

OS UTILIZADORES E OS DIREITOS AUTORAIS NA *INTERNET*

Gustavo Bahuschewskyj Corrêa¹

Resumo: O presente estudo tem por finalidade introduzir a figura do utilizador como consumidor, em um sentido *lato sensu*, de direitos autorais na Sociedade da Informação e analisar o uso lícito e ilícito realizado por este utilizador das obras disponibilizadas na *Internet*, enfrentando desde o fenômeno da pirataria até o excesso ou abuso de uso privado das obras.

Palavras-Chave: Utilizador; Consumidor; Direitos Autorais; Pirataria; Propriedade Intelectual.

Abstract: This study aims to introduce the user's figure as a consumer, in a broad sense meaning, of copyrights in the information society and analyze the licit and illicit use available on the Internet, facing since the piracy phenomenon to excess or abuse of private use.

Keywords: Consumer; User; Copyrights; Piracy; Intellectual Property.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os Utilizadores na Sociedade da Informação – 3. O Uso Lícito das Obras na *Internet* – 3.1. A Exaustão de Direitos – 3.2. O Uso e a Cópia Privada da Obra – 4. O Uso Ilícito das Obras na *Internet* – 4.1. O Fenômeno da Pirataria – 4.2. O Excesso ou Abuso de Uso Privado – 5. Conclusões – 6. Referências Bibliográficas.

¹ Mestre em Direitos Intelectuais pela Universidade de Lisboa, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

1. INTRODUÇÃO



O presente estudo² tem por finalidade introduzir a figura do utilizador como consumidor, em um sentido *lato sensu*, de direitos autorais na Sociedade Informação e analisar o uso lícito e ilícito realizado por este utilizador das obras disponibilizadas na *Internet*. Para tanto, pretende-se apresentar a figura do utilizador e categorizar este elemento, primeiramente, como um utilizador *direto*, *indireto* ou *como autor*, bem como enquadrar o utilizador enquanto *pagador* ou *não-pagador*, destacando diferentes regramentos que recaem sobre cada um, principalmente aqueles protetivos do utilizador *pagador*, reconhecidos como consumidor *strito sensu*.

A pertinência do tema se faz presente na medida em que a Sociedade da Informação é uma realidade que facilita a exploração de bens intelectuais voltados, principalmente, para o uso por parte dos utilizadores, sendo que diferentes estratégias comerciais são utilizadas justamente para atrair a atenção destes. Todavia, na mesma medida em que é incentivado o acesso às obras autorais, as formas como os utilizadores fazem uso destas obras causa o temor dos titulares dos direitos autorais quanto aos limites exercidos por estes utilizadores e consequentes infrações por eles cometidas ao ultrapassar estes limites.

Neste sentido, o estudo busca resgatar as formas de uso lícita das obras, principalmente o que se refere ao uso privado e direito de cópia privada, assim como expor quais usos seriam considerados ilícitos, nomeadamente o fenômeno da pirataria e do excesso ou abuso de cópia privada.

² O presente artigo é oriundo da pesquisa realizada na disciplina de Direito Autorais e Sociedade da Informação, ministrada pelo Prof. José de Oliveira Ascensão, no Mestrado Científico em Direitos Intelectuais da Universidade de Lisboa.

Neste sentido, a Diretiva n.º 2001/29 CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade Informação destaca que “*deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido*”³, indo além ao destacar que limitações e exceções de direitos que venham a ser impostas devem ser refletivas à luz de um novo ambiente eletrônico e as peculiaridades desta nova situação, visando preservar o interesse dos titulares dos direitos autorais e do interesse público. Desta forma, o estudo busca transpor os conceitos de uso privado e cópia privada, garantias dos utilizadores de bens intelectuais, para o ambiente virtual, nesta realidade imposta pela *Internet* que deve ser harmonizada para considerar os limites concedidos aos utilizadores.

Como afirma Menezes Leitão ao referir Lawrence Lessig, “*o comportamento no ciberespaço é essencialmente regulado por quatro factores: o direito (law); as regras sociais (norms), o mercado (market) e a arquitetura técnica do sistema (code)*”⁴, assim, na medida em que se analisa a relação do utilizador com as obras protegidas por direitos autorais, deve-se atentar para as regras jurídicas e sociais, ou seja, o comportamento recorrente dos utilizadores e do mercado, bem como as técnicas do sistema utilizadas para tentar frear comportamentos ilícitos por parte dos utilizadores, procedendo com esta ponderação dos interesses envolvidos.

2. OS UTILIZADORES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Trata-se o utilizador de figura central na Sociedade da

³ Considerando 31 da referida Diretiva.

⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra. Ed. Almedina. 2011. p. 365.

Informação, na medida em que atua de forma *ativa*, *passiva* e, em certos casos, inclusive como *autor*⁵, em maior ou menor escala, na utilização, distribuição ou absorção das informações e das obras protegidas por direitos autorais, objetos do presente estudo.

As obras autorais são criadas como forma de canalização da criatividade do autor, mas também com o intuito de serem “consumidas” por leitores, ouvintes de músicas, apreciadores da arte em geral e, na mesma medida, utilizadores que acessam as obras pela *Internet*. Ao mesmo tempo, a Sociedade da Informação, caracterizada pelo fluxo e troca de informações, alta penetrabilidade e flexibilidade⁶, tem como eixo do seu objetivo proporcionar o acesso ao seu conteúdo por parte do utilizador. Desta forma, é fundamental uma análise destas figuras tão importante nos dois âmbitos de análise, nomeadamente o Direito Autoral e este fato social denominado Sociedade da Informação.

A primeira caracterização possível de se estabelecer sobre os utilizadores é a forma como usufruem dos bens autorais, tanto na forma passiva, ativa e como autor propriamente dito⁷. Neste contexto, Joseph P. Liu descreve o utilizador *passivo* como aquele que adquire e utiliza bens apenas na forma passiva, ou seja, aquele que utiliza com o único e simples intuito de fazer uso da obra. É o caso do utilizador que acessa ou compra determinado livro ou música e apenas lê ou ouve a obra acedida ou adquirida.

Por outro lado, o utilizador como *autor* seria aquele que não somente utiliza a obra, mas, além disso, se influencia para

⁵ Neste sentido LIU. Joseph. P. *Copyright Law's theory of the consumer*. Boston College Law, Research, n. 25, p. 401, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 16/02/2012.

⁶ WERTHEIN, Jorge. *A Sociedade da Informação e Seus Desafios*. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, p. 2000, p. 72.

⁷ LIU. Joseph. P. *utiliza a expressão “consumidor de Direito Autoral” (copyright consumer), mas pode ser estendido ao utilizador na Internet de obras autorais*.

a criação de novas obras. É o caso do utilizador que também é *autor* de suas próprias obras e retém as obras acessadas como fonte de inspiração e influência para criações futuras.

Por fim, nesta categorização, o utilizador *ativo* é aquele que exerce interesses pessoais relativos à autonomia⁸ (capacidade de escolher quando e como a obra será acessada), à comunicação e compartilhamento (faculdade de usar a obra em âmbito privado, por exemplo) e à auto-criação (ato de realizar compilação de obras privadas, por exemplo, cuja ordem e sequência possam caracterizar uma “pequena” criação)⁹.

Muito embora a relevância do utilizador neste contexto, o mesmo sofre uma restrição fundamental no uso dos bens protegidos por direitos intelectuais, visto que são bens exclusivos por natureza¹⁰. Isto ocorre porque o conteúdo dos direitos autorais passa por abranger direitos de natureza patrimonial e pessoal (art. 9, n.1 do CDADC¹¹ e art. 22 da LDA¹²), sendo que os direitos patrimoniais destinam-se a garantir a exploração econômica da obra de forma exclusiva (art. 67, n. 1º e 2º do CDADC), “*fora do âmbito em que a lei prevê a sua utilização livre por terceiros*”¹³, como nos casos de uso privado, espaço justamente que se qualifica o uso lícito das obras por parte dos utilizadores, conforme será explorado no decorrer do trabalho.

