



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO GUILHERME NUNES SILVEIRA

**A DOUTRINA DO *FAIR USE* E SUAS IMPLICAÇÕES NA CRIAÇÃO DE
CONTEÚDO POR INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Porto Alegre

2022

João Guilherme Nunes Silveira

**A DOUTRINA DO *FAIR USE* E SUAS IMPLICAÇÕES NA CRIAÇÃO DE
CONTEÚDO POR INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Trabalho de conclusão de Curso de Direito
apresentado à Faculdade de Direito da
Fundação Escola Superior do Ministério
Público, como requisito parcial para obtenção
de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier

Porto Alegre

2022

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DIRETORIA

Gilberto Thums – Diretor da Faculdade

Mauro Luiz Silva de Souza – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Nunes Silveira, João Guilherme

A doutrina do fair use e suas implicações na criação de conteúdo por influenciadores digitais / João Guilherme Nunes Silveira. -- Porto Alegre 2022.

50 f.

Orientadora: José Tadeu Neves Xavier.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Curso de Direito - Bacharelado, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Influenciador Digital. 2. Fair Use. 3. Lei de Direitos Autorais. 4. Direito Digital. 5. Conteúdo Criativo. I. Neves Xavier, José Tadeu, orient. II. Título.

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre - RS- CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

e-mail:fmp@fmp.com.br

home-page:www.fmp.edu.br

JOÃO GUILHERME NUNES SILVEIRA

**A DOCTRINA DO *FAIR USE* E SUAS IMPLICAÇÕES NA CRIAÇÃO DE
CONTEÚDO POR INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção de título de
Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito
da Fundação Escola Superior do Ministério
Público.

Aprovado em ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier (Orientador)

Prof. Avaliador 1

Prof. Avaliador 2

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal explorar a doutrina norte-americana do *fair use*, dentro do contexto de influenciadores digitais e a criação de conteúdo criativo nas redes sociais, buscando apontar exemplos de práticas comuns exercidas no ambiente da internet e verificar como a Lei Autoral Brasileira lida com estes casos, indicando em contrapartida como seriam vistos à luz da doutrina do *fair use*. Nesta linha, a pesquisa tem como problema questionar se o influenciador digital encontra-se injustamente limitado, no que toca ao tipo de material criativo que pode produzir, pela demasiada restritividade da Lei de Direitos Autorais e se este poderia se beneficiar da aplicação da doutrina do *fair use*. Para tanto, o presente trabalho consistiu em pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa, método hipotético-dedutivo e técnicas de revisão bibliográfica e análise de documentos na forma de legislações, acórdãos, vídeos e fonogramas. Verificou-se que a doutrina do *fair use* é mais adequada para lidar com o contexto social atual, sendo mais permissiva quanto ao uso de materiais protegidos, quando este tiver função produtiva como a crítica, comentário, veiculação de notícia, ou estudo. E os indivíduos mais beneficiados por esta flexibilidade são os influenciadores, cuja função é justamente exercer a crítica e o comentário, propagando suas opiniões a respeito de produtos, hobbies, obras literárias ou audiovisuais, pessoas públicas, empresas, fatos e notícias, que são capazes de permear as mentes de seus seguidores, tornando-o uma ferramenta essencial para o mercado publicitário, que por sua parte é essencial para o modelo econômico capitalista, e que cada vez mais depende de meios não tradicionais de comunicação para atingir a camada de consumidores mais jovens.

Palavras-chave: influenciador digital; *fair use*; Lei de Direitos Autorais.

ABSTRACT

The present study has the main objective of exploring the North American fair use doctrine, within the context of digital influencers and the production of creative content on social media, seeking to point out examples of commonplace practices in the web environment and check how Brazilian copyright law deals with these cases, while denoting in counterpart how they would be seen under the fair use doctrine's spotlight. On that note, this paper raises as its research question, whether the digital influencer is unfairly limited, when it comes to what type of creative material they can produce, due to the severe restrictiveness of the Author's rights law ("*Lei de Direitos Autorais*") and if they could benefit from the application of the fair use doctrine. For that, this paper consisted of descriptive research, with a qualitative approach, hypothetical-deductive method, and bibliographic revision and documental analysis techniques in the form of legislation, jurisprudence, videos and phonograms. It was found that the fair use doctrine is much more adequate to deal with the present social context, being more permissive with the use of copyrighted material, when it has a productive goal such as criticism, comment, news reporting or research. And the individuals most benefited by it are influencers, that have just that role of providing criticism and comment, propagating their opinions about products, hobbies, literary or audiovisual works, public figures, companies, facts and news, which are capable of permeating the minds of their followers, making them an essential tool for the advertising industry, which in turn is essential to our economic model, and that depends ever more on non traditional media to reach the younger consumer demographic.

Keywords: digital Influencer; Fair Use; *Lei de Direitos Autorais*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	2
2 A DOCTRINA DO <i>FAIR USE</i> CONSOLIDADA PELO DIREITO NORTE-AMERICANO	5
2.1 SONY CORP. OF AMERICA VS. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC.	6
2.2 HARPER & ROW VS. NATION ENTERPRISES	9
2.3 CAMPBELL V. ACUFF-ROSE MUSIC, INC.	13
3 A FIGURA ESSENCIAL DO INFLUENCIADOR DIGITAL (INFLUENCER) NO MERCADO PUBLICITÁRIO CONTEMPORÂNEO	18
4 HIPÓTESES DE USOS JUSTOS VEDADOS PELA LEI DE DIREITOS AUTORAIS	23
4.1 VÍDEOS DE REAÇÃO	24
4.2 <i>SAMPLING</i>	32
4.3 <i>FANART</i>	37
4.4 A RESTRITIVIDADE DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS EM RELAÇÃO À DOCTRINA DO <i>FAIR USE</i>	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais globalizado e integrado pela internet, é inevitável que surjam novas demandas desafiadoras ao judiciário, que estejam fora do escopo que o legislador brasileiro possuía quando concebeu a legislação vigente.

Diante desta realidade, surgem as lides referentes ao uso não autorizado em redes sociais, de materiais protegidos por direitos autorais, as quais infelizmente são guiadas por uma lei extremamente unilateral e rígida, redigida há mais de 20 anos, quando não se era ao menos possível prever o desenvolvimento social e econômico gerado em volta das redes sociais.

No que toca este desenvolvimento, tornou-se familiar o surgimento de novas formas de trabalho através da internet, especialmente nas indústrias do entretenimento e publicidade, nas quais o termo *influencer*, ou influenciador digital, usado para descrever os indivíduos que produzem e publicam conteúdo criativo nas redes sociais, possuindo grande número de seguidores e conseqüentemente grande influência, é cada vez mais presente, visto que essencialmente qualquer pessoa com acesso à internet pode se tornar um *influencer*, produzindo conteúdo a respeito de assuntos ou atividades do seu interesse e publicando-o, para que seja consumido por outros indivíduos com interesses similares.

Ocorre que neste meio cada vez maior, é extremamente comum a utilização de imagens, logomarcas ou materiais audiovisuais, sem autorização do proprietário, para criação de novo conteúdo a título de entretenimento, seja em forma de crítica, comentário ou notícia. Esta utilização, apesar de tida como ilegal à luz da Lei de Direitos Autorais, sob o prisma do princípio de *fair use*, poderia ser legitimada, regulada e permitida, mas infelizmente, a situação em que estes criadores se encontram é a de irregularidade, trazendo insegurança para um segmento milionário do mercado publicitário.

Esse trabalho tem como objetivo principal compreender a doutrina do *fair use*, demonstrar sua importância para a proteção de influenciadores digitais e a criação de conteúdo criativo nas redes sociais, pretendendo apontar em contrapartida a restritividade imposta pela lei autoral brasileira à produção destes materiais.

Os objetivos específicos são: (1) conceituar o que é *fair use*; (2) descrever os casos julgados pela Suprema Corte que o nortearam no direito norte-americano; (3) apontar a partir destes casos quais são os requisitos de aplicação do *fair use*; (4) definir o que é *influencer* e apontar sua importância para o mercado publicitário; (5) citar práticas comuns dos influenciadores digitais que são antagonizadas pela lei de direitos autorais; (6) argumentar sobre como estas práticas poderiam ser consideradas justas sob a luz da doutrina do *fair use*.

Como problema de pesquisa se tem: o influenciador digital encontra-se injustamente limitado, no que toca ao tipo de material criativo que pode produzir, pela demasiada restritividade da Lei de Direitos Autorais? Se positivo, este poderia se beneficiar da aplicação da doutrina do *fair use*?

Como parte metodológica, o presente trabalho consistiu em pesquisa básica estratégica, descritiva, com abordagem qualitativa, método hipotético-dedutivo e técnicas de revisão bibliográfica e análise de documentos na forma de legislações, acórdãos, vídeos e fonogramas.

O presente trabalho é composto por 3 capítulos: a introdução, três capítulos teóricos e considerações finais. O primeiro capítulo tem o intuito de conceituar o *fair use* e reconstituir a história acerca da consolidação da doutrina pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Estudamos o contexto e os argumentos apresentados em cada um dos três julgados que nortearam a doutrina, respectivamente.

No capítulo seguinte, vê-se a importância do influenciador digital para o mercado publicitário contemporâneo, abordando os efeitos do amplo acesso à internet sob o desenvolvimento das gerações Y e posteriores, os conceitos de prosumers e influenciadores, a dificuldade dos meios tradicionais de publicidade de permear o público mais jovem, os mecanismos do modelo PESO, que surge para aumentar a efetividade da publicidade e contornar as dificuldades enfrentadas por métodos antigos e, por fim, a importância do influenciador digital verificada a partir deste modelo.

Já no terceiro capítulo, observamos alguns exemplos de práticas corriqueiras dos influenciadores que são vedadas pela Lei de Direitos Autorais, mas poderiam plenamente ser consideradas como usos justos sob a ótica da doutrina do *fair use*. Abordamos o exemplo do *react*, também conhecido como vídeo de reação ou vídeo de comentário, visando o conteúdo do criador denominado Casimiro, a fim de fazer

paralelos com o caso *Hosseinzadeh v. Klein* para demonstrar como este tipo de conteúdo pode ser considerado uso justo. Na sequência, a mesma abordagem é feita com o exemplo do *sampling*, referindo-se ao conteúdo do criador Eric Beats comparado ao caso *Estate of Smith v. Graham*. Em seguida examina-se a prática do *fanart*, tomando por exemplo o conteúdo do artista Adrian dos Santos, em que se examinam as quatro circunstâncias para configuração do *fair use* à luz dos casos julgados pela Suprema Corte, uma vez que esta prática ainda não foi julgada por um tribunal americano. Por fim, encerrando a parte de desenvolvimento, debate-se a restritividade da Lei de Direitos Autorais em comparação à doutrina do *fair use*, apontando os demais interesses oriundos da propriedade intelectual que são diversos dos interesses do autor, indicando que a Lei de Direitos Autorais falha em atender estes demais interesses e, portanto, é mais restritiva em relação à doutrina do *fair use*.

2 A DOCTRINA DO *FAIR USE* CONSOLIDADA PELO DIREITO NORTE-AMERICANO

O *fair use*, ou “uso justo”, surgido e consolidado no direito norte-americano é uma modalidade de limitação ao direito autoral, que permite o uso excepcional, de material protegido pelo *Copyright Act* em situações que alternativamente seriam vedadas.

Codificado em outubro de 1976, o *fair use* passou a integrar o título 17, parágrafo 107, do *United States Code*, através do *Copyright Act*, deliberando sobre o uso justo, livre e gratuito, de propriedades intelectuais protegidas pela lei supracitada, sem autorização expressa do autor, constituindo exceções aos direitos autorais norte-americanos.

Fisher descreve: “A doutrina do *fair use*, codificada no 17 U.S.C. § 107, permite a um tribunal escusar a infração putativa de material protegido por direitos autorais quando as circunstâncias acerca do uso o tornam ‘justo’¹.”

A seção 107, da lei supracitada, prevê quatro condições para que o uso seja considerado justo:

- (a) o propósito e caráter do uso, incluindo se este terá fins comerciais ou fins educativos não-comerciais;
- (b) a natureza do material copiado;
- (c) a quantidade e substancialidade do trecho usado em relação ao material protegido como um todo;
- (d) o efeito do uso sob o potencial de mercado e valor do material protegido. [tradução nossa]²

Dependendo da forma como estas diretrizes se apresentarem no caso sob análise de um juiz norte-americano, elas podem afastar ou atrair a hipótese de emprego do *fair use*.

