

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Iracema Fazio¹

RESUMO

O presente artigo preocupa-se em identificar quais são as consequências jurídicas, ao nível da responsabilidade civil, pela legalidade dos atos de cópia de obras intelectuais destinadas ao uso privado na ausência de autorização para tal dos titulares de direitos de autor, desde que a reprodução não implique em exploração econômica da obra e que a cópia se destine ao uso privado. Este artigo tem como objetivo principal o estudo da responsabilidade civil do utilizador de plataformas tecnológicas P2P pelo compartilhamento de obras protegidas pelo direito de autor. Dessa sorte, propõe-se a identificar os contornos da juridicidade das cópias integrais para uso privado das obras protegidas pelo direito de autor, delimitando a sua legalidade a partir da existência ou não de dano ao titular, especialmente apontando as consequências da conclusão para a interpretação dos limites da proteção jurídica dos direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, propõe-se a estudar o equilíbrio dos interesses tutelados em sede do uso privado, os atos de cópia para uso privado praticados através de mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital e a responsabilidade pela sua execução. Para tanto, utiliza como metodologia de trabalho a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o regime jurídico da cópia privada, propondo-se, ainda, uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios na aplicação dos mesmos em face aos novos meios de expressão, comunicação e divulgação dos bens intelectuais.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito de Autor. Direito de Reprodução. Sociedade da Informação. Redes P2P. Responsabilidade Civil.*

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente de Graduação e Pós-Graduação em Direito Civil, Direito Intelectual, Direito da Sociedade da Informação e Legislação e Segurança da Informação. Coordenadora Acadêmica Geral, Membro do NDE – Núcleo Docente Estruturante e CONSUP – Conselho Superior Pedagógico da UNIME – Lauro de Freitas, Membro do CND – Conselho Nacional de Direito do grupo Kroton Educacional, S.A. E-mail: iracema.fazio@hotmail.com / iracema.fazio@kroton.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

ABSTRACT

This article is concerned with identifying what are the legal consequences, in terms of civil liability, the legality of the acts of copying of intellectual works intended for private use in the absence of such permission of the copyright holders, provided the reproduction does not result in economic exploitation of the work and that the copy is intended for private use. This article aims to study the liability of P2P technology platforms user of works protected by copyright sharing. This sort, it is proposed to identify the contours of the legality of the whole private copying of works protected by copyright, delimiting its legality from the existence of damage to the holder, especially pointing out the consequences of this conclusion to the interpretation the limits of the legal protection of these rights in the Brazilian legal system. Thus, it is proposed to study the balance of interests protected in the seat of private use, the copy for private use acts committed by file-sharing mechanisms in the digital environment and the responsibility for its implementation. For this purpose uses as a working methodology doctrinal and jurisprudential analysis of the legal framework for private copying, proposing also a reflection on the innovations, progress and challenges in implementing the same in the face of new means of expression, communication and disclosure of intellectual assets.

KEYWORDS: *Copyright. Right of Reproduction. Information Society. P2P Networks. Liability*

INTRODUÇÃO

A nova realidade da sociedade e da economia da informação põe em causa os fundamentos ou justificativas das reivindicações dos titulares de direitos, fomentando a discussão sobre os limites do direito de autor. É assim que se evidencia a noção do uso privado, independente de autorização ou retribuição pecuniária ao autor, em face do interesse público. O que se pretende elucidar no presente artigo é a hipótese de cabimento de responsabilidade civil pelos atos de cópia para uso privado praticados no âmbito das plataformas tecnológicas P2P, ou seja, por meio da utilização de mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital.

Desse modo, enfrentar-se-á o problema das consequências ao nível da responsabilidade civil atribuída pela determinação da legalidade ou ilegalidade dos atos de *download* e *upload* para uso privado realizados pelos utilizadores de plataformas tecnológicas P2P. É certo que os mecanismos de compartilhamento de arquivos em ambiente digital, permitem a troca de arquivos, em geral de mídia, protegidos por direitos de autor. Subjacente a essa discussão, envolve-se o conflito entre o poder regulador estatal estabelecido pelas normas de diversos ordenamentos jurídicos que tutelam o direito de autor e a liberdade intrínseca das relações interpessoais, especialmente as que dizem respeito ao ambiente digital.

Registre-se que a razão do destaque do objetivo geral, tem o condão de fomentar também em sede do ordenamento jurídico brasileiro a discussão que hoje já ultrapassa as fronteiras do ordenamento jurídico americano e europeu, sobre os limites do direito de autor. Por isso, impende sopesar qual será, no ordenamento jurídico brasileiro, a posição a adotar sobre a responsabilidade civil do utilizador que realiza atos de compartilhamento de arquivos protegidos por direitos de autor nas plataformas tecnológicas P2P. Especialmente no que concerne ao enfoque jurídico atual em face da dilatação dos antigos limites físicos à reprodução de obras protegidas por direitos de autor, que hoje, mais do que nunca forcem toda a sistemática jurídica a uma redefinição de seus conceitos.

Outrossim, a metodologia a utilizar será a análise doutrinária e jurisprudencial sobre as consequências civis dos atos de compartilhamento realizados nas plataformas tecnológicas P2P, em sede de uso privado, em especial a sua aplicação no ordenamento

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

jurídico português e brasileiro. Propondo-se ainda uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios na aplicação dos mesmos em face dos novos meios de expressão, comunicação e divulgação dos bens intelectuais.

2 AS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

A contribuição da internet foi a de conferir liberdade para a emissão das informações, ou seja, qualquer pessoa com um computador conectado à rede pode produzir, enviar e receber informação de qualquer ponto geográfico do globo (LEMOS, 2007). A interação que copia a realidade passada, presente e futura é possível graças ao sistema de comunicação libertário e a produção de novos mecanismos tecnológicos.

Em virtude das novas tecnologias digitais surge uma cultura diversificada caracterizada por intensas relações sociais, políticas e econômicas, que utiliza o espaço virtual para as suas diversas interações e que sobretudo partilha mídias digitais interativas. É a denominada cibercultura (HILTON, 1964), que propõe a estratificação de uma sociedade conectada, apologista da liberdade de expressão, criação e compartilhamento (LÉVY, 1999). Todavia, esse ideal libertário estava fadado ao controle sobre o fluxo, como também sobre o conteúdo da informação circulante. Observe-se, nesse sentido, que a tecnologia quando potencializa e facilita o contato de seu utilizador com canais eficientes de interação e participação, ao mesmo tempo, reforça a vigilância do Estado e dos grupos de interesse sobre a rede deste utilizador (CASTELLS, 2007).

Na verdade, trata-se de um território informacional constituído por dispositivos móveis, plataformas digitais e protocolos de acesso, todos interligados em redes sem fio (FOUCAULT, 2004). Mas, curiosamente, representa um território informacional na estruturação de zonas de controle de informação, resultado da interação do ambiente analógico com o digital (LEMOS, 2007).