Outra forma de categorizar o utilizador e que merece destaque é como *pagador* ou *não pagador*, ou seja, se o utili-

⁸ Joseph P. Liu, na mesma obra, refere que na esfera da autonomia certas vezes a cópia será realizada. Neste sentido, o autor relembra o caso “Betamax” (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)) para demonstrar que o Tribunal reconheceu o *fair use* no ato dos consumidores gravarem os programas e filmes para assistirem depois como forma de demonstrar a autonomia dos mesmos.

⁹ LIU, Joseph. P. *Op.Cit.* p. 11/25.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos do Utilizador de Bens Informáticos* in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra. Ed. Almedina. 2001. p. 23.

¹¹ Código de Direitos Autorais e Direitos Conexos Português

¹² Lei Brasileira de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98)

¹³ LEITÃO. *Op. Cit.* p. 121-122.

zador apenas utiliza obra disponível sem contraprestação financeira ou, por outro lado, deve remunerar o titular da obra utilizada para poder aceder ao seu conteúdo.

Neste contexto, diferentes situações podem ser vislumbradas e direitos conferidos dependendo da categoria do utilizador envolvido. Importante distinguir as categorias dos utilizadores *pagadores* e *não pagadores*, visto que diferentes direitos recaem sobre cada enquadramento, principalmente porque os utilizadores em geral são, antes de mais nada, o público que acessa a rede virtual, enquanto os utilizadores *pagadores* são os consumidores, figuras vulneráveis dentro de certos contextos e que detêm proteção específica.

Os utilizadores *pagadores* são aqueles utilizadores que para terem acesso à obra, seja ela um livro, uma música, uma informação ou, mais atualmente, um aplicativo para seu *tablet*, devem pagar um valor determinado.

Diferentemente do que ocorre com os utilizadores *não pagadores*, esta situação específica em que os utilizadores compram uma obra no ambiente virtual, configura uma relação de consumo e, assim, incidem todas as normas previstas nas bases legais protetivas do consumidor, de modo a gerar a confiança necessária para o consumidor efetivamente consumir no mercado virtual.

Neste aspecto, a incidência das normas de Defesa do Consumidor está restrita ao negócio envolvendo a compra do produto protegido por direitos autorais e a relação comercial estabelecida entre o utilizador *pagador* (consumidor) e o fornecedor, que pode se confundir ou não com o próprio titular dos direitos autorais.

Em que pese esta incidência se limitar à relação do utilizador *pagador* com o fornecedor, merece destaque algumas situações particulares que dizem respeito também à relação com as obras autorais e as formas de acesso na Sociedade da Informação.

A primeira consideração na proteção do utilizador *pagador* (consumidor) diz respeito à condição vulnerável prevista em Lei (expressamente na Lei Brasileira no art. 4, I). Conforme leciona Ascensão, “a ‘*sociedade da informação*’ é uma *sociedade igualitária na aparência. Todos ficaríamos em idênticas condições perante ela, num meio qualificado pela interatividade. Mas essa aparência é facilmente desfeita, quando se confronta a posição dos que instituem o sistema com a dos destinatários. Aí, encontramos antes uma desigualdade profunda*”¹⁴. Inegável que o consumidor em rede tende a conhecer mais o ambiente em que transita e é normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística¹⁵, porém também é inegável que a *Internet* é um imenso mostruário comercial¹⁶, se tornando um ambiente propício para o consumo em escala e, por vezes, não refletido e demasiadamente facilitado¹⁷ em que distorce substancialmente o comportamento econômico dos consumidores¹⁸. Ademais, as informações podem não ser razoavelmente prestadas pelo fornecedor, estando o utilizador *pagador*, ou consumidor, efetivamente em uma situação vulnerável, tanto no aspecto tecnológico, quanto técnico e informacional¹⁹.

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade Digital e o Consumidor in Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra, 2009, p. 123 e segs.

¹⁵ Conforme o considerando 18 da Diretiva n. 2005/29/CE de 11 de maio de 2005.

¹⁶ ASCENSÃO. “*A Sociedade Digital...*”

¹⁷ Exemplo desta facilitação do comércio eletrônico é a tecnologia da compra por um clique, cuja patente é de titularidade da Amazon, também licenciada pela Apple e utilizada na AppleStore. Esta tecnologia propicia que determinado artigo (um livro digital ou um aplicativo, por exemplo) seja adquirido sem a necessidade do preenchimento de formulários e confirmações de crédito, sendo os mesmos pré-cadastrados e não havendo a necessidade de confirmações da compra, de modo a não permitir o arrependimento instantâneo do consumidor ao visualizar o objeto e os termos da compra.

¹⁸ Art. 2º, “e” da Diretiva n. 2005/29/CE.

¹⁹ Acerca da questão envolvendo a vulnerabilidade do consumidor, vide MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. Tratando de uma condição de vulnerabilidade psíquica e fisiológica gerada, principalmente, pela

Entre tantas questões que dizem respeito à incidência das leis protetivas dos consumidores em ambiente virtual, o direito de arrependimento²⁰ também merece referência. Ocorre que a problemática se agrava com as compras de bens pela *Internet* de produtos não-corpóreos (por exemplo, livros digitais, cd's em formato *mp3* e aplicativos de *tablets*) que podem ser consumidos no exato momento da compra e, cuja cópia é relativamente simples de realizar (nesta questão existiriam dispositivos de proteção contra a cópia, porém serão abordados a seguir quando for tratada a matéria referente à cópia privada). A LDA estabelece no seu art. 49 um prazo de 7 dias para o arrependimento do consumidor que adquire bens fora do estabelecimento comercial, citando a compra por telefone ou a domicílio. Neste aspecto entende-se que a compra pela *Internet* também estaria enquadrada nesta proteção, podendo o utilizador *pagador* devolver o bem adquirido. A Diretiva n. 2011/83/EU relativa aos direitos dos consumidores prevê, no seu art. 9º e seguintes, o direito de arrependimento a ser exercido no prazo de 14 dias contatos da assinatura do contrato ou efetivação da compra do bem. Ocorre que a referida Diretiva Europeia prevê no art. 16 uma situação que excepciona tal direito, qual seja: “*m) ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o*

consumo massificado e conhecimento da ‘arquitetura’ nervosa dos seres humanos utilizada a favor do consumo, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre. Ed. Síntese. 1999.

²⁰ Se o arrependimento decorrer da falha na introdução de dados na compra do bem, a Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico na sociedade da informação prevê no seu art. 11, 2, que os Estados-Membros assegurarão que “*o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda*”. Neste sentido, importa referir novamente a tecnologia da compra por um clique de titularidade da Amazon que, embora facilite o procedimento da compra, cria dificuldades para este tipo de medida de proteção do interesse dos consumidores justamente por não prever qualquer confirmação e apresentação dos dados e condições da compra antes de efetivada.

consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que este modo perde o direito de retratação”. Assim, justamente nos casos em que o utilizador *pagador* adquire bens autorais e que podem ser “consumidos” na efetivação da compra, a Diretiva deixa de conceder a possibilidade do utilizar exercer seu direito de arrependimento²¹. A presunção que se verifica é a de que o utilizador realizaria a cópia privada, motivo pelo qual não se justifica o arrependimento; ocorre, porém, que tal presunção não é absoluta e o Direito do Consumidor vem justamente em socorro destes nestas situações, principalmente por existirem tecnologias capazes de remover tais arquivos dos *tablets*²². Desta forma, um direito basilar do consumidor vulnerável, principalmente na compra pela *Internet*, deixa de ser reconhecido pela presunção de cópia realizada da obra e continuidade de uso mesmo após o arrependimento.