A intenção do dispositivo é, através deste conjunto de circunstâncias, permitir aos tribunais ponderarem a abrangência da proteção conferida à propriedade intelectual, satisfazendo o interesse coletivo de acesso à informação. A respeito desta dinâmica disserta o *Justice Blackmun*:

¹ FISHER, William W. RECONSTRUCTING THE FAIR USE DOCTRINE. **HARVARD law review**. [S.l.], v. 101, n. 8 1988, p. 1661. Disponível em: <http://www.tfisher.org/FairUse.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

² USA. [Copyright Act (1976)]. **Copyright Law of the United States de 1976**. Washington, DC: [s.n.], [1976]. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021

A seção 107 determina que a doutrina do *fair use* serve a “propósitos como críticas, comentários, notícias, ensino, [...] ou pesquisa”. Todos estes casos são usos para produtividade. [...] todas estas referências eram utilizadas em contextos de produtividade. Tal limitação ao *fair use* comporta sua função principal, que é facilitar a criação de novos trabalhos. [tradução nossa]³

Esta ideia de primar pela criação de obras novas pode ser observada a partir de um estudo dos casos paradigmáticos julgados nas quase cinco décadas de existência do título 17, em que é possível apontar uma linha crescente de importância da diretriz de *caráter do uso*, visto que atualmente um dos fatores mais decisivos para o convencimento do juiz a favor da defesa de *fair use* é o quão inovador o material novo é em relação ao conteúdo copiado.

Para compreender melhor este contexto, é preciso entender como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América delimitou as demais condições para aplicação da exceção de *fair use*. Segundo Fisher, temos três decisões históricas norteadoras da doutrina: (a) *Sony Corp. of America v Universal City Studios* de 1984; (b) *Harper & Row v Nation Enterprises* de 1985; e (c) *Campbell v Acuff-Rose* de 1994⁴.

2.1 SONY CORP. OF AMERICA VS. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC.

A primeira das lides, *Sony v. Universal*, surgiu devido à popularização do gravador *Betamax*, produzido pela Sony, que permitia aos telespectadores gravar qualquer conteúdo transmitido à sua televisão em fitas VHS, proporcionando àquele usuário o poder de copiar gratuitamente qualquer programa de televisão e, principalmente, avançar as gravações para galgar comerciais inseridos no meio da programação, os quais eram parte intrínseca do modelo de negócio firmado entre estúdios e redes de televisão, onde o estúdio autoriza a reprodução de um filme à rede de tevê, que por sua vez divide o conteúdo em trechos para reproduzi-los com pausas para comerciais, então os anunciantes remuneram as redes de televisão

³ USA. Supreme Court of the United States. **464 U.S. 417. Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1984], p. 484. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021

⁴ FISHER, William W. **CopyrightX: Lecture 9.1 - Fair Use: The History of Fair Use.** 2015. Disponível em: <https://youtu.be/KV8dj-7WA4o>. Acesso em jul. 2022.

pela reprodução destes comerciais, as quais repassam parte desta receita de volta para o estúdio detentor dos direitos autorais do filme utilizado.

A parte autora Universal City Studios, decidiu processar Sony em busca de reparação, uma vez que os usuários infratores eram muitos para litigar individualmente, portanto, a Universal tentou indenização por parte do fabricante dos dispositivos que possibilitavam a conduta tida como ilegal. O caso subiu os graus de jurisdição vagarosamente até chegar à Suprema Corte, cujo pleno julgou de 5-4 em favor da ré, Sony, entendendo que o mesmo não engajou em violação de direitos autorais, mais especificamente, para que a demandada não pudesse ser enquadrada na facilitação de infração aos direitos autorais dos estúdios Universal, a conduta dos consumidores deveria ser considerada legal e abrangida pelo princípio do *fair use*, pois foi exatamente neste sentido que a maioria da Suprema Corte decidiu.

Dentre o voto do relator *Justice Stevens*, é possível apontar a análise categórica de três das quatro diretrizes de caracterização do *fair use*; quando julgando a primeira, o propósito e natureza da cópia, *Stevens* afirma:

Apesar de não ser taxativo, o primeiro fator requer que “o caráter comercial ou a finalidade de lucro de uma atividade” sejam sopesados em qualquer decisão referente a uso justo. Se o Betamax fosse usado para fazer cópias comerciais ou com fins lucrativos, tal uso seria presumivelmente injusto. A presunção contrária é apropriada neste caso, não obstante, vimos que os achados do tribunal distrital estabelecem claramente que gravar um programa para uso doméstico e particular pode ser caracterizado como uma atividade não comercial e sem fins lucrativos. [tradução nossa]⁵

Isto é, assentou-se que a cópia para propósitos categoricamente não comerciais, como era o de uso individual, deveria ser interpretada como positiva para a tese de uso justo, ainda, em sua análise da terceira diretriz, quanto à quantidade do material copiado, *Justice Stevens* continua:

⁵ *although not conclusive, the first factor requires that “the commercial or nonprofit character of an activity” be weighed in any fair use decision. If the Betamax were used to make copies for a commercial or profitmaking purpose, such use would presumptively be unfair. The contrary presumption is appropriate here, however, because the District Court’s findings plainly establish that time-shifting for private home use must be characterized as a noncommercial, nonprofit activity.* In: USA. Supreme Court of the United States. **464 U.S. 417. Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1984], p. 448-449. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021

Além disso, quando se considera a natureza do material televisionado, vide título 17, §107(2), do U.S.C, e que a prática de gravar para assistir mais tarde simplesmente permite ao telespectador assistir programas aos quais ele já havia sido convidado a ver em sua integralidade e sem qualquer custo, faz com que o fato de ele reproduzir o conteúdo completo, observado o §107(3), não tenha seu efeito ordinário de militar contra um entendimento de uso justo. [tradução nossa]⁶

Desta forma, por mais que o ato imputado aos consumidores envolvesse produzir um cópia integral do material audiovisual, o fato de que os programas seriam transmitidos gratuitamente em rede aberta de televisão, levou o magistrado a entender que o acesso efetivamente livre e não oneroso ao material, em geral, afasta os efeitos negativos trazidos por copiar uma parte substancialmente grande da obra original, ou seja, apesar de não ter analisado incisiva e explicitamente a segunda diretriz, o ministro menciona a natureza gratuita do conteúdo original como justificativa da relativização da terceira diretriz. Esta maneira de julgar parece ter sido uma particularidade de Stevens no exame deste caso, uma vez que a corte não deixou de apreciar diretamente a segunda variável em decisões posteriores.

Por fim, o magistrado analisou a quarta circunstância, o efeito no potencial mercado da obra original, sustentando uma ideia de presumibilidade do dano quando a cópia for feita com intuito comercial, já que impor ao autor o ônus de provar lesão concreta seria irrazoável, afirmando:

Uma objeção ao uso não comercial de material protegido por direitos autorais, requer prova ou de que o uso particular em si é lesivo, ou que caso se tornasse prática generalizada, afetaria negativamente o potencial mercado visado pelo trabalho protegido. Não é preciso demonstrar a existência de um dano real presente; tal requisito deixaria os detentores de direitos autorais sem defesa contra um dano iminente. Tampouco é necessário demonstrar certeza de que um dano futuro ocorrerá. O que é necessário é demonstrar através de uma preponderância de evidência que alguma possibilidade significativa de dano futuro exista. Se o uso for pretendido para ganho comercial, esta possibilidade poderá ser presumida. Mas se este for de propósito não comercial, a possibilidade deverá ser demonstrada. [tradução nossa]⁷

⁶ *Moreover, when one considers the nature of a televised copyrighted audiovisual work, see 17 U.S.C. § 107(2) (1982 ed.), and that time-shifting merely enables a viewer to see such a work which he had been invited to witness in its entirety free of charge, the fact that the entire work is reproduced, see § 107(3), does not have its ordinary effect of militating against a finding of fair use.* In: USA. Supreme Court of the United States. **464 U.S. 417. Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1984], p. 449-450. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁷ *A challenge to a noncommercial use of a copyrighted work requires proof either that the particular use is harmful or that, if it should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work. Actual present harm need not be shown; such a requirement would leave the copyright holder with no defense against predictable damage. Nor is it necessary to show with*

Contudo, ao concluir que o ato de gravar filmes televisionados em rede aberta para uso domiciliar próprio seria um exemplo de uso não comercial, Stevens entendeu que o exame desta variável restava desfavorável para a Universal, a qual não conseguiu aduzir provas que evidenciassem dano iminente para vencer a presunção de não lesividade de um uso não comercial, assim, deixando claro algumas coisas como, quando o copião tiver acesso gratuito ao material e apenas tiver intuito de usar a cópia para sua satisfação pessoal, sem prova preponderante de dano vindouro ao proprietário, este poderá ser escusado de utilizar a propriedade intelectual alheia. Além disso, observa-se o primeiro indício de relativização da terceira circunstância, uma vez que as cópias neste caso eram integrais, mas a natureza não comercial do ato fez com que os magistrados afastassem o efeito, negativo por regra, que este tipo de uso traria.

Assim, entendendo que a análise das diretrizes 1 e 4 se demonstravam positivas ao argumento de uso justo, enquanto a terceira foi relativizada, a Suprema Corte julgou em favor da Sony.

2.2 HARPER & ROW VS. NATION ENTERPRISES

A segunda lide, Harper & Row vs. Nation Enterprises, emergiu porque em meados dos anos 70, Gerald Rudolph Ford, ex-presidente dos Estados Unidos, juntamente com um escritor-fantasma, escreveu uma autobiografia denominada *A Time to Heal*, da qual concedeu os direitos autorais à editora Harper & Row em troca de um pagamento substancial, por sua vez, a editora firmou contrato com a revista *Time* para que publicasse um artigo com trechos do livro em troca de um pagamento proporcional.

Para a infelicidade de todas as partes envolvidas, algumas semanas antes da publicação do artigo pela revista, um indivíduo não identificado concedeu uma cópia do manuscrito do ex-presidente ao editor da revista *The Nation*, Victor Navasky, o

certainty that future harm will result. What is necessary is a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain, that likelihood may be presumed. But if it is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated.. In: USA. Supreme Court of the United States. **464 U.S. 417. Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1984], p. 451. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

qual rapidamente publicou um artigo descrevendo o livro, incluindo 300 a 400 palavras extraídas diretamente da obra. Este acontecimento repentino levou a revista *Time* a rescindir seu contrato com a editora Harper & Row, negando-se a pagar o valor firmado, o que levou a editora a processar a revista *The Nation* por violar seus direitos autorais. Durante o processo, ambas as partes tiveram sucesso relativo, com a Corte Distrital julgando em favor da parte autora, Harper & Row, enquanto a Corte de Apelações julgou em favor do réu *The Nation*, afirmando que a quantidade modesta de cópia direta feita pela revista deveria ser considerada justa, de toda forma, o pleno da Suprema Corte decidiu de 6-3 a favor de reverter a decisão da Corte de Apelações, julgando em favor do autor novamente. Em voto vencedor, a *Justice* O'Connor concluiu que a análise de todas as quatro diretrizes do *fair use* restavam desfavoráveis para o recorrido, *The Nation*, copiador não autorizado do material protegido por direitos autorais.

Em sua defesa, *The Nation* afirmou que o intuito da cópia era o de veicular notícia, que deveria ser considerado não comercial, porém, julgando as circunstâncias a respeito da natureza e caráter da cópia, *Justice* O'Connor disserta:

Em argumentar que o propósito de veicular notícias é puramente não comercial, *The Nation* falha em entender o ponto inteiramente. O ponto crucial da distinção entre finalidade lucrativa ou não-lucrativa não é se o único motivo do uso seja para ganho financeiro, mas sim se o usuário busca lucrar com a exploração da propriedade intelectual sem pagar o preço costumeiro. [tradução nossa]⁸

Com isso, fora ampliado o sentido de uso comercial para efeitos do *fair use*, visto que nas palavras da magistrada, não é uma questão de mera verificação de lucro; houve uma conotação de má-fé verificável quando o copador simplesmente pretende explorar uma obra sem pagar ao autor o que lhe é reservado por direito, atitude verificada no caso, quando a revista *The Nation* adquiriu o material por meios

⁸ *In arguing that the purpose of news reporting is not purely commercial, The Nation misses the point entirely. The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain, but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price. [...] In evaluating character and purpose, we cannot ignore The Nation's stated purpose of scooping the forthcoming hardcover and Time abstracts. [...] The Nation's use had not merely the incidental effect, but the intended purpose, of supplanting the copyright holder's commercially valuable right of first publication.* In: USA. Supreme Court of the United States. **471 U.S. 539. Harper & Row vs. Nation Enterprises.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1985], p. 582. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

ilegítimos e prontamente publicou seu artigo para assegurar que seria o primeiro veículo de imprensa a noticiar o conteúdo do livro.

Prosseguindo seu voto, em análise à natureza do material copiado, *Justice O’connor* (1985, p. 564) continua:

O fato de que a obra não havia sido publicada é um elemento crítico da sua “natureza” [...] Enquanto até citações substanciais podem ser consideradas como uso justo quando analisando uma matéria publicada ou o relatório de um discurso feito ao público ou disseminado à imprensa, [...] o direito do autor de controlar a primeira aparição pública de sua manifestação pesa contra tal uso do trabalho antes de seu lançamento. O direito de primeira publicação engloba não apenas a escolha de sequer publicar, mas também as escolhas de quando, onde e em que formato publicar a obra. [tradução nossa]⁹

Com isto, a corte consolidou o precedente de que obras não publicadas merecem maior proteção sob o título 17, visando o fato de seu acesso em geral ser restrito, fator importante utilizado no julgamento *Sony vs. Universal*, no qual o acesso livre e gratuito do material aos copiadoreis apontou o tribunal para um entendimento de uso justo, além disso, restou evidente que permitir o uso indiscriminado de um material não publicado seria irrazoável, pois feriria o direito intrínseco de todo autor de possuir controle sobre sua obra, especialmente se for de sua vontade não publicizá-la.

