

O DIREITO DE REPRODUÇÃO E O CONTROLE SOBRE OS ATOS DE CÓPIA PARA USO PRIVADO DAS OBRAS INTELECTUAIS

THE RIGHT OF REPRODUCTION AND CONTROL OVER THE ACTS OF COPY FOR PRIVATE USE OF
INTELLECTUAL WORKS

*IRACEMA FAZIO**

RESUMO

O objetivo deste artigo consiste em ponderar e refletir sobre a noção própria de reprodução, por forma a compreender qual a fundamentação da liberdade de reprodução. Ou seja, trata-se, concretamente de decifrar o fenômeno da repetição, melhor referindo da capacidade de criar uma cópia idêntica ao original.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE REPRODUÇÃO. FIXAÇÃO DA OBRA INTELECTUAL. CÓPIA PARA USO PRIVADO.

ABSTRACT

The aim of this paper is to ponder and reflect on the notion of reproduction in order to understand what the reasoning of reproductive freedom. That is, it is, specifically to decipher the phenomenon of repetition, referring to the best ability to create an identical copy to the original.

KEY-WORDS: RIGHT OF REPRODUCTION. FIXING THE WORK OF INTELLECTUAL. COPY FOR PRIVATE USE.

1 O ATO DE REPRODUÇÃO

O fenômeno da repetição, que induz a reprodução não somente está interligado ao mundo do tangível, do plenamente tátil. Muito pelo contrário, o fazer humano, analisado como as ações da vida ativa do homem, impõe uma delimitação da essência da própria condição humana. Refira-se, que esta vida ativa humana constitui-se nas condições basilares do fazer, do trabalho e da ação. Aliás é desta forma que o homem interage natural, artificial e socialmente¹.

Porquanto a ação de repetir é intrínseca à natureza humana, com efeito interessa ao ciclo natural e biológico da vida, graficamente representado por ações circulares naturais,

* Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coordenadora do Núcleo de TCC e Professora da Faculdade UNIME de Ciências Jurídicas e da Faculdade Ruy Barbosa de Direito. Coordenadora da Revista de Ciências Jurídicas da UNIME. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade UNIME – Núcleo Jurídico: O direito intelectual na sociedade da informação.

¹ Cf. ARENDET, Hannah. **A Condição Humana**. Trd. Roberto Raposo. 10.^a ed., 6.^a reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

como, nascer, desenvolver e perecer. Correspondendo deste modo nas ações imprescindíveis para que a espécie humana conserve-se; preservando-se assim o gênero humano².

Note-se, por isso, que se faz necessário, neste artigo, compreender que a reificação³ da ação humana, corresponde a um processo, típico das sociedades industriais, no qual o valor de tudo, identifica-se como econômico, ou seja, como valor de troca, já que tudo é encarado como mercadoria. De sorte que a validade do trabalho humano, surge não da qualidade concreta deste labor humano; mas, sim, do trabalho abstrato, isto é, aquele passível de ser transferido onerosamente a terceiros.

Observe-se, assim, que todo e qualquer *stratus* social consubstanciado neste valor de mercadoria, domina as necessidades do homem, determina o *modus operandi* social que através de mecanismos diversos produz, reproduz, perpetua e apresenta relações também entre este mercado.

Neste diapasão, ponderar sobre a noção de repetição e reprodução funda-se, neste artigo, em estudar os modos do fazer, do trabalho e da ação humana em sua interioridade⁴. Assim, compreender a evolução das tecnologias que corroboram para o desenvolvimento

² Brilhantemente Arendet aponta que: «No caso das obras de arte, a reificação é algo mais que mera transformação: é transfiguração, verdadeira metamorfose, como se o curso da natureza, que requer que tudo queime até virar cinzas, fosse invertido de modo que até as cinzas pudessem irromper em chamas. As obras de arte são frutos do pensamento, mas nem por isto deixam de ser coisas. O processo de pensar, em si, não é capaz de produzir e fabricar coisas tangíveis como livros, pinturas, esculturas ou partituras musicais, da mesma forma com o uso, em si, é incapaz de produzir e fabricar uma casa ou uma cadeira. Naturalmente, a reificação que ocorre quando se escreve algo, quando se pinta uma imagem ou se modela uma figura ou se compõe uma melodia tem a ver com o pensamento que a precede; mas o que realmente transforma o pensamento em realidade e fabrica as coisas do pensamento é o mesmo artesanato que, com a ajuda do instrumento primordial - mão do homem - constrói as coisas duráveis do artifício humano.» **ARENDET, Hannah. A Condição Humana. Trd. Roberto Raposo. 10.^a ed., 6.^a reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 182.**

³ Para Timothy Bewes, reificação «refers to the moment that a process or relation is generalized into an abstraction, and thereby turned into a 'thing'». Trd. livre: «refere-se ao momento em que um processo ou relação é generalizada numa abstração, e, assim, transforma-se numa "coisa"». **BEWES, Timothy. Reification, or The Anxiety of Late Capitalism.** Londres: Verso, 2002, p. 3. A noção de reificação foi apresentada por George Lukács, em 1923, na sua obra «Reification and the Consciousness of the Proletariat». **LUKÁCS, George. Reification and the Consciousness of the Proletariat.** Trad. Andy Blunden. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em <<http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc05.htm>>, acesso aos 24.11.2012. Sobre o tem vd. também **NOBRE, Marcos. Limites da reificação. Um estudo sobre História e consciência de classe, de Georg Lukács.** Dissertação de Mestrado, USP, mimeo, 1991.

⁴ Alexandre Dias Pereira sobre o uso de termo reprodução, destaca que este apresenta uma noção básica encontrada tanto no direito de autor como nos direitos conexos. E, apontando para a noção do direito de autor nos países anglo-saxônicos, denominada de 'copyright', ou seja, direito de copiar, indaga-se: «Mas, copiar e reproduzir significam a mesma coisa?». Em resposta à sua própria dúvida, o autor esclarece que: «Linguisticamente, trata-se, com efeito, de sinónimos. Sinonímia essa que vale também no quadro do direito de autor.» **PEREIRA, Alexandre Dias. A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital.** in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 337.

destes diversos modos do agir humano, implica mesmo em analisar a historicidade central dos novos mecanismos tecnológicos durante o curso da própria história da humanidade⁵.

Pois, de certo tais mecanismos influenciaram de sobremaneira os inúmeros modos do agir humano, que ao longo do tempo alteraram-se não só consoante a modificação do ambiente natural, como também pela substancial utilização que o homem realizava das novas tecnologias que lhe eram ofertadas⁶.

Certo é que a introdução destas tecnologias em princípio refletiram, na verdade, hipóteses de privilégios experimentais, até a constatação da sua viabilidade econômica, bem como, da geração de rentabilidade lucrativa. Porquanto, constatado-se tais vantagens para os modos de agir humano, as novas tecnologias de repetição, reprodução, são assumidas como colaborativas, para a circulação e troca de informação, cultural, educacional e científica.

Note-se que comumente a doutrina autoral vem entendendo a reprodução como aquela faculdade que consiste na fixação da obra intelectual por qualquer espécie de mecanismo que permita a comunicação indireta da obra ao público⁷.

Oportuno, por isso, enfatizar que o estudo da tutela do bem intelectual não leva em consideração a manutenção da aura do mesmo, pelos processos de reprodução. Assim, a proteção conferida pela lei desliga-se da realidade longínqua, que segundo Benjamin evoca um momento singelo e único, que de fato não validaria as técnicas de reprodução do bem

⁵ Vd. LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligências: o futuro do pensamento na era informática**. trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed 34, 1993. 203 p. Para uma leitura da historicidade dos mecanismos tecnológicos, vd. LIMA, Gercina Ângela Borém de O.; PINTO, Líliam Pacheco; e, LAIA, Marconi Martins de. Tecnologia da Informação: Impactos na Sociedade. in Revista Informação & Informação, v. 7, n. 2, p. 75- 94, Londrina, jul./dez. 2002. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1699>>, consulta aos 08.12.2012.

⁶ Para uma compreensão mais apurada sobre a evolução da tutela autoral ao longo da história, vd. SOUZA, Alan Rochade. **Direitos Autorais: A História da Proteção Jurídica**. in Revista da Faculdade de Direito de Campos, p. 7-61, ano VI, n.º 7, Dezembro de 2005.

