

Contribuição à consulta pública sobre a minuta de instrução normativa sobre denúncias de violações de direitos autorais

Introdução	2
I. Atuação e competência da Ancine em questões de direito autoral	3
O debate sobre modelos regulatórios para proteção de direitos autorais na internet	3
A Ancine não seria o fórum democraticamente apropriado para a discussão da proposta regulatória em questão	6
A legislação não confere à Ancine competência para a regulação proposta	7
A Ancine não tem jurisdição administrativa para decidir sobre supostas infrações a direitos autorais	8
A instrução normativa investe em uma estratégia repressiva com pouca chance de sucesso	8
Conclusão: A proposta não deveria ser levada adiante	10
II. A instrução normativa não reflete os diferentes interesses e direitos em questão	11
A proposta não reflete que direitos autorais envolvem outros direitos fundamentais	11
A instrução normativa potencialmente coloca em risco a liberdade de expressão	12
A proposta presume a ilegalidade do uso de obras audiovisuais	14
A proposta não oferece espaço para a defesa do usuário que postou o conteúdo	16
O processo instituído pela instrução normativa pode ser inapropriado para a avaliação sobre a legitimidade do uso da obra	16
III. A proposta pode revelar-se inviável para sítios da internet	19
O critério para definição de sítio dedicado à disponibilização de obras audiovisuais é arbitrário	19
A contabilização de obras disponibilizadas sem o consentimento do autor é inviável	20
IV. A proposta coloca a advocacia pública a serviço de interesses privados	21
V. A finalidade das notificações a serem enviadas pela Ancine não é definida	24
Conclusão	25



Introdução

O [InternetLab](http://www.internetlab.org.br) é um centro brasileiro independente de pesquisa interdisciplinar que promove o debate acadêmico e a produção de conhecimento nas áreas de direito e tecnologia, em especial no campo das políticas de internet. Fundado em 2014, visa construir evidências para a formulação de políticas públicas e privadas que se baseiem na consideração a direitos fundamentais. Dentre as áreas de pesquisa do InternetLab, destacam-se, para as finalidades desta contribuição, a área de Cultura e Conhecimento e a de Liberdade de Expressão.

O InternetLab saúda a iniciativa da Ancine de submeter sua instrução normativa para combater a pirataria de obras audiovisuais (Proposta de Ação - Atos Normativos Externos n.º1-E/2020/SFI/CCP) à presente consulta pública, para colher subsídios dos diferentes setores a respeito do tema regulado. Agradecemos, também, o atendimento aos pedidos de prorrogação, o que certamente ampliará a participação.

Na presente contribuição, buscamos, respeitosamente, endereçar 6 pontos:

- (i) questões relativas à atuação e a competência da Ancine na matéria de direitos autorais e a potencial inefetividade das estratégias repressivas como forma de combater a pirataria;
- (ii) a consideração dos diversos interesses envolvidos no problema;
- (iii) pontos que poderiam inviabilizar a implementação da proposta;
- (iv) questões envolvendo o envolvimento da Procuradoria Federal e
- (v) a indefinição quanto à finalidade de algumas medidas propostas.



I. Atuação e competência da Ancine em questões de direito autoral

O debate sobre modelos regulatórios para proteção de direitos autorais na internet

A proteção de criadores de conteúdo e titulares de direitos autorais na internet é objeto de grandes discussões, no Brasil e afora. A complexidade do debate deriva do fato de que a extensão da proteção e os instrumentos adotados para proteção dos autores e titulares têm desdobramentos tanto para o desenho de um ambiente culturalmente rico e que permite amplo acesso a conteúdo, quanto para outros direitos, como privacidade, acesso à educação e ao lazer, e liberdade de expressão.

A definição das medidas adotadas para efetivar os direitos autorais, assim, deve levar em conta os muitos interesses e perspectivas envolvidos. Os titulares de direitos autorais certamente são um grupo central de interessados. No entanto, seu interesse deve ser balanceado com outros direitos estabelecidos na Constituição e na legislação pertinente; a própria Lei de Direitos Autorais (lei 9.610/1998) impõe limitações e exceções aos direitos autorais, tendo em vista os direitos e interesses de usuários. Qualquer proposta regulatória sobre direitos autorais precisa levar essas limitações em consideração.

A regulação também não pode se dar às custas de outros direitos fundamentais. A liberdade de expressão é um dos direitos potencialmente em risco. Esse direito é uma das razões subjacentes a algumas das limitações previstas na lei: a liberdade de paródia, por exemplo, prevista no art. 47, existe para que o direito autoral não sirva como impedidor de discursos críticos legítimos. Mas a liberdade de expressão também pode ser ameaçada com propostas que restringem o acesso à internet, ou que permitem que sites inteiros sejam bloqueados. Da mesma forma, a privacidade está sob perigo quando, para proteger os interesses de titulares



de direitos autorais, a regulação resulta em coleta em massa de dados pessoais, ainda mais quando não são previstas salvaguardas.

Essa pluralidade de perspectivas e questões envolvidas no que pode parecer anódino, técnico ou burocrático — um esquema regulatório para fiscalização e proteção de direitos autorais — explica por que propostas e modelos têm sido objeto de considerável controvérsia no âmbito legislativo nacional e internacionalmente. Muitas dessas propostas giram em torno do modelo de responsabilização de provedores de aplicações que dão acesso a conteúdos postados por seus usuários.

