

A IMPLEMENTAÇÃO DO ART. 17 DA DIRETIVA DSM NA ALEMANHA – VISÃO GERAL E QUESTÕES CONTROVERSAS NA REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

The Implementation of DSM Directive's Article 17 in Germany - Overview and Controversial Issues in the Regulation of Digital Platforms

Pedro Henrique D. Batista¹

RESUMO:

A nova Diretiva relativa a Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital deverá ser implementada pelos Estados-Membros da União Europeia nos próximos meses. O Projeto de Lei atualmente em discussão na Alemanha contém propostas inovadoras e controversas para a implementação do seu Art. 17 referente à responsabilidade dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos online pela comunicação ao público de obras protegidas. Tendo em vista da relevância política e econômica da regulação alemã, o presente artigo analisa detalhadamente a atual versão deste Projeto de Lei, aprofundando-se em seus pontos mais sensíveis e identificando eventuais incongruências. Por meio disso, busca-se contribuir histórica e academicamente para a pesquisa nesta área, o que pode ser útil para a discussão sobre a modernização dos direitos autorais em outros países.

Palavras-chave: Direito Autoral; Comunicação ao Público; Diretiva DSM; Art. 17; Implementação; Alemanha; Pre-Flagging; Exceções e Limitações; Exceções de minimis; Plataformas Digitais; Compartilhamento de Conteúdo.

ABSTRACT:

The new Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market will be implemented by the EU Member States in the coming months. The bill of law currently under discussion in Germany contains innovative and controversial proposals for the implementation of its Art. 17 regarding the liability of online content-sharing service providers for the communication to the public of protected works. In view of the political and economic relevance of the German regulation, this article analyzes the current version of this bill of law in detail, addressing its most sensitive aspects and identifying some inconsistencies. Through this, it is expected to contribute historically and academically to the research in this field, which may be useful for the discussion on the modernization of the copyright law in other jurisdictions.

Keywords: Copyright; Communication to the Public; DSM Directive; Art. 17; Implementation; Germany; Pre-Flagging; Exceptions and Limitations; de minimis Exceptions; Digital Platforms; Content Sharing.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität (Munique) e Doutorando na mesma instituição. Pesquisador acadêmico do Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência (Munique). E-mail: pedro.batista@ip.mpg.de.

SUMÁRIO

I) Introdução. **II)** O Art. 17 da Diretiva DSM: Contexto Político e Jurídico. **III)** O Projeto de Lei para a Implementação do Art. 17 da Diretiva DSM na Alemanha. **1.** Definição de Prestador de Serviços de Conteúdos Online. **2.** Responsabilidade das Plataformas. **3.** Obrigações dos Prestadores de Serviço. **a.** Melhores Esforços para a Obtenção da Licença. **b.** Bloqueio de Conteúdo Não-Autorizado. **c.** Remoção de Conteúdo Não-Autorizado. **d.** Remuneração Adequada ao Titular. **e.** Informação sobre Uso e Processos de Bloqueio e Remoção de Conteúdos. **4.** Exceções ao Direito de Exclusividade. **a)** Citações, Caricaturas, Paródias, Pastiches e Outros. **b)** Exceções de *minimis*. **5.** Extensão das Autorizações. **6.** Caracterização de Conteúdo como Permitido (*Pre-Flagging*). **7.** Recursos. **8.** Abuso de Direitos. **9.** Indisponibilidade dos Direitos. **IV.** Conclusão. Referências

I INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos na área de direitos autorais na União Europeia nos tempos atuais é a Diretiva relativa a Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital (UE/2019/790, adiante denominada “Diretiva DSM”),² a qual entrou em vigor em junho de 2019 e deve ser implementada pelos Estados-Membros até junho de 2021. Esta diretiva regula diversos aspectos relativos a direitos autorais e conexos em âmbito regional, tais como as exceções e limitações para a prospeção de textos e dados (*text and data mining*),³ a utilização de obras em atividades pedagógi-

² Vide 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. **Jornal Oficial** n° L 130/92. Data de Publicação: 17/05/2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN> (último acesso em 21 jan. 2021). P. 92–125.

A popularmente conhecida denominação “Diretiva DSM” decorre da abreviação do termo “mercado único digital” em inglês (“Digital Single Market”).

³ Art. 4 da Diretiva DSM.

cas digitais e transfronteiriças,⁴ o acesso a obras de arte visual em domínio público,⁵ a proteção de publicações de imprensa em casos de uso *online*⁶ e a concessão de licenças coletivas com efeitos alargados.⁷

Apesar destas importantes inovações legais, o aspecto mais controverso desta Diretiva é seu Art. 17, o qual regula a questão da responsabilidade dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos *online* pela comunicação ao público dos conteúdos protegidos por direitos autorais ou conexos. Este extenso dispositivo legal dá origem a um detalhado sistema de responsabilização jurídica, o qual inclui deveres legais, exceções à responsabilidade e a polêmica questão da introdução dos filtros de *upload* pelas plataformas digitais de compartilhamento de conteúdo.

Em outubro de 2020, a Alemanha apresentou a sua versão mais atual do Projeto de Lei que tem sido elaborado pelo Ministério da Justiça e Proteção ao Consumidor, adiante denominado “BMJV” (sigla do termo em alemão *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*). Este projeto é relevante não somente pelos fatos de a Alemanha ser a maior economia da União Europeia, ter sido um dos países participou mais ativamente na negociação da Diretiva DSM e ter a sociedade civil que se manifestou mais veementemente contra esta Diretiva, mas também por sugerir uma regulação inovadora nesta área, a qual apresenta mecanismos importantes, controversos e até mesmo surpreendentes que podem ser garantidos por lei em um futuro próximo e inspirar outros Estados-Membros a adotar disposições legais semelhantes.

O intuito do presente artigo é analisar em detalhe o atual Projeto alemão – ainda em fase de elaboração pelo Poder Executivo – para a sua implementação no direito nacional, aprofundando-se em seus pontos mais sensíveis e identificando eventuais incongruências. Para tal, será abordado inicialmente o contexto jurídico e político do Art. 17 da Diretiva

⁴ Art. 5 da Diretiva DSM.

⁵ Art. 14 da Diretiva DSM.

⁶ Art. 15 da Diretiva DSM.

⁷ Art. 12 da Diretiva DSM.

DSM e do Projeto de Lei alemão, o qual será seguido de uma análise dos principais dispositivos legais deste projeto.

Neste contexto, há de se ressaltar três pontos relevantes para fins de definição de escopo e delimitação do conteúdo do artigo.

Primeiramente, o presente artigo não tem a pretensão de rediscutir os fundamentos e a redação do Art. 17 da Diretiva DSM em si, os quais tem sido objeto de grande discussão política e acadêmica ao longo dos últimos anos. Embora certas referências ao Art. 17 sejam inevitáveis para fins de informação, contextualização e problematização do Projeto de Lei, o artigo se concentra primordialmente na implementação do artigo no direito alemão.

Em segundo lugar, uma vez que o Projeto de Lei analisado até a data de submissão deste artigo⁸ está em trâmite no Poder Executivo e ainda será enviada ao Poder Legislativo alemão para a devida apreciação, é possível que sensíveis alterações ocorram ao longo dos próximos meses e que o texto final da lei alemã contenha importantes diferenças em relação ao projeto ora discutido. Ainda que seja este o caso, este registro pode ter um importante valor histórico e acadêmico, uma vez que o Brasil e vários outros países tem trabalhado em ideias para a modernização do direito autoral em vista dos avanços na internet.⁹

Finalmente, embora se proponha primordialmente a uma análise crítica e aprofundada do Projeto de Lei, o que inclui a apresentação de seus dispositivos legais em detalhe e a ponderações sobre seus aspectos mais relevantes problemáticos, o presente artigo não pretende apresentar soluções concretas para cada um dos problemas identificados. Esta tarefa seria não somente de difícil execução no âmbito de um único artigo, mas também prescindível em vista de seu escopo material, o qual compreende a reflexão jurídica sobre os mecanismos legais sugeridos para a responsabilização das plataformas digitais pela comunicação ao público de obras

⁸ Este artigo foi submetido na data de 21/01/2021.

⁹ Para exemplos de projetos de lei nesta área em trâmite no Brasil, vide PL 2370/2019 (Dep. Fed. Jandira Feghali (PCdoB/RJ)) e PL 4255/2020 (Sen. Angelo Coronel (PSD/BA)).

protegidas e eventuais orientações para legisladores tanto na Alemanha quanto em outros países.

II O ART. 17 DA DIRETIVA DSM: CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO

Nos últimos anos, as plataformas online de compartilhamento de conteúdo entre usuários têm crescido de maneira significativa em nível internacional. Um dos exemplos mais notáveis é o da plataforma *YouTube* no setor audiovisual, cuja receita em 2019 ultrapassou os 15 bilhões de dólares e ultrapassou em mais de 30% a de 2018.¹⁰ *Vimeo* e *Twitch*, esta última amplamente utilizada entre *gamers*, são exemplos de plataformas em ascensão no mesmo setor, enquanto *Flickr* e *Pinterest* tem obtido crescente êxito no âmbito de compartilhamento de imagens e fotografias. Os usuários podem utilizar as plataformas tanto ativamente para o carregamento e compartilhamento de conteúdos (usuários ativos), quanto passivamente para o mero consumo de conteúdo (usuários passivos).

Sob a perspectiva dos direitos autorais, um aspecto relevante destas plataformas é o frequente oferecimento de acesso a conteúdos protegidos, seja diretamente, como no caso de uma música ou um videoclipe compartilhados integralmente, seja indiretamente, com obras autorais utilizadas no âmbito de vídeos mais extensos carregados por usuários ativos amadores ou profissionais. Em grande parte dos casos, a comunicação ao público destes conteúdos ocorre sem a devida autorização do titular, ato o qual, quando não compreendido pelas exceções e limitações vigentes, caracteriza uma infração aos direitos autorais.

Entretanto, na prática, a execução de direitos contra os usuários individuais encontra grandes desafios, os quais incluem, entre outros, a

¹⁰ Vide resultados oficiais do quarto trimestre e do ano fiscal integral de 2019 publicados pela *Alphabet*, a holding do grupo Google, em 03/02/2020, disponíveis em https://abc.xyz/investor/static/pdf/2019Q4_alphabet_earnings_release.pdf (último acesso em 21 jan. 2021); para detalhes, vide LESKIN, Paige. **Finally: Google just revealed YouTube's ad revenue, 14 years after acquiring it, and the video site brought in \$15 billion last year.** *Business Insider (online)*. 03/12/2020.

identificação do infrator, a viabilidade econômica da persecução civil contra uma grande número de usuário em diferentes jurisdições, o cálculo e a reparação de danos *de facto*. Esta dificuldade impossibilita em partes o auferimento de uma remuneração justa e equitativa dos titulares pelo uso das obras protegidas, ao passo que proporciona às plataformas lucro e crescimento em virtude de sua utilização, os quais decorrem, por exemplo, de conteúdo publicitário. Diante disso, a pressão da indústria cultural para a responsabilização das plataformas pela comunicação ao público dos conteúdos protegidos tem sido crescente nos últimos anos.

A União Europeia, um dos maiores mercados nesta área, tem sido palco de um extenso debate sobre a forma adequada de regulação. É bem verdade que os prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdo online não estiveram ali absolutamente livres de responsabilidade durante as últimas décadas. De acordo com o Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico (2000/31/CE),¹¹ a qual entrou em vigor no ano 2000, o prestador de um serviço de armazenamento de conteúdo se exime da responsabilidade quando não tiver efetivo conhecimento da atividade ou informação ilegal ou, tendo adquirido conhecimento, atua com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações. Neste caso, porém, a responsabilidade do prestador é apenas mediata, dependendo do seu conhecimento do ilícito e sendo considerada apenas em caso de descumprimento do dever de remoção e bloqueio do conteúdo após tomar conhecimento da infração. Em virtude destas exigências necessárias para a responsabilização, este dispositivo é comumente denominado como o „*safe harbour*“ das plataformas digitais.

A Diretiva sobre Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação (2001/29/CE, adiante denominada “Diretiva InfoSoc”),¹² por sua vez, garante aos titulares entre outros o direito de autorizar

¹¹ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a Certos Aspectos Legais dos Serviços da Sociedade de Informação, em Especial do Comércio Electrónico, no Mercado Interno. **Jornal Oficial** nº L 178. Data de Publicação: 17/07/2000. P. 1-16. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT> (último acesso em 21 jan. 2021)

¹² Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à Harmonização de Certos Aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Co-

a comunicação ao público das obras protegidas por direitos autorais.¹³ Esta Diretiva, entretanto, entrou em vigor no ano de 2001. Embora, naquela época, as plataformas de compartilhamento de conteúdo *online* já começassem a ganhar expressão (o *KaZaA*, por exemplo, foi fundado em março de 2001¹⁴), a expansão exponencial do compartilhamento de conteúdos só viria a ocorrer no final da mesma década, de forma que a regulamentação não foi concebida para atribuir uma responsabilidade direta às grandes plataformas, as quais continuavam ancoradas no *safe harbour* do Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico.

Ainda que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU) tenha interpretado o Art. 3 da Diretiva InfoSoc extensivamente nos últimos anos, estendendo aos titulares o direito de exclusividade, por exemplo, sobre hiperlinks que direcionam o usuário a uma página que possui conteúdo protegido,¹⁵ sobre a comercialização de leitores multimídia,¹⁶ e contra plataformas que tem por finalidade principal o compartilhamento de conteúdo não-autorizado (ex.: *Pirate Bay*),¹⁷ há sérias dúvidas sobre se dispositivo legal poderia ensejar a responsabilização de plataformas digitais que não tenham o conhecimento da infração específica, simplesmente por não adotarem um mecanismo efetivo para bloquear o carregamento de conteúdo ilegal. Duas ações pautadas nesta questão estão atualmente em andamento no TJEU (*YouTube* e *Uploaded*)¹⁸, mas ainda não foram julgadas.

Diante disso, o legislador europeu incluiu a questão da responsabilização das plataformas pela comunicação ao público dos conteúdos

nexos na Sociedade da Informação. **Jornal Oficial** n° L 167. Data de Publicação: 22/06/2001. P. 10-19. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES> (último acesso em 21 jan. 2021).

¹³ Art. 3 da Diretiva InfoSoc.

¹⁴ PATALONG, Frank. „**KaZaA ist wie eine Knarre am Kopf**“. Spiegel Online. 10/12/2004.

¹⁵ TJEU. C-160/15 – *GS Media*. ECLI:EU:C:2016:644. Data do Julgamento: 08/09/2016.

¹⁶ TJEU. C- 527/15 – *Stichting Brein*. ECLI:EU:C:2017:300. Data do Julgamento: 26/04/2017.

¹⁷ TJEU. C-610/15 – *Stichting Brein*. ECLI:EU:C:2017:456. Data do Julgamento: 14/06/2017.