⁷ Aliás é este o entendimento de Claude Colombet ao comentar o dispositivo 122-3 da lei francesa de direito de autor. Colombet destaca inclusive que os processos de reprodução da obra intelectual, podem alcançar uma variedade infinita; mas destaca, que todos eles devem ao menos resguardar um ponto em comum, que diz respeito ao modo com a obra intelectual é comunicada ao público. Posto que na reprodução é obra comunicada ao público de forma indireta, enquanto na representação a obra é comunicada ao público de maneira direta, já que o público tem contato direto com o objeto de criação. Complementando, inclusive que o direito de reprodução essencialmente levanta três questões que afetam, o modo de reprodução, o objeto reproduzido, e a destinação da reprodução. COLOMBET, Claude. **Propriété littéraire et artistique et droits voisins**. 7.^a ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 140 e ss.

intelectual; dado que impossível seria a repetição deste momento longínquo e único, esmaecendo, portanto, a aura do bem intelectual⁸.

Neste sentido, a despeito das técnicas de reprodução, permitirem um resultado da cópia muito semelhante ou mesmo idêntico ao original, para o autor a obra despe-se de seu valor, pois perde o seu caráter de autenticidade. De sorte que na «era da reprodutibilidade» a aura da obra «murcha», pois assente no fenômeno de consumo de massa, que também gera uma revolução nas modalidades de aquisição de bens⁹.

2 O DIREITO DE REPRODUÇÃO

Hoje a noção do direito de reprodução, entendida como uma faculdade de natureza patrimonial atribuída ao autor, passa pela compreensão de todo e qualquer modo de multiplicação duma obra original numa cópia; ou, mais ainda a fixação duma exceção em qualquer suporte tangível, físico¹⁰.

Trata-se assim tal faculdade do direito dos autores, executantes e produtores de fonograma de autorizar ou proibir a cópia das suas obras intelectuais, ou ainda de qualquer outro material protegido. Esta tem sido uma tendência marcada já a longa data pelos instrumentos internacionais em matéria de proteção dos direitos de autor; antes, mesmo dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 1996¹¹.

Como é o caso da Convenção de Berna¹², da Convenção de Roma¹³, da Convenção de Genebra¹⁴ e do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados

⁸ BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 9.

⁹ «Poderia caracterizar-se a técnica de reprodução dizendo que liberta o objecto reproduzido do domínio da tradição. Ao multiplicar o reproduzido, coloca no lugar de ocorrência única a ocorrência em massa. Na medida em que permite à reprodução ir ao encontro de quem apreende, actualiza o reproduzido em cada uma das suas situações. Ambos os processos provocam um profundo abalo do reproduzido, um abalo da tradição que é o reverso da crise actual e a renovação da humanidade.» BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p.7.

¹⁰ Esta é aliás a noção apresentada por Giorgior Jarach. JARACH, Giorgior. **Manuale del Diritto D'Autore**. Milão: Mursia, 1991, p.58.

¹¹ O objetivo destes Tratados fora o de reforçar o papel da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (doravante apenas denominada de OMPI) de tutora dos direitos intelectuais no cenário internacional. Assim, esta Organização em 1996 adota dois tratados, a saber o Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, adotado em Genebra em 20.12.1996; e, o Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, adotado na mesma data, também em Genebra.

¹² O Ato de Berna fora completado em Paris a 04.05.1896, revisto pelo Ato de Berlim em 13.11.1908, completado em Berna a 20.03.1914 e, revisto novamente pelos Atos de Roma a 02.06.1928, de Bruxelas a

com o Comércio¹⁵, que incorporou todos os requisitos de proteção do direito de reprodução, previstos na Convenção de Berna¹⁶.

Ressalte-se, entretanto que a grande conquista dos Tratados da OMPI de Direitos de Autor, adotados em 1996, fora o reconhecimento do grande alcance do direito de reprodução, especialmente no que diz respeito à sua aplicação para as obras e fonogramas no ambiente digital.

Tanto o Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, como o Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas reestabeleceram as exigências anteriormente adotadas ainda pela Convenção de Berna. Mas, cuidaram de adequar a faculdade de reprodução para a nova realidade dos mecanismos de reprodução em massa, principalmente para os mecanismos digitais de reprodução.

Assim, tais tratados reconheceram a legitimidade da reprodução dum original numa cópia, por qualquer modo ou forma de mecanismo de reprodução. Ressaltando-se, ainda, que ambos os instrumentos de proteção internacional garantiram clara e explicitamente tanto os modos diretos como os indiretos de reproduções, conforme já dantes fora previsto na Convenção de Roma¹⁷.

26.06.1948, de Estocolmo em 14.07.1967 e, por fim pelo Ato de Paris em 24.07.1971, tendo este Ato sido emendado pela última vez em 28.09.1979.

¹³ A Convenção de Roma é de 1989, denominada também de Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, fora atualizada pelo Tratado OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, adotado em Genebra em 20.12.1996.

¹⁴ A Convenção de Genebra, adota em Genebra em 09.10.1971 é a Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas.

¹⁵ Também denominado Acordo TRIP's, na sigla em inglês e ADPIC, na sigla em português, fora adotado em 1984 no seio da Organização Mundial de Comércio, e ficou conhecido como Acordo Berna Plus, uma vez que inseriu novas obras no escopo da tutela autoral, como por exemplo a proteção dos Programas de Computador e das Bases de Dados.

¹⁶ É assim a disposição referida pelo o art. 9º, da Convenção de Berna, que estabelece:«(...) 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e sob qualquer forma.»

¹⁷ Esta Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, em seu dispositivo 3.º, aponta que se entende por reprodução «a realização da cópia ou de várias cópias de uma fixação», compreendendo assim a faculdade de impedir a reprodução sem o consentimento dos artistas, intérpretes ou executantes da fixação das suas interpretações e/ou execuções. Observe-se que esta mesma proteção fora estendida no dispositivo 10 desta Convenção para os produtores de fonogramas, garantindo-lhes assim o direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas; bem como, no seu dispositivo 13 que também faculta aos organismos de radiodifusão idêntica faculdade de autorizar ou impedir a reprodução das fixações das suas emissões.

Frise-se que o escopo do direito de reprodução fora clarificado numa declaração consensual¹⁸, aprovada por unanimidade nas negociações destes Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Por conseguinte, a declaração acordada confirma que o direito de reprodução aplica-se plenamente ao ambiente digital, em especial para a utilização de fonogramas em formato digital¹⁹. E ainda delimitou o entendimento de que o armazenamento dum fonograma protegido na forma digital num suporte eletrônico qualquer constitui uma reprodução²⁰.

Ademais, o propósito deste estudo reside em desmistificar a faculdade de reprodução em face do exclusivo patrimonial atribuído ao autor pelo texto constitucional brasileiro. O que se apresenta uma tarefa bastante árdua, dado que implica em delimitar os contornos da noção da faculdade de reprodução, compreendendo os seus limites.

Acrescente-se que, de forma inteligente a própria Convenção de Berna, entregou esta tarefa aos legisladores nacionais; facilitando assim a incorporação da sua normativa legal de parâmetros mínimos a uma infinidade de sistemas jurídicos, com características próprias.

Na verdade a noção da faculdade de reprodução apresentada pelos diversos instrumentos legais internacionais e ainda nacionais apontam todas para uma interpretação, que não leva em consideração o meio utilizado para a concretização da ação de reprodução; ou seja, deixa em aberto a oportunidade de escolha sobre o mecanismo tecnológico utilizado para a realização da cópia.

Esta tendência de não tipificação do mecanismo tecnológico utilizado para a reprodução, deixa antever que no conteúdo da faculdade de reprodução, o elemento tecnologia encontra-se despedido de valoração jurídica. De sorte que, não pode o mesmo

¹⁸ Tais Declarações concertadas foram tomadas no seio da Conferência Diplomática que adotou os Tratados OMPI em Genebra, no ano de 1996. Estas declarações dizem respeito a certas disposições do Tratado OMPI sobre Direitos de Autor e do Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas.

¹⁹ Trata-se da Declaração concertada de n.º 14 do Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, a respeito dos artigos 7, 11 e 16, que findam por referir que o direito de reprodução, segundo o que se encontra disciplinado nos arts. 7 e 11, bem como de acordo com as limitações permitidas em virtude dos mesmos e do art. 16, aplicam-se plenamente ao formato digital. Idêntica declaração – declaração de n.º 2 - fora adotada pelo Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, dispondo que «O direito de reprodução, tal como previsto no artigo 9º da Convenção de Berna, e as exceções previstas nessa, são plenamente aplicáveis no ambiente digital, em especial para a utilização de obras em formato digital. Entende-se que o armazenamento de uma obra protegida em formato digital em um meio eletrônico constitui uma reprodução, na acepção do artigo 9º da Convenção de Berna.»

²⁰ A mesma Declaração concertada de n.º 14 Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, entendeu que o armazenamento duma interpretação ou execução protegida ou dum fonograma em formato digital ou em meio eletrônico constitui uma reprodução no sentido dos artigos 7, 11 e 16.

constituir-se num obstáculo à utilização da obra protegida por terceiros, fundamentando-se, assim, a negativa na simples escolha deste meio tecnológico²¹.

