

Os Métodos de Controle da Utilização da Obra Protegida por Direitos de Autor

Control Methods for Use of Copyrighted Work

Iracema Fazio

UNIME Lauro de Freitas, Coordenação Acadêmica. BA, Brasil.

E-mail: iracema.fazio@kroton.com.br

Resumo

O objetivo do presente artigo é investigar os métodos de controle de utilização da obra, permitindo assim identificar os atos que restringem a utilização da obra e que são implementados pelas medidas tecnológicas de proteção. Deste modo, o estudo tem o propósito de compreender qual o regime jurídico das medidas tecnológicas de proteção implementado no Digital Millennium Copyright, como também no Marco Regulatório da União Europeia e da Legislação Autoral Brasileira. Assim, pretende-se analisar os impactos deste marco regulatório no regime de utilizações livres, especificamente no que tange ao instituto da cópia privada digital e dos atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção.

Palavras-chave: Direito Autoral. Cópia Privada. Ambiente Digital. Medidas Tecnológicas de Proteção.

Abstract

The purpose of this article is to investigate methods of controlling the use of the work, thus allowing to identify the acts that restrict the use of the work and that are implemented by technological protection measures. In this way, the study aims to understand the legal regime of technological protection measures implemented in the Digital Millennium Copyright, as well as in the Regulatory Framework of the European Union and the Brazilian Copyright Law. Thus, it is intended to analyze the impacts of this regulatory framework on the free use regime, specifically with regard to the institute of digital private copying and the acts of neutralization of technological protection measures.

Keywords: Copyright. Private Copy. Digital Environment. Technological Protection Measures.

1 Introdução

A via tecnológica de proteção das obras intelectuais consiste em utilizar uma série de mecanismos que permitem identificar os materiais suscetíveis de serem protegidos pelos direitos de autor e que controlam o uso que se faz destes, evitando-se perdas econômicas para o titular de direitos de exploração econômica, assim como a violação das faculdades pessoais dos seus autores. (FERNÁNDEZ-MOLINA; PEIS, 2001)

Estes sistemas, que recebem inúmeras denominações ECMS (Electronic Copyright Management Systems – Sistemas de Gestão Eletrônica de Direitos de Autor), ERMS (Electronic Rights Management Systems – Sistemas de Gestão de Direitos Eletrônicos) ou DRMS (Digital Rights Management Systems – Sistemas de Gestão de Direitos) –, permitem agora a utilização de barreiras; ou seja, métodos de proteção da propriedade habituais noutros setores, porém que até agora não eram tecnicamente possíveis para o direito de autor. (O'ROURKE, 1998)

Saliente-se, contudo, que o termo medidas tecnológicas é diverso destes termos que em geral compreendem sistemas de informação para a gestão eletrônica de dispositivos; tratando-se, assim, de realidades distintas.

Note-se que a informação para a gestão eletrônica de direitos consubstancia-se numa realidade mais alargada, uma vez que permite a identificação de conteúdos protegidos e a eficácia da utilização de obras segundo a lei e as diretrizes impostas pelos titulares de direitos. (HUGENHOLTZ *et al.*, 2003).

Refira-se que a distinção entre tais sistemas de informação para a gestão eletrônica e as medidas tecnológicas, reside no fato de que estas destinam-se a restringir ou a impedir o uso da obra, já os sistemas moldam e regulam a utilização de obras no ambiente digital, servindo-se tipicamente de medidas tecnológicas com o fim de gestão, por isso não se restringem ou se confundem com aquelas (HUGENHOLTZ *et al.*, 2003)

Pondere-se que o impacto destes sistemas de gestão eletrônica será bastante reduzido, por isso fez-se a opção no presente artigo por realizar apenas o aprofundamento em matéria dos mecanismos tecnológicos de proteção. Aliás é pela utilização destes mecanismos que se avoluma o impacto no respeito aos limites impostos ao titular de direitos de autor e mais especificamente no que diz respeito ao limite da cópia privada.

Para o efeito, pretende identificar os métodos de controle de utilização da obra, estudar os atos de restrição à utilização

da obra implementados pelas medidas tecnológicas de proteção, analisar o regime jurídico das medidas tecnológicas de proteção implementado no *Digital Millenium Copyright* e no âmbito do Marco Regulatório da União Europeia, confrontando com a Legislação Autoral brasileira e assim verificar os seus impactos no regime de utilizações livres, especialmente no que concerne à cópia privada digital e aos atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção

Deste modo, o presente artigo objetiva estudar os métodos de controle da utilização da obra protegida por direitos de autor, bem como, os mecanismos tecnológicos utilizados para efetuar-se o controle sobre os atos de reprodução no ambiente digital da obra protegida pelo direito de autor, com o enfoque nos atos de utilização permitidos, ou seja, no âmbito do uso privado. Este artigo aborda o razoável equilíbrio entre o regime de proteção contra os atos de neutralização das medidas tecnológicas e a cópia para uso privado.