Inúmeros são os dispositivos digitais que fomentam o surgimento do território informacional na rede, mas para o presente estudo, o interesse particular dirige-se para os dispositivos que permitem a transferência de arquivos em rede utilizando a tecnologia de *file-sharing*, alcunhada de rede P2P, ou seja *peer-to-peer*, em português, par-a-par (BAUNER; RENDELL; PUHLER, 2004). Essas redes foram construídas sob sistemas

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

distribuídos, resultado da tendência natural de descentralização em engenharia de *software*, em conjunto com o crescimento da disponibilidade de novas tecnologias (ORAM, 2001).

O crescimento da *internet* e o aumento da sua velocidade influenciaram o desenvolvimento das aplicações digitais que utilizam uma arquitetura P2P (BENKLER, 2006). Todavia, registre-se que o interesse atual pela modalidade de mecanismo de transferência de arquivos digitais, deve-se fundamentalmente por sua popularidade, massificação dos hábitos de consumo de bens culturais. E ainda pelos casos judiciais emblemáticos de alguns produtos como o Napster, Gnutella, Kazaa, entre outros (SUNDSTED, 2001).

Nas redes mais populares, cada nó é conhecido como *peer* e podem atuar simultaneamente tanto como cliente e como servidor. Dessa sorte, tanto a informação quanto os recursos da rede podem ser disponibilizados de forma distribuída, sem depender muito de uma visão global, centralizada. Assinale-se que as redes P2P trabalham com uma comunicação direta entre *peers* autônomos, por isso, escaláveis. Ou seja, quanto maior for o número de *peers*, maior será a distribuição da informação, tornando as redes cada vez mais eficientes e diversificada em recursos (SUNDSTED, 2001).

Observa-se também que as redes P2P (LIM; LONGDIN, 2011) podem ser classificados de acordo com o seu objetivo mais específico, como por exemplo, os sistemas de troca de arquivos, à semelhança do Gnutella, Kazaa e Napster; os sistemas de distribuição de recursos, à luz do SETI@Home, Avaki, Entropia, e projetos de Grid Computation; as redes de distribuição de conteúdo, como a OpenCola, Blue Falcon Networks e Konitiki; e, por fim, os comunicadores, da qualidade do AOL Instant Messenger, do Yahoo!Messenger, do ICQ, do Jabber, entre outros (SUNDSTED, 2001).

O que se pretende estudar não é propriamente a tecnologia em si, mas o seu impacto na tutela autoral; mais especificamente, compreender as formas especiais de aproveitamento das tecnologias digitais. Por isso é que para muitos autores o fenômeno do *file-sharing*, não se compreende como um ato de compartilhamento (LIEBOWITZ, 2006). Em realidade, dá-se com esses dispositivos ligados e interconectados na rede um ato de reprodução, já que ao utilizador restará a posse do conteúdo.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Mas, a ação das redes que comumente atraem os utilizadores é a de *space sharing*, ou seja, deslocação espacial dos arquivos de um par a outro. Assim, o presente artigo fará uso da expressão compartilhamento, partilha ou transferência de arquivos para citar as ações realizadas pelos utilizadores que fazem uso das redes que permitem o deslocamento espacial dos arquivos, sem que o seu proprietário fique despido da posse de seus arquivos.

Ressalte-se, inclusive que essa é a inovação ofertada pelas novas tecnologias de informação e comunicação, pois, no plano analógico, se alguém pretende emprestar o último álbum da sua banda preferida para o seu melhor amigo, impossibilitado estará de fruir o bem, durante o período do empréstimo, mas no plano digital, com a utilização das redes, o ato de compartilhamento permite que diversos sujeitos realizem a fruição de um mesmo bem simultaneamente.

A realização dos atos de compartilhamento de arquivos podem efetivar-se através de espaços na *internet*, como por exemplo, uma página *web* ou um *weblog*, ou comumente *blogs*, isto é, simples páginas na *internet*, na qual em ordem cronológica o utilizador publica textos.; de *streaming*, em português, lê-se fluxo de mídia, compreendendo um programa específico que interpreta, traduz, lê e executa de modo temporário, mas em tempo real, uma sequência de pacotes que vão sendo descarregados - de correio-eletrônico ou programas de conversação instântanea e de programas P2P.

2.1 A ARQUITETURA DE REDE DAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

Nota-se que o presente artigo dedicar-se-á mais especificamente a aprofundar o tema em sede de utilização dos programas de P2P, pois é sobre esses programas que os tribunais de justiça de todo o mundo vêm enfrentando inúmeros problemas no que diz respeito à tutela do direito de autor em face do limite da cópia privada. Um exemplo é o emblemático julgamento do caso Napster, na ação promovida pela Associação da Indústria de Gravação da América (RIAA) (MENN, 2003). Outros casos fazem parte da história jurídica das disputas entre as entidades de gestão coletiva de direitos de autor e os titulares de direitos sobre os programas de compartilhamento.

Exemplos outros, semelhantes ao caso Napster, foram as decisões proferidas na disputa autoral sobre a plataforma de compartilhamento do LimeWire (MOSER, SLAY, 2012). E mais recentemente, o midiático caso do Pirate Bay (CARRIER, 2010) e o Megaupload,

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

que chegou a retornar ao ar, intitulado apenas “Mega. The Privacy Company”, ou seja, “A Companhia da Privacidade”, em uma referência que os arquivos dos seus utilizadores agora serão criptografados. Na página de entrada da plataforma gráfica do programa há a frase estampada com as expressões, “*Bigger, better, faster, stronger, safer*”, ou seja, “maior, melhor, mais rápido, mais forte e mais seguro” (ROCHA, 2013, s.p.).

Para utilizar uma rede de compartilhamento P2P é preciso que se faça uso de um programa de computador destinado especialmente para essa finalidade, assim, o programa irá permitir a criação de uma rede entre os computadores dos seus utilizadores, oferecendo uma comunicação interativa entre eles, facilitando, portanto, o compartilhamento de conteúdos dos utilizadores (ORAM, 2001).

Ressalta-se que a ligação faz-se através dos denominados «nós» de cada utilizador, que na verdade representam os discos rígidos dos utilizadores da rede que se encontram conectados. Assim, cada um dos utilizadores pode aceder aos arquivos que se encontram armazenados nos discos dos demais utilizadores, formando uma rede composta por nós, clientes, servidores e pares.

Desse modo, o nó que faz o pedido para adquirir e armazenar o arquivo que se encontra em outro nó, é chamado de cliente e o outro que concede a autorização ou aquele que facilita o ato de transferência é chamado de servidor. Já os nós que realizam as duas funções de cliente e servidor, ou seja, que realizam as duas operações, nos quais sejam de aquisição/armazenamento e a de autorização/facilitação são chamados de peers, isto é, pares.

