

# A tutela dos direitos de autor à luz da era digital no ordenamento jurídico português - com um olhar para o direito da União Europeia<sup>1</sup>

J. P. Remédio Marques<sup>2</sup>

Recibido: 19-09-17 Aceptado: 18-11-17

## Resumen

A sociedade da informação coloca novos problemas para o direito de autor. As utilizações livres assumem uma renovada importância. Os direitos exclusivos de reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas assumem novas dimensões problemáticas. A criação de múltiplos serviços e modelos de negócios por meio da internet revela a resistência do sistema internacional dos direitos de autor face aos interesses dos titulares dos direitos autorais e dos novos serviços fornecidos no ambiente digital. As medidas de proteção técnica constituem uma espécie de extensão fática do exclusivo reconhecido pelos direitos de autor. O upload e o download de obras protegidas é, umas vezes, permitido e, outras vezes, proibido. As hiperligações geram outro tipo de problemas (quanto aos direitos de reprodução e comunicação ao público), o mesmo ocorrendo com o esgotamento do direito de distribuição. Em Portugal e nos demais Estados-Membros da União Europeia à medida que os serviços de streaming (e respetivos websites) se tornam num importante canal de vendas para obras musicais e filmes, os legisladores e os Tribunais devem repensar o disposto na Diretiva 2001/29/EC. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem realizado uma contribuição decisiva para solucionar alguns destes problemas.

Palavras chave: direito de autor; sociedade da informação; direito de reprodução; cópia privada; Union Europea.

## Copyright law in the digital age and the portuguese legal system – with a look to the European Copyright law

### Abstract

The information society poses new problems for copyright law. The fair use clause takes on a new importance. The exclusive rights of reproduction, distribution and communication to the

<sup>1</sup> Texto de apoio à conferência proferida pelo autor nas “Jornadas de Direito da Comunicação Social”, no Funchal (ilha da Madeira, Portugal), no dia 2 de junho de 2017, organizadas pelo Governo Regional da Madeira e pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).

<sup>2</sup> Prof. Dr. Iuris. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Miembro del Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de Coimbra. Profesor de la Universidad Lusitana de Oporto (Portugal). Titular de Propriedad Industrial, Derecho de Autor y Derecho Procesal Civil. Correo eletrônico: [remedio@fd.uc.pt](mailto:remedio@fd.uc.pt)

public of protected works takes on new and problematic aspects. The emergence of so many new services and new operating models in the Internet demonstrates both the efforts made by right holders and digital services and the resilience of the international copyright system. The Digital Rights Management constitutes an extension of the copyright. The upload and the download of protected works is sometimes permitted and others prohibited. The hyperlinks causes a different type of problems and also the exhaustion of the distribution right. In Portugal and in the other European Union countries as streaming services (and websites) become an increasingly important sales channel for music and films legislators and courts need to start taking heed of the Directive 2001/29/EC. The Court of Justice of the European Union has made a decisive contribution to solving some of these problems.

Keywords: copyright; digital works; Information society; reproduction right; private use; Portugal; European Union.

## SUMÁRIO

1. Conceito de direito e autor e direitos conexos. A obra suscetível de proteção. A eventual diversidade de regimes jurídicos nacionais. 2. Aquisição/Titularidade do direito de autor. 3. Quando ocorre a proteção por direito de autor. 4. A infração ao direito de autor. Consequências. Relevância da falta de consciência da ilicitude. 5. A licitude da utilização de obra criada por terceiros protegida por direito de autor. 6. A utilização de música protegida por direito de autor como banda sonora de um vídeo doméstico suscetível de ser carregada numa plataforma de vídeos. 7. A cedência da cópia de uma obra protegida por direito de autor a um familiar ou a um amigo. 8. A descarga da internet de uma obra protegida por direito de autor (ou partes da obra) e a relevância da tecnologia usada. 9. As medidas tecnológicas de proteção e o seu contornamento para uso privado. 10. As taxas (levies) de direito de autor. 11. A visualização de um filme ou de uma música por “streaming” em vez de fazer a descarga do mesmo da internet e a infração do direito de autor. 12. A inserção de obras protegidas por direito de autor nas mensagens (posts) automaticamente pelas plataformas das redes sociais. A colocação de hiperligações (linking) das mesmas ou a sua integração (embedding) na página ou blogue de uma pessoa. 13. A solicitação de transferência de direito de autor em favor de titulares de sites quando uma pessoa cria a obra e faz o upload. 14. A adoção de avatar conhecido. 15. A cogoscibilidade da (ili)licitude da obra disponibilizada na Internet. 16. Esgotamento do direito de autor; o esgotamento do direito de distribuição de cópias digitais. 17. Fornecimento de hiperligações (hiperlinks) para obras livremente disponíveis noutro site. 18. A atividade de recolha de informações ou outros signos (p. ex. sons, imagens, dados) para identificação de padrões de comportamento (data minning): prospeção de textos e dados. O cloud computing. 19. Quanto aos interesses dos editores. 20. Quanto aos

serviços em linha e o acesso aos conteúdos protegidos. 21. O acesso aos conteúdos por meio de streaming (webcasting e simulcasting), em alternativa ao download para o disco rígido (salvo se houver armazenamento temporário no cache do sistema). 22. Um caso exemplar de clipping por meio da Internet. 23. Conclusão. Referências bibliográficas.

## **1. Conceito de direito e autor e direitos conexos. A obra suscetível de proteção. A eventual diversidade de regimes jurídicos nacionais**

O direito de autor é a designação do Sistema Jurídico destinada a proteger as criações literárias e artísticas, conferindo ao autor um direito de exploração económica exclusiva, com o poder de autorizar terceiros a fruir e usar a sua criação/obra, e ainda direitos pessoais ou morais que asseguram o respeito pelo contributo pessoal do autor, ou seja a paternidade, a genuinidade e a integridade das criações/obras. São direitos subjetivos privados providos, uno actu, de uma dimensão patrimonial e não patrimonial.