¹⁸ TJEU. C-682/18 – *YouTube*. Os processos *YouTube* e *Uploaded* são conexos e ainda não foram julgados.

protegidos no pacote de iniciativas negociadas para a modernização do direito autoral da União Europeia (“*EU Copyright Package*”). Os motivos principais para tal seriam a garantia da segurança jurídica, a harmonização do mercado interno, a (questionável) necessidade de manutenção do elevado nível de proteção de direitos autorais, o desenvolvimento de mercados de licenças, a remuneração adequada pela utilização de obras e outros conteúdos protegidos, o equilíbrio de direitos e interesses e a conservação do patrimônio cultural.¹⁹

Durante as negociações, a ideia central foi estabelecer a responsabilidade direta dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online* pela comunicação ao público de conteúdos protegidos, de forma que estes deveriam, em primeira linha, obter a devida licença dos titulares. Em caso de impossibilidade ou inviabilidade de obtenção da licença, o afastamento da responsabilidade seria possível por meio do cumprimento de determinadas obrigações, como a de instalar um efetivo filtro de *upload* que bloqueasse o carregamento de conteúdo não-autorizado.

Especialmente este último aspecto foi muito atacado pela sociedade civil durante as negociações, uma vez que filtros de *upload* poderiam violar as liberdades de expressão e informação, direitos fundamentais garantidos na União Europeia.²⁰ Além disso, a introdução destes mecanismos automatizados poderiam provocar o bloqueio indevido de conteúdo legal ou contratualmente autorizado ao usuário ou à plataforma, causando um indesejado *overblocking*.²¹ Protestos contra esta regulação foram organizados em todo o continente, sendo a Alemanha o país que apresentou a maior oposição, chegando a reunir em um único dia quase 200.000 pessoas nas ruas contra a medida.²²

Ainda assim, a Diretiva DSM foi aprovada e entrou em vigor em 7 de junho de 2019. Apesar de não determinar expressamente a introdução do filtro de *upload*, ela prevê que, na ausência de autorização dos respectivos

¹⁹ Estes motivos acabaram por ser expressamente mencionados nos Considerandos da Diretiva DSM, a qual resultou das negociações do *EU Copyright Package*.

²⁰ HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 4.

²¹ HOLZNAGEL, Bernd. **Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL.** ZUM 2020, P. 4.

²² REUTER, Markus. **Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte.** Netzpolitik.org (*online*). 23/03/2019.

titulares, os prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online* serão responsabilizados pela comunicação ao público de obras ou outros materiais protegidos veiculados nas plataformas digitais, salvo se, entre outros, efetuarem, “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”.²³ A interpretação predominante é que tais elevados padrões de diligência profissionais correspondem, em regra, aos polêmicos filtros de *upload*.²⁴

Ao contrário dos Regulamentos, as Diretivas da União Europeia não são diretamente aplicáveis nos Estados-Membros, sendo necessária a devida implementação pelo legislador nacional. A Polônia não pretende introduzir filtros de *upload* em sua legislação e ajuizou uma ação de nulidade parcial do Art. 17 da Diretiva DSM perante o TJEU²⁵, alegando que a sua exigência viola tanto as liberdades de expressão e de informação. Por sua vez, a Alemanha informou protocolarmente que, se possível, não determinaria a introdução de filtros de *upload* em seu direito nacional.²⁶

Formalmente, porém, os Estados-Membros da União Europeia devem implementar a Diretiva DSM até o dia 7 de junho de 2021. O processo legislativo na Alemanha já está em andamento. O BMJV tem feito consultas e elaborado um Projeto de Lei que será apresentado ao Poder Legislativo alemão.

²³ Art. 17 (4) (b) da Diretiva DSM.

²⁴ PETERS, Nils; SCHMIDT, Jan Hendrik. **Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde.** GRUR Int 2019. P. 1009; HOFMANN, Franz. **Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL.** GRUR 2019. P. 1220; HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 3; STUETZLE, Christiane; ERNST, Patricia C. **EU Copyright Directive – Quo Vadis: First Steps Towards its German Implementation.** Morrison Foerster (online). 01/10/2020; SCHMID, Gregor / BARUDI, Malek. Implementierung der DSM-Urheberrechts-Richtlinie. TaylorWessing (online). 09/07/2020.

²⁵ TJEU. C-401/19 – Polónia/Parlamento e Conselho. Ainda não julgado.

²⁶ BMJV. **Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie.** Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklärung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (último acesso em 21 jan. 2021). Para 4.

III O PROJETO DE LEI PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ART. 17 DA DIRETIVA DSM NA ALEMANHA

A primeira versão (“*Diskussionsentwurf*”)²⁷ do Projeto de Lei elaborado pelo Ministério da Justiça e Proteção ao Consumidor foi publicada em junho de 2020. Após uma consulta pública e consequentes adaptações, a segunda versão do Projeto, elaborada por especialistas internos do Ministério (“*Referentenentwurf*”), foi oficialmente publicada em 13 de outubro de 2020.²⁸ Esta última é o objeto de análise do presente artigo, a qual ocorrerá a seguir.

É válido mencionar que, a exemplo do que corriqueiramente ocorre na legislação infraconstitucional alemã, os dispositivos do Projeto de Lei não são expressos em artigos, mas sim diretamente em parágrafos (§§). Eis a razão para a utilização a seguir desta designação pouco comum em países de língua portuguesa.

1 Definição de Prestador de Serviços de Conteúdos Online

O cerne do Art. 17 da Diretiva DSM reside na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdos *online* pela comunicação ao público de conteúdos protegidos. Por esta razão, é importante saber o que se entende por prestadores de serviço para estes fins.

De acordo com o § 2 do Projeto de Lei, prestadores de serviços são aqueles que:

²⁷ Vide BMJV. **Diskussionsentwurf: Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Data de Publicação: 24/06/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_II_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html;j-sessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?nn=6712350 (último acesso em 21 jan. 2021).

²⁸ Vide BMJV. **Referentenentwurf für das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Data de Publicação: 13/10/2020. Acessível em https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (último acesso em 21 jan. 2021).

- (i) têm o armazenamento e a comunicação ao público de grandes quantidades de obras protegidas como objetivo principal,
- (ii) organizam o conteúdo protegido,
- (iii) possuem fins lucrativos e
- (iv) concorrem com outros serviços de conteúdo *online* pelo mesmo público-alvo.

Os três primeiros requisitos se assemelham com aqueles definidos no Art. 2º nº 6 da Diretiva DSM.

Com relação ao primeiro, o conceito de “grandes quantidades de obras protegidas” a serem armazenadas e comunicadas ao público é aberto e não possui uma estrutura dogmática intrínseca para a sua definição. Caberá ao Poder Judiciário determinar os seus contornos nos casos concretos.²⁹ Ainda assim, há certo consenso no sentido de que as grandes plataformas de abrangência global, tais como *YouTube*, *Vimeo*, *Pinterest*, *Twitch* e *Flickr*, se enquadram nesta definição.

Um outro aspecto relevante do primeiro requisito é que o armazenamento e comunicação ao público devem consistir em um *objetivo principal* da plataforma. Tal como o conceito anterior, este também não possui uma clara definição e exigirá maior detalhamento nos casos específicos. Dúvidas surgem, por exemplo, no caso de grandes plataformas que utilizam determinado tipo de conteúdo protegido apenas acessoriamente na prestação do serviço.

Um exemplo disso pode ser encontrado no *YouTube*. Embora a principal característica do serviço seja o compartilhamento de conteúdos musicais ou audiovisuais, o link para acesso ao conteúdo na página principal, nas recomendações ou nos resultados de busca das plataformas pode ser caracterizado por uma imagem. Neste caso, questiona-se se a plataforma, para eximir-se de sua responsabilidade, deveria obter a licença somente para uso das obras musicais e audiovisuais, cujo compartilhamento certamente faz parte de seu objetivo principal, ou, em vista de sua relevância para o funcionamento da plataforma e da abrangência global do serviço,

²⁹ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

o compartilhamento das imagens que ilustram os respectivos links (fotografias, capa de álbuns etc.) também deveria ser considerado no escopo do objetivo principal e também ensinar o dever de obtenção de licença.

Dúvidas semelhantes podem apresentar as fotografias utilizadas na plataforma *LinkedIn*. Apesar de a principal característica da plataforma ser a informação e intermediação de contatos profissionais, é comum que os perfis dos usuários contenham fotografias, as quais agregam valor à página do usuário e potencialmente aumentam probabilidade de êxito na busca por contatos profissionais. Na mesma linha, embora a característica principal de plataformas como o *Tinder* seja a promoção de relacionamentos, os perfis dos usuários também contam com fotografias muitas vezes feitas por terceiros e carregadas de maneira não-autorizada.³⁰ A ausência destas fotografias, entretanto, praticamente inviabiliza o devido uso da plataforma pelo usuário. Em ambos os casos, é possível questionar-se se o compartilhamento destas imagens não consiste de fato em um dos objetivos principais das respectivas plataformas.

No que tange ao segundo critério, o prestador de serviços deverá também organizar o conteúdo para estar sujeito às disposições legais do Projeto de Lei. De maneira geral, este requisito é interpretado de maneira ampla, bastando para o seu preenchimento a mera classificação ou categorização do conteúdo, as quais podem ser expressas, por exemplo, pela utilização de ferramentas de buscas nas plataformas (ex.: a lupa para a busca baseada em palavras-chave).³¹

Os fins lucrativos como terceiro requisito abrangem a atividade do prestador de serviços e independem da forma sob a qual os lucros são ou podem ser auferidos. Assim, um prestador de serviço pode ser qualificado como tal para fins da lei tanto se receber pagamentos diretos dos usuários como se forem indiretamente financiados por meio de anúncios comerciais, ainda que a utilização ativa ou passiva pelos usuários seja gratuita.³² Plataformas que não possuem tais fins lucrativos, como a *Wikipedia*, não são abrangidas pelo Projeto de Lei.

³⁰ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1007.

³¹ Vide PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

³² PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

Diferentemente dos três requisitos supramencionados, os quais coincidem com aqueles definidos no Art. 2º n° 6 da Diretiva DSM, o quarto critério estabelecido pelo Projeto de Lei alemão para a caracterização do prestador de serviços – a concorrência com outros serviços de conteúdo *online* pelo mesmo público-alvo – não encontra paralelo nos artigos da Diretiva DSM. Sua presença no Projeto de Lei, entretanto, não chega a ser surpreendente e tampouco ameaça concretamente a devida harmonização jurídica na União Europeia. Isso porque, ainda que não traduzido nas disposições legais vinculantes, o Considerando n° 62 da Diretiva DSM prevê este critério,³³ o qual pode eventualmente ser adotado por outros Estados-Membros.

Tomando novamente o exemplo do *YouTube*, há de se considerar sem grandes dificuldades que o serviço disponibilizado com base no compartilhamento de obras musicais e audiovisuais concorre com outros serviços *online* pelo mesmo público-alvo (e que possivelmente obtenham *a priori* a devida autorização do titular), tais como o *Spotify*. Entretanto, tal como na supramencionada problemática referente ao objetivo principal da plataforma, é questionável se a utilização de imagens para caracterizar os links de compartilhamento de obras musicais ou audiovisuais no *YouTube* e de imagens de perfil no *LinkedIn* ou no *Tinder* seja suficiente para caracterizar a concorrência com outros serviços pelo mesmo público-alvo.

Em vista destes critérios, e à luz do Art. 2º n° 6 da Diretiva DSM, o Projeto de Lei exclui expressamente determinados serviços de seu escopo de aplicação por não preencherem os requisitos necessários, tais como enciclopédias *online* (ex.: *Wikipedia*), repositórios científicos e acadêmicos (ex.: *SSRN*), plataformas de software de fonte aberta, serviços de comunicação eletrônica (ex.: *WhatsApp*), mercados online (ex.: *eBay*, *Amazon*) e serviços de armazenamento em nuvem, quando utilizado entre empresas ou para uso meramente privado. Neste último caso, porém, existe a dúvida se ser-

³³ Considerando n° 62 da Diretiva DSM: “A definição de prestador de serviço de partilha de conteúdos em linha prevista na presente diretiva deverá visar apenas os serviços em linha que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha, como os serviços de transmissão de áudio e de vídeo em linha, relativamente ao mesmo público.” (grifo nosso).

viços de armazenamento em nuvem direcionados primariamente para uso privado, mas cujo conteúdo pode ser compartilhado com terceiros selecionados (ex. *Dropbox*, *Google Drive*), estariam isentos do escopo legal.

2 Responsabilidade das Plataformas

O ponto central desta nova regulação na área de direitos autorais e conexos consiste na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdo *online*. Atendendo à norma do Art. 17 (1) e (5) da Diretiva DSM,³⁴ o § 1 do Projeto de Lei em discussão pelo Poder Executivo na Alemanha determina que o prestador de serviço³⁵, a princípio, realiza a comunicação ao público da obra ao disponibilizar o acesso a conteúdos carregados pelos usuários.

Entretanto, a responsabilidade pode ser afastada se ele cumprir determinados deveres legais, a saber, o emvidamento de melhores esforços para a obtenção de uma licença e o bloqueio e a remoção de conteúdos indevidamente carregados a partir de informações concedidas pelos respectivos titulares.³⁶

O parâmetro de avaliação do cumprimento destes deveres deve considerar os mais elevados padrões de diligência profissional do setor e ser feita à luz do princípio da proporcionalidade. Com relação ao primeiro aspecto, tem-se que, em caso de não-obtenção de uma licença apesar do emvidamento dos melhores esforços, a plataforma não poderá ser responsabilizada pela comunicação ao público se, mesmo se utilizando dos mais elevados padrões de diligência profissional do setor, não conseguir impedir o carregamento e o acesso a determinado conteúdo não-autorizado.

Neste ponto, nota-se que, apesar da declaração protocolar da Alemanha após a aprovação da Diretiva no sentido de que não implementaria o dever de utilização dos filtros de *upload* em seu direito nacional,

³⁴ Sobre a responsabilidade direta do prestador de serviços pela comunicação ao público no contexto da Diretiva DSM, vide HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1219.

³⁵ Vide definição no item III.1 acima.

³⁶ Para detalhes sobre as obrigações dos prestadores de serviço, vide item III.3 abaixo.

o Projeto de Lei utiliza-se do mesmo termo empregado pelo legislador europeu (“mais elevados padrões de diligência profissional no setor”) e que, como já observado, é considerado pela doutrina como um dever de utilização de filtros de *upload*, uma vez que inexistem mecanismos de bloqueio mais efetivos na atualidade. De fato, apesar das críticas fundamentadas contra a utilização deste mecanismo, é improvável que o legislador alemão não empregue este termo e não estabeleça este dever na sua lei de implementação, pois isso consistiria em uma violação ao direito europeu. Corretamente, portanto, o Projeto de Lei busca estabelecer um maior equilíbrio de interesses e evitar o bloqueio de conteúdos cujo uso é legalmente ou contratualmente autorizado por meio de outros mecanismos, como a introdução de exceções aos direitos de exclusividade e a possibilidade de o usuário caracterizar o conteúdo carregado como permitido, conforme se verificará adiante.