Quando a magistrada analisa a terceira diretriz, a quantidade do material copiado, podemos verificar mais uma vez a relativização do *quantum* pode ser considerado cópia substancial, pois enquanto o tribunal escusou a reprodução integral da propriedade intelectual em *Sony v Universal*, neste caso as 300 palavras extraídas do texto original compunham uma pequena fração do artigo publicado pelo *The Nation*, todavia O’connor considerou o uso injusto, exprimindo:

Em termos absolutos, as palavras citadas eram uma porção insubstancial do “*A time to Heal*.” A corte distrital, entretanto, entendeu que “*The Nation* usou o que era essencialmente o coração do livro.” [...] Nós acreditamos

⁹ *The fact that a work is unpublished is a critical element of its "nature." [...] While even substantial quotations might qualify as fair use in a review of a published work or a news account of a speech that had been delivered to the public or disseminated to the press, [...] the author's right to control the first public appearance of his expression weighs against such use of the work before its release. The right of first publication encompasses not only the choice whether to publish at all, but also the choices of when, where, and in what form first to publish a work.* In: USA. Supreme Court of the United States. **471 U.S. 539. Harper & Row vs. Nation Enterprises.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1985], p. 564. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

que a Corte de Apelações errou em anular a avaliação do Juiz Distrital da natureza qualitativa da apropriação.

[...] o fato de que uma parte substancial da obra infratora é uma cópia literal evidencia o valor qualitativo do material copiado, tanto para o criador quanto para o plagiador que procura lucrar da comercialização da propriedade intelectual de outrem. [...]

Reduzido às citações literais, a retirada direta do manuscrito não publicado constitui apenas 13% do artigo infrator. [...] O artigo do *The Nation* é estruturado ao redor do excertos. [tradução nossa]¹⁰

Este segmento do voto constituiu um dos elementos interpretativos mais importantes da doutrina, o valor qualitativo do montante copiado, afastando-se assim do senso comum no que toca a terceira diretriz do *fair use*, pois reconheceu o que os magistrados chamaram de o coração da obra, isto é, estabeleceu que existe um núcleo para cada obra intelectual, o qual deve ser encoberto por maior proteção, além disso, enquanto o texto da seção 107 determina “(3) a quantidade e substancialidade **do trecho usado em relação ao material protegido como um todo**” [grifo nosso, tradução nossa], dando a ideia de que o exame deve ser feito comparando apenas a proporção do trecho copiado à totalidade da obra original, a magistrada resolveu por inverter a perspectiva da análise, comparando o segmento utilizado à totalidade do material novo, de forma que se for verificado que o copiadador não agregou nada substancial ao conteúdo copiado, efetivamente tomando para si o núcleo da obra original, estará desamparado sob a luz do *fair use*.

Por último, avaliando o efeito comercial ou no mercado potencial do material original, a corte usou os mesmos critérios que no caso *Sony v Universal*, no sentido de presumir a iminência de lesão quando o uso do copiadador for considerado comercial, outrossim, ainda que o ônus de provar a inexistência de dano tivesse recaído sobre o réu, a editora Harper & Row comprovou a ocorrência de duas lesões notórias, a primeira na forma da dissolução da relação contratual entre a editora e a revista *Time*, sobre a qual a ministra O’connor afirmou “O cancelamento pelo *Time* de sua serialização e sua recusa a pagar os \$12,500 foram efeito direto da

¹⁰ *In absolute terms, the words actually quoted were an insubstantial portion of "A Time to Heal." The District Court, however, found that "[T]he Nation took what was essentially the heart of the book." [...] We believe the Court of Appeals erred in overruling the District Judge's evaluation of the qualitative nature of the taking. [...] the fact that a substantial portion of the infringing work was copied verbatim is evidence of the qualitative value of the copied material, both to the originator and to the plagiarist who seeks to profit from marketing someone else's copyrighted expression. [...] Stripped to the verbatim quotes, the direct takings from the unpublished manuscript constitute at least 13% of the infringing article. [...] The Nation article is structured around the quoted excerpts.* In: USA. Supreme Court of the United States. **471 U.S. 539. Harper & Row vs. Nation Enterprises**. Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1985], p. 565-566. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

infração.”¹¹ [tradução nossa], enquanto a segunda foi reconhecida devido à violação do direito de controle sobre a obra e sua primeira aparição pública, como pontua a *Justice O’connor*:

O uso não autorizado pelo *The Nation* do manuscrito não disseminado não gerou apenas o efeito incidental de, mas teve o propósito de intencionalmente suplantar o direito comercialmente valioso do proprietário à primeira publicação. [tradução nossa]¹²

Portanto, como visto anteriormente, se o uso comercial do material copiado torna presumível o dano futuro, o fato de o detentor dos direitos autorais ter sido usurpado dos frutos do ineditismo, agravou o efeito negativo da cópia sobre o potencial mercado da obra original.

Nesta linha, a corte concluiu que todas as quatro circunstâncias se demonstravam desfavoráveis para *The Nation*, inclusive, subentendendo-se a presença de má-fé por parte do réu, que pretendia explorar a propriedade intelectual da editora de forma ilegítima e ilegal, assim, julgou-se o uso injusto.

2.3 CAMPBELL V. ACUFF-ROSE MUSIC, INC.

O terceiro litígio, *Campbell vs. Acuff-Rose Music*, originou-se após o lançamento de uma música pelo cantor Luther Campbell, membro do grupo *2 Live Crew*, a qual foi descrita pelo próprio músico como uma paródia do clássico *Oh Pretty Woman*, canção composta por Roy Orbison e de propriedade da gravadora *Acuff-Rose Music*, a qual processou o compositor da paródia por infringir seus direitos autorais, uma vez que o grupo musical não havia adquirido licença para utilizar o material e, mesmo assim, valeu-se da integralidade da melodia original.

O fato de a música ter sido lançada sem autorização na verdade decorreu de a gravadora ter negado uma licença ao grupo musical, o qual já havia buscado uma, porém ao ser rejeitado, decidiu por lançá-la de qualquer forma, alegando uso justo em sua defesa quando o caso foi inevitavelmente judicializado. Como na lide

¹¹ *Time's cancellation of its projected serialization and its refusal to pay the \$12,500 were the direct effect of the infringement. In. Ibidem. p. 541.*

¹² *The Nation's unauthorized use of the undissemated manuscript had not merely the incidental effect, but the intended purpose, of supplanting the copyright holder's commercially valuable right of first publication. In: USA. Supreme Court of the United States. 471 U.S. 539. Harper & Row vs. Nation Enterprises. Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1985], p. 565-566. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.*

anterior, ambas as partes tiveram sucesso relativo nos primeiros graus de jurisdição, com a Corte de primeira instância julgando em favor do réu Campbell, entendendo que este estaria amparado pela doutrina do *fair use*, enquanto a Corte de Apelações decidiu em favor do autor, afirmando que o montante copiado era excessivo e o uso comercial tornava sua lesão no potencial mercado presumível, entretanto, o pleno da Suprema Corte decidiu unanimemente por reverter a decisão da Corte de Apelações e aplicar *remanding*, para que o tribunal reapreciasse o caso seguindo as orientações da Suprema Corte de concluir o caso em favor da defesa de uso justo de Campbell.

Em seu voto, *Justice* Souter adotou uma perspectiva que reconfigurou parcialmente a doutrina do uso justo, mais especificamente quanto à primeira diretriz “propósito e caráter do uso”, uma vez que aderiu ao entendimento do *Justice* Blackmun, relator do voto divergente no caso *Sony v Universal*, o qual entendeu existir uma diferença importante entre usos produtivos e não-produtivos de um material, afirmando que o uso produtivo, este é, que produza conteúdo substancialmente inovador em relação ao original, seria merecedor de uma proteção maior sob o prisma do *fair use*. Neste sentido, afirma:

O propósito central desta investigação é ver, nas palavras do *Justice* Story, se o novo trabalho meramente “substitui os objetos” da criação original, ou em vez disso acrescenta algo novo, com novo propósito ou caráter diferente, alterando o primeiro com nova expressão, significado ou mensagem; a questão é, em outras palavras, se e até que ponto o novo trabalho é *transformativo*. Apesar de tal uso transformativo não ser absolutamente necessário para um entendimento de uso justo, [...] o objetivo do direito autoral, de promover a ciência e a arte, é geralmente propagado pela criação de trabalhos transformativos. Tais trabalhos, portanto, se encontram no coração da garantia da doutrina do uso justo de espaço para manobra dentro dos limites do direito autoral. [...] É suficiente dizer agora, que a paródia tem uma óbvia reivindicação de valor transformativo, como a própria *Acuff-Rose* não nega. Assim como formas ostensivamente menos cômicas de crítica, ela pode prover benefícios sociais, trazendo à luz um trabalho anterior e, no processo, criando um novo. Nós portanto nos alinhamos com os tribunais que consideraram que a paródia, como o comentário ou a crítica, pode reivindicar uso justo sob a § 107. [tradução nossa]¹³

¹³ *The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely "supersede[s] the objects" of the original creation, [...] or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is "transformative." Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, [...] the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright, [...]*

Ainda, buscando definir o significado de paródia para efeitos *do copyright act*, dissertou:

Dicionários modernos respectivamente descrevem uma paródia como um “trabalho literário ou artístico que imita o estilo característico de um autor ou uma obra para efeito cômico ou ridicularização”, ou como uma “composição em prosa ou verso na qual os característicos meios de pensamento e fraseamento de um autor ou classe de autores são imitados de tal forma a fazê-los parecer ridículos.” Para os propósitos da lei de direitos autorais, o cerne das definições e o cerne da reivindicação de qualquer parodista de citar outro material existente, é o uso de alguns elementos da composição de um autor anterior para criar uma nova que, pelo menos em parte, comente nas obras desse autor. [tradução nossa]¹⁴

Apesar de ter trazido este novo paradigma de inovação associada à finalidade de parodiar como algo extremamente benéfico para a defesa de uso justo, a Suprema Corte não tornou esta condição definitiva, pelo contrário, afirmou claramente que todo material apontado como paródia deve passar pela análise, caso-a-caso, das quatro diretrizes contidas na § 107, porém, a forma como a corte explorou as diretrizes no caso Campbell, favoreceu parodistas amplamente.

Em análise da segunda condição, o caráter do material copiado, Souter reconheceu que “a manifestação criativa para disseminação ao público do Original de Orbison enquadra-se no núcleo do propósito protetivo da lei de direitos autorais”¹⁵, fato interpretado de forma negativa para sustentação da tese de uso justo, mas que de uma forma geral, teve sua importância diminuída considerando que o intuito da cópia era o de paródia.

Suffice it to say now that parody has an obvious claim to transformative value, as Acuff-Rose itself does not deny. Like less ostensibly humorous forms of criticism, it can provide social benefit, by shedding light on an earlier work, and, in the process, creating a new one. We thus line up with the courts that have held that parody, like other comment or criticism, may claim fair use under § 107. In: USA. Supreme Court of the United States. **510 U.S. 569. Campbell v. Acuff-Rose Music.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1994], p. 579. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

¹⁴ *Modern dictionaries accordingly describe a parody as a "literary or artistic work that imitates the characteristic style of an author or a work for comic effect or ridicule," or as a "composition in prose or verse in which the characteristic turns of thought and phrase in an author or class of authors are imitated in such a way as to make them appear ridiculous." For the purposes of copyright law, the nub of the definitions, and the heart of any parodist's claim to quote from existing material, is the use of some elements of a prior author's composition to create a new one that, at least in part, comments on that author's works.* . In: USA. Supreme Court of the United States. **510 U.S. 569. Campbell v. Acuff-Rose Music.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1994], p. 580. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

¹⁵ *“Orbison original's creative expression for public dissemination falls within the core of the copyright's protective purposes”.* In. *Ibidem.* p. 586.

A contenção do efeito negativo observado na segunda variável, faz sentido quando considerada a perspectiva adotada durante a avaliação da terceira diretriz, em que *Justice* Souter mais uma vez remolda um entendimento firmado anteriormente, pois enquanto no caso *Harper & Row* a ministra O'Connor reconheceu a existência de um coração em toda obra e dispôs que este núcleo é merecedor de maior proteção, posição aplicada pela Corte de Apelações em desfavor de *Campbell*, Souter discordou que a utilização do âmago de uma obra por parodistas deveria ser interpretado de forma negativa para a defesa de uso justo, exprimindo:

Mas se a citação do riff de abertura e da primeira frase pode-se dizer ir ao coração do original, o coração também é o que mais rapidamente evoca a música à paródia e é justamente o coração no que a paródia mira. Copiar não se torna excessivo em relação ao propósito paródico meramente porque a porção tirada era do coração da obra original. Tivesse o *H 2 Live Crew* copiado uma parte significativamente menos memorável do original, é difícil ver como seu caráter de paródia se mostraria. [tradução nossa]¹⁶

A Suprema Corte não analisou definitivamente a quarta diretriz, ao invés disso aplicou o *remanding*, remetendo o caso de volta para que os tribunais inferiores reconsiderassem este quesito, porém, *Justice* Souter proporcionou uma orientação aos magistrados, indicando que a corte de apelações errou em presumir o dano econômico iminente frente a um uso inteiramente comercial, como assentado pelo *Justice* Stevens no caso *Sony*, determinando que “nenhuma *presunção* ou inferência de prejuízo ao mercado que ache embasamento em *Sony* é aplicável a um caso envolvendo algo além de mera duplicação para razões comerciais”¹⁷ [tradução nossa].