Além destas questões acima referidas, outras poderiam ser abordadas, como questões envolvendo direito de garantia, por exemplo; porém, tratam-se de questões acessórias ao presente estudo e se justificam apenas como forma de ilustrar a figura do utilizador e seus direitos.

No que se refere aos utilizadores *não pagadores*, por sua vez, aqueles que fazem uso de obras autorais disponibilizadas gratuitamente pela *Internet*, a princípio não gozam de cer-

²¹ Alguns sítios de vendas *online*, nomeadamente os maiores na atualidade, como a Amazon e a Apple Store, tem políticas de arrependimento próprias e concedem alguns direitos agora retirados pela Diretiva 2011/83/EU, principalmente aqueles que se referem aos bens não materializáveis. Na Amazon, por exemplo, o direito pode ser exercido em 7 dias no caso de livros digitais, momento no qual o livro não fica mais acessível ao usuário pelo Kindle; a Apple Store tem uma política diferente e limitada, visto que só concede a devolução do valor mediante um “*valid reason*”, como por exemplo adquirir um aplicativo de iPhone incompatível com o iPad.

²² A Amazon, por exemplo, dispõe de uma política de arrependimento e no caso do exercício do arrependimento por parte dos utilizadores, após estes preencherem o formulário disponibilizado pela empresa, o produto (geralmente um livro digital) é prontamente removido do dispositivo do usuário e o mesmo é ressarcido. Desta forma, é possível presumir que já existe tecnologia capaz de remover os arquivos adquiridos, não se justificando a presunção aplicada contra o utilizador.

tas proteções próprias dos *pagadores*, principalmente porque não se estabeleceu o consumo propriamente dito (relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor), de modo que questões envolvendo a qualidade²³ do produto não podem ser reclamadas.

Superadas estas questões envolvendo a figura do utilizador, cumpre expor os limites concedidos aos utilizadores, com ênfase na questão do uso privado da obra, assim como os casos de usos ilícitos praticados pelos mesmos.

3. O USO LÍCITO DAS OBRAS NA *INTERNET*

Os utilizadores, ao fazerem uso de obras intelectuais no ambiente virtual, podem utilizá-las de forma lícita ou não, sendo a ilicitude um problema frequente que tem razões sociológicas que parcialmente justificam este modo de agir. A realidade é que a *Internet* tende a ser vista como um ambiente sem leis e que qualquer uso das obras lá disponibilizadas é aceito. Ocorre que tal afirmativa não é correta e os utilizadores dispõem de certas prerrogativas que garantem o uso lícito das obras e que devem ser observadas.

Na seara do uso lícito das obras por parte dos utilizadores, duas situações distintas podem ser identificadas. A primeira corresponde ao uso realizado pelos utilizadores sobre o bem corpóreo, materializado, cuja obra protegida por direitos autorais é exteriorizada e cujo aproveitamento econômico da obra foi respeitado, sendo o conceito da *exaustão de direitos* o balizador desta relação; enquanto no âmbito da proteção autoral é possível se identificar limites e exceções aos direitos autorais, como o uso privado e a conseqüente cópia privada, o direito de citação e outros, sendo o uso e a cópia privada analisados logo

²³ A qualidade aqui referida é a qualidade material do suporte, nos casos em que a imagem, áudio, etc. estejam em qualidade inferior ao esperado. A qualidade da obra no sentido de ser boa ou ruim não abriria margem de discussão nem na hipótese dos utilizadores *pagadores* e nem naquelas envolvendo os *não pagadores*.

a seguir.

Como já referido anteriormente, a afetação do direito autoral passa por uma esfera pessoal e outra patrimonial, sendo o núcleo do direito patrimonial constituído pelo exclusivo de exploração econômica²⁴. Cumprindo esta finalidade de aproveitamento econômico da obra se insere o uso lícito dos utilizadores das obras protegidas por direitos autorais, seja pelo reconhecido ganho dos titulares dos direitos, seja pelos limites e exceções previstos em lei.

No que se refere aos limites e exceções aos direitos autorais, o presente artigo apresenta os limites ao *uso privado* e a *cópia privada* como formas de uso lícito da obra por parte do utilizador, embora outros limites pudessem ser aproveitados pelos utilizadores indiretamente, nomeadamente o direito de citação, tradução e usos para fins de promoção do ensino, cultura, informação pública, garantia de condições de acessibilidade, etc.; porém, de modo a qualificar o trabalho e centrar no uso lícito realizado de forma direta por parte dos utilizadores, apenas o uso privado e a cópia privada serão objeto de estudo.

3.1 A EXAUSTÃO DE DIREITOS

A primeira questão envolvendo o uso lícito da obra por parte dos utilizadores diz respeito ao aproveitamento da obra materializada após efetivada a compra do bem e remunerado o titular dos direitos autorais. Para iniciar a tratar da questão da exaustão dos direitos, primeiro faz-se necessário passar pela distinção da obra intelectual e do seu suporte.

Conforme dispõe o art. 10, n. 2 do CDADC, “*o fabricante e o adquirente dos suportes referidos no número anterior não gozam de quaisquer poderes compreendidos no direito de autor*”. Desta norma em conjunto com o n.1 do referido artigo

²⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos conexos*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 199.

depreendem-se três princípios fundamentais: “a) o direito de autor não depende da existência de suporte material; b) o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor; e c) o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar”²⁵.

Pois bem, estabelecidas estas premissas necessárias, é possível determinar a doutrina da exaustão dos direitos autorais como aquela em que deixam de existir direitos exclusivos sobre o *corpus mechanicum* uma vez que o detentor do direito tenha obtido o proveito econômico da exclusividade²⁶ por meio da venda do produto protegido por direitos autorais, por exemplo, só lhe restando o poder de proibir a cópia de tal suporte por terceiro e, inclusive, por parte do próprio comprador. Denis Borges Barbosa²⁷ acrescenta que:

“Uma vez efetivada a venda e o preço pago, o direito autoral ou a patente, como direito artificial de excluir o que não o é naturalmente, cumpriu seu papel de assegurar retorno ao investimento. O balanço constitucional de interesses foi cumprido e a equação da justice alcançada.

O nascimento de técnicas de reprodução fáceis aos consumidores, que permite aos compradores copiar o corpus mechanicum sem limites acaba com tal equação.”

Desta forma, a teoria da exaustão dos direitos afeta o uso da obra na medida em que delimita os direitos do utilizador e do titular dos direitos autorais sobre a obra intelectual adquirida. Ademais, a teoria da exaustão dos direitos não amplia os direitos do autor sobre o suporte físico que exterioriza a obra, no caso da obra em ambiente virtual, o arquivo contendo a obra autoral, de modo que o uso privado de tais obras é lícito por parte do comprador, como a reprodução em ambiente domiciliar ou restrito, o empréstimo sem a finalidade de lucro, etc.

²⁵ LEITÃO. *Op. Cit.*, p. 72-73.

²⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral* – Disponível em 16/02/2012 em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf.

²⁷ BARBOSA, *Idem*. P. 1

3.2 O USO E A CÓPIA PRIVADA DA OBRA

Os direitos autorais também comportam utilizações livres, de modo a autorizar certos usos da obra autoral pelo utilizador. Tais utilizações livres tem por objeto “*a conciliação de interesses públicos e privados, de regras de cultura com preocupações de remuneração do autor e assim por diante*”²⁸, estabelecendo limites que só atingem praticamente o direito de exploração econômica da obra.

A técnica utilizada para o estabelecimento de limites e exceções encontra-se amplamente legislada através da Convenção de Berna (art. 9, n.º 2), no ADPIC/TRIPS (art. 13), no Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor (art. 10, n.º 2) e sobre interpretações ou execuções e fonogramas (art. 16, n.º 2), assim com pela Diretiva 2001/29/CE (art. 5, n.º 5) e pelo ordenamento nacional (art. 75, n.º 4 do CDADC e art. 46, VII²⁹ da LDA) através da chamada *Regra dos Três Passos*³⁰.