A expressa aplicação do princípio da proporcionalidade permite que a responsabilidade das plataformas digitais pela comunicação ao público seja afastada mesmo nas hipóteses em que estes deveres não sejam devidamente cumpridos, desde que o seu cumprimento demande um esforço desproporcional. A exemplo do Art. 17 V da Diretiva, o § 1 II indica expressamente e de maneira não-taxativa alguns elementos a serem considerados à luz deste princípio, tais como (i) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, (ii) o tipo de obras ou conteúdo protegido carregado pelos utilizadores do serviço e (iii) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Assim, a depender do caso concreto, é possível que o dever de envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença, mesmo sem a sua concretização, seja considerado como cumprido caso o titular de direito condicione a autorização do uso de determinado conteúdo à obtenção de direitos sobre outros conteúdos não correspondentes ao tipo, público-alvo e dimensão do serviço. Ademais, o dever de utilização de filtros de *upload* como instrumento de bloqueio correspondente aos mais elevados padrões de diligência profissional no setor pode ser relativizado a depender dos custos de sua aquisição e utilização para plataformas de menor porte e menor poder aquisitivo, as quais

poderiam eventualmente utilizar mecanismos alternativos que, proporcionalmente à sua dimensão e capacidades, garantam a devida proteção dos direitos autorais e conexos.

Conforme se verificará no item a seguir, o princípio da proporcionalidade aqui estatuído encontra reflexos também na atribuição específica dos deveres dos prestadores de serviço, tais como na indicação de fatores de devem ser observados na negociação de uma licença e de agentes de mercado que são legalmente liberados do cumprimento de determinados deveres.

Ademais, o Projeto de Lei estabelece ainda que a responsabilidade do prestador de serviço não será afastada se seu objetivo for facilitar ou participar da infração legal. Assim, plataformas que ativamente participam da violação de direitos autorais ou que, a partir de sua própria estrutura e constituição, tem por finalidade própria o compartilhamento indevido de conteúdos, tais como o *Pirate Bay*, serão responsabilizadas pela comunicação ao público destes conteúdos independentemente de quaisquer considerações à luz do princípio da proporcionalidade.

Esta norma é condizente com a finalidade da nova regulamentação, a qual visa, entre outros, uma efetiva proteção de direitos autorais e conexos, o desenvolvimento do mercado de licenças³⁷ e uma remuneração adequada pela utilização de obras no mercado europeu. Embora sua necessidade seja questionável, uma vez que é extremamente improvável que uma plataforma que facilite ou participe da infração legal cumpra os deveres estatuídos no Projeto de Lei ou possa se socorrer ao princípio da proporcionalidade, sua importância reside principalmente na segurança jurídica que ela atribui ao ordenamento.

Por fim, cumpre ressaltar que o afastamento da responsabilidade direta dos prestadores de serviço pela comunicação ao público no âmbito do Projeto de Lei e, conseqüentemente, no âmbito da Diretiva DSM, não exclui a sua responsabilidade mediata no âmbito do Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico ("*safe harbour*")³⁸, a qual, conforme mencionado

³⁷ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

³⁸ Para detalhes, vide item II acima.

acima,³⁹ depende do conhecimento prévio da atividade ilícita pelo prestador ou do não-emprego da devida diligência para a remoção e bloqueio de conteúdos indevidos após a tomada de conhecimento da infração.

3 Obrigações dos Prestadores de Serviço

O Projeto de Lei prevê certas obrigações a serem cumpridas pelo prestador de serviço de compartilhamento de conteúdos *online* perante os titulares de direito. O cumprimento de três delas – o envidamento de melhores esforços para a obtenção da licença, o bloqueio de conteúdo não-autorizado e a remoção de conteúdo não-autorizado – é pressuposto para o afastamento da responsabilidade do prestador de serviços pela comunicação ao público das obras veiculadas na plataforma (§ 1 do Projeto de Lei), enquanto as demais consistem em obrigações legais sem vínculos com a responsabilidade pela infração autoral. Com exceção das regras referentes à remuneração adequada dos titulares no caso de incidência das exceções legais, todas as demais encontram norma correspondente no Art. 17 da Diretiva DSM.

a *Melhores Esforços para a Obtenção da Licença*

De acordo com o § 4 do Projeto de Lei, o prestador de serviço é obrigado a envidar seus melhores esforços para a obtenção contratual de direitos de uso que compreendam a comunicação ao público das obras protegidas. Esta obrigação é cumprida quando plataforma adquire os direitos de uso que lhe são oferecidos ou que estão disponíveis em uma sociedade de gestão coletiva situada na Alemanha. O dispositivo determina ainda que os direitos de uso acima mencionados devem (i) abranger conteúdos que o prestador tipicamente comunica ao público, (ii) cobrir um repertório significativo de obras e titulares de direito, (iii) estender-se a todo o território alemão e (iv) possibilitar o uso em condições razoáveis.

³⁹ Vide item II acima.

Apesar de sua aparência simples, este dispositivo apresenta importantes nuances. Sendo os prestadores de serviço diretamente responsáveis pela comunicação ao público com conteúdo compartilhado nas plataformas digitais, este artigo atribui a eles inicialmente o dever de obtenção dos respectivos direitos de uso perante o titular. A partir do momento em que estes direitos são adquiridos, a comunicação ao público torna-se devidamente autorizada e não mais constitui uma infração aos direitos autorais ou conexos.

A aquisição de uma licença, entretanto, pressupõe uma negociação entre as partes. Um aspecto relevante para esta negociação é a determinação de quem tem o ônus de contactar a contraparte e fazer a primeira oferta. Se este ônus recaísse integralmente sobre os prestadores de serviço, eles teriam que contactar todos os titulares de direito ou seus devidos representantes, independentemente do tamanho de seu repertório de obras, e eventualmente fazer a cada um deles uma oferta para a obtenção da licença. Na prática, uma exigência como essa inviabilizaria a atividade das plataformas digitais de compartilhamento, pois o seu cumprimento seria muito oneroso ou mesmo impossível.

Por este motivo, o Projeto de Lei determina que o dever do prestador de serviço resta cumprido se ele adquirir os direitos *que lhe sejam oferecidos ou que estejam disponíveis em uma sociedade de gestão coletiva* situada na Alemanha. Desta redação se infere que os prestadores de serviço somente tem o dever de contactar ativamente as sociedades de gestão coletiva localizadas na Alemanha para fins de obtenção da licença, tais como a GEMA para obras musicais, a VG Bild Kunst para artes visuais em geral e a GÜFA para filmes. Estas sociedades são devidamente reguladas pelo direito nacional alemão, o que inclui deveres que facilitam a concessão de licenças e parâmetros para os cálculos dos royalties. Por sua vez, as sociedades de gestão coletiva estrangeiras e demais titulares de direito devem oferecer os direitos de uso às plataformas digitais, tendo assim também o ônus de fazer a primeira oferta. Se as plataformas não forem contactadas ou se a elas não for oferecida a devida licença, a responsabilidade pela comunicação ao público dos prestadores de serviço poderá ser afastada, desde que sejam cumpridos os requisitos

adicionais referentes ao bloqueio e à remoção de conteúdos quando solicitados pelos respectivos titulares.

Esta distribuição mais equilibrada do ônus referentes à oferta, entretanto, não garante por si só a viabilidade da obtenção contratual dos direitos de uso pelas plataformas digitais. Ofertas excessivamente onerosas ou que incluam conteúdos não-relacionados à atividade da plataforma bem como a obrigação de negociar com milhares de ofertantes individuais com repertório reduzido podem comprometer a atividade comercial almejada. Em razão disso, e à luz do princípio da proporcionalidade estabelecido no § 1 do Projeto de Lei,⁴⁰ seus elaboradores estabeleceram determinados limites aos direitos de uso que devem ser adquiridos pelos prestadores de serviço.

Assim, a oferta de direitos de uso deve abranger todo o território alemão e possibilitar o uso em condições razoáveis. Ofertas cujo âmbito territorial seja restrito a determinadas cidades ou regiões do território alemão e ou que possuam condições irrazoáveis em vista da atividade comercial dos prestadores de serviço (ex.: royalties excessivos) não precisam, portanto, ser necessariamente aceitas, restando neste caso afastado o dever de obtenção da licença.

Na mesma linha, os direitos de uso a serem licenciados devem abranger conteúdos que o prestador tipicamente comunica ao público. Uma oferta de licença que abranja conteúdos que não sejam tipicamente utilizados no âmbito da plataforma e que, em decorrência disso, acarretam maiores custos para os prestadores de serviço, é desproporcional e, portanto, não precisa ser necessariamente aceita.

O termo “tipicamente” nesta norma oferece espaço para diferentes interpretações e sua real delimitação ocorrerá no caso concreto. Na exposição de motivos do Projeto de Lei, seus elaboradores mencionam que, no âmbito desta norma, uma plataforma que comunica ao público principalmente obras audiovisuais não tem o dever de adquirir direitos de uso de fotografias, ainda que estas sejam eventualmente carregadas

⁴⁰ Vide item III.2 acima.

por usuários.⁴¹ No mesmo sentido, plataformas especializadas em um gênero musical específico não tem o dever de adquirir a os direitos de uso de obras relacionadas a gêneros musicais distintos.⁴² Ainda assim, poderiam surgir dúvidas em casos semelhantes àqueles verificados na análise do conceito de “objetivo principal” como requisito para a definição de prestadores de serviço no âmbito do Projeto de Lei (§ 2).⁴³ É bem possível que em plataformas como o *Tinder* e o *LinkedIn*, a utilização de imagens – sem prejuízo da discussão sobre o objetivo principal da atividade – possa ser considerada típica em razão da frequência com que estas são carregadas pelos usuários. Entretanto, e não obstante o supramencionado trecho da exposição de motivos, é incerto se as imagens cada vez mais frequentemente carregadas para caracterizar um link para a comunicação ao público de obras visuais na tela principal ou nos resultados de busca do *YouTube* fazem parte do conteúdo tipicamente veiculado nesta plataforma.

Finalmente, também à luz do princípio da proporcionalidade, determina-se que os direitos de uso a serem licenciados devem cobrir um repertório significativo de obras e titulares. Desta forma, as plataformas não tem a obrigação de negociar uma licença com cada um dos titulares de lhe façam uma oferta, algo que seria desproporcional em vista dos altos custos de transação.⁴⁴

Entretanto, o Projeto de Lei não deixa claro se o termo “repertório significativo” deve ser avaliado sob o ponto de vista quantitativo ou qualitativo. Sendo quantitativo, o prestador de serviços deverá de negociar a licença somente com entidades que ofereçam uma pluralidade relevante obras cujos direitos sejam atribuídos a uma gama de titulares. Neste conceito se encaixariam não somente as sociedades de gestão coletiva (nacionais ou internacionais), mas também empresas e outras entidades privadas que atuem ativamente na indústria de conteúdos e que possam ter sob o seu domínio ou representação uma grande variedade de obras que envolvem diversos titulares de direitos autorais e conexos, tais como

⁴¹ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 143.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Vide item III.1 acima.

⁴⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 143.

emissoras de rádio e/ou televisão (ex.: ZDF, ARD, Rede Globo), empresas atuantes no ramo jornalístico (ex.: CNN, BBC) etc. Neste caso, porém, os titulares de direito individuais ou entidades que ofereçam um menor repertório não necessariamente poderão negociar com os prestadores de serviço, ainda que o seu (quantitativamente limitado) conteúdo seja extremamente bem-sucedido sob a perspectiva de acessos e cliques nas plataformas digitais e traga grandes benefícios para os respectivos prestadores de serviços, como, por exemplo, no caso dos denominados “virais”.⁴⁵ Para estes titulares restaria somente o caminho da associação a uma sociedade de gestão coletiva ou a solicitação de bloqueio e remoção de conteúdo não-autorizado. Considerando que o número de obras individuais relevantes sob a perspectiva de cliques e acessos é limitado, a interpretação do termo “repertório significativo” sob a perspectiva qualitativa poderia proporcionar um maior equilíbrio de interesses, garantindo ao titular o direito de negociar diretamente suas condições sem gerar um custo de transação exacerbado para o prestador de serviços.

Observa-se, portanto, que a obrigação de obter uma licença não é absoluta, sendo limitada pelo princípio da proporcionalidade. O real dever dos prestadores de serviço, portanto, é o de envidar os melhores esforços para a obtenção contratual dos direitos de comunicação ao público das obras relevantes à luz deste princípio.⁴⁶ Não sendo empregados estes melhores esforços, a responsabilidade jurídica pela comunicação ao público ou conexos não será afastada. Por outro lado, não sendo possível obter a licença *apesar* destes melhores esforços, a responsabilidade pode ainda assim ser afastada, desde que os deveres de bloqueio e remoção de conteúdos mediante solicitação dos titulares sejam cumpridos.⁴⁷

⁴⁵ Complementarmente, com relação às obras não-profissionais, vide HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1225 s..

⁴⁶ Por este motivo, as plataformas digitais criticam a estipulação de um dever de obter a licença. Sob o ponto de vista técnico, o mais correto seria o texto legal se ater somente ao envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença. Vide FACEBOOK Ireland Ltd. **Stellungnahme von Facebook Ireland Limited zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, UrhDaG-E)**. Facebook (online). 06/11/2020. P. 2 ss.

⁴⁷ § 1 do Projeto de Lei, com a devida correspondência no Art. 17 (5) (b) da Diretiva DSM.

b *Bloqueio de Conteúdo Não-Autorizado*

De acordo com o § 10 do Projeto de Lei, caso o prestador de serviços não tenha adquirido os direitos de uso, ele tem o dever de bloquear o carregamento de conteúdo não-autorizado, desde que (i) o titular assim solicite, (ii) o titular forneça as informações necessárias sobre o conteúdo para fins deste bloqueio⁴⁸ e (iii) o conteúdo não tenha sido caracterizado como permitido pelo usuário (*uploader*) no âmbito do mecanismo de *pre-flagging*.⁴⁹ Nos termos do § 1, este dever deve ser observado à luz dos mais elevados padrões de diligência profissional no setor. Conforme mencionado acima,⁵⁰ o entendimento mais aceito é que os mais elevados padrões de diligência correspondem, em regra, ao filtro de *upload*, ressalvadas as hipóteses em que a introdução desta ferramenta seja desproporcional para a plataforma, afetando irrazoavelmente seus interesses. *A contrario sensu*, e com a devida observação do assegurado princípio da proporcionalidade, a obrigação não resta descumprida se, apesar da utilização de mecanismos correspondentes aos mais elevados padrões de diligência profissional do setor, um determinado conteúdo não puder ser bloqueado.