Os Estados Unidos adotam o modelo mais conhecido, chamado de *notice and take down* (Seção 512 do Título 17 do *United States Code*). Nesse modelo, o provedor tem a obrigação de remover um conteúdo após ser notificado por um titular de direitos que esse conteúdo infringe seu direito autoral. Já a União Europeia, depois de longo e intenso debate, adotou regime ainda mais severo para alguns provedores de aplicações, conhecido como *notice and stay down*. Esse modelo obriga tais provedores a filtrarem *ex ante* se o conteúdo que está sendo disponibilizado já foi considerado anteriormente violador de direitos autorais. A maioria dos países europeus segue debatendo, nos parlamentos nacionais, como implementar a regra do art. 17 da Diretiva sobre Direitos de Autor no Mercado Único Digital. Já o Canadá, por sua vez, adotou um sistema que melhor protege os direitos dos usuários, conhecido como *notice and notice* - mas em relação a provedores de conexão (seções 41.25 e 41.26 do Copyright Act). Após receber a notificação de que um determinado conteúdo ou prática infringe direitos autorais, o provedor de conexão encaminha essa notificação ao usuário de internet que teria praticado tal violação, para que ele tenha a oportunidade de se manifestar sobre a licitude do conteúdo e assumir a responsabilidade.¹

¹ V. Urban, Karaganis, and Schofield, [Notice and Takedown in Everyday Practice](#), 2017, pp. 20-22. Quintais, João, [The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look](#), 2019.



A formulação de todos esses modelos de responsabilização para a proteção de direitos autorais na internet foi precedida de amplo debate democrático junto a diversos setores da sociedade. Em todos os casos, a adoção dos sistemas de notice and take down, de *notice and stay down*, e de *notice and notice* se deu por meio de leis elaboradas por órgãos legislativos. Muitos desses sistemas ainda são criticados e questionados pela sociedade civil. De toda forma, o debate plural e democrático é uma condição imprescindível para que cada país possa escolher o modelo de responsabilização que julgar mais adequado, especialmente considerando vantagens e desvantagens. O modelo *notice and stay down*, por exemplo, pode criar um sistema de incentivos que coíbe o uso legítimo de obras protegidas (como mediante limitações e exceções), e exige consideráveis investimentos tecnológicos, o que pode favorecer grandes empresas tecnológicas em detrimento de agentes de menor porte.

No Brasil, o tema chegou a ser debatido durante a formulação do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014). Naquela ocasião, o legislador reconheceu a complexidade do tema e optou expressamente por excluir os direitos autorais da regra geral de responsabilização de intermediários (art. 19). Ao prever que a disciplina de responsabilização de intermediários para infrações de direitos autorais dependeria de “previsão legal específica” (art. 19, § 2º), o Congresso Nacional reconheceu a importância e complexidade do tema e reservou para si a competência de legislar sobre a matéria posteriormente.

A proposta da Ancine aqui em debate, embora não disponha diretamente sobre responsabilidade civil dos intermediários, legitima o modelo segundo o qual notificações privadas devem gerar ações e efeitos, na medida em que 1) a notícia de violação de direito autoral deve vir acompanhada da prova da notificação ter sido anteriormente feita, e 2) são previstas novas notificações, pela própria Ancine, aos provedores de aplicações e de conexões, bem como a inclusão na lista de infratores da Organização Mundial de Propriedade Intelectual e notificação do Conselho Nacional de Combate à Pirataria — sem que fique claro, aos provedores, quais podem ser os efeitos dessas medidas. Nesse sentido, parece ficar pressuposto que tais provedores podem ser responsabilizados caso não tomem ações — e,



portanto, que, a despeito da ausência de debate junto à sociedade, o modelo do *notice and take down* já teria sido eleito como conveniente e oportuno, bem como válido perante o direito brasileiro.

A Ancine não seria o fórum democraticamente apropriado para a discussão da proposta regulatória em questão

A decisão por modelos regulatórios para endereçar a ação de intermediários diante de possíveis violações de direitos autorais deve ser precedida de intensa participação social e debate político aberto, em instâncias que tenham legitimidade democrática para tanto e capacidade de receber, compreender e responder às diversas demandas da sociedade.

Em que pese as melhores intenções da Agência ao propor uma consulta pública para a instrução normativa em questão, julgamos que a Ancine não possa desempenhar esse papel. Embora a Agência seja fundamental para o setor audiovisual brasileiro, não é um ambiente que possa ser acessado por todos os demais setores da sociedade que sentiriam o impacto decorrente da proposta regulatória e que, por isso, devem participar desse processo. O ambiente apropriado para esse processo é o legislativo; a instituição adequada é o Congresso Nacional, enquanto instância representativa, concebida pela Constituição para o debate político plural e aberto, capaz de ouvir as diversas demandas da sociedade. Ao propor regular o tema, a Ancine age à revelia do Congresso Nacional, onde a proteção de direitos autorais na internet é objeto de projetos de lei em tramitação. Por exemplo, o Projeto de Lei 2.370/2019, que cria um modelo de responsabilização pelo uso de obras na internet, está atualmente na Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados. Caberia à Ancine contribuir para as discussões deste e outros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, e não contornar o Legislativo.