Cumpre-se destacar que a tecnologia de compartilhamento de arquivos na rede pode assumir qualquer uma das espécies de arquitetura das redes P2P, ou seja, a centralizada, a descentralizada e a híbrida. A arquitetura centralizada é considerada a primeira geração de aplicativos P2P e faz-se o uso de um servidor central que reserva espaço para o armazenamento de diretórios dos arquivos de cada nó. Quando um cliente entra na rede, o seu diretório no servidor central é atualizado, de sorte que toda mensagem de controle ou de pesquisa é enviada para esse servidor central. Em seguida, o servidor central cruza as referências da pesquisa realizada pelo cliente com a base de dados que organizou da lista de diretórios armazenados no seu disco central. O resultado da pesquisa é enviado

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

como resposta ao cliente, podendo se contactar aos demais utilizadores diretamente (ORAM, 2001).

Já a arquitetura descentralizada, chamada também de pura, a figura do ponto de controle central não existe, por isso, os nós exercem a função de *peers* autônomos, ou seja, são clientes e servidores ao mesmo tempo; se encontram interligados, sendo possível a comunicação direta entre os mesmos. Afirmam os técnicos que a infraestrutura de rede é mais robusta do que a centralizada, em contrapartida, o tempo da pesquisa é maior e não tão seguro, já que o resultado pode não ser o esperado pelo utilizador. O Gnutella, o Freenet e o Bearshare são programas que representam essa espécie de arquitetura.

A arquitetura permite que um *peer* envie a requisição do recurso na rede a todos os *peers* com os quais tem conexão, em seguida, os *peers* vão repassando a consulta a outros *peers* de sua própria conexão. A resposta à pesquisa poderá vir de qualquer *peer* ligado à rede, seja ou não uma conexão do *peer* que realizou a consulta (ORAM, 2001).

Por fim, tem-se a arquitetura híbrida ou também chamada de descentralizada controlada, na qual se tem a noção de *super nudes*, ou seja, uma modalidade de controle central que funciona como um ponto global que mantém algum controle sobre os nós conectados a ele. Na verdade, trata-se de sub-redes P2P, exigindo para a comunicação de um nó que integra uma sub-rede, com outro nó de sub-rede diversa, a passagem da informação pelos *super nudes* responsáveis por cada sub-rede. São representantes dessa espécie de arquitetura o Kazaa, iMesh, Grokster, eDonkey e WinMx.

Outrossim, o sucesso desses programas deve-se em parte às tecnologias de compressão e de gravação desenvolvidas, especialmente aos formatos áudio e vídeo, como o MP3 e o DivX, respectivamente. Sem dúvida, assinala-se que a ausência dessas tecnologias afetaria imensamente a popularização hoje alcançada dos programas de compartilhamento (LIEBOWITZ, 2006).

Afirma-se que a potencialidade das redes de compartilhamento abala a estrutura dantes solidificada, das indústrias de áudio e vídeo, habituadas a uma modalidade de negócio tradicional, na qual os seus clientes eram meros utilizadores dos bens que comercializavam para consumo. Como já bastante estudado na investigação, as novas tecnologias de informação e comunicação abriram espaço para um número infinito de possibilidades de interação.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Por isso, é que se cumpre nesse momento indagar se, para além da afetação de ordem econômica e social, a esfera jurídica também foi alterada em face dos novos mecanismos de compartilhamento em rede. Dito de outro modo, analisar se a tutela de direito de autor dos bens intelectuais expostos ao compartilhamento na rede pelos seus próprios utilizadores, extrapola os limites já estudados do direito de autor; especialmente o limite da cópia privada.

2.2 OS ATOS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS REALIZADOS NAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

Salienta-se que o presente artigo pretende realizar uma especificação do direito autoral em face das redes de partilha, melhor em face dos atos de compartilhamento que tais redes permitem aos seus utilizadores, sejam os atos de *download* e *upload* da obra protegida pelos direitos de autor. Óbvio está que o aprofundamento dessa temática passa certamente pela análise mais densificada de três faculdades patrimoniais do direito de autor, isto é, as faculdades de reprodução, de comunicação da obra ao público, melhor de colocação da obra à disposição do público. Assim, o aprofundamento da pesquisa que se fará a seguir levará em consideração as particularidades das duas faculdades em face dos atos de compartilhamento de arquivos utilizando as redes digitais.

Dessa maneira, pontua-se acerca da faculdade de reprodução da obra protegida pelo direito de autor muitas dúvidas levantadas quando é analisada em face do ambiente digital. Pois, equivocadamente, a noção de reprodução encontra-se atribuída à existência de uma cópia tangível (ASCENSÃO, 2006).

Ressalta-se, nessa ordem de ideias, a necessidade em distinguir-se dois elementos que completam a noção de reprodução, ou seja, os elementos técnico e jurídico. De modo mais restrito, encontra-se a fixação como elemento técnico imprescindível ao ato de reprodução; já de modo mais alargado, admite-se a fixação como um requisito jurídico para a reprodução (GENDREAU, 1998; FCISOR, 2002). Todavia, compreende-se que a fixação não se enquadra como um requisito para concessão da tutela autoral. Reside o entendimento no fato de que o ato de reprodução pode realizar-se em um suporte físico ou digital.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Dessarte, o entendimento a ser adotado consubstancia-se na compreensão de que a fixação corresponde a um mero requisito tecnológico, não podendo atribuir-se à mesma qualquer valoração jurídica. Lembre-se que a compreensão se firma mesmo com a constatação de que o elemento fixação é necessário como requisito tecnológico, até mesmo para os atos de reproduções na *internet*. Salienta-se que, em geral, as reproduções no âmbito digital prescindem de um corpo mecânico, mas também aqui a fixação prévia ao ato de reprodução ocorre. Na verdade, a fixação é necessária como requisito tecnológico, pois sem ela o programa de computador não executa o arquivo a ser reproduzido.

Muito embora, imperceptível aos olhos humanos a fixação tecnológica ocorre, algumas de modo transitório, outras nem tanto; já que a transitoriedade da fixação tecnológica digital e necessária para a reprodução, em muito, depende da capacidade de armazenamento em disco e do comando que se tenham dado a respeito do período de armazenamento.

Sem embargo, ao contrário da Convenção de Berna, dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, sobre Direitos de Autor e sobre Interpretação e Execução de Fonogramas e do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, a Diretiva 2001/29/CE estabeleceu as fixações meramente instrumentais de natureza temporária como reproduções indiretas (AKESTER, 2004; GUIZZARDI, 2002). Como é óbvio, inúmeras foram as críticas apresentadas ao texto da Diretiva 2001/29/CE, especialmente em virtude da quebra da harmonia da tutela autoral no espaço comunitário e internacional, estabelecendo-se distorções no regime de proteção do direito de reprodução, que inclusive foram transpostas por alguns Estados-Membros (ASCENSÃO, 2006; CORBET, 2005).