Devido à adoção desta ótica, o caso *Campbell vs. Acuff-Rose* tornou-se provavelmente o julgado mais importante para a aplicação do *fair use* em casos contemporâneos, pois alavancou a importância do caráter criativo e transformativo de uma obra, inclusive, o *Justice* Souter deixou isso explicitamente claro ao dizer

¹⁶ *But if quotation of the opening riff and the first line may be said to go to the "heart" of the original, the heart is also what most readily conjures up the song for parody, and it is the heart at which parody takes aim. Copying does not become excessive in relation to parodic purpose merely because the portion taken was the original's heart. H 2 Live Crew had copied a significantly less memorable part of the original, it is difficult to see how its parodic character would have come through.* . In: USA. Supreme Court of the United States. **510 U.S. 569. Campbell v. Acuff-Rose Music.** Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1994], p. 588-589. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

¹⁷ *No "presumption" or inference of market harm that might find support in Sony is applicable to a case involving something beyond mere duplication for commercial purposes. In. Ibidem, p. 591.*

que “o quão mais transformativo for o trabalho novo, menor será a significância dos outros fatores, como comercialismo, que pesam contra um entendimento de uso justo.” [tradução nossa]¹⁸.

¹⁸ *the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use. In. Ibidem, p. 579*

3 A FIGURA ESSENCIAL DO INFLUENCIADOR DIGITAL (INFLUENCER) NO MERCADO PUBLICITÁRIO CONTEMPORÂNEO

Com o desenvolvimento da geração Y (*millennials* ou nativos digitais) praticamente simultâneo à ascensão e popularização das redes sociais, houve uma mudança de paradigma no mercado publicitário, visto que com esta geração surgiram *prosumers*, basicamente, pessoas que buscam ser consumidores e ao mesmo tempo fazerem parte da cadeia de produção da informação, utilizando as redes sociais e seu senso colaborativo para impulsionar o surgimento de redes de influência.

Tapscott afirma que a evolução dos *millennials* juntos à internet os tornou exigentes e impacientes, consumindo mídia e informações de forma diferente das gerações anteriores, tendendo a buscar entretenimento de forma interativa e pessoal em redes não tradicionais de comunicação, o que por consequência tornam as estratégias de marketing de massa ineficazes a este público, pois grande parte dos nativos digitais confia mais nas opiniões de pessoas com interesses relacionados do que em anúncios de corporações sem personalidade atribuída¹⁹.

Esta desconfiança perante as empresas é tão grande, que um levantamento feito pela *SproutSocial* em 2018 apontou que 53% dos consumidores entrevistados afirmaram priorizar empresas que são mais transparentes nas redes sociais antes de realizar sua próxima compra, ou seja, aproximadamente metade não possui confiança em grandes corporações e busca consumir daquelas empresas que são mais ativas e comunicativas nas redes sociais²⁰. Portanto, as companhias publicitárias necessitam de outros meios, além dos tradicionais, para atingir as gerações Y e posteriores.

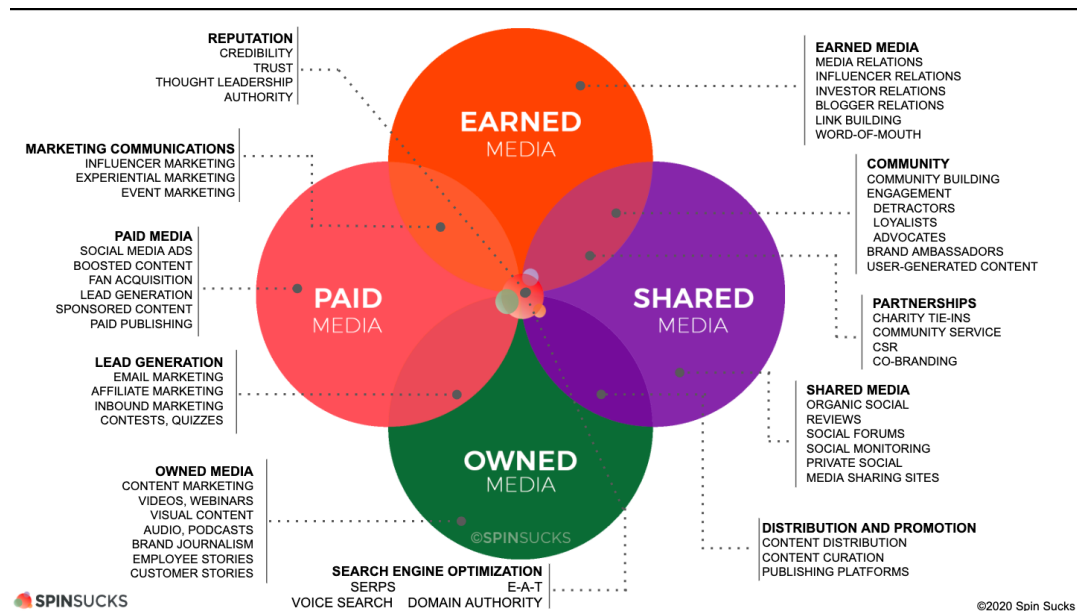
Esta é justamente a proposta do método PESO, criado por Gini Dietrich, que propõe a combinação de quatro meios de mídia para que empresas maximizem o

¹⁹ TAPSCOTT, Don. **Geração Digital**: a crescente e irreversível ascensão da geração 'Net'. São Paulo: Makron, 1999.

²⁰ #BRANDSGETREAL: Social media & the evolution of transparency. **SproutSocial**, 2022. Disponível em <https://sproutsocial.com/insights/data/social-media-transparency/#key-findings> Acesso em jul. 2022.

alcance de sua publicidade, nas formas da mídia Paga, Adquirida, Compartilhada e Própria²¹, como demonstrado na figura:

Figura 1 - Esquemática do Modelo Peso



Fonte: <https://spinsucks.com/communication/peso-model-breakdown/>

A autora define estes quatro tipos da seguinte forma:

- a mídia paga é toda aquela que requer do anunciante um pagamento para que se promova, também conhecida como conteúdo patrocinado;
- a mídia adquirida é o material produzido por terceiros a respeito da empresa ou marca;
- mídia compartilhada é todo conteúdo produzido pela marca e disponibilizado em redes sociais para que seus consumidores a possam disseminar;
- já a mídia própria, também é produzida pela empresa, mas a diferença para a compartilhada é justamente o meio pelo qual esta é propagada, que deve ser de propriedade da companhia, isto é, está sob total controle da empresa.²²

Em termos de importância de cada mídia, Dietrich afirma “Se seu fosse listar os tipos de mídia em ordem de importância, do ponto de vista das comunicações,

²¹ LINSDELL, Mark. The Complete Guide to Paid, Earned, Shared And Owned Media in 2022.

Publicize, Medellín, 30 abr. 2022, Digital Marketing Blog & Resources. Disponível em <https://publicize.co/digital-marketing/guide-paid-owned-earned-media> Acesso em jun. 2022.

²² DIETRICH, Gini. What is the PESO Model? **Spinsucks**, 8 sep. 2020. Disponível: <https://spinsucks.com/communication/peso-model-breakdown/>. Acesso em jul. 2022.

seria *OESP* – Própria, Adquirida, Compartilhada e Paga.” [tradução nossa]²³, apesar de ser considerada a mais importante, a mídia própria possui um problema, pois implica que o consumidor tenha de alguma forma contato direto com a marca ou seus produtos, o que de certa forma restringe o principal público atingido por este tipo de publicidade aos clientes da empresa, se considerarmos o exemplo de uma loja física como plataforma para mídia própria, existem poucas situações de alcance desta publicidade aos indivíduos que já não conheçam ou consumam produtos e serviços da empresa, por exemplo quando um indivíduo passa em frente à loja, expondo-se à logomarca exibida ao redor do edifício. Ainda assim, para que isto atraia novos clientes é preciso que estas pessoas tenham sua atenção prendida pela fachada e possuam interesse prévio pelos produtos oferecidos, o que torna a real importância desta mídia, a prestação continuada de serviços, atraindo o cliente a retornar para realizar mais negócios no futuro.

Desta forma, a mídia adquirida, apesar de ser apontada como segunda na ordem de importância geral, resta como o método mais importante para atrair novos consumidores que nunca tiveram qualquer contato anterior com a marca, especialmente considerando o desafio das companhias de se conectar diretamente com o consumidor das gerações Y e posteriores, que ativamente rejeita aquilo que é tido como propaganda, de acordo com pesquisa feita por *Hootsuite*²⁴, mais de 40% dos usuários de internet, entre 16 e 24 anos, utilizam extensões bloqueadoras de propagandas, também conhecidas como *adblockers*, esta mesma porcentagem pode ser observada no grupo de 25 a 34 anos.

Segundo o publicitário Tom Fishburne, “o melhor marketing é aquele que não se parece com marketing”²⁵ [tradução nossa], portanto, para que marcas possam alcançar o público jovem sem fazê-los sentir que estão sendo sujeitados a propaganda, estas precisam de portas-vozes, é justamente neste contexto que surge a relevância do influenciador digital.

²³ *If I were to order the media types in order of importance, from a communications perspective, it would be OESP—owned, earned, shared, and then paid.* In: DIETRICH, Gini. What is the PESO Model? **Spinsucks**, 08 sep. 2020. Disponível: <https://spinsucks.com/communication/peso-model-breakdown/>. Acesso em jul. 2022.

²⁴ DEAN, Brian. Ad Blocker Usage and Demographic Statistics in 2022. **Backlinko**, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://backlinko.com/ad-blockers-users> Acesso em jul. 2022.

²⁵ FISHBURNE, Tom. Native Advertising. **Marketooinist**, 03 nov. 2013. Disponível em <https://marketooinist.com/2013/11/native-advertising.html>. Acesso em jul. 2022.

Este grupo de indivíduos é diretamente mencionado no modelo PESO, que os aponta como meio publicitário da mídia adquirida pura e da mescla com a mídia paga, mas na prática não se limitam apenas a estes meios, pois um influenciador normalmente é o coordenador de uma comunidade, composta por seus seguidores, que pode vir a se engajar fortemente com um produto, propagar e interagir com seu conteúdo das redes sociais, essencialmente operando os mecanismos que compõem a mídia compartilhada, bastando o *influencer* mencionar o objeto em uma de suas publicações.

O princípio de que influenciadores têm mais poder de disseminação de informações do que anúncios convencionais está baseado no conceito de comunicação em duas etapas proposta por Paul Lazarsfeld, em que uma pequena gama de indivíduos mais engajados e bem informados sobre determinado tópico são dotados de maior influência e, portanto, responsáveis por disseminar opiniões, moldando as daquela massa de indivíduos menos influentes, deste fenômeno surge o mercado de influência, em que organizações de marketing remuneram celebridades e indivíduos influentes para que estes utilizem e opinem sobre seus produtos, adquirindo seu endosso, que é altamente aceito pela massa de pessoas que formam um forte vínculo com aquele influenciador²⁶.

De acordo com a pesquisa “O investimento do mercado em marketing de influência em 2021”²⁷ realizada pela Influency.me, as agências de marketing faturaram 34,8% a mais em 2021 com marketing de influência em relação a 2020, enquanto o total de empresas que investiram mais de R\$1.000.000 (um milhão de reais) mais que dobrou neste mesmo período.

Porquanto, observa-se que o papel do influenciador já está sedimentado e se tornou essencial ao novo mercado de consumo pós-globalizado, no qual as pessoas não querem apenas ser apresentadas a um produto, mas participar de uma discussão e interagir com outros indivíduos de ideais similares, tornando-se parte da cadeia de consumo, não apenas um destinatário.

Em meio a este mercado ainda emergente, porém já muito lucrativo, os influenciadores se encontram desamparados diante da lei de direitos autorais

²⁶ LAZARSELD, Paul; KATZ, Elihu. **Personal Influence**: The part played by people in the flow of mass communication. London: Routledge, 1955, p. 06

²⁷ ANDRADE, Gabriel. O investimento do mercado em marketing de influência em 2021. **INFLUENCY.ME**, São Paulo, 26 jan. 2022. Disponível em <https://www.influency.me/blog/investimento-em-marketing-de-influencia-2021/> Acesso em jul. 2022.

brasileira, uma vez que grande parte do conteúdo produzido consiste em análises, comentários e impressões a respeito de produtos ou materiais considerados propriedade intelectual, sem sua autorização prévia, desta forma os *influencers* acabam antagonizados pela LDA, por estarem tecnicamente infringindo-a, mas na prática afetam positivamente o potencial de mercado do material em uso.