A consequência lógica desta não tipificação dos meios tecnológicos admitidos pela lei para a realização da cópia, especialmente, no escopo normativo de espaço livre para uso privado, determina que a compreensão da noção de reprodução, implica na multiplicação de exemplares da obra intelectual, em qualquer suporte tangível ou intangível.

Nesta linha de ideias a compreensão de reprodução deve admitir a hipótese de dois núcleos de reprodução, um mais restrito que faz distinção entre a fixação como elemento técnico necessário à reprodução, entendendo desta forma que há um quadro de valoração jurídica diferenciado entre reprodução e fixação; e, outro mais aberto que admite a inclusão da fixação como um requisito jurídico para a reprodução.

3 A FIXAÇÃO E A NOÇÃO JURÍDICA DE REPRODUÇÃO

Desde já, pondere-se que o presente artigo partirá da compreensão de que a fixação não se consubstancia como um elemento de concessão da tutela autoral, posto que, como visto, em tempos de revolução tecnológica, a reprodução pode-se dar em qualquer suporte seja físico ou digital; e ainda, devido ao fato de que a tutela autoral nasce desde a criação da obra intelectual²². Procura-se assim, esclarecer que a fixação compreende de regra geral um

²¹ Por exemplo, é o que se infere da norma autoral brasileira, Lei 9.610/98, que na redação do inciso VI, do art. 5, estabelece a noção de reprodução, como «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.» Neste mesmo sentido o Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal que no n.º 2, do art. 68.º, define a noção de reprodução como uma garantia atribuída ao autor para « i) A reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte;». E, ainda no n.º 2, do art. 75.º do mesmo diploma legal português que estabelece a possibilidade de reprodução por qualquer meio da obra intelectual sem prévia autorização do seu criador, desde que não ultrapassado os limites para uso privado, estabelecidos em lei. De forma mais tímida, também o Código de Propriedade Intelectual de França, determina uma liberdade de escolha nos meios de reprodução, pois que prescreve em seu art. L.122-3 que a faculdade de reprodução compreende a fixação material da obra com o objetivo de comunicar indiretamente ao público.

²² Bastante lúcidas são as ponderações de Oliveira Ascensão, para quem: «Com a criação, surge o direito do autor. E o autor tem o direito pessoal de dar a conhecer ou não a sua obra. É uma derivação básica da tutela da personalidade. Ninguém é obrigado a tornar públicos os versos que escreveu quando estava com febre. Ainda que sejam geniais. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar qualquer forma. Assim, ao pintor que não aprecie o próprio quadro é lícito destruí-lo, e ao compositor manter a sua sonata em segredo.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. op. cit., p. 170. Neste mesmo sentido fora o que decidiu o Tribunal de Justiça Comunidade Andina: «La normativa sobre derechos de autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, aunque ésta se mantenga inédita; la existencia de la obra es el presupuesto de la existencia del derecho y el sujeto que se beneficia de esta tutela legal es el autor de la creación intelectual.» Ou seja: «A legislação sobre direitos de autor tem como objeto a proteção

mero requisito tecnológico, não lhe sendo, possível, deste modo, atribuir valoração jurídica a este requisito.

É certo que mesmo imprescindível para a reprodução num corpo intangível, a fixação, apenas deve ser compreendida como um requisito de viabilidade técnica necessário, transitório, passageiro; como, é o caso das reproduções de arquivos utilizando apenas mecanismos de visualização através da internet.

Assim, cumpre questionar sobre a possibilidade de valorar-se juridicamente a fixação com um requisito de proteção inserto no conteúdo da faculdade de reprodução, especialmente em face das obras intelectuais que circulam em suporte intangível; por exemplo, das obras que circulam em linha pela *world wide web*²³.

A resposta a tal indagação não pode ser diversa da negativa; ou seja, não assegurar valoração jurídica ao elemento fixação. Portanto, configura-se efetivamente em resolver o conflito entre a possibilidade de fixação da criação intelectual num corpo mecânico, e a compreensão da circulação desta criação intangível no mundo digital, que também se caracteriza por ser não físico²⁴.

do bem intelectual, mesmo que se mantenha inédito; a existência da obra é o pressuposto de existência do direito e o sujeito que se beneficia desta tutela legal é o criador intelectual.» Tribunal de Justiça Comunidade Andina, Interpretação Prejudicial, Processo 20-IP-2007, São Francisco de Quito: 18.04.2007. in Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, D.C., Colômbia. Disponível em <http://www.derautor.gov.co/htm/legal/jurisprudencia/Indices/IT_DA.htm>, consultado a 08.07.2008.

²³ Neste sentido é que Hércules Tecino Sanches, de modo bastante crítico à legislação brasileira de direito de autor aponta, após indagar-se sobre a possibilidade da fixação da obra intelectual em suporte incorpóreo, que: «Não se trata de tangibilidade da criação intelectual, em si mesmo, pois essa é sempre intocável, por ser imaterial. Qualquer que seja o registro ou a fixação expressando a obra, ela só poderá ser sobre objeto material, mesmo que armazenada numa bolha eletrônica». SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: Ltr, 1999, p.73.

²⁴ Pondere-se que fazer da fixação em suporte material uma condição para a concessão da tutela autoral efetivamente, não comporta a melhor técnica jurídica para o regime jurídico europeu continental. Sem embargo, a obra é protegida desde o momento da sua criação. No entanto, por razões óbvias, a Convenção de Berna permite que os Estados signatários determinem o requisito da fixação em suporte material das obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, como condicionante da proteção autoral. (n.º 2, art. 2.º) Registre-se que a Convenção não define o que se deve entender por «suporte material», aqui mais uma vez, por razões de viabilidade da proteção dos mínimos no âmbito internacional, evitando disparidades entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Convém destacar, no entanto, que a maioria dos Estados com tradição de Common Law, assumiram de início a fixação como uma condição para o reconhecimento da tutela autoral.

«Under current law, copyright arises the moment an original piece of expression is fixed in a <tangible medium of expression>. Registration and notice, though encouraged, are not required as a condition of protection.» Ou seja: «Segundo a lei atual, o <copyright> surge no momento de fixação do da obra original em um <meio de expressão tangível>. Embora, o registro e o aviso prévio, sejam encorajados, não são exigidos como condição de proteção.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright**. **Stanford Law School**, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

Em que pese primária, entende-se necessária neste estudo fazer-se a distinção entre o suporte físico e o meio de acesso à obra intelectual. Claramente identifica-se como suporte físico da obra intelectual o corpo mecânico no qual a obra intelectual se encontra fixada. Por outro lado, o meio de acesso deve-se identificar como aquele que faculta o contato, a percepção da obra como uma exteriorização criativa do intelecto humano.

Denote-se que esta compreensão do meio, como aquele de acesso não tangível à obra intelectual é possível no domínio virtual, ou ainda quando da comunicação direta da obra intelectual, por exemplo, na declamação, na apresentação teatral, musical; e, até mesmo na comunicação indireta através, por exemplo da radiodifusão²⁵.

É bem verdade que a noção de reprodução, entendida como uma faculdade patrimonial, pois facilita os meios pelos quais o autor poderá explorar economicamente a sua criação intelectual, envolve fenômenos como a fixação, a suscetibilidade de obtenção de cópias ou exemplares e ainda a percepção da obra.

Ademais, note-se que a reprodução, também, pode ser compreendida como o fenômeno que permite a elaboração dum novo exemplar da obra. Mas, nas palavras de Oliveira Ascensão, árdua é a tarefa de definir se este fenômeno da reprodução resulta no surgimento da materialização da criação intelectual do mesmo gênero do exemplar já existente; ou, ao contrário, permite este fenômeno a criação dum exemplar de natureza distinta do já existente. Daí é que para o autor é possível admitir-se duas noções para o fenômeno da reprodução; isto é, um de natureza jurídica e outro de natureza técnica²⁶.

Assim, em sentido técnico, para a concretização da reprodução, necessário se faz primeiro a fixação da obra intelectual a um corpo mecânico, para em seguida alcançar-se o resultado desejado; ou seja, a produção da cópia, a repetição fiel do original.

Todavia, frise-se que a partir do início de 1976, os Estados Unidos da América passaram de um sistema autoral condicional, que exigia o cumprimento de formalidades para o reconhecimento de direitos de autor, para um sistema incondicional. É de reconhecer-se que se trata duma grande alteração, refletindo uma ruptura de quase dois séculos de tradição.