O legislador português tratou de regulamentar o direito de reprodução no nº 7, do art. 176, apresentando uma noção de reprodução que confere uma certa autonomia ao elemento fixação. Todavia, a autonomia é compreensível na medida em que esse dispositivo regula os direitos conexos. O que muito provavelmente não é suficiente para extrair uma intenção do legislador em atribuir valoração jurídica ao ato de fixação, compreendendo-se, portanto, a sua natureza como meramente técnica e necessária para a concretização do ato de reprodução. Nesse sentido, no ambiente digital, não faz sentido a autonomia desse

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

elemento, posto que a fixação se configura como uma medida tecnológica necessária para a reprodução. O que não será, portanto, diferente para as redes P2P.

Concretamente, nas redes P2P a transmissão do arquivo de um utilizador para o outro, dá-se mediante a realização de dois atos de reprodução, do utilizador que coloca a obra no disco rígido do seu computador e a disponibiliza na rede, e o do outro utilizador que armazena o arquivo no disco rígido do terminal. O primeiro utilizador realiza um ato de *upload* e o segundo utilizador um ato de *download*. Assim cumpre-se indagar se os atos de *download* e de *upload* afetam a tutela do direito de autor, como também, o poder de reprodução das obras protegidas?

Salienta-se desde já que ambos os atos se configuram isoladamente em reproduções permanentes e não autorizadas pelo titular dos direitos de autor (LEWINSKI, 2005). Mas a análise que se pretende efetuar na quinta parte da investigação diz respeito à realização dos atos no domínio do limite da cópia privada. Ademais, importa analisar se a concretização dos atos de reprodução no ambiente digital, através das redes P2P, gera para o utilizador o dever de reparar os eventuais prejuízos sofridos pelo titular de direitos de autor.

Outrossim, destaca-se que a realização dos atos de *download* e *upload* produz consequências não somente na esfera jurídica do utilizador, mas também na esfera de outros sujeitos envolvidos no fornecimento, distribuição e desenvolvimento das plataformas digitais de compartilhamento de arquivos em linha. A exemplo das figuras do criador e do fornecedor das redes P2P.

No que toca aos reflexos jurídicos da prática de tais atos de *download* e *upload* na esfera do criador e do fornecedor das redes P2P, cumpre-se investigar a atribuição, para eles de um suposto dever geral de vigilância. Obrigando-se, portanto, a vigilância dos atos de reprodução praticados por terceiros no ambiente digital de compartilhamento de arquivos.

Daí que a análise sobre a obrigação de vigilância às redes P2P, reside também em saber o grau e o âmbito do dever geral imputado aos criadores e fornecedores dos programas de compartilhamento de arquivos. Pois, apesar de qualquer comando normativo, autorizar e obrigar a vigilância das redes, a proteção da reserva da identidade e da privacidade do utilizador dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital é um limite a ser respeitado.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Portanto, o objetivo principal do dever geral de vigilância é detectar o compartilhamento de conteúdos ilícitos pelos utilizadores das redes P2P. Cumpre-se indagar sobre a possibilidade de se imputar aos criadores e fornecedores dos programas de compartilhamento de arquivos a responsabilidade pelo uso por terceiros da obra protegida nas redes P2P, que escapa ao limite da cópia privada.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR PELO ATO DE REPRODUÇÃO REALIZADO NAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

Obviamente que o debate a ser realizado nesta seção encontra-se intimamente ligado com as observações realizadas até o momento. Por isso, a análise da responsabilidade civil do utilizador pelo ato de reprodução realizado em plataformas digitais que utilizam tecnologia P2P de compartilhamento de arquivos em ambiente digital, tomará como ponto de partida as observações já avançadas, cingindo-se ao exame do ordenamento jurídico português e brasileiro.

Esclareça-se, desde já, que o estudo ora proposto fundar-se-á na identificação do suposto dano gerado pelos atos de reprodução das obras sem o consentimento prévio e expresso do autor para tanto. A análise ficará restrita aos atos de *download* e de *upload*, quer realizados isolada ou conjuntamente. Todavia, convém desde já acentuar que para a aplicação de uma eventual responsabilidade civil, mister compreender que esta designa a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando for injustamente causado por outrem. Em outras palavras, o mesmo que entender que o dano ou prejuízo gerado, configura-se no resultado da ofensa ou da violação de direito (STOCO, 2013).

Cumpre-se identificar se os atos de *download* e de *upload* realizados pelo utilizador nas referidas plataformas digitais, sem o prévio e expresso consentimento do autor, podem concretamente gerar dano ou prejuízo. De sorte que o dano ou prejuízo causado é resultado da violação do direito ao exclusivo do autor. O que se discute em rigor é a constatação do ato ilícito praticado pelo sujeito nas utilizações da obra que realiza no âmbito dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede. Nesse sentido, por configurar-se o ato ilícito como uma fonte obrigacional, estando o mesmo constatado,

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

surge assim o dever de reparar por parte do utilizador da obra que causou dano e ainda o direito do autor de exigir esta reparação, na medida da lesão causada (NORONHA, 2007).

Claro está que no presente artigo, dado o número de páginas que se dispõe para o mesmo, não cabe um estudo aprofundado sobre a legalidade dos atos de *download* e de *upload* realizados nas plataformas de compartilhamento P2P através do utilizador da obra protegida pelo direito de autor. De sorte que o exame do dano ou prejuízo concreto sofrido pelo autor em virtude da prática desses atos pelo utilizador das plataformas de compartilhamento P2P, dar-se-á sob a perspectiva da verificação da ilegalidade ou não do uso privado na realização dos atos de *download* e de *upload*.

3.1 O ATO DE *DOWNLOAD* E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

Desse modo, partir-se-á do que resta configurado no regime jurídico português de cópia para uso privado a licitude do ato de *download* do arquivo contendo uma obra protegida pelo direito de autor, na medida em que o ato encerra um limite ao exclusivo autoral estabelecido no escopo do poder de reprodução. Esclareça-se também que a fixação do limite na legislação autoral portuguesa atribui para os titulares de direitos de autor, um dever de abstenção fundado no uso privado. O dever de abstenção estabelece a obrigação para os titulares de direitos de autor de suportar passivamente os atos de utilização que se concretizam no âmbito do uso privado. Nota-se que a realização dos atos de utilização, sob pena de encerrarem uma conduta ilícita, não pode escapar ao que determina o limite fundado no uso privado.

Nesse sentido, restringindo-se o ato de *download* a uma utilização que encerra o limite da cópia para uso privado, mesmo em ambiente digital, não há dano a verificar-se, nem tão pouco a mensurar. Por isso, nesse limite não se pode defender, no regime jurídico português, a aplicação de qualquer responsabilidade civil na esfera jurídica do utilizador que executa um ato de *download* através de quaisquer mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede, com fim de copiar para uso privado uma obra protegida pelo direito de autor. Entretanto, em algumas decisões, quer a nível nacional ou internacional, determinou-se a imputação de responsabilidade civil ao utilizador que executa um ato de

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

download. Em comum as decisões utilizam como argumento para justificar a aplicação do dever de indenizar, a potencialidade dos atos de *download* de gerarem novas cópias da obra, escapando-se assim ao que determina o limite para uso privado.