4 HIPÓTESES DE USOS JUSTOS VEDADOS PELA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

A tutela dos direitos inerentes ao autor, no direito pátrio, é prevista tanto por norma constitucional, na forma do art. 5º, inciso XXVII da constituição federal, quanto infraconstitucional, referente à Lei de Direitos Autorais (LDA), assim garantindo-lhe natureza de direito fundamental, ademais, o Brasil é signatário de tratados internacionais que visam a proteção do direito intelectual, como a convenção de Berna, instrumento no qual a LDA é baseada.

O contexto histórico em que a convenção de Berna foi pensada é completamente diferente do atual, forjada em 1886, não existia sequer a menor expectativa de que a humanidade iniciasse uma revolução tecnológica que nos conectaria através da rede mundial de computadores, tornando-a parte do nosso cotidiano e afetando a forma como nos comunicamos, processamos e compartilhamos informações. Apesar disso, a Lei de Direitos Autorais, promulgada 23 anos depois da convenção, é capaz de ser mais rígida no que toca as exceções à tutela do direito autoral, do que as convenções que lhe deram origem, tornando-a ineficaz e onerosa em nosso contexto social.

Segundo Eduardo Salles Pimenta e Eduardo Salles Pimenta Filho “as limitações aos direitos autorais são uma manifestação do interesse coletivo sobre o individual.”²⁸.

Porém vê-se que a LDA não possui um quadro flexível de exceções aos direitos do autor, pelo contrário, em seus artigos 46, 47 e 48 apresenta um rol finito, cheio de especificidades que geram lacunas ou tornam a aplicação dos dispositivos extremamente limitada, por exemplo, em um momento histórico no qual grande parte da população possui aparelhos capazes de armazenar, copiar e enviar dados instantaneamente com alguns cliques, a legislação brasileira não permite que um indivíduo faça cópias integrais de uma obra que tenha adquirido legitimamente, mesmo que para uso próprio e sem fins lucrativos, estando expressamente marginalizado pela LDA, que em seu art. 46, inciso II, permite apenas a reprodução de “pequenos trechos” nesta situação, sem sequer estabelecer o que exatamente é

²⁸ PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. **Propriedade Intelectual**: Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Fernando Mathias de Souza. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

pequeno para efeitos da lei, enquanto em seu art. 5º, inciso VI, define a reprodução como:

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;²⁹

A respeito deste dispositivo, Paranaguá faz a seguinte crítica:

A decisão do legislador causa problemas incontornáveis, a começar por um evidente problema prático: é quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente.³⁰

Todavia, esta é uma conduta que estaria em conformidade com a doutrina do *fair use*, que como visto anteriormente, estabeleceu há quase 40 anos esta hipótese como condição de uso justo no caso Sony v Universal. Isso somente demonstra que a lei autoral Brasileira não coexiste em harmonia com o direito coletivo de acesso à informação, além de não ser capaz de acompanhar a evolução cada vez mais rápida dos meios de comunicação. Em contraste com a lei americana, a LDA demonstra-se substancialmente mais restritiva e, para entender especificamente como esta restritividade afeta os influenciadores e criadores de conteúdo criativo na internet, é preciso compreender quais são algumas das atividades corriqueiras que estes exercem em desacordo com a LDA, mas que poderiam ser amparadas pelo princípio de uso justo do direito norte-americano.

4.1 VÍDEOS DE REAÇÃO

Uma das formas de conteúdo mais proeminentes no espaço do youtube, é o *react*, às vezes chamado de *commentary video*, que consiste na gravação por um indivíduo, ou por um grupo, de sua reação em tempo real a outros conteúdos em formato audiovisual, às vezes com pausas e cortes para fazer comentários e

²⁹ BRASIL. [Lei de Direitos Autorais (2021)]. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

³⁰ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 76.

análises pertinentes. Esta com certeza é uma das modalidades de vídeo mais generalizadas dentre comunidade de usuários e, de longe, o exemplo mais utilizado quando se discute uso justo na plataforma, isto se dá porque há uma gama muito grande de usos para *react*, desde formas mais transformativas como a crítica independente em que são utilizados apenas alguns trechos estritamente necessários para exemplificação, até a reação em tempo real em que o material é reproduzido integralmente sem qualquer pausa ou corte.

A LDA promove a proteção às obras audiovisuais por meio do seu art. 7º, inciso VI, que determina:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;³¹

E veda expressamente sua reprodução, caso não autorizada, através do art. 29, inciso I, que dispõe:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;³²

A LDA prevê, contudo, no inciso III do seu artigo 46, a utilização de quaisquer tipos de obras protegidas para finalidades de estudo, crítica ou polêmica, mas condiciona estes usos a ‘citações’ de passagens na medida que forem justificáveis, falhando em sequer definir, no rol do artigo 5º, o significado da palavra citação para seus efeitos.

Se considerado o significado gramatical da palavra citar, que segundo o dicionário Oxford é “transcrever, referir ou mencionar como autoridade ou exemplo ou em apoio do que se afirma”³³, a utilização de obras audiovisuais em vídeos de comentário não pode ser enquadrada na escusa do dispositivo contido no art. 46 da LDA, de qualquer forma, a conduta se encaixa bem na definição de reprodução

³¹ BRASIL. [Lei de Direitos Autorais (2021)]. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

³² Ibidem.

³³ CITAR. In: **Dicionário Oxford**. 3.ed. Oxford University Press, 2018.

contida no art. 5º, assim, é seguro afirmar que toda esta gama de conteúdo é produzida em desacordo com a lei autoral brasileira.

Todavia, os criadores que produzem vídeos de reação estariam plenamente amparados sob a ótica do *fair use*, contanto que o uso preencha certas condições, pois estariam apenas exercendo seu direito à crítica e ao comentário, expressamente indicados na seção 107, que diz [...] reproduction in copies [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research, is not an infringement of copyright³⁴.

Ainda, apesar de apontar a crítica e o comentário como hipóteses de uso justo, mesmo que um material derivativo possua um desses objetivos, toda defesa de *fair use* deve ser analisada caso a caso, sendo examinadas as circunstâncias a respeito das quatro diretrizes dispostas na §107.

Portanto, para ilustrar como a LDA pode ser restritiva em comparação ao título 17 e demonstrar como a prática do *react* compõe uso justo, é necessário avaliar um exemplo prático desta modalidade. Tomemos como exemplo então, o criador Casimiro, que possui mais de dois milhões e meio de seguidores nas redes sociais e é especializado neste tipo de conteúdo. O vídeo destacado nas figuras 1 e 2 foi escolhido aleatoriamente, mas demonstra claramente as características transformativas preconizadas pela doutrina do *fair use*; o mesmo consiste na compilação de passagens que foram extraídas e editadas de uma transmissão ao vivo feita pelo próprio influenciador, onde reage a trechos do programa de televisão Show do milhão, disponibilizados no canal do youtube da emissora SBT, além de subsequentemente reagir a dois trailers e duas notícias diferentes indicados por seus seguidores. Durante a primeira parte, na qual reproduz trechos do programa de televisão, o criador reage em tempo real, avançando o vídeo para assistir às perguntas feitas pelo apresentador, indicando sua própria resposta em alguns momentos e reagindo àquelas feitas pelos participantes do programa, então fazendo pausas para acrescentar comentários, adicionar elementos de edição com efeito cômico, ou ressaltar os comentários de seus seguidores que o assistiam ao vivo. Em segundo momento, reproduz os últimos 8 segundos do trailer para o filme *The*

³⁴ U.S.A. [Copyright Act (1976)]. **Fair Use Act Disclaimer**. Section 107. Washington, DC: White House, [1976]. Disponível em: <https://www.multiplechronicconditions.org/fair-use-act-disclaimer#:~:text=Fair%20use%20is%20a%20doctrine,%2C%20research%2C%20teaching%20or%20scholarship>. Acesso em jul. 2022.

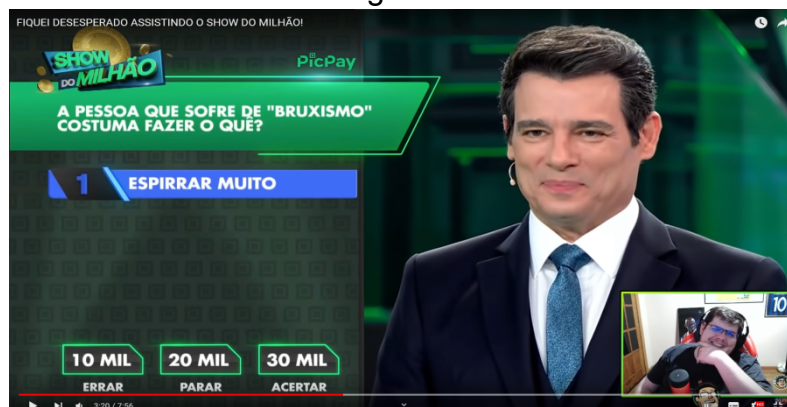
Batman lançado em 2022, após o qual começa a expressar seu descontento com a DC e Warner Bros, produtoras do filme, criticando sua incapacidade de forjar filmes de qualidade a partir das excelentes propriedades intelectuais que possuem, logo em seguida o criador reage ao trailer para o jogo do *Esquadrão Suicida*, outra propriedade das entidades mencionadas anteriormente, reproduzindo o começo do vídeo em que cada personagem é introduzido, momento em que pausa para fazer crítica à forma como um dos personagens foi retratado. Em último momento, o influenciador discute com sua audiência a respeito de duas notícias sobre futebol, mostrando-as para aqueles que não sabiam do que se tratava e ressaltando demais comentários cômicos feitos por seus seguidores.

Figura 1 - QR code de redirecionamento para o vídeo:
<https://www.youtube.com/watch?v=x6cXgid0Joc>



Fonte: o autor

Figura 2:



Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=x6cXgid0Joc>

Uma vez compreendidos o conteúdo e contexto do vídeo em pauta, resta apenas avaliar como se demonstram as quatro condições para configuração do uso justo.

Quanto ao caráter do uso, possui objetivo produtivo, inerentemente transformador, assim como disposto no caput da seção 107 e destacado pelo *Justice Blackmun* no caso *Sony*, o intuito de produzir algo novo a partir de outros materiais a título de fazer crítica, comentário ou veicular notícia, atrai o entendimento de um uso justo, desde que o fim alcançado seja o de criar um material novo capaz de coexistir com o original e não apenas servir como um substituto de mercado. O vídeo em análise faz justamente isto, pois reproduz apenas alguns trechos específicos do programa de televisão para criticar e satirizar as respostas absurdas dadas pelos participantes, a edição é feita de forma a dar foco nas ações dos indivíduos e prover contexto mostrando as cenas em que o apresentador faz as perguntas, além disso, o mesmo é feito nos segmentos em que se discutem os trailers, estes são reproduzidos com o propósito de contextualizar os comentários feitos pelo criador, assim como as imagens extraídas das notícias de futebol. Em todo momento o intento era discutir elementos e situações observadas dentro dos materiais reproduzidos, não os materiais em si. Desta forma, é possível entender que o vídeo seja um material derivativo, complementar, não uma obra competidora que busca usurpar o público alvo da original.

Referente ao caráter dos materiais copiados, todos já haviam sido devidamente divulgados e publicizados, assim como todos são alvo de proteção sob o título 17, em sendo as obras fictícias merecedoras de maior tutela do que as demais, porém, a análise desta diretriz geralmente resulta em favor do autor, raramente sendo relevante para um julgamento de uso justo.

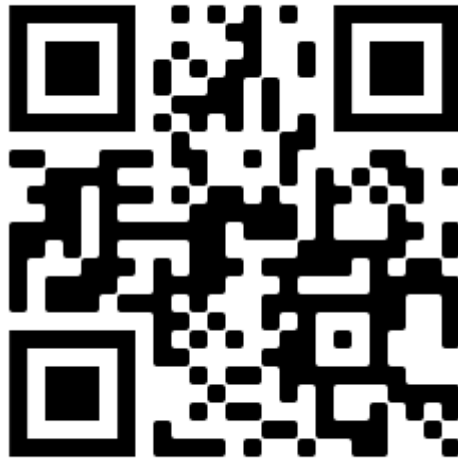
No que toca a terceira diretriz, a quantidade e substancialidade da cópia, apesar de os trechos utilizados terem sido pequenos proporcionalmente à totalidade dos materiais originais, não é disso que se trata esta ponderação, o julgamento do caso *Campbell* nos trouxe que esta avaliação deve ser feita de forma qualitativa, analisando quanto da cópia compõe o material derivativo e o quanto este realmente necessitava copiar para que atingisse o objetivo a que intentava, desta forma, quando se trata de um uso produtivo como no caso em tela, é normal que o copiadador utilize uma parte substancial ou significativa da obra original e, assim como no

exame da primeira diretriz, pode ser considerado justo contanto que não sirva como um simples substituto de mercado para o material original. Como o criador reproduz em seu vídeo apenas os trechos necessários para que pudesse contextualizar seu comentário, a quantidade da cópia pode ser considerada razoável.