A referida *regra* estabelece que os limites e exceções devam considerar três pressupostos, quais sejam: *a) admissão apenas em casos especiais, b) não podem prejudicar a exploração normal da obra*³¹ e *c) não podem causar prejuízo injusti-*

²⁸ ASCENSÃO. “*Direito de Autor...*”, p. 216.

²⁹ Regula a *Regra dos Três Passos* no mesmo dispositivo legal que enumera a cópia privada como limitação de Direitos Autorais.

³⁰ Nos sistemas da *Common Law* esta regra decorre da cláusula da *fair use*. Neste sentido ADOLFO, Gonzaga. *Obras privadas, benefícios coletivos. A dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2008.

³¹ Em regra, seria a exploração econômica da obra, mas não sendo necessário o efetivo aproveitamento econômico, bastando haver potencial para alcançar este fim. ASCENSÃO assim se manifesta acerca da matéria: “*A lei actual toma pois uma posição tendencial, de indiferenciação em relação ao intuito lucrativo. Em princípio, todas as formas de utilização pelas quais se poderia realizar a exploração são vedadas, sem consentimento do autor. Parte-se do princípio que a exploração econômica da obra se faz através da apresentação pública desta, no sentido de que qualquer apresentação pública atinge potencialmente os proventos que da obra pode resultar*”.

ficado aos legítimos interesses do autor, sendo estes os elementos balizadores de regra geral na análise da aplicação dos limites e exceções. Desta forma, a determinação de limites e exceções aos direitos autorais deve ser submetida à *regra dos três passos* e devem também superar estes pressupostos para sua configuração.

Considerando que o presente estudo transporta a utilização de obras por parte dos utilizadores no ambiente em rede, é importante vislumbrar os usos realizados e a possível afetação da exploração normal da obra em espaço virtual sem o devido controle, devendo a *regra dos três passos* ser ponderada mediante esta realidade. Neste sentido, a Diretiva n. 2001/29/CE, no seu *considerando 31*, já destaca que em termos de limitações e exceções, certos atos sujeitos a restrição tem efeito negativo no funcionamento do direito de autor e conexos, tendo em vista o desenvolvimento da exploração das obras através de um ambiente sem fronteiras.

Finalmente, superadas estas questões preambulares referentes à interpretação das limitações legais aos direitos autorais, cumpre tratar da limitação de uso e cópia privada da obra, dentre tantas outras, principalmente por ser esta limitação aquela que mais se aproxima da realidade dos utilizadores.

O primeiro uso livre da obra autoral é o uso privado (art. 75, 2, “a”, art. 81, “b” e art. 108, 2, *no caso de representação*, do CDADC). A justificativa que circunda esta limitação é o princípio geral de liberdade que assenta todo o regime da utilização das criações intelectuais³², ainda que esteja sofrendo um processo de erosão sucessiva, sem contar setores que já foram absorvidos pelo exclusivo, como na utilização de pro-

³² VICENTE, Dário Moura. *Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan – Ac. do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21.10.2010, Proc. C-467/08 in* Cadernos de Direito Privado, n. 36, out/dez 2011, p.22 e segs.

gramas de computador³³.

A ideia básica surge na garantia do utilizador, pagador ou não, poder fazer uso privado da obra sem prejudicar a normal exploração da mesma. A realidade é que uma vez a obra tenha sido tornada pública, qualquer um tem o direito de utilizá-la (assobiar a música na rua, desenhar uma estátua ou recitar um poema), assim o direito do autor não se distingue do que faz qualquer outro; assegurando, porém, a prerrogativa de excluir que os outros utilizem publicamente sem autorização³⁴.

Ocorre que o conceito de uso privado, imaginado em ambiente restrito, ultrapassa fronteiras através da *Internet*. Assim, a reprodução de obras em espaços virtuais, ainda que tenham o intuito privado, devem considerar a dimensão propiciada pelo acesso, preservando ao autor o direito exclusivo de disponibilizar e distribuir a obra em rede, conforme art. 3º, n. 1 e 2 e art. 4º da Diretiva 2001/29/CE. Porém, assim como ocorre em meio analógico, a faculdade de prever limitações à exclusividade do autor na reprodução da obra via *Internet* encontra guarida no art. 5º, n. 2, “b” e “c” para os casos de uso privado, assim como outras situações como as reproduções praticadas por bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus, desde que não obtenham vantagem econômica.

Desta forma, os utilizadores, independente de sua categoria, ao fazerem uso de uma obra autoral através da *Internet*, permanecem dispendo da prerrogativa do uso privado da obra; sendo que apenas a dimensão do uso privado que deve ser realmente analisada de modo a se definir se de fato tal utilização constitui um uso privado ou, por outro lado, tendo em vista a abrangência da circulação da obra pela *Internet*, esta estaria ultrapassando tais limites e superando o uso privado, devendo

³³ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Dispositivos tecnológicos de proteção, direitos de acesso e uso dos bens in* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 119.

³⁴ ASCENSÃO. “*Direito de Autor...*”, p. 199.

ser impedida em tais hipóteses. Apenas como forma de reflexão sobre casos envolvendo o uso privado de uma obra, é possível imaginar a reprodução de determinada obra em um *blog*. Enquanto o *blog* tiver um acesso controlado por parte do utilizador, é possível enquadrar tal uso como privado, porém nos casos de *blogs* “abertos” e com acesso facilitado, de acordo com a Regra dos Três Passos, este uso poderia afetar a exploração normal da obra. Da mesma forma, é possível analisar a conduta do utilizador que realiza *downloads* de arquivos contendo reproduções de obras autorais evidentemente ilícitas, porém tal conduta será analisada no próximo capítulo ao tratar do uso ilícito das obras na *Internet*.

Outra forma de uso privado da obra é o direito do utilizador de realizar uma cópia privada da obra. Tal medida visa, entre outros motivos, preservar o seu direito de liberdade individual de fazer uso de uma obra adquirida.

O tema é controverso e já foi/é objeto de diferentes medidas para controlar e limitar estas cópias, tais como medidas tecnológicas de proteção, cobrança de retribuição equitativa e até limitação à cópia de pequenos trechos³⁵. Porém, trata-se de um direito reconhecido e vigente³⁶.

A problemática se acentuou com o advento da *Internet* e o temor que a cópia privada perdesse o controle em ambiente tão abrangente e de fácil acesso foi grande. GONÇALVES se manifesta acerca do tema com importante contribuição e apresenta a solução encontrada:

“Menção particular, neste aspecto, deve ser feita para a có-

³⁵ Tratamento conferido pela legislação Brasileira (Lei n. 9.610/98) que praticamente esvaziou a prerrogativa da cópia privada, tendo em vista não ser razoável a medida impingida, tanto pelo fato de limitar uma prerrogativa do utilizador, como porque a cópia privada, em certos casos, como no *backup*, por exemplo, necessita ser realizada na totalidade da obra.

³⁶ A questão envolvendo a cópia, mesmo que privada, de programas de computador foge ao escopo do presente estudo, mas acerca da matéria vide PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra. Coimbra Editora. Stvdia Ivridica. 2001. p. 505/527.

pia privada. Quando muitos analistas e cultores de uma espécie de 'profecia da desgraça' defendiam a proibição, no ambiente digital, da manutenção da cópia privada, com a alegação da existência da proliferação ilegítima e incontrolável de reproduções não autorizadas, eis que a União Europeia adopta uma solução razoável e com um sentido, cultural e civilizacional, inegável.

A cópia privada é mantida no ambiente digital, em homenagem ao princípio da 'neutralidade da tecnologia'.