2 Desenvolvimento

2.1 Os Métodos de Controle de Utilização da Obra

De modo bastante despretensioso, ao nível técnico sobre a matéria, assinala-se que são quatro os métodos de controle de utilização da obra. (VICENTE, ²⁰⁰⁶) Neste sentido, é possível realizar as seguintes atividades de controle sobre a obra, impedir a modificação da obra, prevenir ou restringir determinados usos, impor um número máximo de utilizações ou somente controlar o simples acesso à obra. Observe-se que tais atos de controle sobre a obra poderão vir a ser exercidos de modo isolado ou ainda em conjunto. (RAMALHO, 2011)¹

Na verdade, agrupando-se estas quatro modalidades de controle em dois grupos com métodos semelhantes, permite-se ao titular do direito de autor fazer uso de medidas de controle de acesso e de cópia.

Destacam-se entre as medidas de controle de acesso, aquelas que consistem tão-somente na introdução duma palavra-chave para acesso ao endereço na internet no qual a obra encontra-se disponível; mas, também, a outros mais complexos, como CSS – *Content Scrambling System*¹ e o AACSS – *Advanced Access Content System*². (BARRY, ²⁰⁰⁴)

Quanto às medidas de controle de cópias mais utilizadas tem-se o SCMS – *Serial Copy Management System*³, o SACD – *Super Audio Compact Disc*⁴ ou simplesmente aqueles que limitam a cópia a uma determinada espécie de equipamentos⁵. Como também as tatuagens eletrônicas ou marcas de água, que muito embora utilizadas largamente

para a gestão eletrônica de direitos, revelam na verdade um eficiente método de controle das utilizações; na medida em que acrescem à obra uma marca, que não a altera e resiste ao tratamento da informação contida no suporte, ou até mesmo a sua modificação. (JOHNSON, 2009)

Observe-se que a proteção legal destes mecanismos tecnológicos surgiu com os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 1996. O art. 11 do Tratado sobre Direitos de Autor desta Organização, intitulado «obrigações relativas às medidas tecnológicas» estabelece que as partes contratantes devem proporcionar a adequada proteção jurídica e os recursos jurídicos efetivos contra os atos de neutralização das medidas tecnológicas.

Note-se, que o referido dispositivo do Tratado sobre Direitos de Autor desta Organização, transfere a responsabilidade da disciplina sobre o regime jurídico das medidas tecnológicas para os Estados. Entretanto, disciplina, prontamente, que devem os Estados legislarem sobre os atos que visam neutralizar as medidas tecnológicas. O que implica em reconhecer a vontade do legislador internacional em impor sanções diversas aos atos de neutralização das medidas tecnológicas, que devem ser reguladas pelos Estados, de acordo com o seu regime jurídico interno.

Retira-se, portanto, do comando legal internacional, que todos os Estados ao firmarem este Tratado, assumiram a obrigação de proteger legalmente as medidas tecnológicas efetivas. E, não só! Pode-se, sem dúvidas, concluir, também, pela obrigação dos Estados em prevê um regime jurídico adequado contra os atos que visam neutralizar estes mecanismos tecnológicos de proteção.

Note-se que assim possível é conjugar-se as medidas tecnológicas com os limites do direito de autor, uma vez que, como observa Koelman (2000) não se encontra proibida a neutralização das medidas tecnológicas a fim de consumir atos permitidos, fundados num dos limites do direito de autor, a exemplo do limite da cópia privada.

A definição destas medidas tecnológicas de proteção no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor leva em consideração se são estas medidas «efetivas», «utilizadas pelos autores em relação ao exercício dos seus direitos nos termos do presente Tratado ou da Convenção de Berna» e se «restringem atos que não estão autorizados pelos autores em questão ou permitido por lei».

Sem embargo, algumas discussões foram enfrentadas sobre a definição adotada pelo legislador internacional neste

1 Tecnologia que corresponde a uma cifragem baseada num sistema de chaves que se encontram no equipamento e no suporte. Esta espécie de tecnologia fora especialmente concebida para a proteção de DVDs.

2 Tecnologia que consiste numa cifragem com um sistema de chaves localizado tanto no equipamento como no suporte de armazenamento, mas que utiliza avançada tecnologia de criptografia.

3 Sistema que impede a cópia de segunda geração, ou seja, a cópia realizada através doutra cópia.

4 Sistema que fixa uma marca de água no suporte, e que desaparece quando este é copiado, impedindo leitura da cópia.

5 Sistema que era utilizado pela Apple no qual o arquivo quando adquirido numa plataforma web, como por exemplo o arquivo de áudio comprado no iTunes, não podia ser copiado para outros equipamentos que não o computador ou o iPod, impedindo ainda o envio do arquivo pela internet, por exemplo através duma rede peer-to-peer.

art. 11. Em primeiro plano, debateu-se as razões do uso da expressão «efetivas» para qualificar tais medidas tecnológicas.