Quanto à dimensão patrimonial estaremos perante um novo tipo de «propriedade» sobre bens incorpóreos regulada fora do Código Civil português, nos termos do seu art. 1303.º, n.º 1, ou seja um «tipo» regulado no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, à qual se aplicam, subsidiariamente, as regras do referido Código Civil “quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido” (n.º 2 do art. 1303.º do citado Código Civil português).

As obras literárias e artísticas são tuteladas na medida em que são criações do espírito humano ou manifestações da personalidade do autor. O mérito da criação é irrelevante para o reconhecimento desta tutela jus autorial. Porém, é sempre difícil determinar o carácter artístico ou literário de uma obra. Isto porque a noção de obra é pautada por uma enorme indeterminação normativa, que se reflete nas decisões judiciais. O ser uma criação do espírito humano classificada como obra tutelável pelo direito de autor importa que essa criação possa ser considerada arte ou literatura. Mas é impossível lograr um conceito normativo de obra atemporal e independentemente das concepções culturais dominantes numa dada sociedade. Daí que o intérprete (maxime, o juiz) deva colocar-se na posição das pessoas que possuem alguma formação literária e artística, de maneira a saber e a sindicar se as ideias correntes nesse local e nesse tempo permitem predicar esse quid exteriorizado e sensorialmente

apreensível (a forma externa) como obra suscetível de superar um nível mínimo de esforço de criação (forma interna) que supere a banalidade e a trivialidade<sup>3</sup>. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no quadro dos procedimentos de reenvio prejudicial (suspendendo-se a instância na ação que tramita no Estado-Membro), tem contribuído para uma importante tarefa uniformizadora<sup>4</sup>.

Assim, para efeitos de tutela pelo direito de autor, a obra é toda a criação de cunho individual, cujo valor estético atingiu um certo grau ou patamar que, na opinião, dos círculos especializados, familiarizados ou sensibilizados com as artes, permite falar ou surpreender uma realização artística<sup>5</sup>. Faz-se assim necessário que a obra seja exteriorizada e essa realidade formal exterior seja provida de originalidade mínima<sup>6</sup>. Por isso, muitos Códigos de Direito de Autor, incluindo o português, não preveem catálogos fechados de criações suscetíveis de proteção, mas apenas exibem *conceito geral e indeterminado* de concretização casuística. O art. 2.º, n.º 1, do Código de Direito de Autor português é ilustrativo do catálogo aberto de criações, ao determinar que “As criações intelectuais do domínio literário científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem *nomeadamente...*” - o itálico é meu.

<sup>3</sup> De acordo com a importante decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 18/07/2009, proc. C-5/08, “o direito de autor na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 só é susceptível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor” - § 37 desta decisão. Acrescenta-se, ademais, que “As palavras enquanto tais não constituem, portanto, elementos sobre os quais incide a proteção” — § 46, *idem*; isto embora, como se escreve nesta decisão, “não se pode excluir que determinadas frases isoladas, ou mesmo determinados elementos de frases do texto em causa, sejam aptos a transmitir ao leitor a originalidade de uma publicação como um artigo de imprensa, comunicando-lhe um elemento que é, em si mesmo, a expressão da criação intelectual do próprio autor deste artigo. Tais frases ou elementos de frase são, portanto, susceptíveis de ser objecto da proteção” — § 48, *ibidem*. Seja como for, esta decisão remete para os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia a determinação do facto de se tratar, ou não, de uma criação intelectual, de acordo com os standards que ele próprio estabeleceu. Deste modo, uma criação intelectual imputável a uma pessoa humana pressupõe que exista um espaço de liberdade e que o autor o utiliza para expressar a *sua criatividade de uma forma original*.

<sup>4</sup> XALABARDER, Raquel. “The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2016, n.º 6, p. 635.

<sup>5</sup> OBERGFELL, Eva Ines. “Abscheid von der ‘Silberdistel’: Zum urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandte Kunst”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2014, p. 612.

<sup>6</sup> Sobre isto, em Portugal: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 57; REMÉDIO MARQUES, J. P. *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual. Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenho ou Modelo*, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 109-167; DIAS PEREIRA, Alexandre. *Direito de Autor e Liberdade de Expressão*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 380-397; SOUSA E SILVA, Pedro. *A Proteção Jurídica do Design*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 154-229.

A proteção conferida pelo direito de autor incide sobre a *expressão ou manifestação (formal)* das criações/obras, e não sobre as ideias que estão na sua base. De igual sorte, as *ideias* e os temas, os *processos*, os sistemas, os *métodos operacionais*, os *conceitos*, os *princípios* ou as *descobertas* também não são protegidas pelo direito de autor (art.1.º, n.º 2, do referido Código); trata-se aqui de comandos de ação ou execução sem expressão artística. São protegidas pelo direito de autor vários tipos de criações/obras, nomeadamente, obras literárias como livros, revistas, jornais, conferências, lições, discursos, poemas, obras dramáticas e dramático-musicais, obras coreográficas, composições musicais com ou sem letras, filmes, programas de televisão, composições fonográficas, videográficas e radiofónicas, e obras artísticas como desenhos, pinturas, esculturas, cerâmica, fotografias, artes aplicadas, ilustrações, projetos de arquitetura e frases publicitárias.