Constituiria uma grave lesão nos hábitos culturais dos cidadãos impedir a fruição por estes, nas redes digitais, da reprodução das obras, para fins exclusivamente privados, domésticos e familiares. A admissão da proibição legal da cópia privada consistiria, no ambiente digital, uma autêntica regressão no exercício de liberdades tidas hodiernamente por fundamentais, há muito enraizadas na vida e nos hábitos culturais das pessoas. A admissão da cópia privada não é porém feita de um modo irrestrito e leviano. Ela deverá ter em conta a qualidade e o grau de aplicação das medidas tecnológicas aptas a controlar as utilizações dos bens intelectuais protegidos, bem como ser acompanhada pela institucionalização de uma 'remuneração equitativa', a favor dos titulares dos direitos, em ordem a compensá-los dos prejuízos econômicos sofridos com a existência do procedimento. Essa remuneração deverá incidir sobre, pelo menos, os suportes digitais.³⁷

Ocorre que, na prática, de modo a tentar ter um controle efetivo sobre a obra e frear o uso privado destas que, em certos casos, ultrapassam o limite do razoável e não mais configura um uso privado³⁸, o desenvolvimento tecnológico propiciou aos titulares dos direitos autorais, na maioria dos casos, a indústria,

³⁷ GONÇALVES, Nuno. *A União Europeia – A Propriedade Intelectual e a Sociedade da Informação*. Revista da ABPI. N.º 57. Mar-Abr/2002. P. 32.

³⁸ Caso, por exemplo, do *upload* de obras protegidas por direitos autorais para o compartilhamento em sítios específicos para esta finalidade ou ainda para sítios que disponibilizam obras reproduzidas sem autorização para *download* por parte de outros utilizadores mediante remuneração direta (assinatura mensal para acesso ao conteúdo do sítio) ou indireta através de anúncios pagos por terceiros.

incluir dispositivos tecnológicos de proteção e DRM's³⁹ com o intuito de controlar o acesso, determinar o uso, proteger a integridade e contabilizar a quantidade de vezes que se teve acesso as obras⁴⁰⁻⁴¹⁻⁴². Tais controles são garantias legais dos titulares dos direitos autorais, porém, em certos casos, podem prejudicar o uso livre das obras dentro dos limites e exceções legais estipulados⁴³, sendo porém garantido aos Estados-Membros tomar medidas adequadas para assegurar que os titulares de direitos coloquem à disposição dos utilizadores beneficiários os meios que lhe permitam se beneficiar destas limitações ou exceções (cfe. Art. 6º, n. 4 da Diretiva)⁴⁴. A referência a tais dispositivos tecnológicos de proteção é devida no contexto do presente estudo justamente porque se estendem aos domínios da obra licitamente adquire e porque podem causar embaraços ao uso da referida obra, interferindo na esfera de liberdade dos utilizadores.

Outro aspecto referente ao direito de cópia privada da obra é que, muito embora seja livre por parte do utilizador, não deixa de ser remunerado por uma retribuição equitativa prevista nos arts. 76, 1 e 82 do CDADC e art. 5º, 2 da Diretiva 2001/29/CE. Neste aspecto, a Diretiva 2001/29/CE estabelece no seu considerando 38 a necessidade de analisar e ponderar as

³⁹ Sigla reconhecida para “Digital Rights Managements”.

⁴⁰ LEITÃO. *Op. Cit.*, p. 366.

⁴¹ Sem adentrar em questões relevantes que dizem respeito à privacidade e sigilo das informações que poderiam ser violadas através destes dispositivos tecnológicos de proteção.

⁴² Acerca das mais variadas medidas tecnológicas de proteção, vide AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital*. Cascais. Ed. Princípiã. 2004. p. 144/154.

⁴³ Tanto a cópia privada pode ser restringida, como o acesso dependendo da região em que se adquire, como inclusive danos aos equipamentos podem ser impingidos dependendo do dispositivo agregado, sendo ambas restrições que prejudicam de sobremaneira o uso lícito da obra por parte dos utilizadores.

⁴⁴ Neste sentido, Ascensão destaca que a norma é limitada, na medida que esta faculdade, na prática, não se aplica a todas restrições *in ASCENSÃO*. “*Dispositivos tecnológicos...*”, p. 115.

diferenças entre a cópia privada analógica e a cópia privada digital, devendo ser levada em conta as distinções e o impacto econômico gerado por ambos os usos. A primeira análise realizada dentro desta questão e da relação com os utilizadores das obras autorais é que não são estes os responsáveis por arcar diretamente com os custos de tal retribuição⁴⁵. Todavia, é inegável que o valor suportado pelo fornecedor à título de retribuição por direitos autorais é agregado na cadeia dos produtos disponibilizados aos consumidores em geral⁴⁶, sendo, no final das contas, os próprios utilizadores de bens autorais em rede responsáveis por arcar com estes custos.

Na realidade brasileira acerca da cópia privada, onde a legislação apresentou o controverso conceito de “pequenos trechos”⁴⁷, limitando a aplicação da norma, a retribuição equitativa presente na Diretiva Europeia poderia ter sido a garantia de um direito de cópia privada “real” para o utilizador, porém ainda que fizesse parte do projeto de lei que gerou a atual Lei dos Direitos Autorais Brasileira – Lei n.º 9.610/98 – tal dispositivo foi rejeito em sessão plenária da Câmara dos Deputa-

⁴⁵ A retribuição equitativa prevista no ordenamento jurídico pode tomar diversas formas, inclusive através do pagamento direto realizado pelo utilizador (vide julgado C-162/10 do Tribunal de Justiça da União Européia de 15 de março de 2012 que definiu o operador hoteleiro como “utilizador” quando disponibiliza acesso a bens autorais nos quartos e o dever de remunerar equitativamente o titular dos direitos autorais), porém no presente estudo o conceito de utilizador é limitado aos utilizadores via *Internet*, sendo a retribuição equitativa através do “taxamento” dos equipamentos passíveis de gerarem a cópia privada, o principal exemplo que afeta indiretamente o utilizador.

⁴⁶ O utilizador que adquire bens autorais e faz uso da cópia privada não é necessariamente o consumidor que adquire os produtos cobrados como retribuição equitativa (por exemplo, das fotocopiadoras, *pen drives*, etc.), porém na cadeia de produção, em determinado momento os utilizadores das obras serão potencialmente consumidores dos bens que arcam com a retribuição equitativa, de modo que é inegável que tal retribuição afeta a figura dos utilizadores.

⁴⁷ Lei 9610/98. Art. 46. Não se constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro.

dos⁴⁸.

Ainda no que se refere à retribuição equitativa, a jurisprudência do Tribunal Europeu trouxe outros elementos à análise da figura do utilizador dos bens autorais. Primeiramente, confirmou a opção do Estado por um sistema de “taxa” sobre os equipamentos, aparelhos e materiais de reprodução digital passíveis de gerar a reprodução privada, como já referido, mas também trabalhou o conceito de presunção de cópia privada pelos utilizadores dos bens intelectuais, ou seja, não sendo necessário que o utilizador tenha efetivamente realizado a cópia privada para que o produto-meio seja passível de gerar uma responsabilidade à título de retribuição equitativa, bastando a disponibilização de produtos-meios que possibilitam a cópia privada para se presumir que os utilizadores vão utilizá-los com este fim⁴⁹.

Com foco na Sociedade da Informação e *Internet*, é de se presumir que futuramente outros produtos que possibilitam a cópia privada possam vir a ser “taxados”. Produtos informáticos como *pen-drives* e impressoras já estão incluídos nesta categoria, mas é possível que tecnologias como armazenamento de dados em nuvem ainda possam gerar debates.

O importante é que dentro das utilizações lícitas das obras autorais pelo utilizador, o conceito de uso privado e suas prerrogativas de cópia privada sejam preservadas. As iniciativas dos organismos de gestão coletivas ou dos próprios titulares dos direitos autorais no sentido de resguardar suas obras e salvaguardar seus direitos são válidas, porém devem considerar os limites estabelecidos à estes direitos.