Sobre este debate, afirmou-se, que o propósito da inclusão do requisito da efetividade, era o de não assegurar proteção legal àquelas medidas tecnológicas facilmente neutralizadas, ou as que facultem a sua neutralização por um mero acidente. (LUCAS, 1998; KOELMAN, 2001).

Mas, houve também quem acrescenta-se, que o propósito deste requisito foi o de destacar a desnecessidade de atribuir-se proteção legal, àquelas medidas que, de fato, sejam completamente eficientes, já que não neutralizadas em seu todo. Justificando-se, inclusive, este posicionamento, pela utilização, por duas vezes, da expressão efetiva no art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor.

Como foi debatido na ação promovida pela Universal City Studios, Inc. e mais sete outros estúdios em face de Shawn Reimerdes, Eric Corley, Roman Kazan e mais 2.600 empresas, pela distribuição do programa DeCSS, capaz de descriptografar conteúdos protegidos pelo CSS - Content Scrambling System, ou seja, por uma medida tecnológica de proteção comumente utilizada para a proteção dos conteúdos gravados em DVDs.

As empresas litigantes sustentaram que o programa DeCSS para neutralizar o CSS, foi produzido e lançado sem autorização da DVD CCA, a associação responsável pelo controle de cópias de DVDs. Os três demandados alegaram em sua defesa que as suas ações não violam o *Digital Millennium Copyright Act* (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital) e, em qualquer caso, que este corpo normativo, aplicado aos programas de computador, ou ao seu código, viola a Primeira Emenda. Justificaram, esta defesa, com o argumento de que o código do programa de computador, independentemente de sua função, trata-se dum «discurso», por isso deve ser protegido constitucionalmente, não se admitindo a sua regulação.

Em primeiro grau o Juiz Lewis A. Kaplan decidiu a favor das 8 grandes companhias, da indústria do cinema, afirmando ainda a constitucionalidade do *Digital Millennium Copyright Act*, e concluiu que os conflitos de interesses concorrentes como este são resolvidos pelo Congresso. Acrescentando, ainda que Congresso resolveu esse choque em favor dos demandantes, dado as características peculiares dos programas de computador propícias a burlar criptografia e outras medidas de controle de acesso. Entendendo, por fim, que *Digital Millennium Copyright Act* é aplicado na postagem e ligação, não violando assim a Primeira Emenda. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelações. 2.º Circuito. 273 F.3d 429, 2000)

Não satisfeitos, os três demandados recorreram desta decisão ao Tribunal de Apelação, que embora tenha confirmado a decisão de primeiro grau, enfatizou que concordava com o argumento dos demandantes de que os programas de computador são uma forma de expressão, protegida, independentemente de fazerem-se representar pelo

seu código-fonte ou pelo seu código-objeto. Em conclusão o Tribunal afirmou que o fair use nunca foi considerado uma garantia de acesso a material protegido por direitos de autor. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelações. 2.º Circuito. 273 F.3d 429, 2001)

Em seguida, passou-se à discussão sobre a necessidade de as medidas tecnológicas de proteção serem utilizadas pelos autores em relação ao exercício dos seus direitos. Na verdade, o sentido deste segundo critério, pretende assegurar, que a utilização das medidas tecnológicas de proteção, fique restrita aos titulares de direitos de autor sobre a obra protegida.

Resulta, portanto, deste requisito, que o art. 11, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, não será aplicado às medidas tecnológicas de proteção fora do âmbito da legislação de direitos de autor, ou às obras que se encontram no domínio público. Pois que, neste sentido, a utilização pelos autores destas medidas não se encontra relacionada ao exercício dos seus direitos, assegurados pelas leis de tutela autoral.

Quanto ao terceiro requisito, numa interpretação literal do referido dispositivo da legislação internacional em comento, observa-se que este é cumulativo ao segundo. Ou seja, exige-se dos titulares de direitos de autor, no exercício dos seus direitos regulados no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, que a utilização de medidas tecnológicas de proteção em suas obras, seja restrita aos atos não autorizados ou permitidos na lei.

O que implica em afirmar que os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, praticados dentro dos limites do uso privado, não estarão proibidos nos termos do art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor. Por consequência lógica, estarão proibidos os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, cuja finalidade escape aos limites do uso privado. (KOELMAN, 2000)

Observa-se, assim, que a exigência destes requisitos para admitir-se o uso lícito das medidas tecnológicas de proteção, reside em assegurar que deve existir um equilíbrio entre o âmbito de proteção destas medidas e a proteção dos direitos de autor.

Ademais, cumpre-se, indagar se a exigência de proteção legal adequada, disciplinada no art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, implica necessariamente na disciplina, dos direitos de autor, dum regime jurídico específico, para regular as medidas anti-neutralização?