O cumprimento deste dever constitui um dos requisitos para o afastamento da responsabilidade do prestador de serviços pela comunicação ao público. Porém, também com base no princípio da proporcionalidade, o parágrafo estabelece expressamente que o bloqueio de conteúdos não é obrigatório para *start-ups*⁵¹ com número de visitantes mensal médio inferior a 5 milhões de euros, de forma que a responsabilidade jurídica neste caso poderia ser afastada mesmo sem a introdução de filtros de *upload* e sem o devido bloqueio de conteúdos não-autorizados.⁵² Além disso, a norma estatui a presunção de não-obrigatoriedade do cumprimento de

⁴⁸ Sobre as informações necessárias a serem providenciadas pelos titulares, vide SCHMID; BARUDI. *Op Cit.*

⁴⁹ Detalhes sobre o mecanismo de *pre-flagging* são apresentados no item III.6 abaixo.

⁵⁰ Vide item III.2 acima.

⁵¹ De acordo com o § 2 do Projeto de Lei, *start-ups* são prestadores de serviço com uma receita anual de até 10 milhões de euros e cujos serviços são prestados na União Europeia há no máximo 3 anos.

⁵² PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1010.

dever de bloqueio a pequenos prestadores de serviço, assim considerados aqueles cujo faturamento anual dentro da União Europeia é inferior a 1 milhão de euros. Tal presunção, porém, é relativa, podendo ser revertida caso se comprove que o pequeno prestador de serviço tem condições de implementar o mecanismo de bloqueio exigido neste parágrafo.⁵³

c Remoção de Conteúdo Não-Autorizado

O § 11 do Projeto de Lei prevê que, caso o prestador de serviços não tenha adquirido os direitos de uso, ele tem a obrigação de remover de conteúdo não-autorizado, desde que (i) o titular assim solicite, (ii) o titular forneça as informações necessárias sobre o conteúdo para fins da remoção e (iii) o conteúdo não tenha sido caracterizado como permitido pelo usuário (*uploader*) no âmbito do mecanismo de *pre-flagging*.⁵⁴ Também neste caso, a obrigação deve ser observada à luz do princípio da proporcionalidade e seu cumprimento deve observar os mais elevados padrões de diligência profissional no setor. Estas condições se assemelham àquelas exigidas para no âmbito do dever de bloqueio, embora as limitações expressas aplicáveis a *start-ups* e pequenos prestadores de serviço naquele caso não se apliquem ao dever de remoção.

Reitera-se aqui que o cumprimento deste dever, cumulado com a devida observação do dever de envidamento de melhores esforços para a obtenção da licença e do dever de bloqueio acima mencionados, tem o condão de afastar a responsabilidade do prestador de serviço pela comunicação ao público de conteúdos não-autorizado.

d Remuneração Adequada ao Titular

De acordo com o § 7 do Projeto de Lei, em caso de licenças obtidas contratualmente pelo prestador de serviços para a comunicação ao públi-

⁵³ Para HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1226 s., os requisitos menos rigorosos para *start-ups* e plataformas menores são benéficos, pois impedem a consolidação do poder de mercado das grandes plataformas.

⁵⁴ Vide item III.6 abaixo.

co da obra protegida, uma remuneração adequada será devida ao titular de direitos, ainda que o usuário que carregue a obra na plataforma tenha também adquirido uma licença específica para a comunicação ao público. Assim, para fins de remuneração, o fato de o usuário ter uma licença prévia para qualquer tipo de comunicação ao público (incluindo na plataforma digital específica) não afeta o dever de remuneração pelo prestador de serviços (operador da plataforma).

Disso não resulta, naturalmente, que o *direito à comunicação ao público* se restrinja ao prestador de serviços nestes casos, não se estendendo aos usuários. Pelo contrário: como se verá adiante,⁵⁵ o Projeto de Lei garante um sistema recíproco de extensão legal da autorização da comunicação ao público entre os prestadores de serviço e os usuários, de forma que o § 7 ora abordado incide meramente sobre o direito do titular a uma remuneração adequada.

A legitimidade desta possibilidade de dupla remuneração pode ser atacada sob uma perspectiva jurídico-econômica, principalmente nas hipóteses em que o contrato de licença entre o titular e um terceiro (ex.: usuário ativo) prevê uma remuneração majorada em caso de comunicação ao público em plataformas específicas como forma de compensar o maior acesso ao público.⁵⁶ Entretanto, ela é justificada tanto pela segurança jurídica concedida ao titular no que tange à remuneração da plataforma, uma vez que possíveis entraves judiciais quanto à existência e dimensão de autorizações prévias concedidas a terceiros são eliminados, quanto pelo almejado equilíbrio entre direitos e interesses dos diferentes atores do mercado digital, o qual visa, entre outros, a redução da diferença entre valores auferidos pelos titulares e pelas plataformas pelo uso das obras protegidas (“*value gap*”). Dogmaticamente, a dupla remuneração pode ser justificada pelo fato de o usuário e a plataforma realizarem si-

⁵⁵ Vide item III.5 abaixo.

⁵⁶ STEINBRECHER, Judith. **Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes**. Bitkom (*online*). 06/11/2020. P. 9 ss. critica veementemente a necessidade de dupla remuneração e os impactos negativos gerais que o dever de remuneração estabelecido neste dispositivo do Projeto de Lei causam ao mercado e à estrutura de licenciamento.

multânea e independentemente a comunicação ao público no momento em que uma obra é disponibilizada na plataforma. A independência destes atos justificaria a independência da remuneração.

Além disso, o Projeto de Lei prevê no mesmo parágrafo que uma remuneração adequada é devida pelo prestador de serviços ao titular em casos de conteúdos que sejam abrangidos pelas exceções legais do pastiche ou do uso *de minimis*, os quais constam entre as exceções do direito de exclusividade do titular nos termos dos §§ 5 e 6 do Projeto de Lei.⁵⁷ Esta norma também busca atingir um equilíbrio de interesses entre titulares e prestadores de serviço e diminuir o *value gap* entre eles no que se refere ao uso da obra, garantindo assim que os legítimos interesses do titular não sejam irrazoavelmente prejudicados.⁵⁸

Vale destacar que a versão anterior do Projeto de Lei (*Diskussion-sentwurf*) não incluía o dever de remuneração em caso de pastiches, de forma que estes eram juridicamente equiparados às demais exceções não-relacionadas ao uso *de minimis* (ex.: citações, caricaturas, paródias),⁵⁹ as quais tampouco ensejam tal remuneração. Na exposição de motivos da nova versão do Projeto (*Referentenentwurf*), o BMJV, entendendo que o pastiche compreende a maior parte dos conteúdos criativos gerados pelos usuários tomando com base obras anteriores, que esta prática é socialmente bastante difundida em ambientes *online* e que as plataformas digitais lucram com o seu uso considerou tal dever de remuneração como justo diante da ausência de direitos de exclusividade do titular.⁶⁰

A doutrina já apresenta determinadas vozes críticas com relação ao tratamento diferenciado entre pastiches e outras exceções legais como citações e paródias, uma vez que a indefinição sobre o conceito de pastiche e quanto à concreta diferenciação entre pastiches, paródias,

⁵⁷ Vide item III.4 abaixo.

⁵⁸ A garantia dos legítimos interesses dos titulares contra um prejuízo irrazoável decorrente das exceções e limitações ao seu direito de exclusividade é expressa no Art. 5 (5) da Diretiva InfoSoc.

⁵⁹ Vide detalhes sobre as exceções legais no item III.4 abaixo.

⁶⁰ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 45 e 146 s.

caricaturas e citações no contexto das plataformas digitais poderia prejudicar o bom funcionamento do mecanismo de oposição interna na plataforma para fins de decisão sobre a manutenção ou remoção e bloqueio de conteúdos.⁶¹ Assim, os titulares de direito buscariam ampliar ao máximo o conceito de pastiche de forma a obter uma maior remuneração, enquanto os prestadores de serviço seriam tentados a reduzir o seu escopo de forma a se abster do pagamento da remuneração. Uma vez que os prestadores de serviço são responsáveis pelo mecanismo interno de solução de disputas, este conflito de interesses de interesses e a consequente ausência de neutralidade por parte dos prestadores de serviço poderia comprometer a sua eficácia e legitimidade. Além disso, e dependendo da sua capacidade técnica, as plataformas digitais poderiam tender a bloquear os pastiches por meio dos filtros de *upload* de forma a reduzir o montante a ser pago aos titulares. Desta forma, esta parte da doutrina sugere que o dever de remuneração seja estendido a todas as exceções estabelecidas nos §§ 5 e 6, incluindo também citações, caricaturas e paródias. Esta ampliação do escopo do dever de remuneração traria um maior ônus para as plataformas, as quais de qualquer forma obtém lucro com estes conteúdos, mas não traria qualquer impacto aos usuários. Ao contrário, os titulares tenderiam a anuir com a manutenção do conteúdo nas plataformas para obter a devida remuneração, o que beneficiaria os usuários.⁶²

Contra esta vertente rebate-se que, na longa história da lei de direitos autorais alemã, as exceções de citação e paródia nunca ensejaram o dever de remuneração ao titular e que, apesar disso, nunca prejudicaram irrazoavelmente os seus justos interesses. Seu tratamento assim deve permanecer. De outra forma, corre-se o risco de abrir um precedente legislativo que pode ser expandido para outras áreas ao longo dos anos, ameaçando assim a liberdade de expressão, de informação e de comuni-

⁶¹ Para detalhes sobre os recursos, vide item III.7 abaixo.

⁶² HILTY, Reto M.; KAISER, Ansgar; MOSCON, Valentina; RICHTER, Heiko; STUMPF, Aaron; SUTTERER, Moritz. **Stellungnahme zum Referententwurf vom 2. September 2020**. Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (*online*). 06/11/2020. Para 28 ss.

cação.⁶³ A definição desta questão é certamente um dos grandes desafios para o legislador alemão para a elaboração da nova lei.

Finalmente, há de se ressaltar que o descumprimento do dever de remuneração adequada ao titular, sem prejuízo de possíveis medidas judiciais ou extrajudiciais na esfera civil, não impede o afastamento da responsabilidade das plataformas pela comunicação ao público, a qual pode ocorrer normalmente caso os deveres de envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença, bem como de bloqueio e remoção de conteúdos não-autorizados sejam cumpridos.

e Informação sobre Uso e Processos de Bloqueio e Remoção de Conteúdos

Em seu curto § 20, o Projeto de Lei estabelece que o titular de direito pode solicitar ao prestador de serviços informações sobre o uso do repertório de obras por ele licenciado e, em caso de ausência desta licença, informações adequadas sobre o funcionamento dos mecanismos de bloqueio e remoção de conteúdos de sua titularidade. Nestes casos, o titular tem o dever de providenciar as devidas informações. A finalidade deste dispositivo é aumentar a transparência⁶⁴ para que os titulares tenham melhores condições de corretamente avaliar tanto a forma, o volume de uso e, conseqüentemente, o valor de suas obras, quanto os procedimentos de bloqueio e remoção de conteúdos, cuja existência e execução podem variar de acordo com as plataformas em vista da aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, os titulares de direito podem fiscalizar os

⁶³ Positionspaper der Urheberrechtswissenschaft (*online*). **Zitate und Parodien müssen vergütungsfrei bleiben!**. Dezembro/2020. Constata-se que este temor é justificado. Conforme se verifica em EGGERT, Moritz; WEIGAND, Ralf. **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 13.10.2020**. Deutscher Komponistenverband (*online*). 06/11/2020. P. 2, já existe uma pressão por parte de titulares de direito em prol da expansão do direito de remuneração decorrente destas exceções a outras áreas ainda não abrangidas pelo Projeto de Lei.

⁶⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 155 s.; HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 5. Vide também itens III.2 e III.3.b e III.3.c acima.

procedimentos adotados pelas plataformas de forma e, quando necessário, agir para proteger seus interesses e garantir a devida aplicação da lei.

Tal como no caso do dever de remuneração adequada ao titular, o cumprimento deste dever de informação também não é pressuposto para o afastamento da responsabilidade das plataformas pela comunicação ao público.

4 Exceções ao Direito de Exclusividade

O Projeto de Lei alemão prevê também exceções ao direito de exclusividade do titular no caso de comunicação ao público dos conteúdos. Enquanto o § 5 determina exceções permitidas no âmbito da Diretiva DSM e previstas em outros instrumentos legais do direito da União Europeia, o § 6 implementa as inovadoras exceções “*de minimis*”. Entre todos os aspectos polêmicos do Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo alemão, neste último reside o seu aspecto mais controverso, como se verificará adiante.

a *Citações, Caricaturas, Paródias, Pastiches e Outros*

Nos termos do § 5 do Projeto de Lei, a comunicação ao público e o compartilhamento de conteúdo realizados pelo *usuário* na plataforma são permitidos para fins de citações, caricaturas, paródias e pastiches, bem como em outros casos já previstos na lei de direitos autorais alemã vigente. A limitação subjetiva do ato de comunicação ao público e compartilhamento ao *usuário* para fins destas exceções pode gerar dúvida sobre a sua aplicação em situações em que o próprio prestador de serviços carrega um determinado conteúdo protegido na plataformas.⁶⁵ Neste caso, teria que se decidir se o prestador, na circunstância descrita, pode ser considerado como um usuário do próprio serviço. O legislador poderia dirimir

⁶⁵ A incoerência desta delimitação é reforçada por WÜRTEMBERGER, Gert; FREISCHMIDT, Stephan. **Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zum RefE des DSM-Umsetzungsgesetzes**. GRUR-Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht (*online*). 06/11/2020. P. 2.

tais incertezas por meio da exclusão desta qualificação subjetiva ou do melhor detalhamento sobre o escopo de aplicação da norma. Independentemente desta questão, é certo que os *efeitos* destas exceções, quando aplicáveis, abrangem tanto os usuários quanto às plataformas, de forma que nenhum deles incorrerá em infração de direitos autorais ou conexos, assegurando-se assim a liberdade de expressão e informação.⁶⁶

A implementação destas exceções não é problemática do ponto de vista sistemático. O Art. 17 (7) da Diretiva DSM permite expressamente a regulamentação de citações, críticas, análises, caricaturas, paródias e pastiches no direito nacional dos Estados-Membro. Da mesma forma, as demais exceções já previstas na lei de direito autoral alemã também são, em regra, compatíveis com o direito europeu, sendo algumas delas previstas, por exemplo, no Art. 5 da Diretiva InfoSoc.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU) já delineou alguns dos conceitos abrangidos por estas exceções. Neste sentido, a citação tem como características essenciais “a utilização, por um utilizador que não é o respectivo autor, de uma obra ou, de forma mais genérica, de um extracto de uma obra, para ilustrar uma afirmação, defender uma opinião ou ainda permitir um confronto intelectual entre essa obra e as afirmações do referido utilizador”⁶⁷, podendo ser utilizadas inclusive para fins de crítica ou análise.⁶⁸ A paródia, por sua vez, tem como características essenciais “por um lado, evocar uma obra existente, embora apresentando diferenças perceptíveis relativamente à mesma, e, por outro, constituir uma manifestação humorística ou burlesca”, não devendo necessariamente ter um carácter original próprio.⁶⁹

Embora o termo “caricatura” já tenha sido associado à paródia política por uma das partes envolvidas em um processo perante o TJEU,⁷⁰ o

⁶⁶ BMJV. *Referentenentwurf*. Op. Cit. P. 44 e 144-145.