A dimensão atual da *Internet* e das redes eletrónicas de comunicação colocam em causa o *objeto de proteção* (aqui avultando os programas de computador e as bases de dados criativas) e o papel do direito de autor: do seu *licere* e dos seus *limites*. As diversas de formas de utilização exclusiva das obras protegidas (*id est, a reprodução* –aqui incluindo a transformação e a adaptação–, *distribuição e comunicação público*, incluindo nesta última a colocação em rede, no servidor, à disposição do público) confrontam-se com novas soluções normativas e jurisprudenciais geradas por estas novas formas de comunicação à distância de conteúdos protegidos. Como veremos, *infra*, as próprias proteções técnicas das obras por meio da cifragem ou da encriptação (e do controlo técnico do acesso a tais obras) podem traduzir um prolongamento do *licere* do direito de autor, reforçando este exclusivo. E, não raras vezes, o titular dos direitos confronta-se com a opção entre acionar o titular do website que veicula, sem autorização, as obras protegidas - pedindo judicialmente a remoção dos conteúdos e a indemnização pelos danos sofridos –ou negociar com este infrator uma remuneração equitativa pela sua distribuição planetária<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> FRITZGERALD, Brian. "Copyright in the Age of Access", *European Intellectual Property Review*, vol. 39, 2017, pp. 131,134, defendendo precisamente esta outra posição.

<sup>8</sup> REMÉDIO MARQUES, J. P. "Patentes de programas de computador e sistemas informáticos de jogos electrónicos – métodos de exercício de actividades económicas", *Estudos de direito Intelectual, em Homenagem ao Prof. Doutor José De Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 807, 836-841 (sobre a possibilidade de proteção do software por direito de autor); REMÉDIO MARQUES, J. P. *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual. Direito de Autor. Direito de Patente Modelo de Utilidade. Desenho ou Modelo* Vol. I.. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 132-136, notas n.º 263-265; ALBERTO VIEIRA, José. *A Proteção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor*. Lisboa: Lex, 2005, pp. 287, 814.

Os *programas de computador* e as *bases de dados* beneficiam de uma proteção especial análoga à proteção conferida pelo direito de autor<sup>8</sup>. Algumas obras como traduções, adaptações ao cinema e outras transformações de qualquer obra (mesmo que esta obra não seja protegida pelo direito de autor), sumários e compilações de obras (que podem ou não estar protegidas), relatórios e textos de convenções, leis, relatórios ou decisões administrativas ou judiciais, *na medida que são considerados criações originais* são também protegidos pelo direito de autor. O *título* de uma obra e ainda o título de jornais ou de outras publicações periódicas podem também ser protegidos por direito de autor se verificarem determinadas condições.

Os *direitos* conexos com o direito de autor protegem as *prestações* dos atores, cantores, músicos, bailarinos, ou dos que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas, e as prestações dos produtores de fonogramas e videogramas e das entidades de transmissão ou difusão e são independentes uns dos outros. Isto implicará a necessidade de obter a autorização de todos os intervenientes nas prestações para, por exemplo, poder usar licitamente a criação musical, cinematográfica ou teatral, tal como tenha sido interpretada, gravada e transmitida<sup>9</sup>, ou para, noutro exemplo, reproduzir o fonograma ou o videograma e a partir dele<sup>10-11</sup>. Observe-se que a atribuição de um direito conexo depende das qualidades em que uma pessoa toma contacto com uma obra ou da atividade que pratica, diferentemente do direito de autor, o qual,

<sup>9</sup> Em Portugal, desenvolvidamente, SOUSA E SILVA, Nuno. “Direitos conexos (ao Direito de Autor)”, *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 2016, p. 355.

<sup>10</sup> Quanto às fontes normativas da União Europeia, obrigatoriamente transpostas para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, veja-se Diretiva n.º 2006/115/CE, do Parlamento europeu e do Conselho, relativa ao *direito de aluguer, ao direito de comodato* e a certos *direitos conexos ao direito de autor* em matéria de propriedade intelectual, bem como a Diretiva n.º 93/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis à *radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo*, a qual é importante especialmente para os organismos de radiodifusão, apesar de conter poucas regras substantivas. Atente-se, ademais, na Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica das *bases de dados*, a qual estabeleceu um regime de proteção duplo (por direitos de autor e um direito sui generis que deve ser considerado um direito conexo); outrossim, a Diretiva n.º 2006/116/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos, alterada pela Diretiva n.º 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, estabeleceram regras uniformes de duração dos direitos de autor e certos direitos conexos. Por fim, a Diretiva n.º 2012/28/EU, relativa a obras órfãs aplica-se igualmente aos direitos conexos, assim como a Diretiva n.º 2014/26/UE, na medida em que se refere à gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos.

<sup>11</sup> Em Portugal, ao abrigo do princípio da tipicidade dos direitos conexos ainda se reconhece como direito conexo o direito do editor de obras inéditas não protegidas (art. 39.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor) o direito do editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público (art. 39.º, n.º 2, *idem*).

exceto algumas exceções, é atribuído ao criador de uma obra (art. 11.º do referido Código).

A proteção conferida pelo direito de autor é uma *proteção nacional* (atribuída pela lei de cada país) e independente da que é conferida nos vários países. Apesar de haver muitas semelhanças entre a proteção conferida pelo direito de autor nacional e a conferida noutros países, subsistem algumas diferenças quanto aos requisitos de atribuição, ao âmbito dos poderes conferidos aos autores, e às exigências de formalidades de registo.

## 2. Aquisição/titularidade do direito de autor

O direito de autor pertence ao autor/criador intelectual das obras, exceto nos casos em que a criação da obra é realizada ao abrigo de um contrato que regula a titularidade das obras que venham a resultar da atividade criativa, como acontece por exemplo nos casos das obras feitas por encomenda ou por conta de outrem, em cumprimento de dever funcional ou de contrato de trabalho. O direito de autor pertence também às pessoas singulares ou coletivas que tiverem organizado e coordenado a criação de uma obra e sob o nome dos quais essa obra foi publicada e divulgada - são as chamadas *obras coletivas*. Ao conferir ao titular um direito de exclusivo sobre a exploração económica (patrimonial) da obra, e assim a possibilidade de uma retribuição pelo esforço criativo e pelo contributo para o desenvolvimento da cultura na sociedade, o direito de autor visa estimular a continuação da atividade criativa.