Sinceramente, não aparenta ser este o sentido da norma. O art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor não faz exigência da integração dum regime jurídico específico para as medidas anti-neutralização, na legislação de proteção autoral. Resultado, desta interpretação, é constatar-se que os Estados signatários do referido Tratado encontram-se livres para estabelecer qualquer modalidade de proteção legal.

2.2 O Razoável Equilíbrio entre o Regime de Proteção Contra os Atos de Neutralização da Medidas Tecnológicas e a Cópia para Uso Provado

Cumpra-se, ainda, investigar se toda e qualquer medida irá alcançar o regime de proteção jurídica conferido pela lei. (LESSIG, 1999) Melhor, é preciso adequar a proteção jurídica ao propósito técnico para o qual estas medidas foram criadas; evitando-se assim distorções no sistema, conforme o já anteriormente analisado.

Todavia, antes de enfrentar o tema, convém esclarecer quais são os elementos desta proteção. Assim, faz-se necessário estudar o objeto da proteção, a intenção do agente, bem como o âmbito de proteção, verificando-se por fim a possibilidade de reflexo desta proteção conferida às medidas tecnológicas com o limite da cópia privada.

Sobre o objeto da proteção, aponte-se que os ordenamentos jurídicos dum modo geral revelam que este pode compreender toda e qualquer medida tecnológica eficiente. Por isso, importante é decifrar juridicamente o que se entende por medida tecnológica e consequentemente a delimitação das eficientes medidas.

Este foi, inclusive, um cuidado tomado pelo legislador português no seu art. 217.º, refletindo o espírito da Diretiva 2001/29/CE no n.º 3 do seu art. 6.º⁶; que todavia, não observou o problema que criou ao não distinguir as medidas de controle das medidas de acesso. Na verdade, a proteção jurídica apenas deveria recair sobre as medidas de controle de cópia, pois são estas que impedem ou restringem a reprodução da obra. Para as medidas de controle de acesso, portanto, não se deveria ter outorgado a proteção legal; uma vez que este controle não representa um exclusivo autoral.

Ademais, equivocou-se o legislador português no momento da transposição da Diretiva 2001/29/CE, por isso a previsão portuguesa no seu art. 217.º refere-se a atos não autorizados pelo titular do direito. O referido texto comunitário define as medidas de carácter tecnológico como toda aquela destinada “a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito *sui generis* previsto no capítulo III da Directiva 96/9/CE”.

Sem embargo o titular do direito de autor apenas poderá impedir ou restringir estes atos quando consubstanciem o exercício de direitos que lhe tenham sido previamente outorgados por lei. O que alarga a compreensão da Diretiva 2001/29/CE, já que aparentemente confere-se ao titular do direito um poder imperativo, que em teoria permitir-se-ia aferir da licitude do ato.

Observe-se que o legislador português, na verdade, pretendeu atender com o uso das medidas tecnológicas

tanto a proteção no mundo analógico, como no ambiente digital. Enquanto no ambiente analógico a posse do suporte aduz propriedade, no ambiente digital o uso das medidas tecnológicas destinar-se-ia ao controle de acesso à obra.

Claramente, trata-se duma posição equivocada, pois o acesso consubstancia-se apenas num meio de exercer o direito e nalguns casos de facilitar a circulação da obra no comércio, portanto não pode corresponder ao exercício dum exclusivo autoral, escapando assim da sua esfera de proteção.

Registre-se para além disso que a restrição do acesso à obra num determinado protocolo, ou seja, num formato específico que somente pode ser executado numa plataforma tecnológica particular, não se apresenta de todo razoável a defesa de controle sobre os atos de acesso à obra num determinado formato.

Assim, restringir o acesso a determinada obra, por exemplo que circula num formato .jpg ou .pdf, não corresponde a um direito exclusivo, mas sim a um rigor de funcionalidade técnica que foi imposto. Portanto impedir o utilizador de transferir uma imagem do formato jpg para pdf, não confere uma proteção acrescida à imagem em si. Nesta ordem de ideias, na verdade, criam-se monopólios não desejáveis de operações nos diversos formatos.

Oportuno faz-se ainda destacar, que uma medida tecnológica será todo o mecanismo que tem por objetivo impedir ou restringir atos de utilização relativos a obras, entendidas estas como as criações intelectuais às quais é outorgada proteção ao nível do direito de autor.

Certo é, neste sentido, que uma medida tecnológica aposta numa obra não protegida, seja ela não meritória de proteção *ab initio*, como por exemplo, o caso de notícias do dia e relatos de acontecimentos diversos com carácter de simples informações de qualquer modo divulgados ou tenha ela enfrentado resultado não protegido, pois por exemplo caiu em domínio público, não sendo cabível na definição legal de medida tecnológica objeto da proteção, pode, como tal, ser neutralizada sem qualquer sanção civil.