A legislação não confere à Ancine competência para a regulação proposta

A Ancine também não *pode* desempenhar esse papel de reguladora dos direitos autorais na internet. A constatação da inadequação da Ancine como fórum para o tipo de discussão necessária quanto à regulação em questão traduz-se em termos jurídicos. A legislação não atribui à Ancine (nem poderia ter atribuído) competência que lhe permita expedir regulamentação que desborde de sua missão. A MP 2.228-1/2001, que criou a Ancine, quando dispõe sobre sua competência regulatória, limita-se a outorgar-lhe poder para "regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação" (art. 7º, V). Essa competência regulatória está ligada à função da Ancine na disciplina dos atores envolvidos no setor audiovisual. Assim, a MP 2.228-1/2001 cria obrigações relacionadas a empresas exibidoras, distribuidoras e locadoras de vídeo, entre outras do setor. Não estão de forma alguma sujeitos à regulação da Ancine os provedores de conexão à internet. Mesmo assim, a proposta regulatória pretende que sejam notificados.

O preâmbulo da instrução normativa menciona o art. 6º, XI e art. 7º, III e o da MP 2.228-1/2001, que respectivamente conferem à Ancine atribuição para "zelar pelo respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais" e "promover o combate à pirataria de obras audiovisuais". Contudo, mesmo com relação a supostos violadores de direitos autorais de obras audiovisuais, a proposta de instrução normativa vai além dos poderes conferidos à Ancine. A instrução normativa sugere que poderão ser tomadas "medidas administrativas cabíveis" (art. 10, I). Contudo, a Ancine não tem competência para sancionar violadores de direitos autorais. A agência só tem competência para impor sanções às empresas – notadamente exibidoras, distribuidoras, locadoras e produtoras – que descumprirem as obrigações criadas pela MP 2.228-1/2001 (cf. art. 58 a 61).



A Ancine não tem jurisdição administrativa para decidir sobre supostas infrações a direitos autorais

Para além dos pontos formulados acima, a Ancine não tem jurisdição administrativa para decidir disputas a respeito de supostas infrações a direitos autorais. Na verdade, aqui a Ancine se arroga uma prerrogativa que nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira tem. Nem mesmo a Biblioteca Nacional, a quem (ao contrário do que ocorre com a Ancine) a legislação *explicitamente confere* atribuição de registro de obras intelectuais (art. 19 da Lei de Direitos Autorais), não decide casos de violação de direitos autorais. A Biblioteca Nacional não decide nem mesmo quem é o verdadeiro autor de uma obra, já que o registro é realizado pelo autor apenas "para segurança de seus direitos" (art. 17 da lei 5.988/1973) e não constitui (nem desconstitui) direitos autorais (art. 18 da Lei de Direitos Autorais).

A instrução normativa investe em uma estratégia repressiva com pouca chance de sucesso

A instrução normativa proposta pela Ancine segue uma estratégia repressiva, que parte do pressuposto de que o bloqueio de conteúdo e a punição de usuários da internet é a melhor ferramenta para o combate ao uso não autorizado de obras online. No entanto, as evidências encontradas em pesquisas — inclusive uma das citadas para elaboração da instrução normativa — contrarrecomendam essa estratégia.

A Agência fundamenta a adoção de uma estratégia repressiva em 3 documentos: o Estudo IPSOS-MPA Impacto Econômico, o Estudo MUSO 2017/2019 e o Relatório SOCTA 2017 Europol. O primeiro desses documentos, apresentado pela *Motion Picture Association*, afirma que "as perdas com pirataria representam quase R\$ 4 bilhões por ano", mas não indica a metodologia ou as fontes que levam a esse valor. Não se trata de estudo com métodos e fontes que possam ser verificadas, e não deve portanto servir para fundamentar a adoção de políticas



públicas. Já o estudo realizado pela polícia europeia (European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment: Crime in the Age of Technology) apresenta metodologia sólida, mas não trata de direitos autorais. Seu foco é a contrafação de marcas registradas e a comercialização de produtos que não cumprem os requisitos da UE, como cigarros e medicamentos.

Dos três estudos apresentados pela Ancine, o único que trata de direitos autorais e que apresenta metodologia sólida e transparente é o realizado pela empresa de pesquisa [MUSO](#). Essa pesquisa é especialmente relevante porque é focada na América Latina e abrange três anos, o que permitiu ao autor identificar tendências da pirataria na região. Ela conclui que a pirataria no continente segue tendências globais, com um aumento da pirataria via *streaming* e queda no uso de ferramentas *peer to peer* (P2P). A MUSO também mostra que, apesar de o Brasil ser o país do continente com maior número de visitas a *sites* piratas em termos absolutos, ele cai para a sétima posição quando esse número é ajustado para a quantidade de usuários de internet. Ou seja, em termos proporcionais, o Brasil não está à frente dos demais países latino-americanos no acesso de *sites* piratas.