José de Oliveira Ascensão reflete que o tratamento da

⁴⁸ Neste sentido, vide NETTO, José Carlos Costa. *Direitos Autorais sobre as Obras Musicais na Era Digital*. Revista da ABAPI. N.º 53. Jul-Ago/2001. P. 40/43.

⁴⁹ Analisando o caso Padawan com profundidade indicamos: VICENTE, Dário Moura. *Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan – Ac. do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21.10.2010, Proc. C-467/08* in Cadernos de Direito Privado, n. 36, out/dez 2011, p.22 e segs.

utilização livre das obras deve passar pela compreensão de que o paradigma da autorização individual e prévia do autor em cada utilização da obra perde o sentido, na maioria dos casos, devendo se ampliar os casos de dispensa de autorização prévia e, na mesma medida, ampliar o princípio da obrigação de remuneração do autor em casos de utilização livre, com exceção dos casos em que tal medida se justifique⁵⁰. A justificativa para tal entendimento reside justamente na premissa de que após disponibilizada a obra ao público, o uso da mesma deve ser incentivado, na medida em que proporciona o acesso à informação e a cultura, sendo porém resguardado ao titular dos direitos autorais o direito a remuneração nos casos devidos como forma de reconhecimento ao trabalho e incentivo à produção.

4. O USO ILÍCITO DAS OBRAS NA *INTERNET*

Outra realidade presente envolvendo o uso de obras protegidas por direitos autorais é a própria ilicitude perpetrada, principalmente pela facilidade gerada e pelo sentimento de legalidade dos acessos no ambiente em rede.

A Diretiva 2001/29/CE ao harmonizar certos aspectos de direitos de autor na sociedade da informação, muito embora reconheça a necessidade de apoiar a difusão cultural e educacional, expressa que tais objetivos não devam ser alcançados tolerando formas ilegais de distribuição de obras de contrafação ou pirataria (cfe. *Considerando* n.º 22).

É possível analisar a violação de direitos autorais na *Internet* sob diversos prismas. Tendo em vista que o objetivo do presente estudo é analisar a relação direta entre os utilizadores e os Direitos Autorais, nota-se que as questões centrais nesta esfera estão relacionadas à análise do fenômeno da pirataria e a limitação ou abuso do uso privado da obra, mormente nos casos em que os utilizadores extrapolam eventual uso privado,

⁵⁰ ASCENSÃO. “Direito de Autor...”, p. 224/225.

podendo ou não tal ato ser configurado como ilícito.

4.1 O FENÔMENO DA PIRATARIA

A Pirataria na *Internet* é uma prática ilícita de disponibilização e reprodução de bens protegidos sem a autorização do titular dos direitos autorais em ambiente virtual com a finalidade de lucro. É uma prática que traz reflexos, não somente jurídicos, mas também econômicos e sociais.

O presente estudo não tem por finalidade trazer dados econômicos e sociológicos para o problema da pirataria, visto que questões como desemprego, redução no recolhimento de tributos por parte do Estado, segurança da rede em decorrência de vírus que são introduzidos através de arquivos digitais, etc. são amplamente divulgados. Na verdade, apenas uma reflexão econômica e sociológica merece referência como justificativa parcial para os atos de pirataria perpetrados por parte dos utilizadores.

Primeiramente, aspectos financeiros podem ser apontados para a realização de tais atos, tendo em vista os elevados custos suportados pelos utilizadores para obtenção de certos bens protegidos por direitos autorais, como é o caso de softwares que ultrapassam a casa dos milhares de euros/reais. Todavia, a justificativa econômica, ainda que relevante, não parece ser a principal por parte dos utilizadores infratores.

A primeira questão sociológica que surge é a ausência de uma consciência da ilicitude. A cada nova geração de utilizadores que surge, é menor a consciência de estar cometendo algum ilícito ao reproduzir e/ou compartilhar arquivos protegidos. Além disso, a comodidade de ter todos os bens facilmente acessíveis e em grande variedade, impulsionam esta utilização desenfreada que agrava a problemática da pirataria.

A indústria já vem trabalhando com formas de estancar tais atos, seja através dos dispositivos tecnológicos de proteção,

seja através de formas de facilitar o acesso aos bens de consumo de forma lícita⁵¹ ou, seja trabalhando na divulgação de sua obra e obtendo o retorno financeiro através de outras práticas alternativas⁵².

A realidade é que a pirataria, ainda que encontre justificativas parciais, segue sendo um ilícito e como tal deve ser discutido, analisado e, por fim, enquanto outra solução não for encontrada, combatido. Os utilizadores são, porém, apenas um elo desta cadeia. É verdade que têm uma participação relevante na medida em que são os destinatários das obras, porém existe toda uma rede organizada que lucra com a venda de produtos piratas que parecem ser os principais interessados em dar continuidade nesta prática.

A solução, por sua vez, passa justamente pela ponderação de interesses dos utilizadores e titulares dos direitos autorais, como tratado por Helenara Braga Avancini:

*“De qualquer sorte, é essencial a busca de um equilíbrio, para conciliar os interesses dos usuários/consumidores e dos autores e/ou titulares de direito/fornecedores, para que os primeiros possam aceder às obras por um preço razoável, e os segundos sejam remunerados pela criação e investimento cultural e, com este ajuste, a pirataria perderá a sua força e espaço, deixando vivos os princípios constitucionais de proteção ao consumidor, ao autor, à informação, à educação, à liberdade de expressão e à cultura.”*⁵³

⁵¹ O exemplo da Apple Store que havia sido referido com uma crítica pela facilidade de acesso e consumo, quando analisado sob a perspectiva da vulnerabilidade do consumidor, agora apresenta um lado positivo na medida em que desburocratiza o acesso e permite ao utilizador *pagador* adquirir bens autorais de forma facilitada.

⁵² Diversas experiências no caso da música, onde artistas já disponibilizam gratuitamente suas obras na expectativa de um retorno financeiro através de shows, ou, como no caso específico da banda Radiohead que disponibilizou sua obra para os consumidores mediante o pagamento da quantia que o consumidor entendesse como adequada.

⁵³ AVANCINI, Helenara Braga. *O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor*. Tese de Doutorado. PUCRS. 2009. P. 287.

É inegável que a conciliação das partes interessadas – titulares dos direitos autorais e consumidores – é benéfica para ambos. Aqueles que praticam atos de pirataria com claro intuito de lucro não tem interesse nesta busca pelo equilíbrio, mas os consumidores certamente têm interesse em adquirir produtos originais com preços e condições favoráveis, assim como os titulares dos direitos autorais têm interesse na mais ampla divulgação de suas obras, porém com o esperado retorno financeiro, de modo que esta busca pela composição deve ser um objetivo comum.

4.2 O EXCESSO OU ABUSO DE USO PRIVADO

Inicialmente, é importante fazer uma referência à expressão “Excesso ou Abuso de Uso Privado” apresentada no título do presente sub-capítulo. O uso privado é uma limitação ao direito do autor prevista desde a Convenção de Berna e que acompanha as principais legislações, porém está condicionado ao preenchimento da *Regra dos Três Passos*, como abordado no item 3.2. Diante da negativa de qualquer dos requisitos da referida *regra*, a prerrogativa do uso privado ao utilizador não é reconhecida, de modo que não seria necessariamente um *excesso* ou *abuso*, tendo em vista a inexistência do referido direito; porém é mantida tal expressão apenas como exercício para os casos em que os utilizadores extrapolam tais direitos em ambiente virtual, estando sujeitos as vicissitudes da rede com certo despreparo.

Neste sentido, o surgimento do espaço digital exacerbou dificuldades e conflitos na ponderação dos interesses públicos e privados no que se refere aos limites impostos aos direitos autorais, nomeadamente, o uso e a cópia privada das obras, como bem aponta Patrícia Akester:

“Ainda antes do aparecimento da tecnologia digital, a tensão entre os interesses dos autores e os do público tornava árdua a tarefa de sustentar esta harmonia. O surgimento do digital

veio exacerbar as dificuldades de manutenção do referido equilíbrio, daí advindo problemas para os autores e para o público em geral.