A exemplo da decisão no caso *SACEM et al. v. Alexi B.* (FRANÇA, 2005b), no qual a 6ª Câmara do Tribunal de Grande Instância de Pontoise, em 02 de fevereiro de 2005, a despeito de afastar a responsabilidade do prestador intermediário de serviços, que, inclusive, disponibilizou em sede de julgamento o domicílio do utilizador com o maior número de arquivos compartilhado, da rede P2P investigada pelos Serviços Técnicos de Investigações Judiciais e Documentais franceses, o condenou sujeito às penas do crime de contrafação, entendendo, portanto, que houve violação aos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público dos titulares de direitos de autor sobre as obras compartilhadas.

Contrária, no entanto, foi a decisão Tribunal de Grande Instância de Rodez, no caso *Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.* (FRANÇA, 2005a), que compreendeu os atos de reprodução em ambiente digital realizados em sede de uso privado, não cabendo assim aos titulares de direitos de autor controlar tais utilizações, mesmo que realizadas no ambiente digital em plataformas digitais que utilizam a rede P2P para o compartilhamento de arquivos. A decisão foi confirmada em sede de segundo grau de jurisdição pela Corte de Apelação de Montpellier (FRANÇA, 2005a) que reiterou tratar-se de uso circunscrito aos limites do uso privado, não existindo assim violação a ser apurada em face dos direitos de autor.

Observou-se que de modo equivocado e bastante alinhado com o discurso sobre os perigos da inovação tecnológica para a proteção do exclusivo autoral, vêm as decisões firmando o entendimento sobre a necessidade de enrijecer o regime jurídico da cópia para uso privado, proibindo-se assim a prática dos atos no ambiente digital. Inclusive foi o que entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia (EUROPA, 2010) no caso *Padawan SL contra a Sociedade Geral de Autores e Editores da Espanha (SGAE)*, sustentando que a realização de uma cópia por uma pessoa física que atua a título particular deve considerar-se um ato potencialmente capaz de gerar prejuízo para o autor. Nota-se que a decisão, esquecendo de todo o regime geral de responsabilidade civil, imputa ao utilizador

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

a obrigação de indenizar a mera potencialidade ou melhor a mera oportunidade do ato de *download* gerar prejuízo.

Todavia, o Tribunal de Justiça da União Europeia de modo inconciliável com os argumentos defendidos sobre a probabilidade do dano, firma o entendimento sobre a legitimidade dos Estados-Membros para regularem um sistema de compensação equitativa, sustentando o mesmo na existência de dano concreto. Foi o que entendeu o colegiado de julgadores no caso *Stichting de Thuiskopie. v. Opus Supplies Deutschland GmbH e outros* (EUROPA, 2011).

Na verdade, de modo a justificar a regulação de sistemas de compensação equitativa no seio do regime jurídico europeu da cópia para uso privado, o Tribunal afirma a existência de prejuízo concreto gerado ao titular do direito de autor. Por isso, cabível a substituição do dever de reparar o dano pela compensação equitativa a ser regulada. Utilizando exatamente desse raciocínio, ponderou o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Padawan SL contra a Sociedade Geral de Autores e Editores da Espanha (SGAE)*:

Daqui decorre que a pessoa que causou o prejuízo ao titular exclusivo do direito de reprodução é a que realiza, para seu uso privado, essa reprodução de uma obra protegida sem solicitar a autorização prévia do referido titular. Cabe, por isso, em princípio, a essa pessoa reparar o prejuízo ligado a essa reprodução, financiando a compensação que será paga a esse titular. 46. Assim sendo, tendo em conta as dificuldades práticas para identificar os utilizadores uso privado, individualmente considerado, se pode revelar mínimo e, por conseguinte, não dar lugar a uma obrigação de pagamento, como indica o último período do trigésimo quinto considerando da Directiva 2001/29, é permitido aos Estados-Membros estabelecer, para efeitos do financiamento da compensação equitativa, uma «taxa por cópia privada» a cargo, não das pessoas privadas visadas, mas das que dispõem de equipamentos, de aparelhos e de suportes de reprodução digital e que, a este título, de facto ou de direito, disponibilizam esses privados e os obrigar a indemnizar os titulares dos direitos do prejuízo que lhes causam, e tendo em conta o facto de que o prejuízo que pode decorrer de cada equipamentos a pessoas privadas ou prestam a estas últimas um serviço de reprodução. No âmbito de um tal sistema, incumbe às pessoas que dispõem desses equipamentos pagar a taxa por cópia privada (EUROPA, 2010, p. 10122-10123.).

Outrossim, no que tange ao regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, diferentemente do português, determinou a ilicitude do ato de *download* de uma obra completa. Posto que a legislação autoral brasileira não elenca nenhum limite fundado na cópia integral para uso privado, tendo sido o limite estabelecido apenas para a reprodução em «pequenos trechos» da obra. Desse modo, cabe indagar se no ordenamento jurídico brasileiro a imputação de responsabilidade civil ao utilizador que realiza um ato de

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

download entender-se-ia acertada, na medida em que se determina a ilicitude do ato realizado nas plataformas digitais de compartilhamento de arquivo.

De qualquer sorte, quer no regime jurídico português como no brasileiro a solução para esse problema, toca em primeiro plano no âmbito da concretude do dano ou prejuízo causado pelo ato de *download* e em segundo plano, na possibilidade de aplicar-se, a tese da responsabilidade civil pela perda de uma oportunidade, caso o dano concreto não seja identificado. No que concerne ao regime jurídico geral de responsabilidade civil definido pelo legislador português, anotou a previsão do art. 563º do Código Civil, que estabelece o dever de indenizar aplicada somente nos casos de «danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão».

Depreende-se que o dano ou prejuízo a ser ressarcido importa somente naquele que é certo, e não meramente eventual. Portanto, apenas o prejuízo certo deve ser reparado, não se admitindo reparação daquele que é apenas possível, provável, cuja concretização não é certa (GOMES, 2008).

O regime jurídico geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, acompanha o português no mesmo passo. Assim, determina a norma civil brasileira que a responsabilidade civil surge em decorrência do ato ilícito, causador de dano ou prejuízo, que se configura como um elemento constitutivo do dever de reparar.

Aliás, o legislador brasileiro no Código Civil é claro ao firmar o princípio da restituição no seu art. 944, disciplinando que «a indenização mede-se pela extensão do dano». No dispositivo firma-se que a função da responsabilidade civil é indenizatória e decorre do prejuízo verificado concretamente (DIAS, 1994). Portanto, a finalidade da responsabilidade civil, no sistema jurídico brasileiro é a de restituição do sujeito lesado ao estado anterior em que se encontrava, no momento anterior à concretização do dano. A ação de indenizar tem como fim último reparar o dano sofrido pela vítima, uma vez que o dano, causado pelo ilícito, gera o rompimento do equilíbrio jurídico econômico que anteriormente existia (DIREITO; CAVALIERR FILHO, 2004).