Por fim, acerca do efeito econômico da cópia sobre o potencial de mercado do original, o questionamento a ser feito é se o material derivativo tem capacidade de desviar parte do público da obra que lhe tenha dado origem, ou no mínimo diminuir a procura desta. A resposta normalmente se encontra no quão ativo é o mercado para esta obra e o quão transformativo foi o copador em seu trabalho novo, desta forma há uma forte conexão entre a primeira e quarta diretriz, em que a indagação novamente é relacionada com o objetivo substitutivo do material derivativo. Observa-se, para tanto, que como o vídeo foi considerado como transformativo para efeitos da primeira diretriz, o entendimento cabível é que este visa outro mercado, pois os públicos que venha a consumi-lo não necessariamente seria desencorajado a buscar as obras originais, uma vez que este não configura um substituto direto. Assim, o uso de materiais audiovisuais para produção de vídeos de react, pode ser considerado justo.

Este foi o mesmo entendimento encontrado na jurisprudência americana, mais especificamente na corte distrital de Nova Iorque, que julgou em 2017 o Caso *Hosseinzadeh vs. Klein*, o qual se iniciou quando o influenciador Ethan Klein publicou um vídeo no youtube (figura 3) reagindo a outro vídeo produzido pelo criador Matt Hoss, o material consistia de um curta com breve história fictícia criada por Hoss, ocorre que o conteúdo teria sido mal produzido e abordava temas de mal gosto segundo Klein, o qual fez questão de divulgar seu próprio vídeo dissecando, criticando e zombando o material, dentro do qual reproduziu diversos trechos somando aproximadamente três minutos dos cinco que o vídeo possuía no total.

Figura 3 - QR code de redirecionamento para o vídeo:
<https://youtu.be/CXUs5FOo-JE>



Fonte: o autor

Descontente com a manifestação sobre seu conteúdo, Hoss processou Ethan Klein por difamação e infração de direitos autorais. A corte entendeu não ter ocorrido difamação, visto que as afirmações feitas por Ethan consistiam essencialmente na verdade, além de também reconhecer que o uso da propriedade intelectual de Hoss havia sido justo.

Para isso, fez-se necessário avaliar como as diretrizes do *fair use* se manifestavam dentro do contexto do caso. E em análise da primeira, a juíza Forrest afirmou:

O vídeo de Klein é quintessencialmente crítica e comentário; exemplos ilustrativos incluem: [...] Ethan Klein zomba da sequência de abertura do título do vídeo e imita o movimento das palavras fazendo uma dança em seu assento. [...] Ethan Klein critica uma cena em que *Bold Guy* rapidamente se move de uma localização para outra, afirmando que a cena “quebrou o realismo” do vídeo. [...]

Independente de que alguém entenda necessário, preciso, ou bem executado, o vídeo de Klein não deixa de ser crítica e comentário sobre o vídeo de Hoss. Desta forma, como em *NXIVM Cop., Louis Vuitton, e Adjmi*, esse primeiro fator pesa em favor do réu. [tradução nossa]³⁵

³⁵ The Klein video is quintessential criticism and comment; illustrative examples include: [...] Ethan Klein mocks the video's opening title sequence and mimics the movement of the words by performing a dance in his seat. [...] Ethan Klein criticizes a scene in which *Bold Guy* rapidly moves from one location to another, stating that the scene "broke [the] realism" of the video. [...] Irrespective of whether one finds it necessary, accurate, or well-executed, the Klein video is nonetheless criticism and commentary on the Hoss video. Thus, like *NXIVM Corp., Louis Vuitton, and Adjmi*, this first factor weighs in defendants' favor. In: UNITED STATES, District Court. **HOSSEINZADEH, Matt ("plaintiff") vs. Ethan KLEIN and Hila Klein ("Defendants")**. New York, SD: 2017. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022.

Isto posto, restou claro que independentemente de o comentário em si ser pertinente, a finalidade é o que torna um uso justo dentro deste contexto. Ademais, Forrest prossegue sua decisão analisando a segunda diretriz, entendendo que “Since the Hoss video is a creative work, the second factor weighs against a finding of *fair use*.”, como de costume, a conclusão foi em favor da parte autora.

Durante sua avaliação do terceiro fator, conclui:

O terceiro fator do fair use considera qual a proporção do trabalho protegido o material alegadamente infracional usa, e então o quão bem adequado este uso estava ao propósito do material alegadamente infracional - não importa o quão grande ou longo o material alegadamente infracional seja. Aqui, os réus usam um número de curtos segmentos da obra do autor, intercalando seu comentário e crítica ao longo do caminho. Certamente é verdade que quando um soma todos os segmentos utilizados, o total equivale a três minutos e quinze segundos de um vídeo de cinco minutos e vinte e quatro segundos. A lei é clara, de qualquer forma, que quantidade sozinha não é determinante.

É evidente que para comentar a respeito e criticar uma obra, clipes do original podem ser usados. [...] Sem usar os clipes, o comentário e a crítica aqui perderiam contexto e utilidade.[tradução nossa]³⁶

Enfim, aprecia as circunstâncias relativas à quarta diretriz, que possuiu caráter determinante juntamente à primeira, visto que Forrest afirma:

Aqui, é claro para a corte que o vídeo de Klein não serve como um substituto de mercado para o vídeo de Hoss; qualquer um buscando apreciar “Bold Guy v. Parkour Girl” sozinho terá uma experiência muito diferente assistindo o vídeo de Klein, o qual responde a e transforma o vídeo de Hoss de um esquete em fonte para comentários cáusticos e zombaria momento-a-momento. Porque o vídeo de Klein não “oferece um substituto para o original”, ele não faz (e de fato, não é consegue) “usurpar um mercado que devidamente pertença ao proprietário dos direitos autorais”. [tradução nossa]³⁷

³⁶ The third fair use factor considers what proportion of the copyrighted work the allegedly infringing work uses, and then how well tailored that use was to the allegedly infringing work's proper purpose—no matter how large or long the allegedly infringing work is. Here, defendants use a number of short segments of plaintiff's work, interspersing their commentary and critique along the way. It is certainly true that when one adds up all of the segments used, the total amounts to three minutes and fifteen seconds of a five minute and twenty-four second video. The law is clear, however, that quantity alone is not determinative. In: UNITED STATES, District Court. **HOSSEINZADEH, Matt (“plaintiff”) vs. Ethan KLEIN and Hila Klein (“Defendants”)**. New York, SD: 2017. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022.

It is evident that to comment on and critique a work, clips of the original may be used. [...] Without using actual clips, the commentary and critique here would lose context and utility.

³⁷ Here, it is clear to the Court that the Klein video does not serve as a market substitute for the Hoss video; anyone seeking to enjoy “Bold Guy v. Parkour Girl” on its own will have a very different experience watching the Klein video, which responds to and transforms the Hoss video from a skit into fodder for caustic, moment-by-moment commentary and mockery. Because the Klein video does not “offer[] a substitute for the original,” it does not (and indeed, cannot) “usurp a market that properly belongs to the copyright-holder.” In: UNITED STATES, District Court. **HOSSEINZADEH, Matt**

Logo, vemos que o questionamento central de um julgamento de *fair use* a respeito de uma reprodução para crítica e comentário, é qual finalidade a cópia realmente demonstra ter e, como em todo juízo de *fair use*, se o material derivativo é capaz de oferecer um substituto de mercado para a obra original. As conclusões a respeito das diretrizes 1 e 4 responderão estas duas questões respectivamente, enquanto a terceira corrobora ambas, reafirmando o uso justo.

O caso *Hoss v. Klein* foi um divisor de águas para a comunidade do Youtube, tornando claro pela primeira vez o que poderia ser considerado uso justo dentro da esfera do *react* e, baseando-se neste, fica fácil enxergar como o exemplo do influenciador Casimiro configura um uso inerentemente justo, porém, infelizmente este tipo de prática é vedada pela lei autoral brasileira e antagoniza toda uma gama de criadores que precisa trabalhar de forma irregular, sem segurança, tudo porque a LDA não é capaz de acompanhar o desenvolvimento social da mesma forma que o título 17.

4.2 SAMPLING

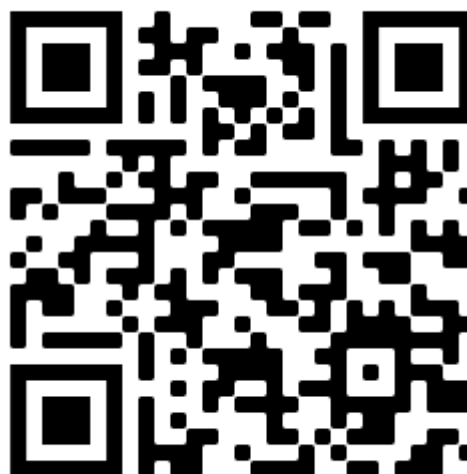
Extremamente comum no mundo da produção musical, o *sampling* é uma técnica que consiste na utilização de amostras, sejam de uma música ou de gravações, como elemento na produção de outra composição nova. Isto pode envolver a manipulação e reprodução de muitos elementos, dentre a melodia, ritmo, vocais e sons inteiros de uma obra original. Esta prática é moralmente aceita e extremamente comum no mundo da música, pois trata-se de uma reciclagem criativa, na qual artistas constantemente produzem mutações de outros materiais originais, ou mesmo, utilizam estes como uma peça para construir sua própria manifestação criativa. Apesar de o licenciamento de pequenas gravações e trechos para amostragem ser prática pertinente e devidamente seguida por muitos dos grandes produtores, as raízes do *sampling* se encontram no uso sem autorização prévia e esta atividade é corriqueira em meio aos produtores independentes.

("plaintiff") vs. Ethan KLEIN and Hila Klein ("Defendants"). New York, SD: 2017. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022.

A lei de direitos autorais é clara em seu art. 7º, inciso V, que confere proteção a “as composições musicais, tenham ou não letra”³⁸, portanto, o uso não autorizado deste tipo de material deve ser escusado por uma das hipóteses dos arts. 46 a 48 para que seja legitimado, de toda forma, como o art. 46, VIII não comporta em seu dispositivo as cópias que possuam o intuito de realizar uma reprodução real, grande parte dos músicos que praticam *sampling* encontram-se desamparados pela LDA.

Tomemos por exemplo a hipótese do pequeno criador chamado *Eric Beats* que, como visto nas figuras 4, 5 e 6, publicou um vídeo demonstrando como ele modificou o toque, originalmente de propriedade do programa de videochamadas *Discord*, que geralmente é ouvido quando o usuário recebe uma chamada. A reprodução neste caso, consistiu na apropriação da melodia principal, que teve seu timbre alterado e foi repetida continuamente, em *loop*, além do acréscimo de novos elementos musicais próprios do artista copiadador, essencialmente reconfigurando o material original de tal forma que o resultado passou a integrar outro gênero musical completamente diferente, isto se sequer é possível atribuir um gênero ao que, de maneira objetiva, era apenas um toque de notificação.

Figura 4 – QR Code de redirecionamento para o vídeo
<https://youtu.be/cYUBjm6TeGc?t=52>



Fonte: o autor.

³⁸ BRASIL. [Lei de Direitos Autorais (2021)]. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

Figura 5 – Trecho de 5 segundos apropriado da música original
<https://youtu.be/cYUBjm6TeGc?t=52>



Fonte: o autor.

Figura 6 – Resultado final com todos os elementos musicais acrescentados
<https://youtu.be/cYUBjm6TeGc?t=52>



Fonte: o autor.

A análise das condições de aplicabilidade do *fair use*, pode ser simplificada neste caso se considerado que as diretrizes 1 e 4, decisivas para os entendimentos de uso justo, se demonstram extremamente favoráveis ao copiador, ora vejamos:

O caráter do uso é transformativo, visto que utiliza o material original como apenas um dos elementos musicais que compõe a obra final, tendo acrescentado novos elementos adicionais, dentre baterias, *pads*, *snaps* e distorções, além disso, a música pôde ser acessada livre e legitimamente pelo copiador, que demonstra em

seu vídeo como a gravou, simplesmente utilizando os serviços de chamada do *discord* que são gratuitos;

Por se tratar de obra musical fruto da criatividade do seu autor, o material original é alvo direto do intuito protetivo do título 17, fator negativo para o entendimento de uso justo, mas que não é determinante para este;

O material derivativo apropria-se do coração do original, porém, isto era necessário para que atingisse seus intuítos transformativos, caso o conteúdo originário fosse retirado da obra final, esta não poderia ser reconhecida como “música do discord versão trap”;

O efeito negativo sobre o mercado não deve ser presumido, devido ao intuito transformativo da obra derivativa, que buscou modificar a original e acrescentar mais elementos musicais de tal maneira que esta passasse a integrar um gênero musical totalmente diferente, ademais, a utilização do que pode ser considerada a música tema do discord não seria capaz de desviar o público alvo do serviço como um todo;

A prática do sampling já foi julgada por tribunais americanos no caso *Estate of Smith v. Graham* de 2017, dentro do qual o artista conhecido como Drake utilizou em sua música *Pound Cake* (figura 7) a gravação de um trecho de 35 segundos da obra *Jimmy Smith Rap* (figura 8), composta pelo cantor de jazz Jimmy Smith.