A conclusão do estudo da MUSO vai inclusive contra a adoção de estratégias repressivas para coibir a pirataria *online*, como a proposta no documento em comento.

O estudo afirma que medidas técnicas contra *sites* piratas são ineficientes, já que eles podem facilmente driblar o bloqueio de domínios, subdomínios e endereços IP. O estudo também permite concluir que uma das forças motrizes por trás da existência de *sites* piratas é a ausência regional de disponibilização de determinados conteúdos. Políticas que promovam o acesso a conteúdo poderiam ser, nesse sentido, mais eficientes do que políticas de repressão no combate à pirataria.

Essa é inclusive a conclusão de outro estudo, realizado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, focado no mercado brasileiro de *streaming*. O estudo, chamado



Streaming Wars: Exclusive content and platform competition in Brazil,² afirma que a pirataria de filmes diminui conforme o filme está disponível em plataformas de *streaming*. Quanto maior o número de plataformas em que um dado filme está disponível, menor é o número de buscas por esse filme em *sites* piratas. O estudo da OMPI propõe a adoção de políticas que garantam a acessibilidade de conteúdo em diversas plataformas como ferramenta eficiente no combate à pirataria.

Em resumo, os estudos apresentados pela Ancine não servem para embasar a adoção de uma estratégia repressiva para combater a pirataria, como a proposta na instrução normativa. As melhores pesquisas recentes, como a da MUSO e a da OMPI, apontam que estratégias repressivas tendem a não ser eficientes e que outras políticas, que promovam o acesso legítimo ao conteúdo, podem ser mais eficientes em combater a pirataria. Sugerimos que a Ancine empreenda esforços nesse sentido, o que, ademais, seriam muito bem vindos e estariam completamente adequados ao seu escopo de atuação.

Conclusão: A proposta não deveria ser levada adiante

Em suma, a despeito de sua deficiência de legitimidade democrática como fórum regulatório e da falta de atribuição legal para editar regulação como a proposta, a Ancine legitima um contestado modelo de proteção de direitos autorais na internet — *notice and takedown* —, com drásticos instrumentos que ameaçam até mesmo o acesso à internet, crucial para o exercício da liberdade de expressão e definido pelo Marco Civil da Internet como direito de todos (art. 4º, I, da lei 12.965/2014).

Abaixo, abordaremos questões particulares no texto da proposta. No entanto, diante do exposto até aqui, apresentamos a posição de que a Ancine não deveria seguir com a proposta.

² CUNTZ, Alexander; BERGQUIST, Kyle. [Economic Research Working Paper no. 63: Exclusive content and platform competition in Latin America](#). World Intellectual Property Organization, Novembro 2020.



II. A instrução normativa não reflete os diferentes interesses e direitos em questão

Uma manifestação das limitações institucionais da Ancine para atuar como espaço apropriado para a discussão da regulação aqui em jogo está no fato de que usuários de internet não são mencionados ou encontram lugar na minuta. A seguir, buscamos atentar para pontos que, da nossa perspectiva, especialmente preocupantes.

A proposta não reflete que direitos autorais envolvem outros direitos fundamentais

Não há como regular a proteção de direitos autorais sem também regular a liberdade de expressão, direito à educação e ao lazer e, de forma geral, o dever do Estado de proporcionar acesso à cultura. A proposta não contempla esses pontos.

No preâmbulo da minuta de instrução normativa, são mencionados a garantia de direitos autorais contida na Constituição Federal (art. 5º, XXXVII), a Lei de Direitos Autorais e a MP 2228-1/2001, que cria a Ancine. A agência analisa as duas primeiras legislações de forma seletiva, concentrando-se unicamente nos dispositivos atinentes aos direitos exclusivos do autor à proteção dos mesmos, ignorando dispositivos que flexibilizam esses direitos e outros agentes do ecossistema autoral, que também são protegidos pelo ordenamento brasileiro.

Assim como a Constituição estabelece a garantia de direitos autorais no art. 5º, XXVII, ela igualmente consagra o direito à educação e ao lazer (art. 6º), bem como a liberdade de expressão (art. 5º, IX) e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII). Além disso, a Constituição é expressa ao dispor, no título quanto à ordem social, que é dever do Estado "garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional". Esse dever obviamente se estende à atuação da Ancine.



Mesmo a Lei de Direitos Autorais é atenta para o conjunto de direitos fundamentais previstos na Constituição e cria mecanismos jurídicos para assegurar esses direitos. Se por um lado a LDA estabelece o direito exclusivo do autor de utilizar, fruir e dispor de sua obra, assegurando assim o direito previsto no art. 5º, XXVII da Constituição, por outro, igualmente limita esses mesmos direitos nos arts. 41, 46, 47 e 48, de forma a garantir os outros direitos constitucionais. A LDA deixa claro, assim, que o direito autoral não se reduz aos direitos patrimoniais do autor. Ao contrário, evidencia que o direito autoral é uma disciplina complexa, em que há um balanço dinâmico entre diversos agentes com interesses distintos, que interagem entre si em um ecossistema complexo. A minuta de instrução normativa novamente ignora os diversos direitos, interesses e agentes que integram o campo do direito autoral.