Aos titulares do direito de autor que não sejam os criadores intelectuais das obras, o direito de exploração económica exclusiva possibilita a retribuição e rentabilização dos investimentos feitos na organização das condições e meios necessários à criação das obras, estimulando novos investimentos na indústria dos bens artísticos e culturais. Ao possibilitar uma retribuição que se pretende justa, o direito de autor viabiliza a produção de um maior fluxo de bens artísticos e culturais para benefício dos consumidores, enriquecendo culturalmente a sociedade no seu todo pela evolução geral na satisfação pela arte e no conhecimento cultural e científico. Por outro lado, apenas através da provisão de equilibradas *limitações* ao âmbito do direito de autor podem os utilizadores das obras (professores, estudantes, bibliotecas, museus, etc.) ter melhor acesso a bens culturais e do conhecimento, o que é certamente essencial ao impulsionamento da criatividade. Todavia, o atual regime dos direitos autorais serve menos aqueles que os definem, ou seja, os próprios

criadores intelectuais, e mais os agentes económicos constituídos em empresa sob forma societária editorial, multinacionais de comunicação e entidades de gestão coletiva de direitos autorais.

### **3. Quando ocorre a proteção por direito de autor**

*O direito de autor decorre, em geral, da criação e exteriorização da obra*, não sendo a proteção condicionada pela verificação de certos requisitos. Por isso, é comum dizer-se que o direito de autor nasce com a exteriorização da obra, sendo daí automático. A natureza ou o tipo dos meios utilizados na criação da obra ou os materiais em que a obra se expressa e exterioriza, não são condição para a existência do direito de autor e proteção da obra. Por exemplo uma fotografia captada pela câmara de um telemóvel pode ser protegida pelo direito de autor se manifestar uma criação artística pessoal do seu autor; por exemplo se o fotógrafo fez escolhas criativas de enquadramento na captura da imagem. Uma *fotografia* que se limite a uma captação de situações ou factos da vida real é uma fotografia, mas poderá não constituir uma obra fotográfica protegida se não manifestar algum aspeto criativo ou artístico. Em alguns casos a lei prevê requisitos de que depende o exercício do direito de autor sobre a obra protegida. Para o exercício do direito de proibir que terceiros reproduzam uma obra fotográfica faz-se necessário que o nome do fotógrafo/autor seja exibido nos exemplares que da mesma forem divulgados. *O registo das obras* também não é requisito da proteção, podendo no entanto ser realizado para efeito de documentação da prova sobre a existência da obra e sobre a sua autoria e titularidade, pois o registo implica a presunção destes factos.

### **4. A infração ao direito de autor. Consequências. Relevância da falta de consciência da ilicitude**

A prática de atos que estejam reservados ao titular pelo exclusivo conferido pelo direito de autor, por quem não esteja autorizado pelo mesmo, e ainda os atos que afetem a genuinidade e a integridade da obra protegida, como a destruição, mutilação, deformação ou outras modificações, e os atos que comprometam a paternidade da obra, constitui infração aos direitos de autor (art. 68.º, n.º s 1 e 2, do Código do Direito de Autor português). No âmbito dos direitos conferidos compete ao autor os poderes de dispor da obra, de a fruir e de a usar, cabendo-lhe a faculdade de autorizar terceiros a fruírem e a usarem a mesma. A proteção conferida pelo direito de autor abrange a responsabilidade civil (indenização pelo danos causados: art. 226.º do mesmo Código) e a responsabilidade penal dos infratores, que inclui a responsabilidade civil por

*negligência* (art. 211.º, n.º 1, *idem*). Assim, aqueles que pretendam usar uma obra de terceiro devem procurar informação sobre a existência de proteção da obra, eventuais condições de utilização estipuladas pelo respetivo autor/titular, e averiguar se trata de uma utilização livre para a qual não seja necessário obter autorização do titular.

Em geral, a utilização de obra protegida com *fins comerciais* carece de autorização do autor/titular. Também em termos gerais, não é necessária autorização do autor/titular para as utilizações de *carácter privado*, pois estas utilizações são consideradas pela lei como *utilizações livres*. Em caso de desconhecimento de que o uso constitui infração ao direito de autor, o utilizador pode ainda assim ser responsabilizado civil e penalmente. Nestes casos a responsabilidade criminal pode consistir na aplicação de uma multa em alternativa a uma pena de prisão. Quanto à responsabilidade civil, o desconhecimento da infração ao direito de autor por parte do infrator será um fator também considerado na determinação do valor da indemnização que será devida ao titular do direito. Porém, no caso das criações no mundo digital — ou seja, as obras audiovisuais, programas de computador e outras criações fixadas, distribuídas e reproduzidas por meios digitais (v.g., músicas, filmes, bases de dados) — a sua infração revela riscos acrescidos para os titulares dos direitos de autor sobre tais criações<sup>12</sup>. Desde logo, é muito difícil controlar as utilizações (se são mercadológicas ou se são para uso privado) de obras protegidas acessíveis por meio de carregamento descendente (*download*); é complexo saber se o carregamento ascendente (*upload*) foi efetuado com o consentimento do titular dos direitos autorais, de modo que ocorra uma *colocação da obra pelo legítimo titular à disposição do público*, a qual, depois, permita a utilização irrestrita dessa obra. Daí que, em muitas situações os titulares destes direitos subjetivos usam, por um lado, o contrato (e as múltiplas formas de licenciamento) para restringir o uso e a reprodução dos conteúdos protegidos e, por outro, *determinadas medidas tecnológicas de proteção* que visam impedir os atos relativos a obras, prestações e produções protegidas por meio de codificação, cifragem, mecanismos tecnológicos de controlo de cópias, que garantem a efetividade da tutela pelo direito de autor aos respetivos titulares.