Figura 7 - QR Code de redirecionamento a Pound Cake
<https://youtu.be/IUKGzvQj4bl>



Fonte: o autor.

Figura 8 - QR Code de redirecionamento a Jimmy Smith Rap.
<https://youtu.be/BCyp9IPR8Fc>



Fonte: o autor

Em sua decisão, o juiz distrital, reconheceu em primeiro grau o uso justo do pequeno *sample*, o que levou o polo ativo, composto por herdeiros de Jimmy Smith, a apelar da sentença; foi assim que o caso ganhou ainda mais força jurisprudencial, quando a corte de apelações do segundo circuito reafirmou o entendimento do juiz de primeira instância, confirmando a exceção de *fair use*.

Em seu exame das circunstâncias relativas às quatro diretrizes do *fair use*, a corte de apelações entendeu que a primeira se demonstrava positiva à defesa de uso justo, pois o uso do material original era transformativo, mais especificamente constituindo uma crítica, afirmando:

A mensagem do ‘Jimmy Smith Rap’ é uma sobre a supremacia do jazz em derrogação de outros estilos musicais, [...] Por outro lado, ‘Pound Cake’ manda uma contra mensagem - que não é o jazz que reina supremo, mas ao invés disso toda a ‘música de verdade’, independente do gênero. [...] Através de ambas a modificação do ‘Jimmy Smith Rap’ e o resto da letra do rap, ‘Pound Cake’ enfatiza que não é o gênero mas a autenticidade da música que importa. Dessa maneira, ‘Pound Cake’ critica o elitismo do jazz que o ‘Jimmy Smith Rap’ preconiza. [tradução nossa]³⁹

Reconhecendo que a segunda diretriz, apesar de se demonstrar negativa, possuía pouca relevância na determinação de um caso onde o uso era transformativo, logo prosseguiu para a análise da terceira, na qual o tribunal propagou o entendimento firmado pela Suprema Corte no caso *Campbell*, de que a cópia não se torna excessiva quando o autor se apropria do coração do material original para usá-lo de forma transformativa, manifestando:

O uso secundário deve ser permitido para invocar ao menos o suficiente do original para atingir seu propósito transformativo. [...] a quantidade usada pelo réu é razoável. Enquanto ‘Pound Cake’ pega emprestado linguagem do ‘Jimmy Smith Rap’ [...] isso era necessário para enfatizar sua própria mensagem [...] [tradução nossa]⁴⁰

³⁹ The message of the “Jimmy Smith Rap” is one about the supremacy of jazz to the derogation of other types of music, [...] On the other hand, “Pound Cake” sends a counter message—that it is not jazz music that reigns supreme, but rather all “real music,” regardless of genre. [...] Through both the alteration of the “Jimmy Smith Rap” and the rest of the rap’s lyrics, “Pound Cake” emphasizes that it is not the genre but the authenticity of the music that matters. In this manner, “Pound Cake” criticizes the jazz-elitism that the “Jimmy Smith Rap” espouses. In: UNITED STATES, Court Of Appeals For The Second Circuit. **Estate of Smith v. Graham**. New York, SD: 2020. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022.

⁴⁰ The secondary use must be permitted to conjure up at least enough of the original to fulfill its transformative purpose. [...] the amount used by Defendants is reasonable. While “Pound Cake” borrows language from the “Jimmy Smith Rap” [...] this was necessary to emphasize its own message [...]. In: *Ibidem*.

Por fim, em análise da última diretriz, conclui:

No caso em tela, não há evidência de que ‘Pound Cake’ usurpa demanda do ‘Jimmy Smith Rap’ ou alternativamente causa um efeito negativo no mercado. ‘Pound Cake’, uma composição de um artista de hip-hop sobre rap e hip-hop, é atrativo para um público muito diferente do ‘Jimmy Smith Rap’, que é uma composição de um músico de jazz em um álbum de jazz sobre jazz. [tradução nossa]⁴¹

Isto é, entendeu-se que o uso não poderia afetar negativamente o potencial de mercado da obra original, visto que o público alvo de cada material era evidentemente diferente, ou seja, a cópia não seria capaz de substituir o original, legitimando a prática do *sampling*.

Da mesma forma, considerando que o material produzido por Eric Beats consistiu em uma reconfiguração substancial do que essencialmente é uma música tema, tornando-a atrativa para um outro segmento do mercado, não é possível afirmar que este seja capaz de desviar o público da obra original.

4.3 FANART

Um exemplo que exala as qualidades transformativas preconizadas pela doutrina do *fair use* é a produção de *fanart*, ou fã-arte, termo usado para denominar uma obra de arte que representa um personagem ou objeto de outra obra famosa, criada por seus fãs. A lei autoral brasileira protege expressamente o tipo de material que dá origem a esta prática em seu art. 7º, inciso VIII, que determina:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;⁴²

⁴¹ In the case at hand, there is no evidence that “Pound Cake” usurps demand for “Jimmy Smith Rap” or otherwise cause a negative market effect. “Pound Cake,” a piece by a hip-hop artist about rap and hip-hop music, appeals to a much different audience than does “Jimmy Smith Rap,” which was a piece by a jazz musician on a jazz album about jazz music. . In: UNITED STATES, Court Of Appeals For The Second Circuit. **Estate of Smith v. Graham**. New York, SD: 2020. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022.

⁴² BRASIL. [Lei de Direitos Autorais (2021)]. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

Isto posto, entende-se que a imagem de um personagem fictício pertence ao autor que o concebeu, estando vedada a reprodução desta. Existe, porém, a exceção de paródia contida no art. 47 da LDA, indicando que “São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.”. O problema com esse dispositivo é que ele impõe duas condições para a legitimação da paródia, sendo não reproduzir a obra original e não lhe implicar descrédito. Este condicionamento marginaliza os influenciadores de comunidades artísticas que se especializam em desenhar personagens de forma extremamente fiel ao modo como se apresentam originalmente, com o único elemento inovador, de toda forma, sendo a utilização do “traço” artístico inerente de cada desenhista, que é a forma como este criador concebe seus materiais e está exclusivamente atrelada a sua personalidade. Ainda assim, por não se distinguir o suficiente do material original, a lei brasileira pune estes artistas por tentarem expressar sua criatividade ou sua habilidade manual utilizando elementos de outra obra que originalmente não lhes pertence.

Para apontar o nível de irrazoabilidade da LDA ao lidar com este contexto, vale a pena observarmos um exemplo prático. Na figura 9 observamos a criação do artista Adrian, baseada no personagem Levi do anime *Shingeki no Kyojin*, na figura 10 vemos sua versão original.

Figura 9 - Adrian dos Santos (2021)



Fonte:

https://www.instagram.com/adrian_w.santos/

Figura 10 - Funimation (2020)



Fonte

https://johto.legiaodosherois.com.br/wp-content/uploads/2022/02/legiao_27Bjav4t9kRz.jpg

Em análise superficial, a figura 9 parece representar apenas uma reprodução direta do personagem original de propriedade do escritor e desenhista Hajime Isayama, porém, bastam alguns instantes de apreciação para observar as diferenças sutis nos traços de cada desenho, a presença de uma quantidade muito mais rica de detalhes na figura 10, a total diferença nas técnicas de desenho utilizadas para forjar cada imagem, a utilização de mídia física para confeccionar a figura 9 em papel, enquanto a figura 10 foi produzida de forma totalmente digital. Estas mesmas particularidades se manifestam nos demais trabalhos do autor da obra derivativa, visto que são uma reflexão da sua personalidade e seu método de trabalho, dando a cada desenho que produz uma característica única, própria e reconhecível, isto não pode ser considerado como nada além de transformativo.

Como visto anteriormente, para a doutrina do *fair use* o contexto importa, e em análise da figura acima sob a luz das quatro diretrizes, pode-se concluir que:

(a) O caráter do uso é transformativo, pois apesar de não reconfigurar o material original suficientemente para ser considerado paródia, possui a intenção única de representar um personagem sob a visão do copião, utilizando-se de um trabalho original para criar outro trabalho derivativo mas que não tenha por objetivo

substituir o anterior, muito pelo contrário, como exaltado pelo *Justice Souter* no julgamento de *Campbell*, aqui a cópia busca criar uma obra nova enquanto ao mesmo tempo trazer à luz uma anterior.

(b) O caráter do material copiado está fortemente encoberto pelo intuito protetivo do título 17 por se tratar de personagem de obra fictícia e altamente criativa.

(c) a avaliação da quantidade do material copiado, deve ser feita de forma qualitativa e, neste caso, pode ser vista de duas formas diferentes dependendo do escopo utilizado, pois se comparada à obra completa da qual o personagem copiado deriva, a cópia de apenas um das dezenas de outros personagens pode ser considerada insubstancial, porém, como a análise trata justamente da cópia de um personagem, seria mais apropriado considerar este como uma obra em si, sob esta perspectiva o artista apropriou-se do coração do material original, contudo, apesar de o caso em tela não se tratar explicitamente de uma paródia, a interpretação utilizada no caso *Campbell* é passível de aplicação, visto que a obra derivativa se trata de uma interpretação da aparência e personalidade do personagem feito pelo artista copiadador e, caso este tivesse utilizado algo menos do que a essência do personagem copiado, sua obra estaria completamente descaracterizada e a figura a que buscava fazer referência, irreconhecível.

(d) Quanto ao efeito econômico sob o material original, não é possível usar a mesma modulação da análise anterior, o efeito econômico deve ser observado sob a obra da qual o personagem original, isto posto, aqui também é pertinente a mesma interpretação utilizada no exame da primeira diretriz, visto a natureza transformativa do material derivativo, devemos avaliar se a obra tem como intuito apenas apropriar-se do coração do trabalho original e servir como seu substituto, ou se a intenção é coexistir e complementar, trazendo luz ao original, ou seja, o efeito prático da disseminação da cópia não deve ser o de desviar o público que alternativamente consumiria a obra original, mas sim de satisfazer a parcela de consumidores que anseia por mais conteúdo relacionado a sua obra favorita, ou mesmo apresentar a franquia àquela pequena parcela de indivíduos que não a conhecia antes de ter contato com o material derivativo. Avaliando as condições pertinentes ao possível efeito econômico da cópia, esta parece encaixar-se na qualidade de conteúdo complementar à obra original, homenageando um de seus personagens principais

com o intuito do autor de ao mesmo tempo demonstrar suas habilidades manuais nas redes sociais como forma de publicidade para seus serviços de desenhista, especialmente porque o artista não produz as cópias para vendê-las diretamente, assim, seria irrazoável afirmar que esta prática, mesmo se tornando generalizada, diminua o potencial econômico ou desvie o público alvo do original de consumi-lo.

Apesar de possuir características que instiguem o reconhecimento de um uso justo, infelizmente, as cortes americanas ainda não julgaram um caso de *fair use* envolvendo *fanart*, portanto apenas é possível especular sobre sua legitimidade diante da lei autoral norte-americana, da mesma forma que anteriormente ao julgamento do caso *Hoss v. Klein*, havia ampla discussão dentre os usuários do youtube quanto ao que poderia constituir uso justo dentro da plataforma, somente sendo possível apontar a prática do *react* como uma modalidade certa de uso justo, após o julgamento.

4.4 A RESTRITIVIDADE DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS EM RELAÇÃO À DOCTRINA DO *FAIR USE*

A incerteza que gera tanta abertura para debate quanto ao que efetivamente pode ser considerado um uso justo, provavelmente é a maior desvantagem da doutrina em relação à LDA, ainda assim, isto também demonstra uma de suas maiores virtudes, pois a forma como o dispositivo da seção 107 foi escrito permite que a doutrina do *fair use* seja relativamente fluida, flexível e abrangente, possibilitando uma expansibilidade infinita de exemplos de usos justos, de forma a acompanhar o desenvolvimento social e as práticas do cotidiano.

Em contrapartida, a Lei de Direitos Autorais Brasileira possui um rol definido de exceções, o que em princípio gera maior segurança jurídica, mas o resultado prático é que devido à forma como este foi redigido, cheio de especificidades, sua aplicabilidade é restrita a casos extremamente específicos, falhando em atender os interesses coletivos relativos à propriedade intelectual e o acesso à informação, neste mesmo sentido Paranaguá disserta:

Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores por sua produção intelectual. Do contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta.

Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos do desenvolvimento cultural e social.

No entanto, a leitura literal da lei brasileira desautoriza uma série de condutas que estão em conformidade com a funcionalização do instituto da propriedade.