Pondere-se, que se deve entender por medida tecnológica eficaz aquela destinada a proteger a obra protegida pelo direito de autor, construindo-se a sua estrutura técnica de modo a garantir, razoável e proporcionalmente, este objetivo de proteção da criação intelectual. O que implica aduzir que será eficaz a medida tecnológica que exercer alguma espécie de controle sobre o uso da obra protegida e, ainda, impedir a sua neutralização por um utilizador médio.

O legislador comunitário sobre o tema foi mais além do que o português, já que acrescentou à noção de medida tecnológica eficaz a previsão de que não deverá esta impedir o funcionamento normal dos equipamentos electrónicos e o seu desenvolvimento tecnológico.

6 Assim dispõe a Diretiva 2001/29/CE: As medidas de carácter tecnológico são consideradas «eficazes» quando a utilização da obra ou de outro material protegido seja controlada pelos titulares dos direitos através de um controlo de acesso ou de um processo de protecção, como por exemplo a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção. EUROPA. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

Cuidando agora da intenção do agente que corresponde ao elemento subjetivo do problema, cabe indagar se a ação do sujeito que neutralizou o mecanismo tecnológico de proteção é dolosa ou não. Ou seja, verificar se o agente desconhecia ou não que a sua ação compreendeu um ato de neutralização duma medida tecnológica de proteção.

Esta análise mostra-se importante especialmente no ordenamento jurídico português dado a previsão do art. 218.º do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal, que regulamenta penalmente a matéria, estabelecendo a pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias, para quem, não estando autorizado, neutralizar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico, sabendo isso ou tendo motivos razoáveis para o saber.

De qualquer sorte, apresenta-se inteiramente desproporcional as sanções aplicadas pela legislação autoral portuguesa para quem realiza o ato de neutralização, independentemente da análise sobre a sua intenção; já que a consequência destas para o utilizador, beneficiário dos limites que a lei outorga, é a impossibilidade do exercício da garantia da cópia privada.

O efeito destas medidas é duma gravidade extrema, já que para além da técnica jurídica não ter sido arrazoada, como fez por exemplo o legislador australiano no seu texto autoral ao prever exceções às mesmas, exclui completamente o exercício das limitações garantidas pela lei. (ASCENÇÃO, 2008, 2009). Trata-se duma afronta que deve ser apagada de imediato do ordenamento jurídico, em especial o português, em virtude da sua índole penal.

Quanto ao âmbito de proteção das medidas tecnológicas, esclareça-se que o mesmo ocupa-se por um lado em proibir os atos de neutralização de tais medidas e por outro em sancionar os atos preparatórios, que poderão consubstanciar-se numa infração, conforme a disciplina do art. 219.º da legislação autoral portuguesa e o comando do n.º 2, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE. Refira-se, que a punição aos atos preparatórios encontra-se aberta tão-somente para aqueles que tenham finalidade comercial; autorizando-se, portanto, os atos de natureza privada.

Observe-se que a adoção duma proteção legal para as medidas tecnológicas apresenta inúmeros fundamentos, inclusive alguns justificados no próprio conteúdo de proteção do direito de autor. Assim, cumpre-se apenas identificar os que se reputam mais importantes e relevantes para a problemática desta investigação.

Nesta investigação a proposta de análise dos fundamentos das medidas tecnológicas segue a compreensão de Ana Ramalho, para quem a utilização das medidas tecnológicas de

proteção compreende «uma forma de diminuir os custos de evitar violações do direito». É assim que a autora se preocupa em estudar os «benefícios da sobreproteção conferida pelo regime legal» que se compreendem entre o crescimento do mercado, a possibilidade de discriminação de preços, a diminuição dos custos de transação e a possível diminuição do preço da obra. Ademais, estuda a autora as «vantagens de uma subproteção», identificando-as como liberdade das obras no domínio público, liberdade de mercado, equilíbrio entre o carácter público e privado do bem intelectual, possível obstáculo ao aumento do preço da obra, falibilidade das medidas tecnológicas e imperfeição contratual. (RAMALHO, 2011).

Aponte-se, por conseguinte, a proteção conferida pelo direito de propriedade reconhecida constitucionalmente, pois que permite excluir da proteção das medidas tecnológicas inseridas no bem intelectual não protegido, como por exemplo, aquele de domínio público. Portanto, se existe propriedade privada a ser protegida, a medida tecnológica encontra-se carente de fundamento, permitindo-se a sua neutralização, sem afronta à lei. (LOPES, 2005)

Podem as medidas tecnológicas compreenderem-se, também, como uma tutela preventiva, ou seja, antecipando uma proteção anteriormente à consumação da violação do exclusivo autoral; como, ainda uma proteção da liberdade da empresa e da iniciativa económica.