²⁵ Cumpre apontar que esta investigação compreende o crescente desenvolvimento tecnológico; e, assim, está ciente das inúmeras modalidades de acesso não tangível à criação intelectual. Exemplo disso, é a possibilidade hoje de radiodifusão, ou mesmo da transmissão de sinal de televisão, utilizando-se a internet para o efeito. Esta observação denota profundamente a necessidade da distinção entre corpo mecânico e meio de acesso ora realizada. Mas para Alberto de Sá Mello compreende-se a reprodução como a faculdade garantida por lei para a obtenção de cópias de uma fixação, entendida esta como o registo da obra num suporte físico, ou de uma parte qualitativa ou quantitativamente significativa dessa fixação. MELLO, Alberto de Sá. **O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores, 1989.

²⁶ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, vd. em especial p.137 e 175.

Mas, em sentido jurídico, para o reconhecimento da tutela jurídica à criação intelectual pouco importa se houve ou não fixação. Tal exigência de fixação não pode ser entendida como uma formalidade a ser alcançada para que a obra goze de proteção pelo direito de autor²⁷.

Oportuno, lembrar, sobre o tema, que o Brasil não aderiu ao Tratado OMPI de Direitos de Autor²⁸, adotado em 1996, obrigando-se desta sorte a respeitar nesta matéria, tão-somente a Convenção de Berna e ao Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio que não se aprofundam em matéria da tutela autoral no âmbito da internet; ou seja, não prescrevem um normativo legal especial sobre a circulação das obras intelectuais no mundo digital.

Por isso é que a legislação autoral brasileira, não é muito clara quanto à previsão do direito de colocação da obra a disposição do público. Aparentemente, este direito foi incorporado no conteúdo do direito de reprodução; distintamente da legislação continental europeia que determina a introdução deste direito no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público²⁹.

²⁷ Acresça-se que esta é a regra predominante hoje, dado que segundo a Convenção de Berna, o autor já é titular de direitos pessoais e patrimoniais a partir da criação da obra, isto é, não está sujeito a qualquer formalidade para se ver protegido. PIERPAOLI, Fremiort Ortiz. **Derecho de autor y Derechos conexos en el Paraguay**. Tese de Doutorado em Direito e Ciências Sociais. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Nacional de Assunção. Assunção: 1997, p. 91. Este também é o entendimento de Robledo, que destaca especialmente o Princípio da Proteção livre de Formalidades, ao referir: «Por medio de este Principio Secundario, se entiende que la protección para una obra bajo las leys del Derecho de Autor se obtiene de forma inmediata desde el momento mismo de le creación, sin necesidad de registro o formalidad alguna. He aquí, como ya mencionamos, una delas principales diferencias entre el Derecho de Autor y gran parte de la Propriedad Industrial, ésta última, en casi todas sus "facetas" requiere de un registro ante un ente administrativo que es consitutivo del derecho solicitado.» Ou seja: «Por meio deste Princípio Secundário, entende-se que a proteção de uma obra sob as leis de Direito de Autor obtém-se de forma imediata desde o momento de sua criação, sem necessidade de registro ou qualquer formalidade. Eis aqui, como já mencionamos, uma das principais diferenças entre o Direito de Autor e grande parte da Propriedade Industrial, esta última, em quase todas as suas <facetas> requer um registro perante um ente administrativo que é constitutivo do direito solicitado.» ROBLEDO, Santiago Márques. **Principios Generales del Derecho de Autor**. Pontificia Universidd Javeriana. Facultad de Ciências Jurídicas. Carrera de derecho, Bogotá D.C.: 2004, p. 108.

²⁸ Vd. o site da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, para confirmar as adesões dos demais Estados ao Tratado OMPI de Direito de Autor, Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17>, acesso aos 28.11.2012.

²⁹ Verbis o art. 30 da Lei n.º 9.610/98 que aparenta incorporar o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução: «Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. § 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular. § 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.» Esta previsão contida no art. 30 da lei autoral

A relevância desta posição legislativa brasileira prende-se com o estabelecimento duma liberdade, mesmo que relativa, para a regulação da faculdade de reprodução da obra. De sorte que nesta senda a previsão autoral brasileira concebe a faculdade de reprodução como aquela que permite a criação de exemplares; excluindo-se, portanto, a reprodução necessária, isto é, meramente técnica, compreendida nos mecanismos tecnológicos de reprodução³⁰.

Inclusive, frise-se, seguindo assim o entendimento de Oliveira Ascensão, que compreender a reprodução meramente técnica, temporária e necessária para a compreensão da obra intelectual pelo dispositivo tecnológico como intrínseca à faculdade de reprodução, é o mesmo que admitir um exclusivo pela transmissão eletrônica³¹.

4 O VALOR JURÍDICO DA FIXAÇÃO NO AMBIENTE DIGITAL

Denote-se, que as observações até então lançadas sobre o conteúdo do exclusivo de reprodução, atestam fortemente que o elemento fixação no mundo digital carece ainda de maior rigor, como elemento de tutela; uma vez que a fixação da obra num dispositivo tecnológico para a reprodução digital, implica numa necessidade técnica do sistema de reprodução. Assim é que este artigo compreende o elemento fixação, ou seja aquele que

brasileira, conforme aponta Oliveira Ascensão, enseja a não violação pelo Brasil, das suas obrigações internacionais, uma vez que desobrigado de adotar a previsão contida no Tratado OMPI de Direito de Autor, que determina a inclusão do direito à colocação da obra à disposição do público, no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público. Obviamente, que a discussão sobre a boa ou má técnica jurídica do legislador brasileiro em inserir o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução, diferentemente, do que se apresenta no âmbito legislativo internacional, é importante. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos Tratados da OMPI**. Revista da ABPI, São Paulo, n.º 42, Set/Out 1999, p. 13-29.

³⁰ Oliveira Ascensão destaca inclusive que a disposição expressa no § 1.º, do art. 30, da Lei n.º 9.610/98, claramente aponta para o distanciameto do exclusivo autoral, quando esta reprodução autorizada consubstanciar-se numa necessidade técnica do próprio mecanismo tecnológico de reprodução; dado que a mesma caracteriza-se pela sua temporalidade, e com o propósito de viabilizar a percepção da obra pelo mecanismo eletrônico que a reproduz. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. Registre-se que a necessidade de autorização prévia do autor para a reprodução não deve ser compreendida como um requisito para a atribuição de legalidade à este mesmo ato de reprodução, quando este destinar-se ao uso privado.

³¹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Telecomunicações e Direito Intelectual**. in Conferência de encerramento do 3º Congresso de Direito de Informática e Telecomunicação. Instituto Brasileiro de Direito da Informática. Recife, 21.11.2008. O autor apontou na ocasião que o ato de transmissão caracteriza-se como uma mera técnica. Portanto, a análise da ilicitude da transmissão não residirá numa ausência de autorização, mas sim noutras razões; uma vez que essa prescinde de autorização.

pressupõe a incorporação da obra num suporte material, físico, corpóreo, que a despeito de único, singular, não pode ser entendido como um critério de proteção³².

Atente-se, que a despeito de não se identificar, como já afirmado em linhas acima, que a fixação não pressupõe um requisito de proteção e nem tão pouco o marco inicial da tutela autoral, ainda resta discussão sobre a possibilidade de extrair-se do direito de reprodução um direito de fixação, ou mesmo sobre a possibilidade da fixação representar um meio para a facultar a comunicação da obra ao público³³.

Note-se que neste particular a legislação autoral portuguesa, estabelece em seus arts. 141.º a 148.º uma garantia de fixação sonora ou visual; bem como no art. 68.º, uma garantia de fixação em aparelho destinado a proporcionar a comunicação da obra ao público³⁴. Assim, resta clara a intenção de previsão do exclusivo de reprodução de forma ampla pelo legislador português³⁵; dado que integra a reprodução por qualquer meio ou forma, assumindo modalidade direta ou indireta, temporária ou permanente, integral ou parcial³⁶.

Ademais, registre-se que o art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português apresenta a noção de reprodução consubstanciada na possibilidade de

³² Denote-se que a natureza própria de algumas criações intelectuais, dificultam até mesmo a compreensão da distinção entre a criação intelectual e o meio físico, o corpo mecânico no qual ela se fixa e circula. São exemplos desta categoria de criações intelectuais, as obras de artes plásticas, como a pintura e a escultura. Nestes exemplos, claramente está-se diante do fenômeno da especificação, já estudado pelos romanos que passa a constituir-se um importante elemento para a compreensão do que se delimita como bem imaterial. essencial para entender o que é a imaterialidade do bem. PLISECKA, Anna. **Accessio and specificatio reconsidered**. In *The Legal History Review*, vol. 74, n.º 1-2, p. 45–60 (16), Março, 2006.

³³ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 228 e seguintes.