⁶⁷ TJEU. C-516/17 – *Spiegel Online*. ECLI:EU:C:2019:625. Data de Publicação: 29/07/2019. Para 78.

⁶⁸ *Ibidem*. Para 26 ss.

⁶⁹ TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. ECLI:EU:C:2014:2132. Data de Publicação: 03/09/2014. Para 20 e 33.

⁷⁰ *Ibidem*. Para 11.

Poder Judiciário europeu ainda não definiu expressamente este conceito, de forma que a interpretação deve tomar em conta o sentido habitual do vocábulo na linguagem corrente e a finalidade a ser atingida pelo legislador ao regulamentá-lo.⁷¹ Tomando por base a jurisprudência alemã e as considerações doutrinárias, a caricatura pode ser caracterizada como um desenho ou outra representação gráfica que, por meio de sátira ou expressão exagerada de determinadas características, torna risível ou atribui certa ridicularização a uma coisa, pessoa ou acontecimento.⁷²

Relevante, porém desafiador, é o conceito de pastiche. Embora presente entre as exceções e limitações no âmbito do direito autoral europeu desde 2001,⁷³ nenhuma definição específica e vinculante lhe foi atribuída até o momento pelo TJEU. Tampouco o sentido habitual do vocábulo consegue indicar contornos concretos. Enquanto na literatura e na história da arte de origem francesa a partir do século XVII o uso do termo fazia alusão a uma inspiração concreta e até mesmo uma imitação do estilo de outros autores com finalidade satírica ou de homenagem, o termo “*Pasticcio*” foi usualmente utilizado na música e nas artes plásticas italianas também a partir do século XVII para designar a inspiração concreta de um trabalho artístico em diversas obras preexistentes ou mesmo imitação de trechos de obras preexistentes no âmbito de uma nova obra para fins de homenagem ou mera alusão.⁷⁴ Além de definição incerta e pouco precisa, a relevância desta análise do significado histórico do vocábulo é, ao menos em partes, pouco relevante para o direito autoral moderno, uma vez que a mera inspiração e a imitação de estilo não consistem em infração aos direitos dos respectivos titulares.

Neste contexto, os elaboradores do Projeto de Lei alemão atribuem ao pastiche um diálogo ou ao menos uma relação com uma obra preexistente, o qual – diferentemente da paródia ou da caricatura – não deve necessariamente ter um conteúdo humorístico ou satírico, podendo cons-

⁷¹ TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. ECLI:EU:C:2014:2132. Data de Publicação: 03/09/2014. Para 19.

⁷² BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 96. Vide também STIEPER, Malte. *Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM RL in deutsches Recht (Teil 1)*. GRUR 2020. P. 702.

⁷³ Art. 5º (3) k da Diretiva InfoSoc.

⁷⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 96. Vide também Stieper. *Op. Cit.* P. 702-703.

tituit também uma homenagem ou expressão de respeito à obra original e/ou ao seu respectivo autor.⁷⁵ Assim, o termo abrangeria os conteúdos gerados por usuários (“*user-generated content*”) tipicamente disponibilizados em redes sociais e demais plataformas *online*, quando estes não consistirem em uma paródia ou caricatura. Este aspecto subsidiário do pastiche garantiria o devido equilíbrio de direitos e interesses em caso de utilização de práticas e técnicas culturais atuais de imitação e inspiração em ambientes *online*, tais como memes, *remix*, *GIFs*, *mashups*, *fan arts*, *fan fictions*, *covers* ou *samplings*. A liberdade de expressão e da liberdade artística seriam, assim, devidamente resguardadas.⁷⁶

Resta saber se esta interpretação apresentada na exposição de motivos do Projeto de Lei alemão encontrará respaldo no direito europeu, o qual possui conceitos autônomos em relação às exceções e limitações dos direitos autorais.⁷⁷ Vale notar que o TJEU já estabeleceu certas restrições para a consideração dos *samplings* como uma exceção aos direitos de exclusividade.⁷⁸ Além disso, independentemente de a aplicação do conceito de pastiche ser subsidiária à dos conceitos de paródia e caricatura ou não, a delimitação entre eles permanece incerta e desafiadora, uma vez que a jurisprudência do TJEU ainda não determinou os contornos dogmáticos dos dois últimos em casos relacionados às práticas usuais em ambientes *online*, como memes ou *GIFs*.

Finalmente, destaca-se que o Projeto de Lei caracteriza as exceções previstas no § 5 como “não passíveis de avaliação por mecanismos automatizados”, ressaltando assim que, por consistirem em conceitos meramente normativos, não seriam detectadas pelos filtros de *upload*, o que aumenta o risco de *overblocking*. Embora pertinente sob o ponto de vista tecnológico atual, esta caracterização não tem qualquer efeito legal, uma vez que tanto as exceções e limitações quanto a implementação de me-

⁷⁵ BMJV. **Referententwurf**. *Op. Cit.* P. 97.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Vide TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. *Op. Cit.* Para 14 ss. Dúvida semelhante apresentam STUETZLE; ERNST. *Op. Cit.*; certo ceticismo com relação à extensão desta interpretação apresenta Stieper. *Op. Cit.* P. 702-703.

⁷⁸ Vide TJEU. C-476/17 – *Pelham e outros*. ECLI:EU:C:2019:624. Data de Publicação: 29/07/2019.

canismos que assegurem o equilíbrio de direitos e interesses (ex.: *pre-flagging*⁷⁹) são dela independentes. Ao contrário, esta supérflua designação poderia ser negativa e causar confusão caso a tecnologia evolua a ponto de poder identificar com certa segurança uma citação, uma paródia, uma caricatura ou um pastiche. Por este motivo, ela tem sido criticada⁸⁰ e deverá ser excluída na redação final do Projeto de Lei.

b Exceções de *minimis*

Entre todos os aspectos polêmicos do Projeto de Lei, as exceções de seu § 6, denominadas “*de minimis*” pela doutrina,⁸¹ representam certamente o seu ponto mais controverso sob a perspectiva dogmática.

Este dispositivo determina que, inexistindo finalidade comercial ou objetivo de auferimento de renda significativa, é permitida ao usuário a comunicação ao público de obras ou parte delas:

- (i) de até 20 segundos, em caso de filme ou obra audiovisual,
- (ii) de até 20 segundos, no caso de obras musicais ou sonoras,
- (iii) de até 1000 caracteres, no caso de textos e outras obras escritas, e
- (iv) de até 250 kilobytes, no caso de fotografias, imagens e gráficos.

O Projeto prevê ainda a subsidiariedade desta exceção, a qual é somente aplicável em caso de inexistência de licença do conteúdo para o usuário ou para a plataforma e em caso de não-aplicação das exceções do § 5 (citações, caricaturas, paródias, pastiches e outras já reguladas⁸²). Considerando que os prestadores de serviço têm, em regra, o dever de

⁷⁹ Vide item III.6 abaixo.

⁸⁰ HILTY et al. *Op. Cit.* Para 25.

⁸¹ GEMA. *Stellungnahme der GEMA v. 6.11.2020 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*. GEMA (online). 06/11/2020. P. 7; HILTY et al. *Op. Cit.* Para 5 ss; Stuetzle/Ernst, *Op. Cit.*; SCHMID; BARUDI. *Op. Cit.*

⁸² Vide item III.4.a acima.

adquirir licenças para o uso das obras comunicadas ao público na plataforma,⁸³ esta relação de subsidiariedade pode ter impacto nos termos do contrato de licença, como, por exemplo, na fixação do valor da licença com base no número geral de acessos à obra protegida, incluindo a utilização mínima de obras abrangidas por esta exceção.⁸⁴ Por outro lado, esta subsidiariedade também implica na desnecessidade de remuneração adequada ao titular em caso de licença preexistente ou em caso de exceções não-remuneradas do § 5, tais como citações, caricaturas e paródias.⁸⁵

Certas ponderações devidamente consideradas em outros pontos da presente análise também se aplicam a este dispositivo legal do Projeto de Lei. Assim, é possível que o aspecto subjetivo do usuário seja considerado para a constatação da finalidade comercial ou do objetivo de auferimento de renda significativa.⁸⁶ Além disso, o fato de a exceção ser aplicável a obras comunicadas ao público pelo usuário pode gerar dúvidas nas hipóteses em que o próprio prestador de serviço carregue o conteúdo na plataforma, embora seja certo que os efeitos destas exceções abrangem tanto os usuários quanto às plataformas.⁸⁷ Finalmente, o fato de os elaboradores desta versão do Projeto de Lei considerarem esta exceção como “passíveis de avaliação por mecanismos automatizados”, uma vez que utiliza-se de parâmetros objetivamente definidos e não-normativos, é criticado por não ter qualquer efeito em sua análise legal e poder gerar confusão com relação ao real escopo da exceção, razão pela qual a exclusão desta classificação é recomendável.⁸⁸

De modo geral, as exceções *de minimis* têm como objetivos a garantia do equilíbrio de interesses e a promoção do uso desejado e socialmente

⁸³ Vide item III.3.a acima.

⁸⁴ Para uma crítica referente à possibilidade de dupla remuneração decorrente do questionável dever de obtenção de licença de uma exceção legal, vide STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 3.

⁸⁵ Sobre o dever de remuneração adequada ao titular em caso de aplicação de exceções e limitações, vide item III.3.d acima.

⁸⁶ Vide detalhes no item III.5 abaixo. Para críticas sobre a indefinição do conceito de finalidade comercial neste contexto, vide STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 9.

⁸⁷ Vide detalhes no item III.4.a acima.

⁸⁸ Vide HILTY et al. *Op. Cit.* Para 39.

aceito das plataformas digitais de compartilhamento. Considera-se que utilizações mínimas das obras ou pequenas parte delas tem grande importância para os usuários, principalmente em vista das liberdades de expressão, informação e artística, enquanto não prejudicam indevidamente os interesses dos titulares. Os elaboradores do Projeto de Lei consideram que este uso mínimo regulado não é capaz de afetar negativamente as receitas decorrentes das obras protegidas no mercado primário, podendo, pelo contrário, impulsionar o seu aumento. Não à toa, há uma prática corrente nos ambientes *online* no sentido de se disponibilizar gratuitamente trechos de obra para fins de divulgação, tais como trailers de filmes, partes de músicas e trechos de livros.⁸⁹ No caso específico de imagens, fotografias e gráficos, considerando que a utilização de meras partes, na prática, torna o atingimento dos fins almejados pelo usuário inviável ou impossível, optou-se por uma limitação de qualidade ao invés de quantidade.⁹⁰

Esta exceção referente a casos de uso mínimo das obras pode oferecer ainda uma vantagem complementar. Considerando que (i) os filtros de *upload* em muitos casos não serão capazes de reconhecer as exceções legais normativas do § 5 (citações, caricaturas, paródias, pastiches e outras),⁹¹ (ii) que boa parte da utilização para fins destas exceções legais normativas é mínima e atende aos limites quantitativos inseridos pelos elaboradores do Projeto no âmbito da exceção *de minimis* e (iii) há dúvidas se os usuários terão conhecimento e segurança suficientes para utilizar devidamente o mecanismo de caracterização do conteúdo como permitido (*pre-flagging*)⁹², a exceção *de minimis* pode assegurar que grande parte dos usos legalmente permitidos não sejam bloqueados pelo filtro de *upload*, evitando assim o *overblocking*.⁹³

⁸⁹ BMJV. **Referententwurf**. *Op. Cit.* P. 145.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 4; STUETZLE; ERNST. *Op. Cit.*

⁹² Vide item III.6 abaixo.

⁹³ REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part I**. Kluwer Copyright Blog (*online*). 09/07/2020.

Destaca-se que, apesar da perda do direito de exclusividade, os legítimos interesses dos titulares seriam devidamente resguardados pelo dever de remuneração adequada atribuído às plataformas no caso de comunicação ao público das obras no âmbito destas exceções.⁹⁴

A grande questão é se a introdução desta exceções *de minimis* é compatível com o direito europeu. Isso porque elas não encontram respaldo em qualquer norma na União Europeia. Considerando que o catálogo de exceções e limitações ao direito de comunicação ao público regulado no Art. 5º (3) da Diretiva InfoSoc é exaustivo e que as exceções *de minimis* não são ali previstas, estas não poderiam ser implementadas no direito nacional dos Estados-Membros. Neste sentido, o TJEU já determinou que nem mesmo a proteção dos direitos e liberdades garantidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia são capazes de justificar exceções e limitações ao direito de exclusividade alheias àquelas já previstas no Art. 5º (3) da Diretiva InfoSoc, sendo o papel do juiz nacional restrito à interpretação dos conceitos ali regulados à luz dos direitos fundamentais vigentes, sem prejudicar, porém, o efeito útil das disposições legais que garantem direitos autorais e conexos aos respectivos titulares.⁹⁵

Cientes disso, os elaboradores do Projeto de Lei e parte da doutrina sustentam que o Art. 17 da Diretiva DSM introduz uma proteção *sui generis* dos direitos autorais para casos específicos de comunicação ao público por prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos *online*. Por se tratar de lei especial (*lex specialis*), a sua regulamentação seria independente, de forma que a implementação das normas em nível nacional não estariam sujeitas ao catálogo exaustivo de exceções e limitações previsto na Diretiva InfoSoc.⁹⁶

⁹⁴ Vide item III.3.d acima.

⁹⁵ TJEU. C-469/17 – *Funke Medien NRW*. ECLI:EU:C:2019:623. Data de Publicação: 29/07/2019. Para 64; TJEU. C-516/17 – *Spiegel Online*. *Op. Cit.* Para 59.

⁹⁶ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 44-45. Vide ainda HUSOVEC, Martin; QUINTAIS, João Pedro. **How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms**. SSRN (*online*). 15/09/2020. P. 10 ss.; REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 2**. Kluwer Copyright Blog (*online*). 10/07/2020. GEMA. *Op. Cit.* P. 6.

Os críticos deste dispositivo do Projeto de Lei argumentam que não há qualquer base legal para a consideração do Art. 17 da Diretiva DSM como um sistema *sui generis* e/ou *lex specialis* e, assim, independente das demais normas de direitos autorais e conexos estabelecidas na União Europeia.⁹⁷ Exemplo disso seria a referência expressa ao Art. 3º da Diretiva InfoSoc – referente aos direitos de exclusividade em caso de comunicação ao público das obras protegidas – presente no Art. 17 (1) e (2) da Diretiva DSM, o qual trata do âmbito de aplicação da autorização dos titulares de direito para a comunicação ao público do conteúdo compartilhado *online* nas plataformas digitais.⁹⁸

A implementação das exceções *de minimis* também são passíveis de questionamento sob o ponto de vista da fundamentação do direito material. A justificativa de que a exceção *de minimis* corresponderia uma prática corriqueira nos ambientes *online* no sentido de se disponibilizar gratuitamente trechos de obra para fins de divulgação (ex.: trailers de filmes, trechos de músicas e livros) é questionável, uma vez que estas usualmente ocorrem sob controle dos respectivos titulares em vista de fins específicos por ele determinados.