Todavia, apresenta-se crucial para o deslinde do problema em causa entender se a proteção conferida pela lei para as medidas tecnológicas superam a proteção garantida à cópia privada. Deste modo, reputa-se necessária esta análise para compreender se existe afetação do exercício da garantia da cópia privada como limite pelo direito de autor que confere proteção jurídica às medidas tecnológicas de proteção.

Evidentemente que a Diretiva 2001/29/CE contribuiu de sobremaneira para a discussão deste problema, pois diante da necessidade de regulamentar os novos atos de reprodução, decorrentes do imperativo das novas tecnologias, acabou por reforçar a proteção do exclusivo⁷. Em passos ainda mais largos, como já referido andou o legislador português, que trouxe a proteção penal para garantir a manutenção da medida tecnológica de proteção⁸.

Frise-se que a previsão da proteção das medidas tecnológicas na Diretiva 2001/29/CE deixou a cargo de cada um dos Estados-membros a responsabilidade por determinar o âmbito de proteção da mesma, respeitando-se os limites internos estabelecidos ao exclusivo autoral. Assim, cabe a regulamentação das medidas tecnológicas salvaguardando o limite da cópia privada a cada um dos Estados-membro.

67Vd. arts. 5.º e 6.º da Diretiva 2001/29/CE. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.7

8 Vd. art. 218.º do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos português. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

Por isso, dado este alargamento de espaço, para o reforço da proteção do exclusivo, pela proteção legal das medidas tecnológicas, para muitos autores encerram o surgimento dum um novo direito de exclusivo. (BALKIN, 2004)

Neste sentido, anote-se a curiosa solução dada pelo legislador autoral português no n.º 3, do seu art. 221.º, como medida de conferir superioridade jurídica ao limite da cópia privada sobre as medidas tecnológicas de proteção. Ou seja, a legislação portuguesa seguindo o comando da Diretiva 2001/29/CE em respeitar os limites legais ao direito de autor, criou uma situação no mínimo constrangedora.

Assim, todas as vezes que o utilizador pretender neutralizar uma medida tecnológica de proteção deverá socorrer-se ao IGAC - Inspeção Geral das Actividades Culturais solicitando a devida autorização, pois demonstra «que uma medida eficaz de carácter tecnológico impede ou restringe o uso ou a fruição de uma utilização livre por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido».

Sem embargo, esta solução é extremamente desproporcional e desarrazoada. Imagine o constrangimento do utilizador ser obrigado a dirigir-se a este organismo da administração para demonstrar que foi presenteado no Natal com um DVD adquirido pela sua tia-avó em Paris, numa das lojas da FNAC, mas que não disponibiliza de equipamento adequado para a leitura deste suporte físico que contém um mecanismo tecnológico de proteção e, por isso necessita do original que espera lá ter sido depositado! Claro está, completo absurdo lógico e jurídico, outra não pode ser a qualificação para esta solução legal. (SIMÕES, 2009).

O desequilíbrio da solução é frontal, pois enquanto os titulares de direitos de autor podem livremente fazer uso dos mecanismos tecnológicos de proteção, os utilizadores apenas poderão realizar atos de cópia para uso privado mediante a atuação de terceiros, neste caso do IGAC - Inspeção Geral das Actividades Culturais; pois, impedidos estão de neutralizar a tecnologia.

Sem dúvidas, é de fundamental importância uma revisão da legislação, neste particular, para que se possa restaurar o equilíbrio desejado entre interesses público e privado nas relações autorais.

Esta medida de reequilíbrio é possível mesmo ao nível da Diretiva 2001/29/CE, já que esta garante a cada Estado-membro a adoção de medidas que visam o respeito aos limites do direito de autor. Assim, a transposição desta Diretiva deveria adotar a medida obrigatória aos titulares do direito de autor de respeito ao limite da cópia privada. O fundamento desta obrigação encontra-se na disposição do Considerando 51 do referido texto comunitário que determina a aplicação da proteção jurídica das medidas tecnológicas sem prejuízo da ordem pública, remetendo-se ainda à disciplina do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE.

De qualquer sorte, independentemente desta alteração legal, a superioridade do limite da cópia privada interpreta-se claramente, uma vez que não se admite a substituição

da proteção legal desta pela proteção técnica das medidas tecnológicas. (RAMALHO, 2011).

Caso bastante peculiar é o da legislação brasileira que não adotou o Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, mas incluiu na última reforma da sua legislação autoral, que data de 1996, no seu art. 107, a regulação das medidas tecnológicas.

No que diz respeito à legislação autoral brasileira, os incisos I e II do seu art. 107, proíbem a alteração, supressão, modificação ou inutilização dos dispositivos técnicos utilizados para evitar ou restringir a cópia ou a comunicação ao público das obras protegidas.