Vários são os exemplos de atos que, apesar de aparentemente contrários à lei, são a efetivação do princípio da função social dos direitos autorais.⁴³

A verdade é que se observam dois paradigmas diferentes em cada um dos modelos autorais, pois enquanto o objetivo principal⁴⁴ do título 17 é promover a ciência e a arte, o objetivo da lei de direitos autorais é proteger os interesses do autor. Isto resulta em uma disparidade entre o permitido pela LDA e aquilo que é socialmente aceito, enquanto a doutrina do *fair use* possui um rol eternamente crescente de exceções, bastando que o copador adeque seu uso às condições definidas pela jurisprudência e aja de boa-fé, o que é uma forma orgânica e muito mais justa de buscar atingir o equilíbrio entre os interesses coletivos e os do autor. A respeito dos demais interesses diversos aos do autor, Souza explica:

Entre os diversos interesses que devem ser coordenados pode-se apontar como essenciais os seguintes: o interesse geral, pelo qual o direito de autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares [...]⁴⁵

Desta forma, podemos concluir que a doutrina do *fair use* é mais adequada para lidar com o contexto social atual, sendo mais permissiva quanto ao uso de materiais protegidos, quando este tiver função produtiva como a crítica, comentário, veiculação de notícia, ou estudo. E os indivíduos mais beneficiados por esta flexibilidade são os influenciadores, cuja função é justamente exercer a crítica e o comentário, propagando suas opiniões a respeito de produtos, hobbies, obras literárias ou audiovisuais, pessoas públicas, empresas, fatos e notícias, que são capazes de permear as mentes de seus seguidores, tornando-o uma ferramenta

⁴³ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 70-71. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf> Acesso em jul. 2022.

⁴⁴ Afirma *Justice Souter* em *Campbell v. Acuff-Rose*. 1994. “[...] o objetivo do direito autoral, de promover a ciência e a arte, é geralmente propagado pela criação de trabalhos transformativos.”

⁴⁵ SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. **Publica Direito: Conpedi**, Manaus, 2018, XIV Congresso. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

essencial para o mercado publicitário, que por sua parte é essencial para o nosso modelo econômico e, que cada vez mais, depende de meios não tradicionais de comunicação para atingir a camada de consumidores mais jovens.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho estudou a doutrina norte-americana do *fair use*, a importância dos influenciadores digitais para o mercado publicitário contemporâneo e as práticas corriqueiras destes em desacordo com a Lei de Direitos Autorais, a fim de apontar como a lei autoral brasileira foi incapaz de acompanhar o desenvolvimento social decorrido da popularização da internet, em comparação com a doutrina americana.

O objetivo geral do trabalho era compreender a doutrina do *fair use*, demonstrar sua importância para a proteção de influenciadores digitais e a criação de conteúdo criativo nas redes sociais, pretendendo apontar em contrapartida a restritividade imposta pela lei autoral Brasileira à produção destes materiais. O que foi possível através da análise de dados constantes nos sítios de compilação jurisprudencial norte-americana e em estudos acadêmicos realizados.

Quanto ao conceito de o que é *fair use*, vimos que é uma modalidade de limitação ao direito autoral surgida no direito norte-americano, baseada na análise caso-a-caso de quatro condições para sua aplicação: (a) o propósito e caráter do uso, incluindo se este terá fins comerciais ou fins educativos não-comerciais; (b) a natureza do material copiado; (c) a quantidade e substancialidade do trecho usado em relação ao material protegido como um todo; (d) o efeito do uso sob o potencial de mercado e valor do material protegido.

No que toca os casos julgados pela Suprema Corte que nortearam a doutrina, verificou-se são três as decisões que se destacam: (a) *Sony Corp. of America vs. Universal City Studios* de 1984; (b) *Harper & Row vs. Nation Enterprises* de 1985; e (c) *Campbell vs. Acuff-Rose* de 1994.;

Da análise dos requisitos de aplicação do *fair use* verificados nos três casos da Suprema Corte, extrai-se que: (a) conforme o caso *Sony*, a reprodução integral para uso pessoal não comercial é um uso justo; (b) conforme *Harper & Row*, a aquisição por meios ilegítimos e o uso de material não publicado, são condutas lesivas e pesam fortemente contra um entendimento de uso justo, além disso toda obra possui um coração e a análise da substancialidade da cópia deve ser feita de forma qualitativa; por fim (c) baseado no caso *Campbell*, os usos transformativos e produtivos pesam consideravelmente a favor do entendimento de uso justo, ainda, a

intenção de lucrar isoladamente não é um fator negativo para o entendimento de uso justo, muito menos a utilização do coração de uma obra, importando de grande parte o contexto.

Ao buscar definir o que é *influencer* e apontar sua importância para o mercado publicitário, evidenciou-se que os influenciadores digitais compõe um setor ainda emergente porém intrínseco dos mercados de publicidade e entretenimento, que consiste em uma pequena gama de indivíduos mais engajados e bem informados sobre determinado tópico que são dotados de maior influência e, portanto, responsáveis por disseminar opiniões, com sua função única de produzir conteúdo criativo e publicá-lo na internet, permitindo atingir assim a gama mais jovem de consumidores que se demonstra cada vez menos permeável por meios tradicionais de propaganda e comunicação.

Quanto às práticas comuns dos influenciadores digitais que são antagonizadas pela lei de direitos autorais, abordou-se de forma arbitrária, três hipóteses: (1) o React, do Casimiro; (2) o Sampling, do Eric Beats; e (3) o Fanart, do Adrian dos Santos.

Ao buscar argumentar sobre como estas práticas poderiam ser consideradas justas sob a luz da doutrina do *fair use*, restou evidente que as duas primeiras, o React e o Sampling, se assemelhavam aos respectivos julgados que entenderam estas duas atividades como exemplos de uso justo, porém o Fanart teve sua fundamentação baseada nas três decisões da Suprema Corte abordados neste trabalho, uma vez que os tribunais americanos ainda não julgaram um caso desta matéria.

Dessa forma, foi possível responder ao problema de pesquisa deste trabalho quanto ao influenciador digital encontrar-se injustamente limitado pela demasiada restritividade da Lei de Direitos Autorais e poder se beneficiar da aplicação da doutrina do *fair use*, confirmando a hipótese lançada, em que pese a LDA não estar apta para regular abrangência dos direitos autorais diante do atual contexto social pós-globalizado, portanto, faz-se necessária a aplicação de outro sistema como o princípio de *fair use* ao nosso sistema autoral brasileiro, a modo de flexibilizar a limitação dos direitos autorais, para satisfazer o interesse coletivo de acesso à informação e cultura.

Este trabalho, não chegou nem perto de exaurir o tema da doutrina do *fair use* em si, visto que há dezenas de demais casos paradigmáticos citados na doutrina. Ainda mais, se trata de uma matéria em constante evolução, que demanda leituras corriqueiras e recorrente atualização por parte de quem a estuda. Porém, foi possível trazer uma boa abordagem de três dos principais casos norteadores da doutrina e atingir os objetivos da pesquisa de traçar um paralelo com algumas atividades exercidas por influenciadores digitais e confrontar a restritividade da lei autoral brasileira dentro desta linha.

REFERÊNCIAS

#BRANDSGETREAL: Social media & the evolution of transparency. **SproutSocial**, 2022. Disponível em

<https://sproutsocial.com/insights/data/social-media-transparency/#key-findings>

Acesso em jul. 2022.

ANDRADE, Gabriel. O investimento do mercado em marketing de influência em 2021. **INFLUENCY.ME**, São Paulo, 26 jan. 2022. Disponível em

<https://www.influency.me/blog/investimento-em-marketing-de-influencia-2021/>

Acesso em jul. 2022.

BEATS, Eric. Transformei o Toque do Discord [...]. Produção musical, 2021.

Disponível em

https://www.youtube.com/watch?v=cYUBjm6TeGc&ab_channel=EricBeats. Acesso

em jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05

nov. 2021.

BRASIL. [Convenção de Berna (1975)]. **Decreto nº 75.699 de 1975**. Brasília, DF: Presidência da República, [1975]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 2

dez. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.355 de 1994**. Brasília, DF: Presidência da República, [1994].

Disponível em:

<https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em:

3 dez. 2021.

BRASIL. [Lei de Direitos Autorais (2021)]. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**.

Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

BRASIL. **PL 3133/2012, de 07 de fevereiro de 2012**. Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências". Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012.

Projeto de Lei em tramitação. Autor: Nazareno Fonteles. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>

. Acesso em: 2 dez. 2021.

CASIMIRO, Miguel. Fiquei desesperado assistindo o show do milhão!. Dez. 2021.

Disponível em

https://www.youtube.com/watch?v=x6cXgid0Joc&ab_channel=Casimiro Acesso em

jul. 2022.

CIRQUEIRA, Erika; FERREIRA, Evandro. O papel dos Influenciadores Digitais no relacionamento entre Marcas e Millennials na Era Pós-Digital. **XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste**, Fortaleza, jun./jul. 2017.

CITAR. *In: Dicionário Oxford*. 3.ed. Oxford University Press, 2018.

DEAN, Brian. Ad Blocker Usage and Demographic Statistics in 2022. **Backlinko**, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://backlinko.com/ad-blockers-users> Acesso em jul. 2022.

DIETICH, Gini. Whats is the PESO Model? **Spinsucks**, 8 sep. 2020. Disponível: <https://spinsucks.com/communication/peso-model-breakdown/>. Acesso em jul. 2022. Acesso em jul. 2022.

FERREIRA, Sheyla. Do Direito Autoral - Aspectos, conceito e características. **Jus Artigos**, Belo Horizonte, 23 mai. 2015. Disponível em: <https://sheylaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/190565477/do-direito-autoral-aspectos-conceito-e-caracteristicas>. Acesso em jul. 2022.

FISHER, William W. **CopyrightX: Lecture 9.1 - Fair Use: The History of Fair Use**. 2015. Disponível em: <https://youtu.be/KV8dj-7WA4o>. Acesso em jul. 2022.

FISHBURNE, Tom. Native Advertising. **Marketoologist**, 03 nov. 2013. Disponível em <https://marketoologist.com/2013/11/native-advertising.html>. Acesso em jul. 2022.

FISHER, William W. RECONSTRUCTING THE FAIR USE DOCTRINE. **HARVARD law review**. [S.l.]. v. 101, n. 8, 1988, pp. 1659-1795. Disponível em: <http://www.tfisher.org/FairUse.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

GURJÃO, Paulo José. **A doutrina do fair use no direito autoral brasileiro: o uso da doutrina norte-americana do fair use como paradigma de interpretação da lei de direito autoral brasileira**. 2019. 74f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/11288/1/PJGurjao.pdf> Acesso em jul. 2022.

LAZARFELD, Paul; KATZ, Elihu. **Personal Influence: The part played by people in the flow of mass communication**. London: Routledge 1955.

NEUMAYR, Rafael. Por que o brasileiro precisa conhecer o "Fair Use". **Jornal Letras**, Belo Horizonte, n. 53, 2018.

LINDELL, Mark. The Complete Guide to Paid, Earned, Shared And Owned Media in 2022. **Publicize**, Medellín, 30 abr. 2022, Digital Marketing Blog & Resources. Disponível em <https://publicize.co/digital-marketing/guide-paid-owned-earned-media> Acesso em jun. 2022

PANZOLINI, Carolina; DEMARTINI, Silvana. **Manual de direitos autorais**. Tribunal de Contas da União (Secretaria-Geral de Administração): Brasília, 2020. Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/data/files/57/72/86/60/35FA6710FE28B867E18818A8/Manual%20Direitos%20Autorais%202020_Web.pdf. Acesso em jul. 2022.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em mai. 2022.

PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. **Propriedade Intelectual**: Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Fernando Mathias de Souza. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

REMAND (court procedure). In: WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia. Flórida: Wikipedia Fundation, 2022. Disponível em [https://en.wikipedia.org/wiki/Remand_\(court_procedure\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Remand_(court_procedure)) Acesso em jul. 2022.

SANTOS, Manoel Pereira dos. O direito autoral na Internet. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e internet**: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Patricia Josefa da. A aplicabilidade do *fair use* no sistema autoral brasileiro. **Revista do curso de direito da faculdade de ciências humanas de Pernambuco**, Recife, v. 19, n.1, 2018. Disponível em <https://revistas.sopece.br/index.php/dir/article/view/35> Acesso em jul. 2022.

SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. **Publica Direito: Conpedi**, Manaus, 2018, XIV Congresso. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

TAPSCOTT, Don. **Geração Digital**: a crescente e irreversível ascensão da geração 'Net'. São Paulo: Makron, 1999.

TOLOTTI, Guilherme Ribeiro. **Análise do comportamento tóxico gamer dentro do jogo league of legends**. 2019. Monografia (Bacharelado em Publicidade e Propaganda) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2021.

UNITED STATES OF AMERICA [Copyright Act (1976)]. **Fair Use Act Disclaimer**. Section 107. Washington, DC: White House, [1976]. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Acesso em jul. 2022.

UNITED STATES, Court of Appeals For The Second Circuit. **Estate of Smith v. Graham**. New York, SD: 2020. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> Acesso em jul. 2022

UNITED STATES OF AMERICA, District Court. **HOSSEINZADEH, Matt ("plaintiff") vs. Ethan KLEIN and Hila Klein ("Defendants")**. New York, SD: 2017. Disponível em: <https://casetext.com/case/hosseinzadeh-v-klein-1/case-details> . Acesso em jul. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **510 U.S. 569. Campbell v. Acuff-Rose Music**. Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1994], p. 579. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>. Acesso em: 03 dez. 2021

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **471 U.S. 539. Harper & Row vs. Nation Enterprises**. Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1985], p. 582. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **464 U.S. 417. Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc**. Washington, DC: Supreme Court of the United States, [1984], p. 451. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>. Acesso em: 03 dez. 2021.