Por não tomar em consideração os direitos constitucionais à educação e ao lazer, o dever do Estado de garantir acesso à cultura e as limitações a direitos autorais previstas na LDA, a instrução normativa não se mostra apropriada como regulação apropriada ao regime constitucional brasileiro.

A instrução normativa potencialmente coloca em risco a liberdade de expressão

Dentre os direitos constitucionais, a liberdade de expressão em especial pode ser colocada em risco pelos instrumentos previstos na instrução normativa. O art. 11 afirma que a Procuradoria Federal junto à Ancine poderá requerer o bloqueio judicial do acesso aos nomes de domínio principais, subdomínios, endereços IP, URLs e outras extensões. Além de ser ineficiente para coibir violações de direitos autorais, como trataremos adiante, o bloqueio de sites tem um efeito em cadeia, com o resultado de coibir a liberdade de expressão na internet.

O bloqueio de um único site com violações de direitos autorais que satisfaçam os critérios da definição da instrução normativa pode levar ao cerceamento de manifestações legítimas, nesse mesmo site, que não infrinjam direitos autorais. Com o objetivo de proteger direitos



autorais, a Ancine estaria impedindo qualquer manifestação no site, em clara violação à liberdade de expressão.

Também é comum que um único endereço IP abarque diversos sites, prática conhecida como “provedores de hosting” e “redes de alocação de conteúdo”.³ O bloqueio de um único endereço IP poderia conseqüentemente levar ao bloqueio não apenas de um site violador de direitos autorais, mas também de outras centenas de sites que também estão hospedados sob o mesmo endereço IP. Esse bloqueio indireto coíbe a possibilidade de as pessoas expressarem-se nesses outros *sites*, que não infringem direitos autorais mas estão sendo igualmente sancionados.

Há uma vasta literatura e intensos debates sobre como bloqueios de endereços IP e de nomes de domínio podem ter efeitos transfronteiriços detrimenais à liberdade de expressão.⁴ Haja vista as graves conseqüências que esse tipo de bloqueio pode ter sobre direitos fundamentais, organizações internacionais,⁵ órgãos técnicos e entidades de defesa dos direitos humanos costumam defender que eles ocorram apenas em casos excepcionais e com critérios e parâmetros claros.⁶ A instrução normativa não se atentou aos prejuízos que o bloqueio de

³ LACNIC, [Conseqüências inesperadas do bloqueio de sites na Internet](#), s/d.

⁴ Justin, Faris, Morrison-Westphal, Noman, Tilton, Zittrain, [The Shifting Landscape of Global Internet Censorship](#), 2017. Deibert, Palfrey, Rafal, Zittrain, [Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering](#), 2008. Council of Europe, [Comparative study on filtering, blocking and take down of illegal content on the Internet](#), 2015.

⁵ Por exemplo, United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, [Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet](#), 2011. Inter-American Commission on Human Rights, [Freedom of expression and the Internet](#), 2013.

⁶ Ver, por exemplo, Article19, [Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech](#), 2016. ISOC, [Perspectivas de Internet Society \(ISOC\) sobre el bloqueo de contenido en Internet](#):



sites podem trazer a liberdades fundamentais, nem ao debate corrente sobre como minimizar tais riscos, colocando assim em risco a liberdade de expressão.

A proposta presume a ilegalidade do uso de obras audiovisuais

Outra manifestação das deficiências na consideração dos interesses em jogo é a presunção de ilegalidade pelo fato de a obra ser disponibilizada sem a autorização do autor. A mera disponibilização de uma obra sem a autorização do autor não configura necessariamente uma violação de direitos autorais.

A própria Lei de Direitos Autorais estabelece um rol de limitações e exceções ao direito autoral, garantindo a legalidade do uso de obras em certas circunstâncias mesmo sem a autorização do autor. A jurisprudência brasileira entende inclusive que o rol dos arts. 46, 47 e 48 da LDA é meramente exemplificativo, e afirma que o uso de uma obra é legal em determinadas circunstâncias e dados certos critérios, a despeito da ausência de autorização pelo titular de direitos.

Num caso envolvendo o uso de obras musicais em evento religioso sem fins lucrativos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que as limitações previstas nos arts. 46, 47 e 48 da LDA são ponderações de direitos e garantias fundamentais em determinadas situações. Por isso, não é possível considerá-las como a totalidade das limitações existentes. Como consignado pelo tribunal, “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

[Visión general](#), 2017. IETF, [Technical Considerations for Internet Service Blocking and Filtering](#), RFC 7754, 2016.



fundamentais” (REsp nº 964.404/ES, 3ª Turma, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15.mar.2011).

Universidades e escolas, por exemplo, frequentemente disponibilizam obras audiovisuais para alunos em ambientes de aprendizado virtual sem a autorização do titular de direitos. Pela minuta da Ancine, esses ambientes poderiam ser classificados enquanto “sítios dedicados à violação de direitos autorais”, ainda que a disponibilização da obra não seja uma violação de direito autoral por ser para fins educativos e estar respaldada por limitações e exceções ao direito autoral.