Claramente, deflagra-se do conteúdo da legislação autoral brasileira que esta somente protege as medidas tecnológicas que controlam a cópia e a comunicação pública das obras protegidas pelo direito de autor; deixando de lado a proteção das medidas tecnológicas de acesso.

Ademais, frise-se, que o legislador brasileiro não apresenta qualquer noção do que se compreende como medidas tecnológicas de proteção, inclusive, não utiliza esta denominação, nomeando-as como «dispositivos técnicos».

Registre-se, ainda que a regulação na lei autoral brasileira destes dispositivos técnicos cinge-se a definir quais são os atos que o utilizador da obra protegida está impedido de realizar quando deseja realizar uma cópia da obra na qual se inseriu dispositivo técnico. Portanto, como não prevê mecanismo para enfrentar o conflito entre a proteção tecnológica e a fruição dos limites do direito de autor, é bastante incompleta.

Na verdade, o legislador brasileiro, acaba por criar uma contradição no regime jurídico autoral. Pois ao não estabelecer nenhum mecanismo que solucione o conflito entre a proteção dos dispositivos técnicos e os limites do direito de autor, acaba por contrariar o regime de utilização livre previsto na lei e impede a prática de atos legítimos de utilização da obra para uso privado.

Refira-se que o projeto de alteração da lei autoral brasileira, reconhecendo o desequilíbrio entre o exclusivo autoral e a fruição dos limites aos direitos de autor, propõe a alteração deste art. 107, de modo a garantir os limites ao direito de autor. Inclusive determinando a aplicação de sanção a todo aquele que dificultar ou impedir os usos permitidos. Leia-se a proposta de alteração do art. 107:

§1.º Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio: a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48 desta Lei; ou b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público. § 2.º O disposto no caput não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas para permitir as utilizações previstas nos artigos 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.»

Sem embargo, o art. 107 da lei autoral brasileira frontalmente contraria a previsão dos limites do direito de

autor estabelecidos nesta norma. Equívoco, que deve ser de pronto corrigido, pois introduz um grande desequilíbrio em face do exclusivo autoral e a fruição, pelos utilizadores de obras protegidas pelo direito de autor, dos limites aos direitos de autor⁹.

3 Conclusão

Que o presente artigo analisou o uso de medidas tecnológicas de proteção para o controle das utilizações de caráter privado. Pelo que, irrelevante é a identificação do local ou modo que a cópia é realizada.

Desta sorte para os fins a que se propôs este artigo, importante fora definir o âmbito de atuação do uso privado, delimitando, assim, nesta espécie de utilização o campo de licitude dos atos de neutralização das proteções técnicas, implantadas por mecanismos tecnológicos.

Sem embargo, não restam dúvidas que a cópia destinada à utilização nos limites do uso privado, não se coaduna com o regime jurídica de proteção das medidas tecnológicas.

Evidencia-se assim, um grande desequilíbrio no regime jurídico das utilizações livres, após a introdução nas legislações autorais de diversas nações, da proteção às medidas tecnológicas que sancionam os atos de neutralização das proteções técnicas.

Verifica-se, também ser improvável a implementação de medidas tecnológicas eficazes, dado os elevados custos de investimentos financeiro e de suporte técnico, comparados aos baixos custos de criação dos suportes tecnológicos de neutralização.

Na verdade, em tempos de inovação tecnológica recorrente, não há medidas tecnológicas infalíveis para o controle dos atos de utilização; mas, tão somente medidas, temporariamente eficazes.

Claro está que o remédio para a redução das utilizações não autorizadas da obra não se pode encerrar na mera utilização de medidas tecnológicas de proteção. Pois que, o efeito é inverso. O uso insistente de medidas tecnológicas de controle de acesso e de utilização das obras, multiplica o surgimento dos dispositivos de neutralização destas proteções técnicas.

Ademais, deve-se ponderar na análise que a evolução dos mecanismos tecnológicos para o controle dos atos de utilização da obra, não é suficiente para distinguir com eficácia o regime jurídico destas utilizações. Ou seja, se as utilizações se realizam no âmbito do uso privado ou fora do mesmo.

Outrossim, a mera autorização para a neutralização dos mecanismos tecnológicos de proteção, após a demonstração

e verificação em organismo competente que a utilização da obra se encerra no âmbito do uso privado não se apresenta solução eficaz. Pois que, poucos são os utilizadores das obras que dominarão a capacidade técnica necessária para a neutralização das proteções técnicas.

Acresça-se a isto o fato do domínio da técnica necessária para a neutralização das proteções técnicas ser privilégio de poucos, haja vista, a proibição de comercialização de dispositivos técnicos de neutralização. Para além disso, registre-se a incapacidade dos dispositivos de neutralização de identificarem eficazmente se a utilização se realiza no campo da licitude ou da ilicitude.