Na perspectiva dos autores e dos editores, o problema reside no facto de o tipo de cópia possibilitada pela tecnologia digital implicar restrições anómalas aos direitos dos autores: qualquer utilizador munido de um computador e de uma ligação à Internet pode reproduzir, comunicar, adaptar e distribuir obras assim modificadas de forma quase instantânea.

Assim, a extrapolação para o campo do digital de restrições criadas antes do aparecimento desta tecnologia pode conduzir a usos que prejudicam a exploração normal da obra, causando um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.”⁵⁴

Dois aspectos merecem referência ao tratar da prerrogativa de uso privado na disponibilização e obtenção de cópias de produtos (sejam livros digitais, músicas em formato *mp3* ou qualquer outro formato, filmes, etc.) através da *Internet*.

A primeira situação é aquela em que o utilizador adquire licitamente em formato analógico, ou mesmo digital, determinado produto protegido por direitos autorais e goza do direito de realizar uma cópia privada. Tal cópia privada, quando realizada em ambiente em nuvem para fins de *backup*, ou mesmo quando se tratar de um uso privado na *Internet* para compartilhamento de dados, porém em espaço restrito e protegido⁵⁵ através de senha ou necessidade de cadastro e aceitação prévia, por exemplo, devem ser consideradas de fato privadas. Porém o uso de determinada obra através de sua publicação ou reprodução, por exemplo, sem as devidas precauções na *Internet* parece, em certa medida, prejudicar a exploração normal da obra e possibilitar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor, extrapolando a prerrogativa de uso lícito da obra fundamentada no uso privado. Note-se que tal caso se

⁵⁴ AKESTER. *Op. Cit.*, p. 120.

⁵⁵ Ignorando questões acerca da segurança das informações e efetiva proteção do material disponibilizado e considerando que a cópia privada tenha seu acesso adequadamente administrado conforme interesse do utilizador.

caracteriza por ser aplicado em um ambiente sem fronteiras, como é o caso da *Internet*, onde o uso privado, se não controlado, passa a ser global.

Outra situação observada envolvendo o uso privado da obra diz respeito à cópia realizada de obras protegidas por direitos autorais e que são disponibilizadas de forma ilícita⁵⁶ através da *Internet*. A referência ao uso privado como forma de afastar a ilicitude dos atos dos utilizadores em reproduzirem e/ou copiarem bens protegidos na *Internet* é indevida, ainda que recorrente, tendo em vista estar calcada sobre um ilícito. Assim, o uso ou cópia privada, como limitação dos direitos autorais interpretado a partir da regra dos três passos, só se justifica sobre aquele bem licitamente adquirido, de modo que este entendimento não se sustenta, uma vez que, além de configurar uma vantagem econômica indireta, pode afetar a exploração regular da obra ao reproduzir, e neste sentido incentivar, a obra ilicitamente disponibilizada.

Como já exposto no subcapítulo 3.2, a limitação do *uso e cópia privada da obra* reconhece certos usos desta por parte dos utilizadores, mormente aqueles realizados em âmbito privado e que preencham a *regra dos três passos*. Tratando-se das utilizações supostamente privadas das obras, a Diretiva 2001/29/CE reconhece que a reprodução em ambiente virtual é um direito exclusivo dos titulares dos direitos autorais de colocarem à disposição do público obras ou qualquer outro material protegido no âmbito da *internet* (cfe. *Considerando 25*).

Neste aspecto, o uso privado de reprodução não se estende à *Internet*, principalmente pelo fato da *Internet* ser um

⁵⁶ Trata-se apenas das obras disponibilizadas de forma ilícita, ou seja, sem autorização do titular dos direitos autorais, principalmente porque as obras disponibilizadas pelos próprios titulares dos direitos autorais podem, e na verdade é de interesse do titular, que sejam acessadas, reproduzidas e compartilhadas, dependendo da expressa vontade do autor. Tal situação é cada vez mais comum no mercado musical, onde muitos artistas independentes disponibilizam parte ou íntegra dos seus trabalhos como forma de divulgação de sua obra e visando o reconhecimento e futuro interesse do público pelos shows.

ambiente aberto, devendo ser analisado pontualmente eventual uso em ambiente em rede quando fechado (e se de fato existe ambiente fechado), como, por exemplo, sítios ou *blogs* particulares cujo acesso se realiza através de senha e que tenham um público restrito e sem o intuito de lucro.

Ainda que ilícito, existe a diferença entre o ilícito cível e penal (pirataria) e, em regra, o compartilhamento de arquivos protegidos por direitos autorais recai sob a esfera cível, como dispõe LEMOS:

*“Assim, argumentos favoráveis à não-criminalização do compartilhamento de arquivos através de redes peer-to-peer podem ser relevantes socialmente, uma vez que reduzem o escopo de aplicação da lei penal, atribuindo a repressão a esta atividade, quando violadora de direitos autorais, ao campo dos ilícitos civis. Nesse sentido, a interpretação de lucro direto ou indireto pode e deve ser restringida, para compreender lucro apenas como resultado econômico de atividade empresarial, tal como o conceito é tratado, por exemplo, na legislação tributária ou na legislação societária. Assim, a interpretação razoável é de que lucro corresponde ao resultado da atividade do empresário, que organiza os fatores de produção, obtendo ganho que supera o investimento organizacional. Ele é direto quando auferido pelo próprio empresário e indireto quando beneficia outrem. Em ambos os casos, o compartilhamento de arquivos em redes peer-to-peer não se inclui.”*⁵⁷

A realidade é que a prática da pirataria ou simplesmente o uso indevido de obra ilicitamente reproduzida é cada vez mais frequente e o utilizador é um dos elementos desta cadeia que, em conjunto com os titulares dos direitos autorais, podem buscar a solução para enfraquecer os outros atores com retornos financeiros diretos com esta prática ou, no caso de se concluir que tais práticas, diante da realidade que se impõe, são socialmente aceitas, devem ser encontradas soluções para remunerar os autores e permitir cada vez mais o acesso às obras.

⁵⁷ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro. Ed. FGV Jurídica. 2005. P. 164.

A busca por soluções é necessária, principalmente quando estudos empíricos, como o apresentado pelo governo holandês⁵⁸, apresentam dados dando conta que 44% da população realizou o *download* de arquivos pela Internet⁵⁹ sem o pagamento de nenhum valor ao autor ou terceiro titular dos direitos autorais. O acesso às obras deve ser maximizado, porém o ressarcimento ao autor é uma finalidade da proteção autoral que não pode ser esquecida.

5. CONCLUSÕES

O presente estudo teve como objetivo analisar, dentro do contexto dos Direitos Autorais, a figura do utilizador e como ele se manifesta nesta relação. Diferentes enquadramentos puderam ser estabelecidos a partir da análise da figura do utilizador, nomeadamente a forma como o utilizador se relaciona com a obra e ponderações acerca dos usos lícitos e ilícitos praticados por eles.

Primeiramente o utilizador, como elemento capaz de se relacionar com a obra, é apresentado como ativo, passivo e como autor propriamente dito. O grau de intensidade de envolvimento e utilização é fundamental para se enquadrar o utilizador dentro destas categorias. Desde o simples consumo da obra, passando pela inspiração e carga cultural propiciada pela obra até a utilização dentro de certos limites são elementos que definem o tipo de utilizador sob análise.

Posteriormente, a forma como o utilizador acessa a obra, ou seja, de forma gratuita ou onerosa é estudada e apresentada como geradora de direitos diversos, mormente na sua

⁵⁸ HUYGEN, Annelies; HELBERGER, Natali; POORT, Joost; RUTTEN, Paul; EIJK, Nico. *Ups and Downs: Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games*. TNO Information and Communication Technology Series. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1350451>. Acesso em 05/04/2012.