Além disso, a assunção de que a aplicação de uma exceção *de minimis* não prejudicaria substancialmente os interesses dos titulares é relativa, podendo variar de acordo com o conteúdo compartilhado. Enquanto a comunicação ao público de um curto trecho de uma longa canção ou um longo filme pode de fato ser pouco relevante em vista da exploração

⁹⁷ LEISTNER, Matthias. **European Copyright Licensing and Infringement Liability under Art. 17 DSM-Directive**. SSRN (*online*). 24/10/2020. P. 13-14 NORDEMANN, Jan Bernd; WAIBLINGER, Julian. **Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft**. SSRN (*online*). 12/08/2020. P. 12 ss.; ROSATI, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**. Vol. 15 n° 11. Novembro/2020. P. 875 ss.; Holznel. *Op. Cit.* P. 4; Peters/Schmidt. *Op. Cit.* P. 1012; HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1221.

⁹⁸ NORDEMANN; WAIBLINGER. *Op. Cit.* P. 12 ss.; Rosati. *Op. Cit.* P. 875 ss.; OBERGFELL, Eva Inés; HAUCK, Ronny. **Stellungnahme zur Richtlinie (EU) 2019/790**. Humboldt-Forschungsinstitut – Eigentum und Urheberrecht in der Demokratie. 31/08/2019. P. 6-7.

comercial usual da obra, a exibição de melhores momentos de eventos esportivos ou de imagens e fotografias integrais com um número limitado de kilobytes, por exemplo, poderiam reduzir o interesse geral dos usuários e consumidores comuns pelo acesso comercial às obras nos moldes desejados pelos titulares de direito. De maneira relacionada, argumenta-se ainda que o estabelecimento de um critério meramente quantitativo nas exceções *de minimis* (por exemplo, número específico de segundos ou de caracteres) pode resultar em um tratamento discriminatório entre obras, pois as mais curtas seriam proporcionalmente mais utilizadas e afetadas pela comunicação ao público legalmente autorizada do que as mais longas.⁹⁹ Neste sentido, uma exibição de 20 segundos corresponde a 33,3 % de uma obra musical ou audiovisual com duração de 1 minuto, mas a somente 6,6 % de um conteúdo que com duração integral de 5 minutos. Esta diferença pode também gerar diferentes impactos na exploração comercial de cada uma destas obras.

Finalmente, as exceções *de minimis* poderiam ainda ameaçar os legítimos interesses dos titulares em casos de abuso de direito cometidos pelos usuários, os quais poderiam fragmentar uma obra ou suas partes principais em vários trechos de 20 segundos (em caso de obras musicais, sonoras e audiovisuais) ou de 1000 caracteres (em caso de obras escritas) cada e assim disponibilizá-los nas plataformas, o que, a depender do conteúdo e das circunstâncias, também poderia impactar negativamente na sua exploração comercial usual.

Apesar das críticas, é necessário reconhecer que estas exceções sugeridas no Projeto de Lei, a depender das circunstâncias, podem ser relevantes para a promoção do uso socialmente aceito das plataformas digitais e para salvaguardar o direito dos usuários à comunicação ao público de obras protegidas nas hipóteses de permissão legal, uma vez que o filtro de *upload*, ao menos no estado atual da tecnologia, não conseguirá reconhecer com precisão o âmbito de aplicação das exceções normativas e os usuários sem maiores conhecimentos técnicos e jurídicos podem não utilizar devidamente o mecanismo de *pre-flagging* para caracterizar o conteúdo como permitido e, assim, impedir o seu bloqueio ou remoção.

⁹⁹ HILTY et al. *Op. Cit.* Para 43 ss.

Em razão disso, algumas soluções que visam à compartilhar os interesses envolvidos e evitar eventuais problemas dogmáticos têm sido sugeridas na doutrina. Uma delas, que encontra-se atualmente em maior evidência, reconhece que, ainda as exceções *de minimis* venham porventura a ser consideradas compatíveis com o direito europeu, uma grande insegurança jurídica prevaleceria até uma eventual decisão do TJEU, a qual ocorreria somente em alguns anos.¹⁰⁰ Esta insegurança poderia afetar significativamente o comportamento dos agentes de mercado atuantes nesta área e comprometer os objetivos almejados pelo legislador alemão. A partir disso, sugere-se que o uso mínimo apresentado no § 6 não seja introduzido como exceção ou limitação aos direitos de exclusividade referentes à comunicação ao público, mas que representem uma mera presunção relativa da proporcionalidade exigida pelo Projeto de Lei em seu § 1 referente à responsabilidade dos prestadores de serviços.¹⁰¹ Em caso de abuso de direito ou relevante prejuízo para os titulares, esta presunção poderia ser devidamente afastada. Caberia ao legislador ponderar se, para estes fins, o titular poderia utilizar-se dos mecanismos de oposição e demais recursos previstos nos §§ 13 a 18 do Projeto de Lei¹⁰² ou se haveria um mecanismo específico para fazer valer seus direitos nestes casos. Esta razoável proposta é uma das que está em análise pelo Poder Executivo alemão no momento.

Diante do exposto, verifica-se que as exceções *de minimis* têm sido objeto de grandes controvérsias nas esferas jurídica e política, as quais muito provavelmente culminarão em sensíveis alterações da atual versão do Projeto de Lei (*Referentenentwurf*). Em princípio, esta original ideia relacionada à permissão de um uso mínimo da obra pode de fato contribuir ativamente com a persecução dos fins almejados pela regulação sugerida, restando ao legislador alemão, porém, a tarefa de sopesar devidamente os interesses das partes diante da variedade de situações e formas em que

¹⁰⁰ HILTY et al. *Op. Cit.* Para. 48.

¹⁰¹ HILTY et al. *Op. Cit.* Para. 49 ss. e P. 19-20. Vide também GEMA. *Op. Cit.* P. 7 s. Para detalhes sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Projeto de Lei, vide item III.2 acima.

¹⁰² Para detalhes sobre os recursos, vide item II.7 abaixo.

essa permissão pode ser utilizada e de evitar entraves dogmáticos que possam ameaçar a validade da norma ou ao menos a segurança jurídica nesta área.

5 Extensão das Autorizações

Em conformidade com o Art. 17 (2) da Diretiva DSM, o § 9 do Projeto de Lei estabelece que a autorização da comunicação ao público concedida ao prestador de serviços também se estende ao usuário, desde que este não se utilize disso para fins comerciais ou não vise ao auferimento de renda significativa.¹⁰³

Dois aspectos chamam a atenção na redação deste dispositivo legal.

Primeiramente, não se esclarece se a autorização da comunicação ao público ao prestador de serviços deve neste caso ser contratual (ex.: licença) ou se também as exceções legais se estenderiam aos usuários. Esta incerteza, porém, é meramente aparente. Do termo “autorização” pressupõe-se a existência de um ato jurídico, o qual não ocorre por meio de uma mera exceção legal. Assim, a autorização deve ser concedida pelo titular de direitos. Não à toa, a exposição de motivos do Projeto de Lei se refere expressamente à autorização decorrente licença obtida pelo prestador de serviços.¹⁰⁴ Ressalta-se ainda que a extensão das exceções legais aos usuários neste dispositivo seria supérflua, uma vez que as exceções reguladas nos §§ 5 e 6 são gerais e isentam tanto o usuário quanto o prestador de serviços pela comunicação ao público.¹⁰⁵

Em segundo lugar, destaca-se que a extensão da autorização não se estende a hipóteses em que a comunicação ao público ocorre para fins comerciais ou não vise ao auferimento de renda significativa. A utilização da conjunção “ou” ao invés de “e” indica alternatividade, não sendo necessário

¹⁰³ Sobre a necessidade de mecanismos de extensão das autorizações, vide KLIMPEL, Paul; KREUTZER, Till. **Stellungnahme zur Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019**. Creative Commons Germany. 06/09/2019. P. 5-6.

¹⁰⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 149.

¹⁰⁵ Para detalhes sobre as exceções legais sugeridas no Projeto de Lei, vide item III.4 acima.

que ambas as condições sejam preenchidas para que se evite a extensão. Assim, a comunicação ao público da obra com finalidade comercial impede a extensão da autorização ainda que não vise ao auferimento de renda significativa (direta ou indireta) e vice-versa. A redação atual do parágrafo (“finalidade comercial” e “visar ao auferimento de renda significativa”) pode indicar que o aspecto subjetivo do usuário tenha um papel relevante na definição sobre a extensão da autorização. Enquanto este aspecto subjetivo pode ser mais facilmente confirmado, por exemplo, no caso de famosos *YouTubers*, que carregam conteúdo periodicamente e recebem remuneração por tal, sua constatação em caso de usuários ativos que fazem *uploads* esporádicos e *YouTubers* de menor expressão pode ser mais desafiadora.

Além disso, o § 9 prevê ainda, de forma inversa, que autorização concedida ao usuário para a comunicação ao público de uma obra se estende também ao prestador de serviços, o qual, portanto, não será responsabilizado pela comunicação ao público caso esta obra seja carregada em sua plataforma. Curiosamente, esta forma de extensão da autorização não é prevista na redação do Art. 17 da Diretiva DSM, mas consta expressamente no Considerando no. 69 desta Diretiva. Apesar de os Considerandos não serem vinculantes, eles contribuem para a devida interpretação da Diretiva. Em vista desta referência clara e indubitável à possibilidade desta extensão da autorização de maneira inversa, é improvável que esta disposição legal do Projeto de Lei seja tida como incompatível com o direito europeu. De forma geral, ela atribui uma maior segurança jurídica para usuários autorizados que queiram fazer o carregamento do conteúdo autorizado na plataforma e, em regra, impede seu bloqueio, evitando assim o indesejado *overblocking*. A devida consideração dos interesses dos titulares ocorre com o dever de remuneração adequada pela plataforma até mesmo em casos em que o usuário já obteve uma autorização própria e eventualmente onerosa.¹⁰⁶

Também neste caso, a autorização deve ocorrer contratualmente. A restrição da extensão da autorização em virtude da finalidade comercial e do auferimento de renda significativa não se aplica, uma vez que, por de-

¹⁰⁶ O dever de remuneração adequada ao titular nestes casos está previsto no § 7 do Projeto de Lei

finição, os prestadores de serviço para fins do Projeto de Lei e da Diretiva DSM utilizam os conteúdos com finalidade comercial.¹⁰⁷ Entretanto, a exposição de motivos do Projeto de Lei indica que as restrições de utilização constantes no contrato de licença entre o titular e o usuário se estendem às plataformas. Assim, se a licença concedida ao usuário não compreender usos com finalidade comercial, esta não será estendida à plataforma (a qual, repita-se, age com fins comerciais por definição).¹⁰⁸

Este ponto na exposição de motivos é questionável. Do ponto de vista formal, frisa-se que tal restrição à extensão da autorização não está expressamente regulada no Projeto de Lei. Da leitura do § 9 não se depreende claramente que este tipo de restrição é aplicável. Considerando que a exposição de motivos não é vinculante, possuindo somente uma função de orientação à possível aplicação do direito no caso concreto, seria recomendável que esta restrição, caso de fato implementada, fosse devidamente incorporada ao texto legal.

Do ponto de vista material, questiona-se se uma restrição como esta é compatível com o equilíbrio de interesses e respectivos mecanismos implementados no âmbito do Projeto de Lei, principalmente em vista do fato de que a plataforma, não tendo a devida autorização para a comunicação ao público do conteúdo, tem o dever de bloqueá-lo e/ou removê-lo. Assim, em primeiro lugar, não parece justificável que um conteúdo cuja comunicação ao público tenha sido devidamente autorizada pelo titular seja bloqueado ou removido ainda que a sua utilização pelo usuário não possua qualquer finalidade comercial e, portanto, esteja plenamente de acordo com as disposições contratuais. Tal medida contribuiria para o *overblocking* tão indesejado pelos legisladores e autoridades alemãs.

Em segundo lugar, esta restrição apresenta inconsistências com o mecanismos de caracterização de conteúdo como permitido (*pre-flagging*).¹⁰⁹ Uma vez autorizado contratualmente, o usuário poderia carac-

¹⁰⁷ Vide item III.1 acima.

¹⁰⁸ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 149.

¹⁰⁹ Vide detalhes no item III.6 abaixo.

terizar o conteúdo como permitido caso a comunicação ao público na plataforma não possua finalidade comercial. Neste caso, a plataforma não poderia bloquear e tampouco remover o conteúdo (§§ 8, 10 e 11). Entretanto, não se estendendo a autorização à plataforma, ela será responsabilizada pela comunicação ao público. Assim, a plataforma estará violando o direito do respectivo titular sem entretanto poder cessar esta infração por meio de bloqueio ou remoção, uma vez que o usuário tem o direito assegurado mediante a devida utilização do mecanismo de *pre-flagging*. Esta situação contraditória poderia levar à conclusão de que a plataforma teria somente o dever de indenizar o titular, uma vez que o direito de exclusividade não poderia ser devidamente executado pelo titular em face da plataforma.

Em terceiro lugar, e de maneira relacionada, vale ressaltar que o Projeto de Lei já atribui o dever de remuneração adequada ao titular pela plataforma no caso de comunicação ao público de conteúdo protegido mesmo nas hipóteses em que o usuário já tenha uma autorização para o compartilhamento do conteúdo (§ 7)¹¹⁰, de forma que os interesses do respectivo titular de direitos já se encontram devidamente assegurados. O dever de remuneração adequada, neste caso, é sistematicamente mais plausível do que o cenário acima previsto, em que a plataforma viola direitos autorais e conexos, porém não pode bloqueá-los e/ou removê-los em decorrência dos direitos dos usuários e tem, assim, que indenizar os titulares pelas perdas e danos ocorridas.

Em vista do sistema e dos mecanismos implementados no próprio Projeto de Lei, cabe aos elaboradores refletir sobre a verdadeira necessidade de se mencionar a restrição da extensão da autorização em análise na exposição de motivos.

Em suma, pode-se afirmar que, com exceção da mencionada restrição na exposição de motivos, a extensão recíproca da autorização para a comunicação ao público entre usuários e prestadores de serviço é benéfica em vista da segurança jurídica, do combate ao *overblocking* e do equilíbrio geral de interesses almejado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

¹¹⁰ Vide item III.3.d acima.

6 Caracterização de Conteúdo como Permitido (Pre-Flagging)

Um dos instrumentos mais originais do Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo alemão até o momento é o denominado *pre-flagging*, que consiste na caracterização de conteúdo como permitido pelo *uploader*.¹¹¹

De acordo com o § 8, em caso de carregamento pelo usuário de obra cujo bloqueio foi solicitado pelo titular de direito, o prestador de serviço deve:

- (i) informar o usuário sobre a solicitação de bloqueio,
- (ii) informar o usuário sobre a necessidade de obtenção do direito de uso perante o titular ou de permissão legal de uso de acordo com as exceções legais já mencionadas e
- (iii) dar ao usuário a possibilidade de caracterizar o uso como legal ou contratualmente permitido.