A respeito da legalidade do uso integral de obras para fins educativos, vale destacar um julgado do Superior Tribunal de Justiça de 2020, em que se questionava a possibilidade do uso integral de um poema de Cecília Meireles em um livro didático sem a autorização dos titulares de direitos. Nesse caso, o STJ afirmou que, “em razão da análise sistêmica da legislação de direito autoral, verifica-se que, na hipótese em exame, a reprodução integral do poema, para fins de estudo, com a citação do nome do autor e da fonte, na medida justificada para o fim que pretende atingir, não enseja a violação ao direito autoral” (REsp 1/450.302/RJ, 4ª Turma, rel. min. Marco Buzzi, j. 11.fev.2020).

Além das limitações e exceções, o domínio público também garante que determinadas obras podem ser legalmente usadas mesmo sem a autorização do autor. A definição proposta, por falar em obras sem autorização e não em violações, abrangeria diversos acervos on-line que disponibilizam obras audiovisuais que já estão em domínio público. Melhor seria se a definição da instrução normativa tivesse como parâmetro não as obras sem autorização do titular, mas sim as violações de direito autoral.

Por não considerar as limitações e exceções ao direito autoral, a minuta coloca em risco os direitos dos usuários garantidos pela lei nº 9.610/98 e previstos na Constituição Federal. A instrução normativa deveria conter dispositivos para salvaguardar os direitos dos usuários, como será visto adiante.



A proposta não oferece espaço para a defesa do usuário que postou o conteúdo

O art. 9^a, II prevê que, apenas após receber a notícia, a Superintendência de Fiscalização analisará se há violação de direito autoral, emitindo manifestação técnica. No entanto, em momento nenhum entre o recebimento de notícia e a análise de mérito pela Superintendência a minuta de instrução normativa prevê a oportunidade de manifestação pelo suposto violador de direitos autorais ou por usuários do sítio.

Isso prejudica até mesmo a instrução do processo administrativo, já que a pessoa que postou o conteúdo é quem mais poderia ter informações para subsidiar as conclusões da agência a respeito do questionamento. Apenas o titular de direitos autorais tem a possibilidade de se manifestar antes da análise a ser feita pela Superintendência de Fiscalização. Além disso, é claro que, se uma decisão será tomada em processo administrativo quanto a determinado conteúdo, é direito da pessoa que publicou esse conteúdo ter ao menos oportunidade de participar desse processo que influenciará a disponibilidade do seu conteúdo. Acreditamos que isso se impõe em decorrência das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5^o, LIV) e ampla defesa (art. 5^o, LV).

O processo instituído pela instrução normativa pode ser inapropriado para a avaliação sobre a legitimidade do uso da obra

A minuta estabelece um processo de notificação para que titulares de direitos informem a Ancine sobre supostos sítios destinados à violação de direito autoral (art. 3^o a art. 6^o). O texto condiciona o recebimento de notificação a requisitos, como o compartilhamento de certas informações, o que é importante para impedir o envio de numerosas notificações de pouca qualidade e para garantir (ainda que de forma insuficiente) o direito dos usuários. O processo apresenta, entretanto, outros problemas, além de não contar com a participação do usuário que postou o conteúdo.



A proposta sujeita a recepção de notícia de violações de direitos autorais ao envio prévio de pedido de remoção de conteúdo audiovisual aos titulares do sítio ou da aplicação de internet (art. 5º, VII). Esse dispositivo é importante para permitir que o sítio retire o conteúdo supostamente infringente, mas é insuficiente para garantir uma efetiva comunicação entre as partes e o exercício de direitos pelo sítio e por seus usuários.

Embora o texto exija que o titular de direitos autorais encaminhe também a negativa ou ausência de resposta do sítio (art. 5º, VIII), não é nem mesmo prevista a hipótese em que o provedor justifica a disponibilização ou mesmo demonstra que obteve a autorização do titular de direitos sobre a obra para disponibilizá-la.

Outro ponto potencialmente problemático do processo de notificação é a possibilidade de terceiro sem poder de representação apresentar notícia de violação de direito autoral. Ainda que se sujeite o recebimento desse tipo de notícia à confirmação de violação pelo titular de direitos (art. 3º, parágrafo único), a possibilidade de terceiro apresentar notícia de violação pode resultar em envios massivos de notícias que podem sobrecarregar a administração e colocar em risco os direitos dos usuários.

Caso qualquer indivíduo possa notificar supostas violações de direitos autorais de obras audiovisuais na internet, corre-se o risco de que sítios que fazem uso desse tipo de obras tenham que justificar constantemente os usos lícitos que fazem. A exigência de que a notícia seja apresentada pelo titular de direitos diminuiria a carga de notícias que a Ancine deverá processar e garantiria um contato entre os titulares e sítios de internet, permitindo que se esclareça a legitimidade do uso da obra ou até mesmo a negociação de contratos pelo licenciamento da obra.

De forma geral, o processo administrativo instituído pela instrução normativa favorece de forma desequilibrada os interesses dos titulares de direitos autorais. Mesmo em termos numéricos, como resultado da ausência de salvaguardas que permitam a verificação independente das alegadas violações, o resultado mais plausível é que os sítios passem a



bloquear conteúdos legítimos, apenas para evitar o ônus de responder a um processo administrativo arriscado perante a Ancine. Esse é um resultado indesejado, considerando-se as exigências constitucionais de promoção da cultura e proteção da liberdade de expressão no Brasil.