<sup>12</sup> RICE, David. “Copyright as Talisman: Expanding Aproperty@ in Digital Works”, em *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 357, 367.

## 5. A licitude da utilização de obra criada por terceiros protegida por direito de autor

Dependendo do tipo de utilização pretendido, das obras/prestações protegidas, poderá ser necessário, ou não, obter o consentimento do autor/titular do direito de autor ou do direito conexo. Normalmente, tratando-se de utilizações que envolvam exploração comercial das obras protegidas, será necessário obter autorização pelo autor/titular, devendo ser celebrado um *contrato de licença*<sup>13</sup>, o qual tem de escrito (e assinado pelas partes) e especificar a forma da utilização (ou divulgação ou publicação) autorizada, bem como as condições relativas à duração da licença, o território e o preço.

Existem hoje alguns casos de obras que cuja disponibilização na Internet está acompanhada pelas chamadas licenças “creative commons”, as quais são dirigidas ao público em geral e especificam as formas de utilização permitidas e as finalidades da utilização autorizada (comercial/não comercial), bem como outros limites da utilização licenciada. Estas licenças não são remuneradas; normalmente têm âmbito mundial, e são irrevogáveis, sendo as condições das mesmas identificadas por símbolos já bem conhecidos dos utilizadores da Internet. Não se trata de abolir o direito de autor sobre a concreta obra; trata-se, isso sim, de autorizar, por meio de *licenças contratuais*<sup>14</sup>, o uso, modificação e distribuição da obra protegida, concedendo a todos o direito de redistribuir o código-fonte do programa de *software* ou qualquer outro programa derivado deste mas somente se os termos de distribuição permanecerem inalterados<sup>15</sup> ao longo da cadeia de utilizadores e sub utilizadores.

São várias as utilizações das obras protegidas que a lei prevê como *utilizações livres*, ou seja não carecem de ser autorizadas/licenciadas pelo autor/titular do direito de autor, embora em alguns casos, possa ser devida compensação ao titular do direito. Uma dessas utilizações é a *reprodução da obra para uso privado* (uso/cópia privado(a)).

<sup>13</sup> REMÉDIO MARQUES, J. P. “Direito de Autor e Licença Compulsória – Um Olhar Luso-Brasileiro”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. 86, 2010, pp. 49, 52-64.

<sup>14</sup> Veja-se, GOLDSTEIN, Paul. “Future Platforms for Copyright Licensing”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2015, n.º 2, p. 153.

<sup>15</sup> DIAS PEREIRA, Alexandre. *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, 2008, p. 319; LEMOS, Ronaldo. “Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual”, em *Direito da sociedade da Informação*. Vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 295.

No âmbito do uso *privado* o utilizador pode fazer a chamada “cópia privada” para sua própria utilização nos limites das necessidades razoáveis do seu uso pessoal e familiar. Neste caso, a cópia de um filme para visionamento doméstico em família e com amigos, é considerado um uso privado e como tal constitui uma utilização livre da obra permite a reprodução de uma obra para uso privado. O art. 81.º, n.º 1, alínea b), do Código do direito de Autor português prevê a reprodução para uso privado. Isto pressupõe que a *reprodução* seja afinal uma cópia em suporte externo, a qual possibilita a perceção exterior da obra<sup>16</sup>. Vários outros usos de obras protegidos estão previstos na lei como usos livres, como é o caso dos usos para *fins de investigação científica ou de ensino*, a reprodução e a comunicação pública para *acesso por pessoas com deficiência*, a reprodução para emissão por *instituições sociais sem fins lucrativos*, tais como hospitais e prisões. Existe também a liberdade de captura fotográfica do panorama, ou seja a fotografia que integre a imagem de obras de arquitetura ou escultura mantidas permanentemente em locais públicos (*freedom of panorama*). Outro caso de utilização livre é a *inserção de citações ou resumos de obras alheias*, quaisquer que sejam o seu género ou natureza, desde que para apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino, na medida justificada por estas finalidades. Fora destas finalidades e numa extensão não justificada pelo propósito, a inserção de citações e de resumos não é livre. A lei portuguesa prevê uma lista de usos livres de obras protegidas pelo direito de autor e direitos conexos (art. 75.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor).

## **6. A utilização de música protegida por direito de autor como banda sonora de um vídeo doméstico suscetível de ser carregada numa plataforma de vídeos**

A mera inclusão de *uma obra musical* protegida na conceção de um vídeo doméstico pode ser considerada um uso privado e como tal pode não carecer de autorização do autor/titular da obra musical. Por outro lado, essa integração pode consistir numa integração/inclusão episódica de uma obra noutra matéria o que pode ser considerado uma utilização livre. Porém, a disponibilização desse vídeo por “upload” numa plataforma na *Internet*

<sup>16</sup> DIAS PEREIRA, Alexandre. “A reprodução para uso privado no ambiente digital e analógico”, em *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, APDI/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 329 ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil... op. cit.*, pp. 200-204; ALBERTO VIEIRA, José. “Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado”, *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 321, 440-467.

consiste numa comunicação/disponibilização ao público que deverá ser autorizada pelo titular da obra musical, pois tal comunicação integra um ato reservado ao autor/titular da obra protegida. Na mesma medida, a inclusão de uma obra musical num vídeo pode implicar a *transformação* daquela obra por *adaptação*, o que também é um ato sobre uma obra protegida que carece da autorização do autor/titular, pois está integrado nos direitos pessoais ou morais do autor de salvaguarda da integridade da obra.