Caso o conteúdo seja caracterizado como permitido pelo usuário, o prestador de serviços deverá permitir o acesso a este conteúdo em sua plataforma e não poderá bloqueá-lo ou removê-lo, exceto se tal caracterização for evidentemente falsa. De maneira complementar, o § 16 do Projeto de Lei garante que a plataforma não será responsabilizada pela comunicação ao público em caso de caracterização do conteúdo como permitido, salvo se tal caracterização for evidentemente falsa.¹¹² Por fim, sendo o conteúdo carregado na plataforma e estando assim disponível para a comunicação ao público, o titular de direitos deve ser informado imediatamente.

A finalidade precípua deste instrumento é a proteção dos direitos dos usuários ativos e passivos contra o bloqueio de conteúdo pelos filtros de *upload* em casos de exceções legais de difícil reconhecimento por um mecanismo automatizado (ex.: paródia e pastiche) ou de existência de acordos contratuais firmados entre o usuário ativo que carrega o vi-

¹¹¹ Embora original sob uma perspectiva política, o mecanismo de *pre-flagging* já era debatido na doutrina antes da publicação do Projeto de Lei, como se verifica em HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1227 s.

¹¹² Para detalhes e discussão sobre o § 16, vide item III.7 abaixo.

deo (*uploader*) e o titular de direitos que não sejam de conhecimento do prestador de serviços. Assim, busca-se evitar o *overblocking* e salvaguardar devidamente a liberdade de expressão e o direito à informação nas hipóteses em que o carregamento e comunicação ao público do conteúdo seja juridicamente permitida.

Apesar disso, este parágrafo é bastante controverso e foi objeto de significativas discussões e alterações desde sua primeira versão (*Diskussionsentwurf*).

Em primeiro lugar, há de se destacar que, na primeira versão, os deveres enumerados se aplicavam ao prestador de serviço em toda e qualquer hipótese de carregamento de conteúdo, não somente em caso de carregamento de obra “cujo bloqueio foi solicitado pelo titular de direito”. Ainda que, à primeira vista, este complemento possa parecer pertinente, uma vez que a caracterização é supérflua caso não exista o risco de bloqueio da obra, ele deixa incertezas nos casos em que a solicitação de bloqueio e de remoção de conteúdo seja feita pelo titular em um momento superveniente ao carregamento pelo usuário. Para estas hipóteses, o Projeto não indica expressamente o dever da plataforma de possibilitar ao usuário a caracterização de conteúdo em momento posterior ao carregamento do conteúdo. Caso isso não seja feito, é possível que conteúdos legal ou contratualmente permitidos sejam removidos ou bloqueados. Cabe ao legislador alemão trazer maior clareza neste ponto, seja atribuindo os deveres da plataforma a todo e qualquer caso de carregamento de conteúdo, seja incluindo o dever de possibilitar a sua caracterização quando a solicitação de bloqueio e conteúdo for superveniente.

Em segundo lugar, destaca-se que o primeiro dever atribuído ao prestador de serviço, ou seja, o de informar o usuário sobre a solicitação de bloqueio, foi incluído somente na nova versão do Projeto. A princípio, esta inclusão tem seu fundamento no fato de que, na versão anterior, conforme discutido acima, as informações e possibilidades deveriam ser concedidas pelo prestador de serviços em todos os casos, e não somente naqueles em que houvesse uma solicitação de bloqueio pelo titular, de forma que esta determinação careceria de sentido.

Além disso, verifica-se que o segundo dever estatuído na norma, o de informar o usuário sobre a necessidade de obtenção do direito contratual de uso perante o titular ou de permissão legal de uso de acordo com as exceções legais já mencionadas, já constava de maneira semelhante na primeira versão do Projeto, porém em ordem inversa: o prestador de serviços deveria informar o usuário sobre as permissões legais estabelecidas na lei e sobre a necessidade de direitos contratuais de uso, caso estas não fossem aplicáveis.

Observadas isoladamente, estas adaptações na nova versão parecem adequadas e não representam um risco ao equilíbrio almejado pelos elaboradores do Projeto. Entretanto, tratadas em conjunto, podem reforçar um temor que os defensores dos direitos dos usuários já tinham com relação a esse mecanismo, a saber, que ele não seja devidamente utilizado pelos usuários interessados. De fato, o grau de complexidade jurídica da comunicação ao público de conteúdos em plataformas de compartilhamento *online* é capaz de causar insegurança tal ao usuário leigo menos informado que ele opte por não carregar o conteúdo desejado, ainda que pudesse fazê-lo de maneira lícita.¹¹³ O usuário que, ao fazer o *upload* de um arquivo, se depara com uma mensagem que informe primeiramente sobre a existência de uma solicitação de bloqueio e, em seguida, sobre a obrigação de obtenção de direito contratual de uso do conteúdo, pode ter a impressão de que está violando direitos autorais, ainda que o compartilhamento e a comunicação ao público do conteúdo sejam, por exemplo, objetos de uma exceção legal.

É bem verdade que o § 8 não determina expressamente que as informações devam ser fornecidas exatamente na sequência apresentada na lei, mas é possível que possa influenciar os termos elaborados pelos prestadores de serviço. Além disso, o próprio fato de estas informações constarem na mensagem podem, independentemente da ordem, afetar a devida utilização do *pre-flagging* pelos usuários. Entretanto, há de se ponderar também os direitos e interesses dos titulares envolvidos, de forma que uma formulação não pode ser sucinta a tal ponto que o usuário seja

¹¹³ Reda. *Part 1. Op. Cit.*

incentivado a fazer ou ao menos colocado em uma posição de indiferença ao fazer um *upload* indevido de um conteúdo não-autorizado e não coberto pelas exceções legais. Estes aspectos devem ser devidamente considerados pelo legislador ao adotar a redação final deste parágrafo.

Em terceiro lugar, o conceito de caracterização “evidentemente falsa” de um conteúdo é bastante aberto e de difícil delimitação. Cientes disso, os elaboradores do Projeto de Lei incluíram em seu § 12 a presunção de que a caracterização como permitida de um conteúdo que coincide em ao menos 90% com as informações sobre a obra disponibilizadas pelo titular é evidentemente falsa quando ancorada na aplicação de exceções legais. Neste caso, a remoção e o bloqueio do conteúdo devem ser realizados e o usuário devidamente informado sobre tais procedimentos. O referido parágrafo determina expressamente que esta presunção não se aplica a imagens e fotografias. Sob o ponto de vista sistemático, esta ressalva é pertinente, uma vez que a exceção de uso mínimo no caso de fotografias, imagens e gráficos toma como base a sua qualidade (max. 250 kilobytes), e não o percentual do conteúdo utilizado. A comunicação ao público de apenas 90% de uma imagem ou fotografia pode ser insuficiente para o seu efetivo uso em vista da finalidade a ser atingida.

Esta disposição legal não revela se esta presunção é absoluta ou relativa, podendo neste último caso ser revertida por meio de recursos internos da plataforma, arbitragem ou ações judiciais.¹¹⁴ O fato de a definição ter um caráter exemplificativo e apresentar uma base quantitativa fixa e alta o suficiente para ser considerada justa para o usuário (90%) pode indicar que se trata de uma presunção absoluta, sem prejuízo do fato de que uma coincidência de conteúdos em percentual inferior também possa ser considerada evidentemente falsa a depender do caso concreto. Também neste caso, a real delimitação deste conceito dependeria da prática das plataformas e, em último caso, da interpretação do Judiciário em casos específicos.

Em suma, o mecanismo do *pre-flagging* é inovador e relevante, mas encontra resistência tanto por parte dos titulares de direito, que nele vêem uma possibilidade de utilização indevida dos conteúdos, quanto

¹¹⁴ Para detalhes sobre os recursos, vide item III.7 abaixo.

para os defensores dos direitos dos usuários, que vêem óbices para a sua devida utilização pelos usuários não-familiarizados com este complexo sistema de responsabilização. Por parte das plataformas digitais, também há dúvidas sobre a viabilidade de notificações, decisões e demais procedimentos na celeridade exigida pelo Projeto de Lei.¹¹⁵ O desafio para o legislador nesta área é enorme e é provável que este parágrafo ainda sofra grandes modificações até a sua aprovação final. De qualquer forma, a utilização de instrumentos complementares podem efetivamente contribuir com a garantia do almejado equilíbrio de interesses independentemente das sutilezas na regulação do *pre-flagging*. A garantia de um procedimento de oposição célere no âmbito interno da plataforma, com a finalização em até uma semana¹¹⁶, pode efetivamente atender aos interesses dos titulares em caso de caracterização errônea do conteúdo como permitido, enquanto a difusão das informações sobre o correto campo de aplicação do de *pre-flagging* para os usuários e a introdução das exceções (ou ao menos a presunção) de uso mínimo para evitar o filtro de *upload*¹¹⁷ podem ser suficientes evitar o indesejado *overblocking*, salvaguardando assim os direitos dos usuários também na prática.

7 Recursos

Ancorados no Art. 17 (9) da Diretiva DSM, os §§ 13 a 18 do Projeto de Lei determinam os mecanismos específicos de reclamação e recursos em caso de litígios decorrentes da aplicação dos dispositivos legais ali regulados. Sem prejuízo do direito de acesso à justiça (§ 13 IV), usuários e titulares de direitos autorais, se assim desejarem, podem utilizar-se do mecanismo de oposição interna no âmbito da plataforma ou recorrer a procedimentos arbitrais para a resolução de conflitos.

De acordo com o § 14, os prestadores de serviço devem oferecer aos usuários e titulares de direito um efetivo, gratuito e célere mecanis-

¹¹⁵ STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 12 s; Facebook Ireland Ltd. *Op. Cit.* P. 2 ss.

¹¹⁶ Vide item III.7 abaixo.

¹¹⁷ Sobre as exceções *de minimis*, vide item III.4 acima.

mo de oposição interna em casos de bloqueio, remoção ou comunicação ao público de conteúdos. A participação dos usuários e/ou titulares no procedimento é meramente facultativa. Se o mecanismo for utilizado, as oposições devem ser devidamente fundamentadas. As decisões do órgão interno responsável deverão ser tomadas por uma pessoa natural e neutra, excluindo-se assim a possibilidade de tomadas de decisões por mecanismos automatizados ou por pessoas que estejam de alguma forma vinculadas às partes envolvidas. Os prestadores de serviço devem assegurar que todas as partes envolvidas na contenda sejam imediatamente notificadas e tenham a possibilidade de se manifestar no processo. A decisão do órgão interno responsável deve ser tomada em até uma semana após a apresentação da oposição.

Caso seja de seu interesse, os prestadores de serviço poderão delegar o procedimento de oposição acima descrito um órgão externo, ou seja, não vinculado à plataforma, desde que este órgão seja devidamente reconhecido pelo Serviço Federal de Justiça (*Bundesamt für Justiz*) em acordo com o Escritório Alemão de Marcas e Patentes (*Deutsches Patent- und Markenamt*) e desde que sejam cumpridos os requisitos legais específicos aplicados a entidades de auto-regulação (§ 15). Neste caso, as disposições referentes ao procedimento de oposição aplicáveis ao órgão interno da plataforma (§ 14 – acima descrito) se estendem ao órgão externo ao qual o procedimento foi delegado.

Curiosamente, o § 16 do Projeto de Lei, inserido na seção de recursos, trata de uma definição de direito material cujos contornos é incidentalmente afetado pelo resultado do procedimento de oposição. Caso o usuário caracterize o conteúdo como permitido e essa caracterização não seja evidentemente falsa (*pre-flagging*), a plataforma não será responsabilizada pela comunicação ao público do conteúdo. No entanto, a ausência de responsabilização, sob a perspectiva temporal, cessa se o procedimento de oposição resultar favorável ao titular do direito ou se o prazo de uma semana para a decisão do órgão responsável não for cumprido. Assim, a partir da ocorrência de uma destas hipóteses (finalização do procedimento ou decurso do prazo), a plataforma volta a ser responsável pela comunicação ao público não-autorizada do conteúdo. Diferentemente da primeira versão do Projeto de Lei (*Diskussionsentwurf*), a versão atual

(*Referentenentwurf*) garante ao titular ainda o direito a uma remuneração adequada pelo período total de comunicação ao público da obra protegida caso a caracterização do conteúdo como permitido seja posteriormente reconhecida como incorreta.

O Projeto de Lei não esclarece se da responsabilização da plataforma após o decurso do prazo de uma semana sem a decisão no procedimento de oposição decorre o dever de remoção e bloqueio do conteúdo ou somente um dever de compensação patrimonial pela comunicação ao público do conteúdo. Por um lado, conforme já observado, a leitura dos §§ 8 e 12 do Projeto de Lei indica que o conteúdo marcado como permitido pelo usuário deve ser comunicado ao público pela plataforma e, salvo nos casos em que a caracterização seja evidentemente falsa, não pode ser removido e tampouco bloqueado. Embora a remoção e o bloqueio sejam possíveis em caso de procedência da oposição movida pelo titular de direito, não há qualquer indicação sobre esta possibilidade em caso de ausência de decisão da oposição por parte do prestador de serviços. Por outro lado, ao atribuir a responsabilidade ao prestador de serviços pela comunicação ao público em caso de não-cumprimento do prazo, o Projeto de Lei também não faz qualquer referência à possibilidade de restrição dos direitos de exclusividade do titular e de consideração meramente da pretensão indenizatória.

De forma geral, a restrição da pretensão do titular a um dever de compensação neste caso específico parece ser mais cabível. Caso contrário, uma vez responsável pela comunicação ao público, a plataforma tenderia a remover o conteúdo e bloquear novas tentativas de carregamento do mesmo conteúdo pelo usuário, de forma que o ônus pelo não-cumprimento do prazo pela plataforma recairia sobre o usuário. A preferência da atribuição de risco ao usuário ao invés do titular por uma falha da plataforma não parece refletir o equilíbrio almejado pela sistemática do Projeto de Lei. Como informado, o mecanismo de *pre-flagging* foi pensado principalmente para proteger os interesses dos usuários contra a ação dos filtros de *upload* em casos de exceções legais de difícil reconhecimento por um mecanismo automatizado (ex.: paródia e pastiche) ou de existência de acordos contratuais diretamente firmados entre o usuário e o titular de

direitos. Esta proteção já encontra seus devidos limites nos casos em que a caracterização do conteúdo como permitido seja evidentemente falsa e nos casos de abuso de direito.¹¹⁸ Considerando o reduzido ímpeto da maior parte dos usuários ativos para o ajuizamento de uma ação judicial e o reduzido poder de barganha dos usuários perante as plataformas na maior parte dos casos, a limitação de seus direitos também na hipótese de indevida demora dos prestadores em finalizar o procedimento de oposição poderia minar significativamente a função desta ferramenta, cujo objetivo é justamente protegê-los.