III. A proposta pode revelar-se inviável para sítios da internet

O primeiro capítulo da instrução normativa define o que é um sítio de internet dedicado à disponibilização de obras audiovisuais sem autorização dos titulares. A definição do art. 2º da minuta é de grande importância, porque esse conceito guia o restante da regulação proposta. A proposta acaba por abrir margem para discricionariedades indevidas.

O critério para definição de sítio dedicado à disponibilização de obras audiovisuais é arbitrário

Em que pese reconhecermos a dificuldade na delimitação do objetivo primordial de determinados sítios, algo de que tratamos a seguir, resulta arbitrário adotar como critério para a definição de um sítio ou aplicação da internet como “exclusiva ou primordialmente dedicado à disponibilização de obras audiovisuais” aquele que possua 250 ou mais obras audiovisuais não autorizadas, ou $\frac{2}{3}$ do acervo composto por obras audiovisuais não autorizadas.

A minuta não apresenta embasamento para que se adote 250 obras ou $\frac{2}{3}$ do acervo como limiar para a definição que fundamenta a incidência da instrução normativa. Essa arbitrariedade pode levar a instrução normativa a incidir sobre sítios de internet que não são destinados à violação de direitos autorais e até mesmo sobre sítios que buscam protegê-los. Plataformas com milhões de obras audiovisuais, como o YouTube, podem em qualquer momento possuir mais de 250 obras sem a autorização do autor, e não por isso elas são destinadas à violação de direito autoral. Com frequência essas plataformas possuem mecanismos próprios para proteger direitos autorais. Já pequenos sites, como blogs de indivíduos, que contenham um número ínfimo de obras audiovisuais podem inadvertidamente ultrapassar o limiar de $\frac{2}{3}$. As mesmas preocupações, como mencionado acima, aplicam-se para ambientes virtuais de aprendizado de universidades, particularmente



no momento que as atividades dessas instituições são realizadas de forma remota, em razão da pandemia.

A contabilização de obras disponibilizadas sem o consentimento do autor é inviável

Mais uma deficiência da definição de sítio “exclusiva ou primordialmente dedicado à disponibilização de obras audiovisuais” está na dificuldade de se contabilizar o número absoluto ou proporcional de obras disponibilizadas sem o consentimento do autor (ou, segundo nossa proposta, que consistem em violação de direito autoral).

Parte dessa dificuldade decorre do caráter dinâmico da internet. Sítios de internet de conteúdo gerado por usuários estão constantemente removendo conteúdos que violem direitos autorais, ao mesmo tempo em que usuários estão fazendo upload de novos conteúdos.

A contagem proporcional também é problemática, já que depende do conhecimento do número total de obras contidas em um sítio, informação que pode não ser facilmente acessível.

Tampouco está claro o que deve ser contabilizado para fins da definição: dois arquivos separados, cada qual contendo metade de um mesmo filme, devem ser contados como uma única obra ou como duas obras?



IV. A proposta coloca a advocacia pública a serviço de interesses privados

Além de todos os problemas no processo administrativo instituído pela instrução normativa, esse processo ainda culmina com um sério desvio de finalidade na atuação do poder público.

O art. 11º da minuta atribui à Procuradoria Federal junto à Ancine o dever de adotar medidas judiciais e solicitar inclusive o bloqueio judicial do acesso a nomes de domínio, subdomínios e endereços IP, URLs e outras extensões inadequadas. Os procuradores federais, advogados públicos, estariam atuando nesse caso em defesa dos *interesses privados* dos titulares de direitos autorais.

O dever de a Procuradoria Federal junto à Ancine ajuizar processos judiciais em defesa dos direitos autorais de particulares vai além de suas atribuições legais — e das responsabilidades constitucionais da advocacia pública. Com efeito, a Constituição Federal é clara ao dispor que incumbe à Advocacia-Geral da União (que a Procuradoria Federal junto à Ancine integra) a representação *da União* e a consultoria e assessoramento jurídico do *Poder Executivo*.⁷

O descabimento de colocar a advocacia pública a serviço de interesses privados é patentemente demonstrado quando nos atentamos a um caso muito mais afeto ao interesse público: a defesa de agentes do Estado. A posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito é que a defesa de agentes públicos pela advocacia pública só pode se dar quando estão em jogo interesses da administração pública, ou quando o ato questionado foi praticado pelo agente enquanto administrador público ou em benefício do poder público. Já quando o ato é

⁷ Art. 131, *caput*, da Constituição: "A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, **representa a União**, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, **as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo**" (grifos nossos).



questionado porque teria sido lesivo à administração pública — e portanto os interesses do agente e do poder público são colidentes — a defesa não pode ser patrocinada por advogadas e advogados públicos. Na verdade, segundo a orientação estabelecida do Superior Tribunal de Justiça, a defesa do interesse privado do agente público nesse caso não só é ilegal, mas também um "ato imoral e arbitrário", que caracteriza ato de improbidade administrativa.

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE. 1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente. 2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. 3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário. 4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial. 5. Recurso especial improvido. (AgRg no REsp 681.571/GO, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, j. 6.jun.2006)

Também assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no RHC 48.222/PR, 5ª Turma, rel. min. Ribeiro Dantas, j. 16.fev.2017, e no REsp 908.790/RN, 2ª Turma, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 20.out.2009.