³⁴ É o que particularmente estabelece o n.º 2, do art. 68.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português, garantindo ao autor «a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução (...)»; bem como o n.º 1, do art. 141.º do referido Código que disciplina a obrigação de recolha da autorização prévia e expressa do autor para a fixação da obra, referindo este dispositivo que se entende «por fixação a incorporação de sons ou imagens (...) num suporte material suficientemente estável ou duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>. Observe-se que com estas previsões a legislação portuguesa afasta-se da legislação espanhola (art. 18.º da Lei de Propriedade Intelectual Espanhola) e da francesa (art. L122-3 do Código de Propriedade Intelectual Francês), que expressamente referem-se ao elemento fixação como insito à noção de reprodução.

³⁵ Cf. PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in *Direito da Sociedade da Informação*. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 342.

³⁶ Esta, inclusive, é a previsão do n.º 7, do art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português que apresenta a noção de reprodução como aquela que faculta «a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios o sob qualquer forma, no todo ou e parte dessa fixação». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

obtenção de cópias dum fixação, que pode ser representada pelo suporte material em que esta se reproduz³⁷.

No entanto, indaga-se se a noção de reprodução introduzida pelo dispositivo legal acima é válida para o direito de autor em geral, ou apenas imputável aos direitos conexos; uma vez que este preceito encontra-se previsto no Título III do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português, que regulamenta os direitos conexos³⁸.

Mais ainda, vem-se com frequência identificando-se a cópia como o resultado da reprodução, ou seja, com o suporte material da reprodução. De sorte que a noção de reprodução estaria conectada diretamente com a noção de cópia, necessitando-se, portanto, sempre dum corpo mecânico para o exercício da faculdade de reprodução; mesmo que garantida esta reprodução por qualquer meio³⁹.

Sobre esta compreensão acentua Dias Pereira que as noções apresentadas no art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português não se entendem como suficientes, dado que as mesmas seriam aplicáveis restritamente aos direitos conexos. E, também aponta que estudar a reprodução pela sua simples adequação ao meio de obtenção dum cópia, ou seja do corpo mecânico, resultaria em admitir que este é relevante na determinação da tutela jurídica a conferir à obra intelectual⁴⁰.

Mas, esclarece o autor que a previsão contida no referido dispositivo legal, não serve para esse fim de concessão de tutela; e, sim, apresenta-se como útil para identificar a reprodução como direito de autor. Por isso, é que ao se destacar a faculdade de reprodução

³⁷ É o que estabelece o n.º 6, do art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português sobre a noção de cópia, compreendendo-a como o «suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representações destes, separada ou cumulativamente, capitados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes neles fixados».

³⁸ PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 342.

³⁹ É o que pondera Alexandre Dias Pereira, para quem: «Deste modo, não obstante o direito de reprodução abranger a reprodução 'por quaisquer meios' (art. 68.º/2-i) e, para os direitos conexos, art. 178.º/I-c, logo se deveria acrescentar, segundo as noções de cópias em suportes materiais.» PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

⁴⁰ Assim, conclui o autor que «Desde logo, permitem distinguir a reprodução da fixação, no sentido de esta é requisito daquela». PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

como um exclusivo autoral, depreende-se desta faculdade a possibilidade de produção da figura do exemplar⁴¹.

Como salientado há ainda aqueles que apontam a fixação ao revés como uma faculdade autônoma; uma vez que compreendem esta como a transferência da criação de espírito para um suporte qualquer, decorrendo assim logicamente desta ação de transferência um exclusivo para o autor, que lhe garante a materialização da obra⁴².

No Brasil, o elemento fixação encontra-se disciplinado autonomamente como um exclusivo autoral no art. 90 da Lei n.º 9.610/98; dado que este reconhece ao «artista intérprete ou executante o direito exclusivo de (...) fixação de suas interpretações ou execuções.»

Mister assim, destacar que a lei autoral brasileira apresenta-se mais firme em apontar a existência autônoma de um exclusivo de fixação; todavia identicamente à legislação portuguesa discute-se se esta disciplina porque prevista no rol da tutela atribuída aos direitos conexos, compreende também o direito de autor em geral.

Para que não se deixe azo às dúvidas e, decerto como já apontado em linhas acima, o presente artigo, compreende que o elemento fixação não integra um requisito para a atribuição da tutela jurídica autoral. Mas, a despeito da fixação não se afigurar como um requisito para a concessão da tutela autoral, de modo geral nos ordenamentos jurídicos de sistema europeu continental, cabe ponderar se as constatações até então verificadas, aplicar-se-ão inalteradamente com o surgimento das novas tecnologias digitais de reprodução.

Sem embargo, a noção de fixação que como visto compreende o ato de incorporação, materialização da criação de espírito do autor num corpo mecânico, põe-se ao lado hoje, em meio à revolução dos mecanismos de comunicação, de difusão da informação, dos atos de digitalização, de desmaterialização, que permitem o armazenamento da obra intelectual num suporte digital, que pode ser permanente ou temporário.

⁴¹ Oliveira Ascensão chega inclusive a afirmar que «A reprodução supõe uma fixação anterior, e é dessa fixação que se produzem cópias (...)» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 234 -236.

⁴² É o que defende Laura Chimienti, destacando inclusive que a ausência de previsão legal aponta para a irrelevância jurídica do ato de transferência da criação de espírito do autor para um corpo mecânico; uma vez que ao autor como criador da obra poder-se-á atribuir tal faculdade de materialização. CHIMIANTI, Laura. **La Nuova Proprietà Intellettuale nella Società dell'Informazione: La Disciplina Europea e Italiana**. Milão: Gufre, 2005, p. 99 e seguintes

Denote-se que mesmo diante da compreensão usual de que tudo o que foi, digitalizado, desmaterializou-se, perdendo a sua qualidade de corporeidade, esta ação não prescinde da fixação da obra intelectual num corpo. Todavia, este corpo não se estabelece de pronto como compreensível aos sentidos humanos. Para que esta realidade seja de fato apreendida pelos normais sentidos humanos, necessário faz-se que o meio de expressão físico da obra intelectual, agora digitalizada transforme-se em linguagem compreendida pela máquina⁴³.

O que importa referir que a despeito de falar-se genericamente em desmaterialização, mesmo no mundo digital, há a necessidade de fixação da informação num suporte digital, compreensível à máquina, ou seja, ao computador. Posto que esta informação é armazenada na memória digital do computador, em código binário, compreendido pela máquina⁴⁴.

Na verdade, cumpre-se refletir também sobre os avanços alcançados pelas novas tecnologias de comunicação; pois interessa, particularmente nesta parte do estudo, compreender que são diversos os métodos desenvolvidos de reprodução, transmissão e fixação das obras tuteladas pelo direito de autor. Métodos estes, extremamente avançados, com altíssima qualidade de som e imagem, apresentando um tempo de resposta ao milésimo de segundo, com tamanhos cada vez mais reduzidos, permitindo transmissão e fixação mais sensível.

Denote-se que uma das características mais importantes destes novos arquivos digitais⁴⁵ é a capacidade que oferecem para fazer cópias de uma fonte original sem minimamente diminuir sua qualidade. Sem dúvidas, os arquivos digitais abriram as portas

⁴³ A informação somente é compreendida pela máquina, quando esta é digitalizada e transformada em numeração binária, isto é, aquela que compreende um sistema de numeração posicional em que todas as quantidades representam-se utilizando como base o número dois, com o que se dispõe das cifras: zero e um (0 e 1). Portanto, o fenômeno da digitalização compreende um processo de codificação, que se concretiza pelo armazenamento de dados no computador como uma sequência de códigos. Ou seja, as letras e algarismos são codificados, atribuindo-se um número associado, para cada um. Vd. STALLINGS, William. **Arquitetura e Organização de Computadores**. 8ª ed., trd. Carlos Camarão de Figueiredo e Lucília Camarão de Figueiredo. São Paulo: Prentice Hall, 2010. Oliveira Ascensão muito claramente refere que «A linguagem do computador é assim uma linguagem binária, em que os únicos elementos perceptíveis pela máquina são o 1 e 0». ASCENSÃO, José de Oliveira. **A protecção jurídica dos programas de computador**. Revista da Ordem dos Advogados, ano 50, vol. 01, Abr./1990, p. 74.

⁴⁴ Assim, toda a informação que é inserida no computador segue direto para o microprocessador e é armazenada na memória ram, na forma binária, isto é de 0 (zero) e 1 (um). Fato é que a máquina, ou seja, o computador, é integrada por eletricidade que pode assumir apenas dois estados, ou ligado, representado pelo número 1, ou desligado, representado pelo número zero.

⁴⁵ Dentre muitos se destacam os seguintes formatos: .mp3; .mp4; dvx; etc.

para um novo mundo. As possibilidades de comunicação e distribuição são infinitas⁴⁶, por isso afigura-se tão importante identificar e decifrar os limites do exclusivo de exploração econômica do autor⁴⁷.