## 7. A cedência da cópia de uma obra protegida por direito de autor a um familiar ou a um amigo

Já sabemos todos os atos de utilização de uma obra que impliquem a potencialidade de exploração económica da mesma cabem no âmbito do direito de autor, integrado o exclusivo legal; é assim suficiente que o ato tenha em abstrato a possibilidade de alcançar um propósito lucrativo. Ao invés, todos os atos de utilização da obra que não envolvam um modo de exploração económico estão excluídos do *licere* ou conteúdo do direito de autor. Se o ato de utilização não se conecta, em abstrato, à possibilidade de dele retirar proveito económico financeiro da obra, então esse ato está fora do âmbito da proteção do direito de autor. Por exemplo, a leitura de uma obra literária, mesmo por meio de e-book, a audição de uma obra musical a partir do telemóvel ou do computador, a consulta de uma base de dados, todos são atos livres, já que não têm que ver com qualquer forma direta de exploração económica de uma obra.

O *uso privado* de uma obra protegida e a cópia/reprodução realizada para esse uso é uma utilização da obra que está legalmente prevista como livre, dispensado desse modo o consentimento do titular dos direitos autorais. Em Portugal, esta utilização livre está prevista, em geral, no art. 75.º, n.º 2, alínea a), do Código do Direito de Autor e, quanto ao direito de reprodução, no art. 81.º, alínea b), do mesmo Código. Contudo o âmbito desta utilização livre não é ilimitado. O uso admitido deve ser feito por uma pessoa singular, sem fins comerciais diretos ou indiretos, para satisfação das necessidades razoáveis do seu uso pessoal e familiar.

<sup>17</sup> Nestes termos, TRABUCO, Cláudia. “Direito de Autor, Intimidade Privada e Ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, em *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, Año 9, n.º 18, Segundo semestre de 2007, acessível no seguinte endereço electrónico: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT\\_RevIBERAMER.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT_RevIBERAMER.pdf)

<sup>18</sup> Veja-se, também, GEIGER, Christophe / GRIFFITHS, Jonathan / SENFTLEBEN, Martin / BENTLY, Lionel / XALABARDER, Raquel. “Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Option of the European Copyright Society on the Judgement of the CJUE in Case C-201/13 Deckmyn”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2015, n.º 1, p. 93.

A *justificação* do uso privado como uma utilização livre decorre do equilíbrio necessário que deve existir entre a proteção do direito do autor e das *necessidades gerais de comunicação e acesso aos bens da cultura*. O uso privado desempenha assim o papel de contrapartida social da proteção da liberdade de criação cultural, devendo ser ponderado face a outros direitos fundamentais, tais como o *direito de expressão e divulgação do pensamento, o direito de informar e ser informado, a liberdade de aprender e ensinar e o próprio direito de propriedade privada*<sup>17</sup>, no qual assenta a proteção exclusivista dos direitos de autor<sup>18</sup>.

Aliás, o uso privado não deve ser considerada uma exceção ou limite ao direito exclusivo de reprodução, pois ele está pura e simplesmente *fora do direito de autor*. O uso privado é *livre*<sup>19</sup>. Porém, como o uso privado pode naturalmente atingir a *exploração económica normal da obra*, o legislador português (e não só) impede que, sob a capa do uso privado, se possam causar prejuízos injustificados aos interesses legítimos do titular (art. 81.º, alínea *b*), do Código de Direito de Autor português). Neste enquadramento será razoável que um utilizador realize a cópia necessária ao seu próprio uso e do seu agregado familiar. As ofertas de cópias fora destas circunstâncias poderão ser entendidas como ultrapassando os limites do uso privado que é admitido. Por exemplo, a liberdade de uso privado não pode ser usada para colocar em rede à disposição do público obras protegidas, nem a sua partilha por meio de sistemas automáticos de pesquisa e transmissão de ficheiros, os quais fornecem hiperligações para conteúdos protegidos por direito de autor. Assim, deve entender-se que a liberdade de uso privado circunscreve-se ao uso da obra para fruição própria do utilizador ou no seu meio familiar (ou de amigos, ou no local de trabalho) e sem fins lucrativos, excluindo-se desta liberdade a comunicação pública em locais abertos ao público (p. ex., quartos de hotel, automóveis ligados em rede a um centro de difusão de conteúdos audiovisuais).

## **8. A descarga da *internet* de uma obra protegida por direito de autor (ou partes da obra) e a relevância da tecnologia usada**

A descarga ou carregamento descendente da *Internet* de obras protegidas (*download*) é admitida desde que seja realizada para uso privado de uma pessoa singular e sem finalidades comerciais diretas ou indiretas, podendo incidir sobre a obra na sua totalidade ou só sobre partes da mesma, por quaisquer meios tecnológicos, e desde que a cópia de origem seja uma cópia lícitamente disponibilizada na Internet. O carregamento descendente

<sup>19</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil... op. cit.*, p. 200.

(*download*) de obras protegidas por direito de autor realizada nestas condições considera-se uma reprodução livre que não carece de autorização do titular do direito de autor, estando esse *download* abrangido pelas utilizações livres legalmente previstas, não podendo por isso o autor/titular do direito de autor impedir a sua realização. É ainda importante reter que a cópia de origem da descarga tem que ser uma cópia legítima ou licitamente disponibilizada, pois, caso não o seja, a descarga realizada ficará “contaminada” ou “envenenada” com a ilicitude da cópia de origem e poderá, por conseguinte, ser impedida pelo titular do direito de autor.