Tradicionalmente, esse também vem sendo o entendimento do sistema jurídico português, que reconhece tão somente a função reparadora da responsabilidade civil. De sorte que a constatação de dano ou prejuízo sofrido constitui-se como um pressuposto da responsabilidade civil, que assume uma função essencialmente reparadora em face do

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

mesmo. Nessa medida, assume-se o dano como pressuposto e limite máximo da indenização. Entretanto, mais recentemente vem-se admitindo a extensão da responsabilidade, especialmente no que concerne à doutrina da perda de chance, também denominada perda da oportunidade. Neste artigo, a análise da doutrina apresenta-se importante, no que se defende a licitude do ato de *download* realizado pelo utilizador nas plataformas digitais de compartilhamento de arquivos em rede.

Salienta-se, mais uma vez, que a determinação da licitude do ato de *download*, que respeita os limites da cópia para uso privado, residiu por completa no domínio da legislação autoral portuguesa. Todavia, o que não se verificou na legislação autoral brasileira, dado a restrição à cópia da obra apenas em «pequenos trechos», mesmo que em sede de uso privado. Na verdade, a análise da aplicação da doutrina da perda de uma chance para o ato de *download*, no regime jurídico português de cópia para uso privado, não se apresenta a de maior enfrentamento. Primeiro, na medida em que não há ilicitude a ser verificada, pois se encontra o ato de *download* dentro dos limites estabelecidos para a cópia fundada no uso privado. Segundo, em razão da possível perda sofrida pelo titular de direitos de autor já haver sido equilibrada pelo estabelecimento do sistema de compensação equitativa.

Inclusive, já é o entendimento assente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que considera mínimo o «prejuízo» sofrido pelo titular de direito de autor em virtude «de cada uso privado, individualmente considerado». Por isso, o Tribunal já defendeu em diversas ocasiões não ser aplicável o dever de indenizar no caso *Stichting de ThuisKopie* em face de *Opus Supplies Deutschland GmbH* e outros (EUROPA, 2011).

Aliás, por essa razão, considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia (EUROPA, 2010) no caso *Padawan SL* contra a Sociedade Geral de Autores e Editores da Espanha (SGAE), ser legítimo aos Estados-Membros o estabelecimento de uma compensação equitativa cobrando uma «taxa por cópia privada» dos sujeitos que dispõem de equipamentos de aparelhos e de suportes de reprodução digital e que, os disponibilizam às pessoas privadas ou as prestam um serviço de reprodução.

Já no regime jurídico brasileiro de cópia para uso privado, o enfrentamento da doutrina apresenta-se de maior relevo, na medida em que a lei autoral brasileira não autoriza a cópia integral, mesmo que fundada em um determinado uso privado, porque

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

contrariamente ao regime jurídico português, não apresenta um sistema de compensação equitativa.

Advertiu-se que a lei autoral brasileira considera ilícito o ato de *download* quando resulta na cópia integral da obra protegida. Nesse sentido, não se deve enfrentar apenas a mera responsabilidade pela perda da oportunidade, mas a aplicação da tradicional doutrina da responsabilidade civil, fulcrada na constatação de um dano ou prejuízo decorrente de um ilícito. Entretanto, como já assinalado, a verificação desse dano na doutrina tradicional deve ser concreta, visível, mensurável e não apenas provável. Por isso, entende-se no presente artigo que também nessa sede, mesmo no caso do regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, não se apresenta razoável a aplicação da doutrina tradicional de responsabilidade civil fundada na constatação do dano ou prejuízo sofrido pelo titular de direitos de autor. Posto que apenas provável e hipoteticamente pode-se verificar a existência do dano concreto. Na senda do que entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia, o eventual prejuízo ou dano sofrido pelo titular do direito de autor em razão da concretização de um único ato de cópia para uso privado é mínimo.

Acrescenta-se a mera probabilidade de concretização do dano, uma vez que não se tem certeza de que o titular de direitos de autor por força de um único ato individual de cópia para uso privado, veria reduzido o seu exclusivo patrimonial. Não existe certeza sobre a aferição de vantagem patrimonial pelo titular de direitos de autor.

Apresenta-se razoável o entendimento, no regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, que o titular de direitos de autor sofre lucro cessantes, por perder a possibilidade de explorar economicamente a sua obra, em decorrência do ato de *download*, mesmo considerado isoladamente. Mas se trata de mera probabilidade, pois não sendo gratuito o acesso à obra, muito provavelmente o utilizador não a compraria. Por isso, é válido entender não ser possível a imputação da responsabilidade civil, na sua doutrina tradicional, na medida em que não existe lucro na realização do compartilhamento de arquivos através das plataformas digitais P2P. Em geral, o utilizador das redes P2P realiza o ato de *download* escapando a uma finalidade lucrativa. O dano concreto, portanto, é inexistente.

3.2 O ATO DE *UPLOAD* E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P

Outrossim, cabe também verificar a imputação da responsabilidade civil, quer no âmbito da doutrina tradicional, quanto na doutrina da perda de uma chance para o ato de *upload* concretizado pelo utilizador das redes P2P. Para essa análise, frisa-se que a lógica a ser adotada deve ser a mesma. Ou seja, verificar se o ato de *upload* encontra-se dentro dos limites estabelecidos para a cópia fundada no uso privado e ainda se o titular de direitos de autor sofreu prejuízo ou dano concreto.

No que concerne a ambos os regimes jurídicos, quer o português como o brasileiro, verifica-se, mesmo que por razões opostas, a ilicitude do ato de *upload* realizado nas plataformas digitais de compartilhamento. Assim, o enfrentamento sobre a aplicação da responsabilidade civil na sua doutrina tradicional apresenta-se de maior relevo, dado a prática do ilícito. Todavia, em razão dos fundamentos utilizados acima, o entendimento a adotar-se deve ser o mesmo quer em sede do ordenamento jurídico português, como no brasileiro.

O presente artigo compreende não ser possível a imputação de responsabilidade civil na sua doutrina tradicional, no regime jurídico português da cópia para uso privado, uma vez que prejudicada a verificação do dano ou prejuízo concreto sofrido pelo titular de direitos de autor. Ademais, mesmo que se consiga identificar a existência de dano, apresenta-se como mínimo, mais ainda quando considerado individualmente.