5 O DIREITO SOBRE O CONTROLE DOS ATOS DE REPRODUÇÃO

Sem embargo o direito de controlar a cópia de material protegido pelo direito de autor, reconduz à uma das grandes discussões sobre as características fundamentais do conteúdo de proteção dos direitos de autor no século XXI. Efetivamente, os titulares de direitos, especialmente os titulares das faculdades patrimoniais do direito de autor, dependem da proteção desta faculdade de reprodução, para desenvolverem economicamente os seus modelos de negócios fulcrados na distribuição em rede deste conteúdo protegido.

Com efeito, os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual confirmam que os autores, artistas e produtores de fonogramas mantêm, assegurado o seu amplo direito de reprodução. Tais instrumentos internacionais de proteção do bem intelectual foram construídos sobre as bases fundadas pela Convenção de Berna, e esclarecem que a faculdade de reprodução dos titulares de tais direitos, aplica-se plenamente no ambiente digital, independentemente da tecnologia ou do suporte físico utilizado, ou ainda da natureza ou a da duração da cópia.

Por isso, importante é o deslinde sobre a noção do poder de reprodução⁴⁸; ou seja, revelar e compreender o seu conteúdo, extensão e limite em razão dos atos de cópia, especialmente fundados no uso privado em ambiente digital.

⁴⁶ Nesta senda, Christopher Sprigman, aponta: «But idea/expression never applied particularly well to non-textual media, such as music or graphic arts, where the <idea> is difficult, if not impossible, to separate from the expression. As technology shifts creativity toward new media that focus on <sampling>, <re-mixing>, or <mashing up> bits of film, text, music, and graphic arts, we can expect to see fewer instances where the idea/expression dichotomy can do much to insulate the use of <ideas> from infringement liability.» Ou seja: «Mas o termo ideia/expressão nunca foi tão particularmente bem aplicado no contexto não textual das mídias, tais como a música ou as artes gráficas, onde a <idéia> é difícil, senão impossível, separada da expressão. Como a tecnologia desolca-se em direção da criatividade nas novas mídias tais como <sampling>, <re-mixing>, ou <mashing up>. bits de filme, textos, músicas e artes gráficas, podemos esperar para ver diversas instâncias nas quais a dicotomia ideia/expressão pode fazer muito mais do que isolar o uso das <idéias> da responsabilidade de violação.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright**. Stanford Law School, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

⁴⁷ Importa registrar que aprofundamentos sobre o direito de reprodução, bem como sobre a fixação da obra protegida pelo direito de autor no ambiente digital, serão desenvolvidos mais à frente nesta investigação, especialmente na sua quinta parte cinco, quando se estudará o uso privado e a internet.

Daí, razoável se faz distinguir o escopo da tutela do direito de autor em face da cópia privada digital, seja ela permanente ou transitória; e, ainda verificar o âmbito de concretização desta, isto é, se a cópia digital transitória, importa numa mera necessidade técnica para transporte ou armazenamento.

Outrossim, de modo a compreender a extensão do poder de reprodução em sede da cópia para uso privado, forçoso é delimitar qual a noção do poder de reprodução para uso privado. O que implica, necessariamente em debruçar-se sobre a análise da reprodução com a finalidade eminentemente de caráter privado; indagando-se, portanto, se a exigência da lei para assegurar este espaço livre de reprodução para uso privado, entende-se como aquele despido de objetivo de lucro, seja ele direto ou indireto.

Neste caminhar mister questionar sobre o que se entende por esfera privada de utilização, de forma a encontrar o *locus* admitido na lei para a garantia deste espaço de liberdade para a reprodução decorrente do uso privado.

Para além do *locus*, ou seja do lugar espacial para a liberdade de reprodução, garantidor do uso privado, importante é desvendar quem se qualifica como sujeito autorizado materialmente pela lei para realizar a reprodução com o fim de uso privado.

Não esquecendo ainda, de indagar-se sobre qual o limite do número de reproduções para uso privado neste espaço de liberdade aberto para a um sujeito determinado.

Ademais, de relevo é o debate de ideias sobre se a abertura deste espaço de liberdade para reprodução com o fim de uso privado afetará ou não a normal exploração da obra intelectual, causando prejuízos injustificados aos legítimos interesses do seu titular.

Como é óbvio, a noção de reprodução para uso privado, deve afastar, o caráter público do uso. Todavia, do que já fora acentuado neste estudo, vale de nota frisar que delimitar a noção do que se entende por uso privado ou público, não implica simplesmente em

⁴⁸ Claro está que importa verificar qual a fundamentação para esta liberdade de reprodução inscrita na lei com a previsão da cópia privada. O propósito desta análise, funda-se em não se restringir esta pesquisa somente ao estudo dos fundamentos legais; mas também, ampliá-lo em fundamentos outros, como os de natureza social, econômica e técnica. Entretanto, esta densificação, apenas far-se-á lateralmente, não se descuidando, portanto, do objetivo desta investigação, que se faz assente na dogmática jurídica sobre o poder de reprodução, delineando-se os seus contornos em face da cópia privada. De qualquer sorte, o intuito desta análise paralela, prende-se com o fato que a fundamentação da liberdade de reprodução, antes de haver sido garantida pela lei, certamente, representou um fenômeno econômico, social ou técnico, demonstrando as razões para a garantia deste espaço de liberdade de reprodução. Muito provavelmente, a análise desta fundamentação da liberdade de reprodução, reconduzir-se-á à uma interação ou mesmo adjunção de fenômenos, sejam eles, jurídicos, econômicos, sociais e técnicos.

identificar o local do ato de reprodução. Assim, é que ao delimitar-se este espaço, não físico, de liberdade para reprodução implica necessariamente em identificar os destinatários do uso privado.

Portanto, identificando-se o destinatário do uso do resultado da reprodução, ou seja da cópia, mais fácil apresenta-se a tarefa de desmistificar a finalidade deste uso, se público ou privado. É neste sentido de fuga ao escopo físico que se afigura possível a defesa do uso simultâneo e plural duma mesma obra protegida; inclusive o uso realizado por uma parcela indeterminada e ilimitada de sujeitos do público, que são completamente independentes entre si, qualificar-se como privado⁴⁹. Especialmente no domínio das redes de compartilhamento⁵⁰.

Frise-se que a compreensão do ato de reprodução para uso privado, analisado quanto à sua finalidade gratuita, passa por interpretar tão-somente a lei autoral brasileira, por ser este o diploma responsável por identificar as condutas ilícitas, violadoras do direito de autor.

⁴⁹ Exsurge da nova realidade tecnológica, uma integração nunca antes imaginada de dispositivos e equipamentos tecnológicos, que se convergem e interagem num único ambiente. O século XXI experimenta uma revolução tecnológica, diga-se digital, cujo destino natural é a convergência. Covell, na segunda fase da sua obra, atualiza o conceito de convergência digital, afirmando que esta é: «the convergence of computing, digital communications technology, and digital media (technologies and content)» Tradução livre: «a convergência da computação, tecnologias digitais de comunicação, e mídia digital (tecnologias e conteúdos)» COVELL, Andy. **Digital Convergence Phase 2. A Field Guide for Creator-Collaborators**. Illinois: Stipes Publishing, 2004, p. 5.

⁵⁰ Observe-se, todavia, que este espaço de liberdade para reprodução fundamentado, assim na inevitabilidade de alteração dos atuais desenvolvimentos tecnológicos e comportamentais, deve estar-se na interação com o exclusivo de exploração econômica do autor. Para tanto, mister faz-se a delimitação dos contornos deste espaço, objetivando a manutenção do equilíbrio dos interesses envolvidos e em enfrentamento. De passagem refira-se que este cuidado, fora inclusive pontuado pelo texto constitucional norteamericano que no seu art. 1.º, seção 8.º, cláusula 8.ª: «The Congress shall have the power (...) to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries». Ou seja: «O Congresso terá o poder (...) para promover o progresso da ciência e das artes úteis, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre as suas respectivas obras e descobertas.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of America**. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Interessante acrescer o que Lessig conclui, após a curiosa narrativa da sua conversa com Josh, citada em notas acima: «I had crossed a line. But with that crossing, my respect for Josh grew. I didn't agree with how he had acquired his collection. Yet his rebuke reminded me of a different economy within which culture also lives. There exists not just the commercial economy, which meters access on the simple metric of price, but also a sharing economy, where access to culture is regulated not by price, but by a complex set of social relations. These social relations are not simple. Indeed, these relations are insulted by the simplicity of price. And though I hope not many trade on capital acquired as Josh acquired his, everyone reading this book has a rich life of relations governed in a sharing economy, free of the simplicity of price and markets.» Tradução livre: «Eu havia cruzado a linha. Mas com esse cruzamento, o meu respeito por Josh cresceu. Não concordo com a forma como ele adquiriu a sua coleção. No entanto, sua repreensão fez-me lembrar duma outra economia em que a cultura também vive. Não existe apenas a economia comercial, que mede o acesso na métrica simples de preço, mas também uma economia de partilha, onde o acesso à cultura é regulado não pelo preço, mas por um conjunto complexo de relações sociais. Essas relações sociais não são simples. Na verdade, essas relações são insultadas pela simplicidade do preço. E embora espero que não ocorram muitas trocas comerciais com este capital, como o adquirido por Josh, todos lendo este livro tem uma vida rica de relações regidas numa economia de partilha, sem a simplicidade de preços e mercados.» LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p. 145.