## 9. As medidas tecnológicas de proteção e o seu contornamento para uso privado

As medidas tecnológicas de proteção (MTP ou *Digital Rights Management*) são mecanismos técnicos ou componentes - baseados em criptografia ou outros meios técnicos - destinados a restringir certas utilizações das obras, prestações e produções em formato e suporte digital, protegidos pelo direito de autor e por direitos conexos. Servem também para realizar o controlo de acessos aos mesmos (acessos pagos, contagens do número e duração das utilizações), ou para preservar a sua integridade impedindo a sua modificação. Visam, deste modo, *facultar ou recusar o acesso a obras e prestações* protegidas como contrapartida de um pagamento, ou *previnem ou restringem somente certas utilizações* dessas obras ou prestações; noutros casos, ainda tais medidas visam preservar a integridade de tais criações ou prestações impedindo a sua alteração por terceiros; enfim, estas medidas tecnológicas podem ademais, *permitir o controlo do número ou da duração das utilizações* efetuadas, facilitando assim a exploração económica das referidas obras ou prestações<sup>20-21</sup>. Tais dispositivos beneficiam de uma proteção especial da lei (art. 217.º e ss. do Código do Direito de Autor português), estando previstas

<sup>20</sup> MOURA VICENTE, Dário. “Cópia privada e sociedade da informação”, 2005, p. 7, acessível no seguinte endereço: [http://www.apdi.pt/pdf/copia\\_privada\\_e\\_soc\\_da\\_inf.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf) = *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra, Coimbra Editora; faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 709 ss.; DIAS PEREIRA, Alexandre. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 623 ss.

<sup>21</sup> Veja-se, por exemplo, o dispositivo *Content Scamble System*, o qual controla a reprodução e a gravação de DVD's: ao codificar um DVD por região do planeta, este sistema impede que o DVD funcione na Europa se for adquirido nos E.U.A.: ou o *Serial Copy Management System*, o qual, por meio de um sinal ou símbolo codificado digitalmente autoriza a reprodução ilimitada de gravações originais, mas proíbe a reprodução e gravação (no disco duro) de cópias segunda geração, impedindo assim a reprodução e fixação em série ou massiva de conteúdos protegidos.

sanções penais aplicáveis pela realização de atos de neutralização ou contra a eficácia dos mesmos (art. 218.º: pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 100 dias). Estas medidas tecnológicas visam sobretudo restringir os atos de reprodução das obras protegidas pelo direito de autor, mas não podem obstar às utilizações das obras legalmente previstas como livres e que não carecem de autorização, como a cópia para uso privado. No entanto, a liberdade de uso privado/cópia privada não é justificativo da neutralização dessas medidas tecnológicas para realização de cópias privadas. O regime legal previsto estipula que sempre que as medidas tecnológicas aplicadas num exemplar da obra obstem ou impeçam a realização de cópias para uso privado, pode o utilizador dirigir-se então à Inspeção Geral das Atividades Culturais (IGAC) e solicitar os meios legítimos de neutralização que devem ter sido aí depositados pelo titular do direito de autor (art. 221.º, n.º 3, do referido Código).

## 10. As taxas (levies) de direito de autor

Apesar de a cópia para uso privado ser lícita porque obtida ao abrigo da exceção ao direito de autor, tal cópia representa uma diminuição da retribuição económica auferida pelos titulares dos direitos de autor. Na perspetiva de um ajuste do equilíbrio dos interesses dos autores e dos utilizadores das obras artísticas e bens da cultura, em Portugal e na maioria dos países que integram a União Europeia foi estabelecido o pagamento de uma taxa que incide sobre todos os dispositivos e aparelhos que permitam a fixação de obras, ou seja dispositivos e suportes analógicos e digitais que permitem a reprodução e armazenagem, cujo valor é incluído no preço da primeira venda ou disponibilização em território nacional e antes da aplicação do imposto sobre transações ou prestação de serviços (Imposto sobre o Valor acrescentado: IVA)<sup>22</sup>. O art. 82.º do Código do Direito de Autor português determina que “no preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução das obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas,

<sup>22</sup> Sobre isto, recentemente, COIMBRA DE PAULA, David. “A cópia para uso privado e a compensação equitativa da Diretiva 2001/29/CE à Lei n.º 49/20015, de 5 de Junho”, em: *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2017, Coimbra, Almedina, pp. 33, 39.

<sup>23</sup> Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5/03/2015, proc. C-463/12.

<sup>24</sup> Art. 82.º, n.º 3, do referido Código. A Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, na redação da Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, e, por último da Lei n.º 49/2015.

<sup>25</sup> Assim, decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12/11/2015, proc. C-572/13.

intérpretes ou executantes, os editores e os produtores de fonógrafos e videográficos”. Esta taxa também onera os cartões de memória de telemóveis<sup>23</sup>. Em Portugal, o montante a incluir no preço de venda ao público dos aparelhos de fixação e reprodução de obras e prestações é igual a 3% do preço de venda, antes da aplicação do IVA<sup>24</sup>. Embora esta taxa seja paga pelos comerciantes destes aparelhos e dispositivos, desde que os mesmos não sejam destinados à exportação ou reexportação, o mesmo pode repercutir-se no preço de venda ao público consumidor. Os montantes devidos a título desta compensação equitativa por realização de cópia privada têm de ser alocados, na íntegra, aos criadores intelectuais, não podendo os editores reivindicar uma parte deste montante<sup>25</sup>. Se o montante desta compensação cobrado pela entidade gestora coletiva de direitos autorais (ou seja, a *AGECOP - Associação para a Gestão da Cópia Privada*) for superior a 15 milhões de euros, o montante superior a esse valor constitui receita própria do *Fundo de Fomento Cultural* e destina-se a contribuir para financiar programas de incentivo à promoção de atividades culturais e à criação cultural e artística, com prioridade ao investimento em novos talentos (art. 5.º-A, n.º 1, da Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, aditado pela citada Lei n.º 49/2015, de 5 de junho). A referida entidade gestora deve afetar 20 % do valor total das compensações equitativas auferidas para ações de incentivo à atividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos.