Anota-se que a análise de todos os atos de *upload*, a despeito de possível tecnicamente, envolve questões outras que dizem respeito, primeiro à atribuição de um dever geral de vigilância a ser atribuído aos prestadores de serviços em linha, como também em face da manutenção da reserva da privacidade e da intimidade das comunicações. De mais a mais, a mera ilicitude pela prática do ato de *upload*, constatada em sede da legislação autoral portuguesa e brasileira, já que se trata de uma utilização que escapa aos limites da cópia para uso privado, não se constitui requisito suficiente para a atribuição de um dever de indenizar. Pois, como visto o dano ou prejuízo concreto, apresenta-se como requisito essencial para a imputação de responsabilidade civil na sua doutrina tradicional.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

No que diz respeito ao debate sobre a aplicação da doutrina da perda de uma chance, no regime jurídico português da cópia para uso privado pela concretização do ato de *upload*, apresenta-se mais cuidadoso. Observa-se que a lei autoral portuguesa, pelas razões já apresentadas, compreende o *upload* como um ato ilícito. Apesar de não se verificar o dano ou prejuízo concreto no ato de *upload*, quando considerado individualmente, questiona-se, dado a ilicitude do ato, sobre a possibilidade de indenizar-se a perda da oportunidade do titular de direitos de autor na aferição da vantagem patrimonial. Lembre-se que a vantagem patrimonial decorre do exercício do exclusivo autoral de natureza patrimonial e que sua utilização escapa ao limite estabelecido para o uso privado.

De sorte que a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser ventilada em face do ato de *upload* concretizado pelo utilizador nas redes P2P. Todavia, apesar de alegar-se uma provável perda de oportunidade para o titular de direitos de autor com a realização do ato de *upload*, necessita a probabilidade de perda ser demonstrada. Sem embargo, o âmbito de aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance ou oportunidade é muito estreito, na medida em que se propõe distinguir o escopo do dano meramente hipotético da chance real de concretização de dano.

Nesse sentido, ao se analisar a aplicação da teoria da perda da chance do titular de direitos de autor, deve-se claramente distinguir entre a hipótese improvável, remota da hipótese quase certa, como também entre a probabilidade da perda da chance de lucro (SILVA, 2009). Somente nessas circunstâncias é possível verificar as reais condições do titular de direitos de autor em obter uma determinada vantagem econômica sobre a sua criação intelectual, caso o ato de *upload* não fosse concretizado pelo utilizador das redes P2P. A Ministra Nancy Andriahi entendeu, no seu voto, no julgamento do Recurso Especial nº 1254141, em 20 de fevereiro de 2013, na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Por isso é que a hipótese de incidência da qualidade de responsabilidade pela realização do ato de *upload* não autorizado situa-se entre o limite constituído pela probabilidade nula ou desprezível do titular de direitos de autor obter vantagem econômica e o limite estabelecido pela alta probabilidade da obtenção de vantagem econômica que pode converter-se em certeza razoável. Observa-se que no primeiro limite não há qualquer indenização a ser pleiteada pelo titular de direitos de autor e já no segundo limite, abre-se espaço para que o sujeito venha a ser integralmente reparado. Assim que se situa a

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

responsabilidade do utilizador que realiza um ato de *upload* através das redes P2P (AGUIAR; MARTENS, 2013).

Acrescenta-se, por fim, no que concerne à conexão obrigatória entre o ato de *upload* e o ato de *download* por um comando imperativo da rede P2P de compartilhamento, não há o que se entender diversamente da solução apresentada para o ato de *download* realizado individualmente. Dito de outra forma, dado o caráter da reprodução meramente tecnológica ser entendido como lícito, não se apresenta razoável, no âmbito tanto do regime jurídicos português da cópia para uso privado como do brasileiro, a imputação quer da responsabilidade na sua doutrina tradicional, como na doutrina da perda da chance.

CONCLUSÃO

Ao chegar ao término das páginas e com a intenção de estabelecer algumas considerações conclusivas, convém, desde logo, esclarecer que a tutela autoral garantida por força de lei ao bem intelectual aproveita a todos, mesmo que apenas alguns retirem proveito do bem protegido. O valor da informação contextualizada não retira a qualidade da tutela atribuída ao bem intelectual, ou seja, não modifica os critérios utilizados pela lei para a atribuição da proteção.

Enfim, compreende-se que a nova realidade tecnológica modificou os paradigmas, alterando as implicações nos interesses públicos e privados pela imensa dispersão e transposição territorial. Destaca-se as características do espaço virtual, identificando-as com a falta de territorialidade, a incidência de anonimato virtual, a natureza descentralizada da rede, o grande número de utilizadores e a rapidez do desenvolvimento tecnológico.

Mister ressaltar, no que concerne à atribuição de responsabilidade sobre a execução dos atos de *download* e *upload* nas plataformas digitais P2P que se conclui pela não razoabilidade da medida que impõe aos prestadores intermediários de serviços em linha, um dever geral de vigilância.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

No que toca em particular ao caso da legislação autoral brasileira, cabe por razões óbvias algumas considerações finais próprias, especiais para a realidade atual em matéria de tutela dos direitos de autor.

Por isso que se pondera a sociedade contemporânea viver uma revolução tecnológica. Com o advento da *internet*, abriram-se as portas para o conhecimento: milhões de arquivos estão disponíveis na rede, alimentando a sociedade com cultura, educação e conhecimento, tornando o mundo ainda mais globalizado, rompendo barreiras e encurtando distâncias.

A atual legislação brasileira veda a cópia integral de obra protegida, nos termos do inciso II, art. 46 da lei autoral. Portanto, se um indivíduo adquire legitimamente um livro, um CD, ou outro bem protegido por direito de autor nos termos previstos na lei, ele não pode copiar, na íntegra o conteúdo dos. Embora para o leigo possa parecer razoável, a lei veda tal prática, já que é necessário o consentimento do autor na reprodução integral de obra protegida.

O texto constitucional brasileiro prevê no art. 5º, inc. XIV, o direito de acesso à informação; no art. 205, estabelece o acesso à educação e no art. 215, o direito de acesso à cultura. No entanto, a vigente legislação infraconstitucional relativa à matéria autoral, a Lei 9.610/98, Lei do Direito Autoral, tende a impossibilitar o exercício desses direitos, no que tange à vedação da cópia privada integral. O direito de autor deve ter a sua interpretação como meio para se efetivar o acesso à informação, à cultura e à educação, porque não é absoluto, em razão de ter fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade. Assim como o mundo, a legislação brasileira precisa flexibilizar-se diante de novas situações, com o fim de garantir o bem-estar social e contribuir para o avanço do conhecimento.

Defende-se a reforma na legislação brasileira vigente, para que a cópia privada integral não seja considerada um ato ilícito, pois, se presencia um momento em que a cultura e a informação são consideradas de fundamental importância para o progresso social. Por outro lado, deve ser garantida a justa remuneração ao autor da obra reproduzida, objetivando o incentivo à criação intelectual, porque o resultado deve estar pautado na proporcionalidade entre os interesses públicos e privados.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

Sem embargo, é necessário a criação de novas formas de exploração dos direitos patrimoniais dos autores de forma que a remuneração seja condizente com a realidade econômico-social do país, já que o atual sistema está defasado, não supre os interesses dos envolvidos. Destarte, como meio de garantir a remuneração do criador de obra intelectual e amenizar os problemas da cópia privada, sugere-se a adoção do sistema de compensação equitativa, já utilizado na União Europeia. Considerando que grande parte da população brasileira vive em condições precárias e não possui condição financeira de acesso às obras intelectuais, a vedação à cópia privada é, no mínimo, uma afronta ao desenvolvimento cultural das pessoas. A *internet* hoje é o local com maior quantidade de informações disponíveis para acesso, e isso pode ser explorado positivamente, não com o rigor das excessivas proteções que atualmente assolam o ordenamento jurídico.