Portanto, sozinho, o dispositivo legal penal, ou seja, o art. 184, de pouco ou mesmo nada poderá contribuir para o problema de se delimitar o âmbito da legalidade da noção de reprodução para uso privado, consubstanciada no exercício dos limites do direito de autor; mais especificamente, levando em consideração o que se discute na presente seção, sustentado-se o ato de reprodução para uso privado numa finalidade não lucrativa.

Sem embargo, a cópia privada integral, no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de violação ao direito de autor, pois tal ato não consta nas limitações do inciso II, do art. 46, da lei autoral brasileira⁵¹. Assim, ausente a autorização⁵² do autor para que se reproduza a obra protegida, mesmo que para uso privado, e ausente a finalidade econômica ou comercial, a violação existe posto que o limite previsto na lei autoral, contempla apenas a cópia para uso privado realizada em «pequenos trechos».

Entretanto, de fato, não se pode mais, hoje, compreender no âmbito da legislação penal brasileira, uma discussão sustentada no ato de reprodução para uso privado, quando ausente a intenção de lucro. Pois que, a previsão do tipo penal contida no art. 184, ora em apreço, trata-se duma norma penal em branco heterovitelina; ou seja, necessitando o tipo penal para aplicação ao caso concreto, duma remissão externa à outro diploma legal; no caso em tela, a lei autoral brasileira.

Acrescente-se, todavia que a legislação autoral brasileira apresenta-se silente quanto à obrigatoriedade de fiscalização da licitude da fonte reproduzida⁵³. Pois, como é óbvio que a realidade dos países que comungam dum sistema jurídico que não utiliza cláusulas gerais abertas, mas sim limites fechados e expressos na lei, não é a mesma. Assim, parece extremamente rigoroso transferir este dever de controle sobre o respeito às normas do direito de autor, com o fim de evitar atos de violação ao direito de autor, ao sujeito que pretende realizar um ato de reprodução para uso privado.

⁵¹ É o que *in verbis* se lê no dispositivo legal em apreço: «Art. 46. Não 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; (...)».BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁵² Leia-se o que dispõe a lei autoral brasileiro: «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; (...)».BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁵³ Conforme a previsão do inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98. Observe-se, que esta constatação deve ser mantida a despeito do uso da expressão «reproduzidos com fraude» pelo legislador brasileiro, ao estabelecer as sanções civis por eventuais atos de violação ao exclusivo autoral, no art. 104.

Nesta medida, bastante provável, a realização de atos de reprodução para uso privado, fora do preceito legal, já que a discussão do que se trata como fonte lícita, ou não manifestamente ilícita é bastante tortuosa a depender do que seja adotado pela sistemática interna de cada diploma para a tutela do exclusivo autoral. Não tem o utilizador, capacidade técnica e jurídica, para compreender o escopo da licitude ou ilicitude da fonte utilizada para a realização do ato de reprodução para uso privado, que é legítimo.

Entender, desta forma, é relegar a cópia privada para a marginalidade dos atos de reprodução autorizados, restringindo as opções de liberdade de escolha do utilizador.

Ademais, o dever de controlar a licitude dos atos de comunicação da obra protegida pelo direito de autor, não se compreende uma tarefa que deva ser levada a cabo por um único utilizador que deseja proceder à um ato de reprodução para uso privado, que se recorde, trata-se de ato lícito, posto que ínsito nos limites do direito de autor.

Neste sentido, apresenta-se de todo inócua a discussão sobre a licitude da fonte reproduzida para efeitos de delimitação da noção de reprodução para uso privado. Ressalte-se que o limite imposto ao exercício do exclusivo autoral de exploração econômica, implica na licitude do ato de reprodução para uso privado.

Oportuno, também destacar que não parece ser importante a discussão sobre o autor material do ato de reprodução, destinando-se o resultado deste ato aos fins estabelecidos pela lei; ou seja, se a finalidade da cópia sustentar-se num uso privado, a discussão sobre a autoria do ato é ilógica, posto que a finalidade privada do uso, encerra a problemática da ilegalidade do ato de reprodução.

A *ratio* do regime para a cópia privada, sustenta-se no estabelecimento dum espaço de liberdade de reprodução que fora instituído com o condão de equilibrar os interesses envolvidos neste espaço. Portanto, não se afigura razoável a previsão doutras delimitações, que em geral serão secundárias em face da principal, qual seja, a verificação de que a cópia realizada destina-se ao uso privado.

No entanto, a redação expressa pela lei autoral brasileira é restritiva, pois apenas entende a licitude da cópia «para uso privado do copista, desde que feita por este»⁵⁴. Parece assim, que o legislador brasileiro adotou uma postura mais conservadora no que diz respeito à

⁵⁴ Conforme disciplina o inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98.

fixação dum espaço livre para a reprodução, consistente num uso privado. Ou seja, restringe o ato de reprodução para uso privado, como aquele que deve ser realizado pelo próprio beneficiário da cópia.

Denote-se que há sistemas de utilização livre que expressamente determinam o número de cópias autorizadas para uso privado. Como é o caso da legislação autoral brasileira, que determina expressamente estar autorizada a cópia «em um só exemplar»⁵⁵. E ainda o da legislação autoral venezuelana que disciplina sobre a licitude da reprodução, autorizando tão-somente a reprodução de uma única cópia.⁵⁶

Outrossim, deve o presente artigo questionar-se sobre as razões que justificam o estabelecimento na lei do número de cópias autorizado pelo regime do uso privado. Lembre-se que a fundamentação deste regime sustenta-se na criação dum espaço de liberdade para reprodução, com vistas ao equilíbrio pretendido em face dos interesses que coabitam este mesmo espaço.

Assim, não se apresenta da melhor técnica jurídica limitar-se o número de utilizações fulcradas neste regime de uso privado; posto que o mesmo fora criado, no sentido de por fim ao desequilíbrio criado fictamente pela lei, quando esta disciplina o exclusivo econômico em favor do criador intelectual⁵⁷.

Porquanto limitar o número de cópias para uso privado, configura o retorno ao desequilíbrio indesejado. Não há como o legislador, sob as vestes da potencialidade da concretização dos atos ilícitos de reprodução, mitigar a liberdade para reprodução, cuja noção fora delimitada em face do alcance do equilíbrio de forças, entre os interesses de conteúdo e titularidade distinta.

⁵⁵ Previsão contida no inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98.

⁵⁶ É o que se encontra disciplinado no n.º 1, do art. 44, da Lei sobre Direitos de Autor da Venezuela, «de una copia de la obra impresa, sonora o audiovisual». VENEZUELA. Ley sobre el Derecho de Autor. Caracas, 1.º de outubro de 1993. Gazeta Oficial de la República de Venezuela, n.º 4.638 Extraordinário. Disponível <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdocs.venezuela.justia.com%2Ffederales%2Fleyes%2Fley-sobre-derecho-de-autor.pdf&ei=h3jYUov2OK3lsASCloGgBg&usg=AFQjCNGdqEZtLNDmuLQD1rbTRc35JB5A&bvm=bv.59568121,d.cWc>>.

⁵⁷ Karin Grau-Kuntz destaca inclusive que ao autor não é garantido direito de propriedade algum. E assim defende que o exclusivo autoral apenas confere prerrogativas de controle que são impostas sobre o controle de acesso à obra. KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in Liinc em Revista, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro.

Não se coaduna com o próprio sistema de utilização livre a limitação do número de cópias, uma vez que este apresenta-se de análise instrumental em face da essencialidade dos fins sobre os quais o sistema foi criado.

No Brasil, advirta-se que o legislador, não introduz o triplo teste no regime da cópia privada, expresso no inciso II, do art. 46⁵⁸. Entretanto, faz referência aos dois últimos passos do teste, no inciso VIII, deste mesmo dispositivo legal, que cuida da autorização para reproduzir um pequeno trecho de obra preexistente, numa outra obra. Exigindo para tanto, que a reprodução da obra antiga (obra preexistente), não seja o objetivo da obra nova (outra obra)⁵⁹.