Deste modo, não é possível concluir que as medidas tecnológicas de proteção sejam eficientes ao ponto de controlar toda e qualquer espécie de utilização, especialmente identificar e autorizar aquelas realizadas no âmbito do uso privado.

Portanto, o risco das medidas tecnológicas de proteção afastarem as utilizações permitidas, bem como, as facilidades da inovação tecnológica, são enormes. A exemplo dos mecanismos de controle de reprodução que bloqueiam a funcionalidade de “copy-paste”, dificultando, portanto, o exercício da citação, utilização que se encontra prevista no rol das permitidas, já que no domínio do uso privado.

Assim, certamente, é possível concluir que o regime de proteção das medidas tecnológicas de proteção desequilibra de sobremaneira os interesses em jogo, pois que, exclui as utilizações permitidas, afastando a cópia privada digital para o limbo jurídico.

Referências

- ASCENÇÃO, J.O. Dispositivos tecnológicos de proteção, direitos de acesso e uso dos bens. *Direito da Soc., Inform.*, v.8, p.10, 2009.
- ASCENÇÃO, J.O. Anais do Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura Seminário Internacional sobre Direito Autoral Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2008.
- BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. *New York University Law Review*, v. 79, pp. 1-58, n.º 1, Abr./2004.
- BARRY, Mark. Cryptography in Home Entertainment. A look at content scrambling in DVDs. Jun/2004, Disponível em <<http://www.math.ucsd.edu/~crypto/Projects/MarkBarry/index.htm>>, acesso aos 17.12.2019.
- 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>.

9 Refira-se que o projeto de alteração da lei autoral brasileira, reconhecendo o desequilíbrio entre o exclusivo autoral e a fruição dos limites aos direitos de autor, propõe a alteração deste art. 107, de modo a garantir os limites ao direito de autor. Inclusive determinando a aplicação de sanção a todo aquele que dificultar ou impedir os usos permitidos. Leia-se a proposta de alteração do art. 107: «§1.º Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio: a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48 desta Lei; ou b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público. § 2.º O disposto no caput não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas para permitir as utilizações previstas nos artigos 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.» Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>.

- BRASIL. Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelações. 2.º Circuito. 273 F.3d 429. 2001. Disponível em: http://scholar.google.com/scholar_case?case=5930508913825375010&q=273+F.3d+429&hl=en&as_sdt=2002. Acesso em: 17 dez. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal Distrital. Nova York. 111 F.Supp.2d 294. 2000. Disponível em: http://scholar.google.com/scholar_case?case=4887310188384829978&q=111+F.+Supp.2d+294&hl=en&as_sdt=2002. Acesso em: 17 dez. 2020.
- EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.
- FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C.; PEIS, E. The moral rights of authors in the age of digital information. *J. Am. Soc. Inform. Scie. Technol.*, v.52, n.2, p.109-117, 2001.
- HUGENHOLTZ, P.B. et al. The future of levies in the digital environment. Relatório Final. Amsterdam: Institute for Information Law, 2003.
- JOHNSON, B. Apple drops DRM copy protection from millions of iTunes songs. 2009. Disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2009/jan/06/apple-drops-itunes-copy-protection>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- KOELMAN, K.J. A hard nut to crack: the protection of technological measures. *Euro. Intellec. Property Rev.*, v.22, n.6, p.272-288, 2000.
- KOELMAN, K.J. The protection of technological measures vs. the copyright limitations. institute for information law, Faculty of Law-University of Amsterdam. In: ALAI CONGRESS ADJUNCTS AND ALTERNATIVES FOR COPYRIGHT, New York, 2001. Disponível em: <<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=499>>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- LESSIG, L. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Hard Law Rev.*, v.113, p.501-519, 1999.
- LOPES, J.M. La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección. P.E.I. *Rev. Propriedade Intelectual*, n.20, p.9-76, 2005.
- LUCAS, A Droit d'auteur et numérique, Paris: Litec, 1998.
- O'ROURKE, M.A. Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world. *Minnesota Law Rev.*, v.82, n.3, p.609-704, 1998.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Wipo Copyright Treaty - WCT. 1996. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.
- 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/>>.
- RAMALHO, A. Análise económica da proteção das medidas tecnológicas no direito de autor: uma visão portuguesa. *Rev. Bras. Direito Com. Soc. Liberdade Exp.*, v.3, p.107-133, 2011.
- SIMÕES, P. As minhas aventuras no reino do IGAC. 2009. Disponível em <<http://paulasimoesblog.wordpress.com/2008/09/25/as-minhas-aventuras-no-reino-da-igac/>>, acesso aos 23.10.2009. Disponível em: <http://paulasimoesblog.wordpress.com/2008/10/07/as-minhas-aventuras-no-reino-da-igac-ii/>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- VICENTE, D.M. Direito de autor e medidas tecnológicas de proteção. Separata de Direito Comparado Perspectivas Luso-Americanas. v. I, Coimbra: Almedina: 2006.