O direito de autor não pode configurar-se em um obstáculo ao desenvolvimento cultural e social, nem servir como desestímulo aos criadores; deve a proporcionalidade imprimir as ações quer no exercício do exclusivo quer no exercício da garantia da cópia privada. Entende-se que as novas tecnologias devem ser utilizadas em benefício de todos, sendo necessária uma reforma na legislação autoral brasileira. Por outro lado, devem ser criados, mecanismos que garantam a justa remuneração do autor, a exemplo da compensação equitativa, para que se restabeleça o equilíbrio entre os interesses individuais dos autores e os interesses da coletividade, pois o que a sociedade precisa é de uma legislação que esteja em conformidade com os novos meios tecnológicos, isto é, deve a lei adaptar-se à nova sociedade da informação e ao fenômeno da *cybercultura*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Luis; MARTENS, Bertin. *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data. Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2013/04. J R C Technical Reports*, 2013. Disponível em: <<http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

AKESTER, Patrícia. **O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital**. Principia: Cascais, 2004, p. 95-97.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os Actos de Reprodução em Ambiente Digital**. As transmissões digitais. APDI Direito da Sociedade da Informação, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BAUNER, Ulrich; RENDELL, Simon; PUHLER, Alexander. Napster, Gnutelle, Kazaa and Beyond. *Can the Music Industry Win The Battle Against File-Sharing Networks? In: Computer Law Review International*, n. 5, p. 129-137, 15 ago. 2004.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1254141 (2011/0078939-4 – 20/02/2013). Julgamento em 04.12.2012. **Diário Eletrônico de Justiça**, 20 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013>. Acesso em: 09 jan. 2017.

CARRIER, Michael A. *The Pirate Bay, Grokster, and Google. Journal of Intellectual Property Rights*. v. 15, January 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. ESPANHA, Rita (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CORBET, Jan. *La Transposition en Droit Belge de La Directive D'iteur dans la Société de L'Information. Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n. 206, pp. 5-63, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e FILHO, Sérgio Cavaliere. **Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil**. Das preferências e privilégios creditórios. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EUROPA. *Tribunal de Justicia (Sala Tercera)*. Processo C-462/09. *Stichting de ThuisKopie. v. Opus Supplies Deutschland GmbH and Others. InfoCuria*. 16 jun. 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-462/09>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Processo C-467/08. *Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*. **InfoCuria**. 21 out. 2010. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

FCISOR, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet*. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire e population: Cours au Collège de France, 1977-1978*. Paris: Gallimard, 2004.

FRANÇA. Cour D'appel de Montpellier. *Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.* 10 mar. 2005, 222 *Legipress* 120. **Juriscom.Net**. 2005a. Disponível em: <<http://juriscom.net/2005/03/ca-montpellier-10-mars-2005-ministere-public-fndf-sev-twentieth-century-fox-et-a-c-aurelien-d/>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

FRANÇA. *Tribunal de grande instance de Pontoise 6ème chambre 3 – collégiale – financière Jugement du 2 février 2005b*. In: SACEM et al. v. Alain B. **Legalis**. 2005. Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1403>. Acesso em: 09 jan. 2017.

FRANÇA. *Tribunal de grande instance de Rodez. Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.* Caso 03001251, 13 nov. 2004. **Juriscom.Net**. 2004. Disponível em: <<http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=591>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

GENDREAU, Ysolde. *Le Droit de Reproduction et L'Internet. Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n. 178, 1998.

GOMES, Júlio. Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões. In: *STUDIA IURIDICA*, 91, ARS IUDICANDI, ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, v. II: Direito Privado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 291-292.

GUIZZARDI, Sílvia. *La Nuova Disciplina del Diritto d'Autore nella Società dell'Informazione alla Luce della Direttiva 2001/29. Europa e Diritto Privato*, n. 3, p. 813-831, 2002.

HILTON, Alice. *Logics, computer machines and automation*. Nova Iorque: *Institute of Cybercultural Research*, 1964.

LEMOS, André. Mídia locativa e territórios informacionais. In: ARANTES, Priscila; SANTAELLA, Lúcia (Orgs.). *Estéticas Tecnológica*. São Paulo: Edição PUC/SP, 2007. p. 207-230.

LEMOS, Ronaldo. Cibercultura como território recombinate. In: MARTINS, Camila Duprat; SILVA, Daniela Castro e; MOTTA, Renata. *Territórios recombinate: arte e tecnologia. Cadernos Instituto Sergio Motta*, v. 13, São Paulo, p. 35-48, 2007.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. COSTA, Carlos Irineu da (Trad.). São Paulo: Editora 34, 1999.

LEWINSKI, Silke von. *Certain Legal Problem Related to the Making Available of Literary and Artistic Works and other Protected Subject Matter Through Digital Networks*. **Unesco**, Jan.-Mar./2005, p. 5. Disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/26128/11514179891lewinski_e.pdf/lewinski_e.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO UTILIZADOR DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS P2P PELO COMPARTILHAMENTO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR

LIEBOWITZ, Stan J. *File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?* *Journal of Law and Economics*. v. XLIX, Abr./2006, Disponível em: <http://www.warsystems.hu/wp-content/uploads_bodo/liebowitz-File%20Sharing%20Creative%20Destruction%20or%20Just%20Plain%20Destruction.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2013.

LIM, Pheh Hoon; LONGDIN, Louise. *P2P Online File Sharing Transational Convergence and Divergence in Balance Stakeholder Interests*. *European Intellectual Property Review*, v. 33, n. 11 p. 690–698, 2011.

MENN, Joseph. *All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster*. New York: Crown Business, 2003.

MOSER, David J.; SLAY, Cheryl L. *Music Copyright Law*. Boston: Course Technology/Cengage Learning, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Rev. Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 53-77, 2003.

ORAM, Andy. *Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies*. California: O'Reilly Media, 2001.

PORTUGAL. Ministério da Cultura. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Decreto-Lei nº 63/85, de 14 março de 1985. **Direção-Geral da Política de Justiça**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

ROCHA, Camilla. Mega estreia com *show* e problemas técnicos. **Estadao.com.br**. 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/mega-estreia-com-show-e-problemas-tecnicos/>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Reponsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDSTED, Todd. *The practice of peer-to-peer computing: Introduction and history. A new-fangled name, but an old and useful approach to computing*. **IBM**, Mar./2001. Disponível em: <http://cs2.swfc.edu.cn/~dyy/001_%E6%AF%95%E4%B8%9A%E8%AE%BE%E8%AE%A1/%E8%B5%84%E6%96%99/P2P/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing_%20Introduction%20and%20history.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2013.