Em particular quanto à Advocacia-Geral da União, integrada pela Procuradoria Federal junto à Ancine, esse mesmo entendimento está consolidado na portaria 428, de 28 de agosto de 2019, do Advogado-Geral da União.⁸ A portaria regulamenta o art. 22 da lei 9.028/1995, que prevê o patrocínio de agentes públicos pela AGU. Editada com fundamento no art. 22, § 2º, da lei, a portaria é expressa ao dispor que é vedada a representação de agente público pela

⁸ *Diário Oficial da União* nº 167, 29 de agosto de 2019, p. 5-6. A AGU também publicou uma cartilha a respeito: Advocacia-Geral da União, *Representação judicial de agentes públicos pela Advocacia-Geral da União*, Brasília, AGU, 2019, disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/CartilhaRepresentacaodeAgentesPublicospelaAGU.pdf>>.



AGU e pela Procuradoria-Geral Federal quando "não h[ou]ver relação entre o fato ocorrido e o estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares" (art. 11, § 1º).

Em suma, a advocacia pública só pode atuar em defesa de particulares quando estes forem servidores públicos que tiverem sido acionados em juízo por ato relacionado à sua atuação enquanto servidor público. Se não pode atuar em defesa de servidores públicos por atos particulares, com mais razão a Procuradoria Federal junto à Ancine não pode atuar em defesa de interesses particulares.



V. A finalidade das notificações a serem enviadas pela Ancine não é definida

A obrigação prevista no art. 10º, de a Ancine comunicar ou notificar um amplo rol de agentes também é digna de atenção. O motivo e o objetivo para o envio de notícias pela Ancine não está claro.

Inicialmente, é passível de questionamento o envio de notícia à OMPI para inclusão na lista de sítios infratores. A recém-criada plataforma *WIPO Alert* é uma base de dados com detalhes de sites e aplicativos que violam direitos autorais, que tem por objetivo sinalizar a empresas e anunciantes que possam anunciar neles e, conseqüentemente, encontrar-se associadas a eles. Por não ter o dever de fiscalizar violações de direitos autorais, a OMPI não verifica se sites violam direitos autorais. Ela se limita a organizar as informações recebidas dos Estados-membros, a quem cabe averiguar se um site viola direitos autorais e então encaminhar essa informação à organização.

Isso é relevante porque, como já exposto, a Ancine não tem a competência para proferir decisões sobre supostas violações de direitos autorais (*supra*, p. 7) e a instrução normativa não garante os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa que são necessários para que se chegue a uma decisão. A comunicação à OMPI, uma prerrogativa conferida apenas ao Estado junto a essa organização internacional, só poderia vir após decisão do Poder Judiciário reconhecendo que um site viola direitos autorais. Esse tipo de sentença declaratória atualmente parece descabida, considerando que não há embasamento legal para definir o que é um site destinado à violação de direitos autorais.

Aqui é importante lembrar que a regulação proposta pela Ancine não pode se substituir à lei (*supra*, p. 8). Assim, ao se propor comunicar a OMPI para que um site seja incluído no *WIPO Alert*, a Ancine estaria efetivamente impondo uma sanção que vai além de sua competência e que viola garantias constitucionais.



Conclusão

A instrução normativa proposta pela Ancine apresenta medidas que podem atentar contra direitos constitucionalmente e legalmente garantidos, e, de acordo com a literatura, têm poucas chances de prosperar no objetivo de garantir um ecossistema de licenciamento que favoreça os autores e titulares.

Primeiramente, apontamos que a Ancine não seria o fórum adequado para debater a proteção de obras autorais na internet, nem tem competência para fazê-lo. Isso incumbe ao Congresso Nacional, ambiente concebido pela Constituição para debates e processos democráticos. O processo de atuação da Agência também carece de respaldo legal, Além disso, a Ancine não tem atribuição para averiguar violações de direitos autorais e não cabe a ela a defesa dos interesses privados dos titulares de direitos.

A proposta também não se atenta aos direitos garantidos na Constituição, na Lei de Direitos Autorais e no Marco Civil da Internet. Isso faz com que a instrução normativa adote a ilegalidade de usos de obras como pressuposto e coloque direitos constitucionais, notadamente a liberdade de expressão, em risco.

A definição de sítio destinado à violação de direitos autorais proposta pela minuta é problemática. Além de adotar critérios arbitrários para essa definição, a instrução normativa parte de uma presunção de ilegalidade do uso de obras audiovisuais na internet e é insuficiente quanto à contabilização de obras para fins da definição. Cabe finalmente apontar a inadequação do acionamento da Procuradoria Federal em defesa de interesses particulares e do processo de notificação da OMPI e de provedores.

Consideramos que o tema da remuneração de autores e o fomento aos negócios do audiovisual no mercado online são de suma importância para o audiovisual brasileiro. Nesse sentido, a Agência tem muito a contribuir para debates em curso no Congresso Nacional e em ações de promoção de formas lícitas e democratizadas de acesso ao audiovisual brasileiro e estrangeiro.