Além disso, há de se considerar que um usuário ativo assíduo, como um *YouTuber*, que faz uso permitido do conteúdo, poderia sofrer significantes perdas financeiras e de reputação no caso de remoção e bloqueio de conteúdo decorrentes da falha da plataforma, ainda que o recarregamento do conteúdo fosse permitido após alguns dias ou semanas em virtude da improcedência da oposição. O prejuízo para ele, portanto, seria potencialmente maior do que aquele causado ao titular que tivesse o seu conteúdo indevidamente comunicado ao público e só pudesse contar com a remoção e bloqueio do conteúdo após uma decisão favorável tardia no procedimento de oposição, principalmente se o titular tivesse um direito de indenização ou devida compensação neste caso. Há de se ressaltar ainda que, conforme informado acima, o titular tem direito à devida remuneração pelo período total de comunicação ao público caso a caracterização do conteúdo como permitido seja posteriormente considerada incorreta. Seria coerente, portanto, se este direito de remuneração pudesse se estender ao período entre o decurso do prazo legal e a decisão tardia da oposição, o qual tendencialmente não seria tão longo.

Assim, a oneração do titular de direito, decorrente do fato de o conteúdo caracterizado como permitido permanecer sendo comunicado ao público, associada com um dever objetivo de indenização da plataforma ao titular em caso de não-cumprimento do prazo legal, seria mais adequada em vista da função do *pre-flagging*, vinculada à garantia do direito à informação e da liberdade de expressão.

¹¹⁸ Vide item III.8 abaixo.

Para além da possibilidade de recurso no âmbito interno da plataforma, o Projeto de Lei prevê ainda a possibilidade de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos relacionados à remoção, bloqueio e comunicação ao público de conteúdos bem como ao dever de informação da plataforma ao titular de direitos sobre o uso de seu repertório licenciado.¹¹⁹ Enquanto o § 17 indica a possibilidade de arbitragem a ser realizada por um tribunal arbitral devidamente reconhecido pelo Serviço Federal de Justiça em acordo com o Escritório Alemão de Marcas e Patentes, o § 18 trata da possibilidade de a arbitragem ser feita por um órgão da administração pública devidamente constituído para tal pelas mesmas entidades mencionadas, o qual somente seria competente caso não houvesse nenhum tribunal arbitral privado devidamente reconhecido à disposição.

O § 13 do Projeto de Lei garante que, no procedimento de oposição interno da plataforma – ou externo, em caso de delegação –, a participação de usuários e titulares de direito é facultativa, sendo obrigatória somente para os prestadores de serviço, enquanto a participação no procedimento arbitral é facultativa para todos os envolvidos, sejam eles usuários, titulares ou plataformas. Considerando que, de acordo com a versão atual, todas as normas do Projeto de Lei seriam cogentes (§ 23),¹²⁰ é possível dizer que este caráter facultativo não poderia ser contornado por obrigações contratuais como, por exemplo, pelos termos de uso e condições das plataformas. Este ponto é especialmente importante, pois usuários e titulares com menor poder aquisitivo poderiam ser impelidos a prescindir de suas pretensões legítimas em virtude dos altos custos do procedimento arbitral, o qual, diferentemente do procedimento de oposição, não é gratuito. De fato, os benefícios da arbitragem, em regra, podem ser melhor aproveitados em caso de litígios envolvendo plataformas e grandes titulares de direito ou seus representantes, como as entidades de gestão coletiva, os quais dispõem potencialmente mais recursos para tal procedimento.

¹¹⁹ Sobre o dever de informação das plataformas, vide item III.3.e acima.

¹²⁰ Vide item III.9 abaixo.

8 Abuso de Direitos

O Projeto de Lei alemão prevê ainda em seu § 19 consequências em casos de abuso de direitos pelas partes envolvidas.¹²¹ Este dispositivo não encontra correspondente na Diretiva DSM.¹²²

Um suposto titular de direito que realize repetidos pedidos de bloqueio ou remoção de conteúdos de terceiro ou em domínio público (ou seja, cuja titularidade não seja de fato do requerente) deve ter as suas solicitações interrompidas pela plataforma por um período razoável.

Caso a solicitação indevida de bloqueio ou remoção de conteúdo seja intencional ou feita sem o devido dever de diligência, caberá indenização ao prestador de serviços e aos usuários afetados. Há de se esclarecer que, neste caso, diferentemente das hipóteses de aplicação da penalidade de interrupção das solicitações por um período razoável, o dever de indenização surge em qualquer caso de solicitação indevida, ainda que única, não sendo necessários *repetidos* pedidos indevidos de bloqueio ou remoção.

A título de curiosidade, destaca-se que os requisitos subjetivos para o dever de indenização (intenção ou negligência) não constavam na versão inicial do Projeto de Lei (*Diskussionsentwurf*) de junho de 2020, tendo sido incluídas somente na *Referentenentwurf* publicada oficialmente em outubro. Em que medida uma solicitação indevida de bloqueio ou remoção ocorre sem intenção ou negligência por parte do suposto titular é todavia discutível. Uma hipótese que se poderia cogitar é a alegação de incerteza sobre o objeto de uma exceção legal a direitos de exclusividade, tal como o pastiche. Se esta dúvida basta para a exclusão do dever de indenização apesar de possíveis danos causados à plataforma e aos usuários, o Judiciário teria que decidir no caso concreto.

O § 19 não regula somente casos de abuso de direito cometidos por supostos titulares. Caso um usuário, utilizando-se do mecanismo de *pre-*

¹²¹ Sobre a necessidade de mecanismos de combate ao abuso de direitos, vide KLIMPEL; KREUTZER. *Op Cit.* P. 4-5.

¹²² Embora original para fins de implementação, as hipóteses e consequências jurídicas do abuso de direito já eram discutidas na doutrina antes da publicação do Projeto de Lei, como se verifica em HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1228.

-flagging, caracterize incorretamente os conteúdos como permitidos por repetidas vezes, a plataforma deverá impedi-lo de utilizar esta ferramenta de caracterização de uso permitido por um período razoável.

Além disso, caso o prestador de serviços realize repetidos bloqueios ou remoções de conteúdos permitidos, uma entidade devidamente qualificada para a representação de interesses coletivos pode ajuizar uma ação inibitória de natureza coletiva para evitar futuros bloqueios e remoções de conteúdo.

Uma situação curiosa ocorreria se a plataforma, em virtude de ordem judicial decorrente desta última hipótese de abuso, deixasse de bloquear ou remover um conteúdo não-permitido (ou seja, de titularidade do requerente, não-autorizado e não-abrangido por qualquer exceção legal) após solicitação do titular. Neste caso, o titular poderia alegar que a plataforma realizou indevidamente a comunicação ao público do conteúdo, ao que a plataforma se defenderia alegando que não poderia agir em desacordo com a ordem judicial, a qual porém somente foi tomada em virtude de conduta indevida do próprio prestador de serviços (repetidos bloqueios ou remoção de conteúdos permitidos). Resta saber como os tribunais se posicionariam nestes casos.

Por fim, observa-se que os termos “repetidos pedidos de bloqueio e remoção”, “repetidos bloqueios ou remoções” e “período razoável” são abertos e também serão mais concretamente definidos de acordo com as práticas das plataformas e eventuais decisões judiciais a respeito.

9 Indisponibilidade dos Direitos

O § 23 do Projeto de Lei garante que as supramencionadas normas são cogentes e não podem ser modificadas por vias contratuais. A restrição da autonomia das partes neste caso é justificada pelo sensível equilíbrio entre os interesses dos autores, das plataformas e dos usuários almejado pelo legislador alemão.

Esta norma garante aos usuários, por exemplo, que os mecanismos de *pre-flagging* (§ 8) e as exceções ao direito de exclusividade (§§ 5

e 6) não serão restringidos pelos termos de uso das plataformas. Ainda que as plataformas, a princípio, não tenham um interesse justificável em restrições deste tipo, estas poderiam, por exemplo, ser aplicadas em virtude do contrato de licença de uso firmado com titulares de direitos que tenham um maior poder de barganha (ex.: sociedades de gestão coletiva), os quais poderiam impor às plataformas condições que culminassem com a redução do direito dos usuários. Além disso, esta indisponibilidade pode proteger também os titulares de direitos autorais e conexos, uma vez que o direito à remuneração adequada no caso de aplicação de determinadas exceções legais, por exemplo, não poderá ser excluído contratualmente.¹²³

IV CONCLUSÃO

O Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo da Alemanha para a implementação do Art. 17 da Diretiva DSM merece devido reconhecimento por de fato buscar o devido equilíbrio entre direitos e deveres entre usuários, titulares de direitos e prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online*. Para além da teoria e de ferramentas jurídicas já previstas no direito alemão e europeu, ele prevê mecanismos originais e inovadores para resguardar este balanço.

Do ponto de vista técnico, determinados conceitos abertos poderão causar dúvidas e insegurança jurídica até a sua delimitação pela prática contratual e, principalmente, pela jurisprudência. Embora a utilização deste tipo de conceitos seja comum e até mesmo inevitável no âmbito normativo abstrato, o legislador ainda tem a chance de verificar em que medida um maior detalhamento das novas regras poderia ser útil ao mercado e às diferentes partes interessadas.

Originais e especialmente controversos são o dever de remuneração nos casos de aplicação das exceções legais, o mecanismo de caracterização de conteúdo como permitido pelo usuário (*pre-flagging*) e as exceções de

¹²³ Representantes das plataformas digitais, porém, pleiteiam a exclusão para que se garanta devidamente a liberdade contratual. Para tal, vide Steinbrecher. *Op. Cit.* P. 3; Facebook Ireland Ltd. *Op. Cit.* P. 2 ss.

minimis ao direito de exclusividade em caso de comunicação ao público de trechos reduzidos das obras. Por seus reflexos diretos nos contornos e no exercício dos direitos materiais atribuídos às partes envolvidas e, conseqüentemente, por sua relevância social e econômica, eles têm sido objeto de diversas análises críticas tanto na esfera política quanto na doutrina. Apesar disso, estes instrumentos oferecem uma oportunidade para que se atinja o delicado equilíbrio de interesses almejado neste campo. Esta oportunidade será melhor aproveitada se cada instrumento for considerado não somente em seu escopo teleológico individual, mas sim em vista de todo o sistema jurídico estabelecido pelo Projeto de Lei e com a devida reflexão sobre os incentivos proporcionados e as condutas prováveis a serem adotadas na prática pelas partes envolvidas.

Em especial com relação às exceções *de minimis*, uma maior certeza sobre a sua compatibilidade com o direito europeu é de fundamental importância, de forma que a eventual transposição de sua categoria dogmática para uma (mera) presunção relativa de proporcionalidade pode ser considerada. No caso do mecanismo de *pre-flagging*, caso realmente conste na versão oficial da lei aprovada pelo legislativo, as autoridades alemãs deveriam considerar também mecanismos de informação aos usuários para a sua devida utilização, dirimindo assim dúvidas que possam inibi-los de exercer os seus direitos e evitando o *overblocking* de conteúdos.

De forma geral, espera-se que a versão atual do Projeto de Lei sofra sensíveis modificações até a entrada em vigor das leis de implementação da Diretiva DSM. Tanto a consideração do quadro jurídico atualmente sugerido quanto a análise dos próximos passos legislativos serão importantes para o estudo da regulação das plataformas digitais na área de direitos autorais, o qual, pela atualidade e relevância do tema, continuará em voga nos âmbitos político, jurídico e acadêmico ao longo dos próximos anos.

REFERÊNCIAS

EGGERT, Moritz; WEIGAND, Ralf. **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Bin-**

nenmarkts vom 13.10.2020. Deutscher Komponistenverband (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_Komponistenverband_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-6.

FACEBOOK Ireland Ltd. **Stellungnahme von Facebook Ireland Limited zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, UrhDaG-E) – Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom Oktober 2020.** Facebook (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_facebook_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-25.

GEMA. **Stellungnahme der GEMA v. 6.11.2020 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes.** GEMA (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_GEMA_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-11.

HILTY, Reto M.; KAISER, Ansgar; MOSCON, Valentina; RICHTER, Heiko; STUMPF, Aaron; SUTTERER, Moritz. **Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 2. September 2020.** Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_UrhDaG_Referentenentwurf_MPI.pdf (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-20.

HOFMANN, Franz. **Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL.** GRUR 2019. P. 1219-1229.

HOLZNAGEL, Bernd. **Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL.** ZUM 2020, P. 1-6.

HUSOVEC, Martin; QUINTAIS, João Pedro. **How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms.** SSRN (*online*). Data de Publicação: 14/10/2019. Data da

PATALONG, Frank. „KaZaA ist wie eine Knarre am Kopf“. Spiegel Online. Data de Publicação: 10/12/2004. Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/prozess-hintergruende-kazaa-ist-wie-eine-knarre-am-kopf-a-332135.html> (último acesso em 21 jan. 2021).

PETERS, Nils; SCHMIDT, Jan Hendrik. **Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde**. GRUR Int 2019. P. 1006-1016.

Positionspaper der Urheberrechtswissenschaft (*online*). **Zitate und Parodien müssen vergütungsfrei bleiben!**. Dezembro/2020. Disponível em: <https://www.zar.kit.edu/downloads/News/Positionspapier%20der%20Urheberrechtswissens.pdf> (último acesso em 21 jan. 2021).

REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 1**. Kluwer Copyright Blog (*online*). Data de Publicação: 09/07/2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/09/in-copyright-reform-germany-wants-to-avoid-over-blocking-not-rule-out-upload-filters-part-1/> (último acesso em 21 jan. 2021).

REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 2**. Kluwer Copyright Blog (*online*). Data de Publicação: 10/07/2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/10/in-copyright-reform-germany-wants-to-avoid-over-blocking-not-rule-out-upload-filters-part-2/> (último acesso em 21 jan. 2021).

REUTER, Markus. **Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte**. Netzpolitik.org. Data de Publicação: 23/03/2019. Disponível em: <https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/> (último acesso em 21 jan. 2021).

ROSATI, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**. Vol. 15 N° 11. Novembro/2020. P. 874–878.

SCHMID, Gregor; BARUDI, Malek. **Implementierung der DSM-Urheberrechts-Richtlinie**. TaylorWessing (*online*). Data de Publicação: 09/07/2020. Disponível em: <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2020/07/implementierung-der-dsm-urheberrechts-richtlinie> (último acesso em 21 jan. 2021).

STEINBRECHER, Judith. **Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes – Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Bitkom (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnah>

men/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_Bitkom_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-17.

STIEPER, Malte. **Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM RL in deutsches Recht (Teil 1) – Brauchen wir eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches?**. GRUR 2020. P. 699-708.

STUETZLE, Christiane; ERNST, Patricia C. **EU Copyright Directive – Quo Vadis: First Steps Towards its German Implementation**. Morrison Foerster (*online*). Data de Publicação: 01/10/2020. Disponível em: <https://www.mofo.com/resources/insights/201001-eu-copyright-directive.html> (último acesso em 21 jan. 2021).

WÜRTENBERGER, Gert; FREISCHEM, Stephan. **Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zum RefE des DSM-Umsetzungsgesetzes**. GRUR-Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_GRUR_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-10.

Recebido: 21/01/2021

Aprovado: 06/03/2021