Saliente-se, ainda, que a análise dum ato singular de reprodução para uso privado, não se compreende como um parâmetro razoável para verificar se este ato importou na

⁵⁸ Diferentemente do legislador português, o brasileiro não faz remissão ao triplo teste como um critério geral que deve ser observado por qualquer um dos «modos de exercício das utilizações» permitidas independentemente da autorização do autor.

⁵⁹ Observe-se que esta previsão da lei autoral brasileira não é muito distante do que Lawrence Lessig denominou de cultura do remix, ou seja, aquela que estampa uma sociedade composta por indivíduos em constante movimento, que aceitam o convite de Umberto Eco, para “fazer a obra com o autor”. Cf. ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 63. Vd. LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008. Denote-se que a magnitude da obra intelectual aponta para a sua atemporalidade. A criação intelectual do autor, de modo geral representa a inspiração, a reflexão deste homem criador sobre os problemas ou situações próprias e particulares dum determinado momento histórico. Mas, pode esta mesma obra intelectual resurgir transformada, após datar milênios da sua criação original. Sávio Laterce aponta que: «Não há dúvida, por exemplo, que a noção de Acaso de Epicuro inspirou Darwin, que a Idéia de Platão ajudou a compor a teoria estética de Schopenhauer ou que a lista de Categorias de Aristóteles ressurgiu reduzida em número nas reflexões de Kant. Essa é a força do pensamento que vai além dos seus autores, o que nos faz acreditar que esses homens raros são extemporâneos, visionários, gigantes intelectuais que apontam flechas para o futuro». LATERCE, Sávio. **Husserl e a Crise da Ciência Ontem e Hoje**. in Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região. Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.69-99, abr./set. 2008, p. 69. Umberto Eco chega mesmo a defender um procedimento que permite a abertura da obra em duas frentes teóricas distintas, quais sejam, a teoria da informação e a semiótica. Para o autor a obra aberta permite aumentar a entropia da mensagem, surgindo para aquele que utiliza a obra, receptor, portanto da informação, diversas possibilidades num universo de escolhas. Valendo-se da semiótica, o autor, pontua que a obra aberta diverge dos costumes postos, permitindo ao seu utilizador uma fruição ativa, que comporta a percepção de significados múltiplos. Cf. ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. Propor a utilização em movimento das obras intelectuais, é na verdade, segundo o autor, permitir que as mesmas revelem o aspecto fundamental da sua criação, ou seja, «como obras e não como coágulos de elementos casuais prontos a emergir do caos em que estão, para se tornarem uma obra qualquer». Marcante caracteriza-se a proposta do autor que concebe as obras abertas, enquanto em movimento, como o convite para «fazer a obra com o autor». ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 63. Frise-se que a cultura do remix, como defende Lessig, permite o estabelecimento de relações intersubjetivas que se fundamentam nas ações de compartilhamento, transformação e edição de obras intelectuais, tuteladas pelo direito de autor. Lessig informando sobre a nova realidade cultural, esclarece que: «We live in a world infused with commercial culture, yet we rarely see how it touches us, and how we process it as it touches us». Tradução livre: «Nós vivemos em um mundo repleto de cultura comercial, mas raramente vemos como ele nos toca, e como processá-lo como ele nos toca» LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p.7.

afetação da exploração normal⁶⁰ da obra e no prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁶¹. Uma aferição fidedigna apenas pode ser conseguida, mediante a realização do cálculo de todos os atos de reprodução para uso privado realizados da mesma obra⁶².

Defender posição diversa, é o mesmo que entender que todo e qualquer ato de reprodução para uso privado afeta a exploração normal da obra e causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁶³. Pois, realmente o titular

⁶⁰ Observe-se que não se pode identificar o alcance da «exploração normal da obra» com o exaurimento de todos os modos de exploração econômica da obra facultadas ao autor. Já que, ao autor, garante-se autorizar, de modos diversos, a utilização da mesma obra a diversos sujeitos, repartindo-se, assim, entre estes, parcelas das facultades patrimoniais. Portanto, se uma das limitações, individualmente analisadas, afete qualquer um destes modos de exploração da obra, não é possível passar ao segundo passo do triplo teste. Aliás, foi assim, que entendeu o Grupo Especial da Organização do Comércio, sobre a obediência da legislação norte-americana ao triplo teste «If "normal" exploitation were equated with full use of all exclusive rights conferred by copyrights, the exception clause of Article 13 would be left devoid of meaning. Therefore, "normal" exploitation clearly means something less than full use of an exclusive right.» Trad. Livre: «Se a "normal" exploração for equiparada com a plena utilização de todos os direitos exclusivos conferidos pelo direito de autor, a cláusula de exceção do artigo 13 restaria desprovida de significado. Portanto, a "normal" exploração significa claramente algo menos do que a plena utilização de um direito exclusivo.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act.** WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 44. Disponível em

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdispu_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjkvQeXloGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0

⁶¹ De nota, é o sentido apresentado para o terceiro passo, pelo o Grupo Especial da Organização do Comércio, sobre a obediência da legislação norte-americana ao triplo teste, já que: «The crucial question is which degree or level of "prejudice" may be considered as "unreasonable", given that, under the third condition, a certain amount of "prejudice" has to be presumed justified as "not unreasonable". In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner». Ou seja: «A questão crucial é saber o grau ou o nível de "prejuízo" que pode ser considerado como "não razoável", uma vez que, no âmbito do terceiro passo, uma determinada quantidade de "prejuízo" deve ser justificada presumidamente como não razoável". Em nossa opinião, o prejuízo aos legítimos interesses dos titulares de direitos de autor alcança um nível não razoável se uma exceção ou limitação causar ou tenha o potencial de causar um prejuízo não razoável aos rendimentos dos titulares de direitos de autor». ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act.** WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 44. Disponível em

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdispu_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjkvQeXloGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0

⁶² Neste mesmo sentido, verificando as diversas modalidades de compartilhamento de conteúdo, bem como dos inusitados novos formatos digitais destes conteúdos e ainda explicando os motivos pelos quais a distribuição on line de conteúdos trata-se dum problema, vd. PICKER, Randal C. **Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution.** in John M. Olin Law & Economics Working Paper n.º 147, (2.ª série), The Law School, The University Of Chicago 2002. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>, consulta aos 07.10.2012.

⁶³ Cumpre-se enfatizar, que a análise da regra dos três passos, segundo Ginsburg, poderá levar o «the adjudicator from the rather straightforward criteria of the first step, to the potentially manipulable “normal exploitation” second step, to the interpretative uncertainties of the “reasonableness” inquiry», o mesmo que «julgador a partir de critério mais simples do primeiro passo, para o segundo passo potencialmente manipulável da exploração normal, até as incertezas interpretativas do exame da justificação». GINSBURG, Jane C. *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three Step Test” for Copyright Exceptions.* in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 187, Janeiro 2001, p. 57-58.

de direitos de autor sobre a obra, com um único ato de reprodução para uso privado, deixa de receber a remuneração sobre esta cópia realizada; assim, a depender do número de atos de reprodução, com a mesma finalidade, o lucro sobre a sua atividade intelectual remunerada poderá decrescer, em decorrência da redução do número de exemplares comercializados⁶⁴.

Mais ainda, observe-se que a exigência do atendimento de tais critérios implicaria numa frontal insegurança para o utilizador que procede à um ato de reprodução para o seu uso privado. Restaria impedido a este sujeito saber se o ato de reprodução que intenta realizar, concretamente encontra-se no campo da licitude ou não; já que não há como avaliar se o seu ato afeta a normal exploração⁶⁵ e causa injustificado prejuízo aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁶⁶.

Publicado no dia 27/06/2014

Recebido no dia 16/06/2014

Aprovado no dia 18/06/2014

⁶⁴ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, v. VIII, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁶⁵ Alguns autores questionam-se, verdadeiramente, sobre a «banalização» da obra intelectual, pela reprodução de «clones» das mesmas, através dos novos mecanismos tecnológicos de reprodução. Referindo, inclusive, sobre o risco da inutilização da aquisição da obra, após a reprodução e utilização da cópia, mesmo que realizada num círculo privado. Vd. respectivamente: VICENTE, Dário Moura. **Cópia Privada e Sociedade da Informação**. in Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf>, Acesso em: 13.02.2011. LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 2.^a ed. Paris: Litec, 2001, p. 268.

⁶⁶ Christophe Geiger chega a mesmo a comentar sobre o perigo da aplicação da regra dos três passos no ambiente digital. GEIGER, Christopher. **Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private copy Exception in the Digital Environment**. in Computer Law Review International, n.º 1, p. 7- 13, Fevereiro, 2005 p. 12.