRO_Estudios-de-Direito-de-Autor-e-Interesse-P%C3%BAblico_-Anais-II-CODAIP.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

PICHTA, Thomas Jr.. **The Virtual Photography Paradox: How Courts Could Analyze Copyright of Virtual Photography of User Generated Content Using Software, Real World, or**

Toy Copyright Analyses." SMU Science and Technology Law Review, vol. 12, n. 3, p. 275-308, Summer 2009. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 de julho de 2020.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PONTES, Leonardo Machado. **Direito de Autor**: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e Expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

REIS, Sarah. **A Closer Look at the European Union Copyright Directive**. AALL Spectrum, vol. 24, n. 2, November/December 2019, p. 35-38. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

SANTOS, Manuella. **Aspectos constitucionais da propriedade intelectual**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. n. 71, p. 178-202, Abril-Junho, 2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 19 de maio de 2020.

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. **A fotografia e o Direito de Autor**. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1990.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes**. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

SIMONE, Daniela. **Copyright or Copyleft?** Wikipedia as a Turning Point for Authorship. King's Law Journal, vol. 25, n. 1, 2014, p. 102-124. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

TYNER, Andrew. **The EU Copyright Directive**: Fit for the Digital Age or Finishing It. Journal of Intellectual Property Law, vol. 26, n. 2, Spring 2019, p. 275-288. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **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. p. 92-125 Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

VALENTE, Mariana G.. **A Diretiva sobre Direitos de Autor da União Europeia pode acabar com a internet?** Internetlab, 2019. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

VIEIRA, César Bastos de Mattos. **Fotografia como documento e arte: há como servir a dois senhores?** Encontro Estadual de História. São Leopoldo/RS, n. 12, Agosto, 2014. Disponível em: <http://www.eeh2014.anpuh-rs.org.br/resources/anais/30/1405438888_ARQUIVO_Fotografiaacomodocumentoearte_Textocompleto_CesarVieira_Final.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANEXO A - ARTIGO 17º DA DIRETIVA (UE) 2019/790 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE ABRIL DE 2019

CAPÍTULO 2

Utilizações de conteúdos protegidos por serviços em linha

Artigo 17º

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.o, n.os 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido.

2. Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.o da Diretiva 2001/29/CE se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

3. Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação da responsabilidade prevista no artigo 14.o, n.o 1, da Diretiva 2000/31/CE não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo.

O disposto no primeiro parágrafo do presente número, não prejudica a possível aplicação do artigo 14.o, n.o 1, da Diretiva 2000/31/CE a esses prestadores de serviços para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva.

4. Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que:

- a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e
- b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso;
- c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b).

5. Para determinar se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.o 4, e à luz do princípio da proporcionalidade, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos:

- a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e
- b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

6. Os Estados-Membros devem prever que, relativamente a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de EUR, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão (20), as condições por força do regime de responsabilidade previsto no n.o 4 se limitem à observância

do disposto no n.º 4, alínea a), e à atuação com diligência, após a receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação ou de remover essas obras ou outro material protegido dos seus sítios Internet.

Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objeto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias.

7. A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos não resulta na indisponibilidade de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação.

Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha:

- a) Citações, crítica, análise;
- b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche.

8. A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização.

Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha facultem aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita à cooperação referida no n.º 4 e, caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos.

9. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os

utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção.

Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano. Os Estados-Membros asseguram também a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos permitem a resolução de litígios de forma imparcial e não privam o utilizador da proteção jurídica conferida pelo direito nacional, sem prejuízo do direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes. Em especial, os Estados-Membros asseguram que os utilizadores tenham acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

A presente diretiva não prejudica de modo algum as utilizações legítimas, como as utilizações abrangidas pelas exceções ou limitações previstas no direito da União, nem conduz a qualquer identificação de utilizadores individuais nem ao tratamento de dados pessoais, exceto nos termos da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (UE) 2016/679.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informam os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União.

10. A partir de 6 de junho de 2019, a Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, deve organizar diálogos entre as partes interessadas com vista a debater as melhores práticas para a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos. A Comissão, em consulta com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os titulares de direitos, as organizações de utilizadores e outras partes interessadas pertinentes, e tendo em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas, emite orientações sobre a aplicação do presente artigo, nomeadamente no que diz respeito à cooperação a que se refere o n.º 4. Aquando do debate sobre melhores práticas,

devem ser tidos em especial consideração, entre outros aspetos, os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações. Para efeitos desse diálogo entre as partes interessadas, as organizações de utilizadores têm acesso a informações adequadas dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sobre o funcionamento das suas práticas no que diz respeito ao n.o 4.