⁵⁹ Apenas no período de 12 meses, contados da publicação do estudo em Fevereiro de 2009.

relação com o fornecedor/distribuidor, tendo em vista que na qualidade de utilizador *pagador* outros direitos próprios da relação consumerista podem ser verificados.

Finalmente o estudo centra na utilização das obras protegidas por direitos autorais. Os utilizadores, ao fazer uso das obras, podem realizar usos lícitos dentro de certos limites e usos ilícitos cada vez mais corriqueiros⁶⁰ dentro de um cenário estimulado pela Sociedade da Informação.

A licitude encontra guarida dentro dos limites estabelecidos aos Direitos Autorais e é analisada, considerando a proposta do presente estudo, a partir do uso privado das obras. As facetas desta utilização e, consequentemente do reconhecimento à cópia privada que também decorre desta garantia, é apresentada e reconhecida no contexto social e nas mais variadas disposições jurídicas. Destaque ainda é conferido às questões atuais que tendem a limitar e/ou controlar o uso privado e o direito de cópia privada, como os dispositivos tecnológicos de proteção que são analisados com as devidas ressalvas à clara possibilidade de cercear os direitos garantidos aos utilizadores, nomeadamente na esfera do uso privado.

Por outro lado, a ilicitude cometida por utilizadores é apresentada trazendo a tona questões sociológicas que não podem deixar de serem consideradas, mesmo diante de um estudo jurídico, tendo em vista a estreita relação entre as normas sociais e jurídicas. Ainda assim, por mais que a sociedade admita certas utilizações, o presente estudo conclui pela ilicitude das

⁶⁰ A importância de analisar *social norms*, principalmente em questões envolvendo usos de obras protegidas por direitos autorais dentro do contexto da Sociedade da Informação é bem destaca Schultz ao afirmar que “*copyright is so easy to commit and hard to detect that often only the scruples of the user prevent infringement. Technology has empowered consumers, making infringement easier than ever before. Social norms are this important for consumers too. Law often provides little deterrent effect, so the decision whether or not to infringe is largely a matter of conscience.*” (SCHULTZ, Mark F. *Copynorms: Copyright and Social Norms*. September 27, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933656>)

utilizações das obras disponibilizadas em rede sem a autorização dos autores ou titulares dos direitos autorais, sejam utilizações com finalidade de lucro ou não, desde que não sejam disponibilizadas pelos próprios utilizadores que adquiriram licitamente a obra e dentro dos limites do uso privado.

Tanto os autores e titulares dos direitos autorais, como os próprios utilizadores que desejam ter acesso às obras da maneira mais facilitada possível devem buscar uma solução adequada para a problemática da pirataria e do uso ilícito das obras em geral. Em 2005 o CEO da Recording Industry Association of America, Mitch Bainwol, anunciou que “*we (a indústria) were perfectly fine with personal use*”⁶¹, sendo que meses depois processaram 20.000 consumidores por compartilharem arquivos em rede, em uma atitude válida, mas aparentemente ineficaz. É inegável que a tecnologia digital tem facilitado o rastreamento e a cobrança do utilizador privado na forma equitativa, mas ao mesmo tempo surge como uma ameaça à exploração convencional dos direitos autorais⁶² e uma ameaça ao direito dos utilizadores.

Cláudia Trabuco dá uma importante contribuição acerca da matéria:

*“(...) os riscos e os prováveis inconvenientes do emprego das redes na exploração dos bens intelectuais, que são aliás comuns a outros bens, não devem ser feitos recair integralmente sobre aqueles a quem as obras se dirigem, os seus utilizadores finais. O problema da insegurança das formas de comercialização em rede dos mais diversos conteúdos não é um problema exclusivo do Direito de Autor, devendo, por isso, ser merecedor de uma visão integrada e, se possível, de soluções globais.”*⁶³

⁶¹ LITMAN, Jessica. *Lawful Personal Use*. Texas Law Review, Vol. 85, p. 2, 2007; University of Michigan Public Law Working Paper N.º 63; U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper N. 06-004. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=926575>. Acessado em 08/02/2012.

⁶² LITMAN. *Op. cit.*

⁶³ TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra. Coimbra Editora. 2006. p. 699.

A equação é difícil e é perfeitamente aceitável a tentativa da indústria buscar dar efetividade aos seus direitos, porém não pode ser às custas dos direitos dos utilizadores, sendo necessário encontrar outras formas de harmonizar esta situação, tendo em vista os direitos já adquiridos pelos utilizadores. A realidade é que a Sociedade da Informação proporciona a informação e o acesso, sendo que o direito privado não serve para limitar tais direitos básicos garantidos aos cidadãos (utilizadores). Neste sentido, os esforços devem ser justamente na melhor forma de garantir a remuneração aos autores ou terceiros titulares de direitos autorais, na mesma medida que se busca maximizar a divulgação e acesso às obras.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Gonzaga. Obras privadas, benefícios coletivos. A dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2008.

AKESTER, Patrícia. O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital. Cascais. Ed. Principia. 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Sociedade Digital e o Consumidor *in* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. Dispositivos Tecnológicos de Proteção, Direitos de Acesso e Uso dos Bens *in* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. Direitos do Utilizador de Bens

Informáticos in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra. Ed. Almedina. 2001.

_____. Direito de Autor e Direitos conexos. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

AVANCINI, Helenara Braga. O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: *A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor*. Tese de Doutorado. PUCRS. 2009.

BARBOSA, Denis Borges. Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral. Disponível em: www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf. Acesso em 16/02/2012.

CORDEIRO, Pedro. Limitações e Exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais – diferenças entre o meio analógico e digital in ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

GONÇALVES, Nuno. A União Europeia – A Propriedade Intelectual e a Sociedade da Informação. Revista da ABPI. N.º 57. Mar-Abr/2002. P. 29/33.

HUYGEN, Annelies; HELBERGER, Natali; POORT, Joost; RUTTEN, Paul; EIJK, Nico. Ups and Downs: Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games. TNO Information and Communication Technology Series. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1350451>. Acesso em 05/04/2012.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito de Autor. Coimbra. Ed. Almedina. 2011.

LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Rio de Janeiro.

- ro. Ed. FGV Jurídica. 2005.
- LITMAN, Jessica. Lawful Personal Use Texas Law Review, Vol. 85, p. 2, 2007; University of Michigan Public Law Working Paper N.º 63; U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper N. 06-004. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=926575>. Acessado em 08/02/2012.
- LIU, Joseph. P. Copyright Law's theory of the consumer. Boston College Law, Research, n. 25, p. 401, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 16/02/2012.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre. Ed. Síntese. 1999.
- NETTO, José Carlos Costa. Direitos Autorais sobre as Obras Musicais na Era Digital. Revista da ABAPI. N.º 53. Jul-Ago/2001. P. 40/43.
- PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Rio de Janeiro. Ed. FGV Jurídica. 2009.
- PEREIRA, Alexandre Dias. Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica. Coimbra. Coimbra Editora. Stvdia Ivridica. 2001.
-
- _____. Pirataria e Cópia Privada in ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IX, Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
- RODRIGUES, Luis Silveira. Os Consumidores e a Sociedade da Informação in ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

- SCHULTZ, Mark F. Copynorms: Copyright and Social Norms. September 27, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933656>.
- TRABUCO, Cláudia. O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital. Coimbra. Coimbra Editora. 2006.
- VICENTE, Dário Moura. O Equilíbrio de Interesses no Direito de Autor *in* ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IX, Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
-
- _____. Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan – Ac. do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21.10.2010, Proc. C-467/08 *in* Cadernos de Direito Privado, n. 36, 2011.
- WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e Seus Desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, p. 2000.