## **11. A visualização de um filme ou de uma música por “streaming” em vez de fazer a descarga do mesmo da internet e a infração do direito de autor**

Ambas as formas de utilização (*streaming e download*) — cfr. as plataformas «Spotify» e «Deezer», «Kodi», ou o serviço personalizado «MixRadio» — implicam a reprodução da obra, a qual, em princípio, é um direito exclusivo do titular do direito de autor. Esta forma de difusão de conteúdos desempenha, hoje, a mesma função dos antigos *Compact Disks* (CD). Todavia, a forma de remuneração é diferente: nos *Compact Disks*, por exemplo, o titular dos direitos autorais recebe uma remuneração independentemente de os utilizadores ouvirem as músicas; nos serviços de *streaming*, os titulares recebem a remuneração à medida que os conteúdos forem sendo utilizados, em qualquer local ou período temporal. Além disso, os serviços de *streaming* — a que muitos titulares de direitos de autor estão a aderir — proporcionam ou aumentam a prestação de outros serviços na sociedade da informação, por exemplo, a difusão de novos modelos de telefones móveis, a difusão de filmes, a

promoção dos atores e diretores cinematográficos, etc. Estamos, em princípio, perante uma *comunicação ao público*, a qual é uma faculdade jurídica exclusiva do titular dos direitos autorais. Mas, a descarga de uma obra protegida destinada ao *uso privado* por um utilizador singular e sem fins comerciais diretos ou indiretos, bem como as cópias temporárias de obras protegidas, constituem utilizações livres admitidas pela lei.

A lei (portuguesa) não prevê qualquer regulação específica ou especial para o “streaming”. Este processo de acesso à obra permite o *download* temporário de uma cópia para mera visualização num visor de computador. Como tal, pode esta utilização ser considerada um uso que não atinge e que não afeta a exploração normal da obra protegida, nem causa prejuízo aos interesses legítimos do autor/titular, devendo por isso ser considerado como uma utilização para uso privado, admitida pela lei como livre, não carecendo de autorização do titular do direito de autor. O Tribunal de Justiça da União Europeia já confirmou, recentemente, esta posição, na sua decisão de 5/06/2014 (proc. C-360/13), este Tribunal, a quem foi pedido que interpretasse o disposto no art. 5.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, entendeu que “(...) as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «cache») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, preenchem os requisitos segundo os quais essas cópias devem ser temporárias, transitórias ou episódicas e constituir parte integrante e essencial de um processo tecnológico (...) e podem, por conseguinte, ser realizadas sem autorização dos titulares de direitos de autor”. As cópias dos conteúdos protegidos e visualizáveis pelos utilizadores são reproduções temporárias e permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão. As empresas de audiovisual que alojam e difundem, por meio de *streaming*, obras protegidas, sem autorização dos titulares, é que, isso sim, cometem uma reprodução ilícita. É, no entanto, importante que o utilizador se assegure que a origem/fonte do “stream” é legítima no sentido de que o fornecedor do acesso é o titular do direito de autor ou uma entidade licenciada pelo mesmo<sup>26</sup>. E que o titular dos direitos autorais autorizou o acesso à obra colocada nessas plataformas<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> QUINTAIS, João Pedro. “Private Copying and Download from Unlawful sources”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2015, n.º 1, p. 66 ss.

<sup>27</sup> Cfr. a recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26/04/2017, proc. C-527/15, cuja temática é analisada, *infra*, n.º 17.

<sup>28</sup> Neste sentido, cfr. a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13/02/2014, proc. C-466/12.

Não se olvide que não constitui um ato de comunicação ao público, nos termos do art. 3.º, n.º 1, da citada Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, o fornecimento, num sítio *Internet*, de hiperligações para obras livremente disponíveis noutro sítio *Internet*<sup>28</sup>. Vale dizer: o fornecimento, num sítio *Internet*, de uma hiperligação para uma obra protegida publicada e livremente acessível noutro sítio tem por efeito colocar à disposição dos utilizadores do primeiro sítio *Internet* a referida obra e constitui, por isso, uma comunicação ao público. No entanto, uma vez que não há público novo, em todo o caso essa comunicação ao público não está sujeita a autorização dos titulares do direito de autor<sup>29</sup>. A situação já é diferente quando uma hiperligação permitir aos utilizadores do sítio *Internet* em que se encontra essa ligação contornarem as medidas restritivas que foram tomadas pelo sítio *Internet* onde se encontra a obra protegida para restringir o acesso do público aos seus assinantes. Este comportamento constitui, assim, uma intervenção sem a qual os referidos utilizadores não poderiam beneficiar das obras difundidas. Donde, há que considerar todos esses utilizadores como um público novo, que não foi tido em conta pelos titulares do direito de autor quando autorizaram a comunicação inicial. Assim, esta outra comunicação ao público está sujeita a autorização dos titulares. É o que acontece, por exemplo, quando a obra já não está à disposição do público no sítio *Internet* em que foi comunicada inicialmente ou passou a estar acessível nesse sítio *Internet* apenas para um público restrito, ao mesmo tempo que se encontra acessível noutro sítio *Internet* sem a autorização dos titulares do direito de autor.

## **12. A inserção de obras protegidas por direito de autor nas mensagens (posts) automaticamente pelas plataformas das redes sociais. A colocação de hiperligações (*linking*) das mesmas ou a sua integração (*embedding*) na página ou blogue de uma pessoa**

O *carregamento ascendente* por meio de “upload” automático de obras protegidas pelo direito de autor, em mensagens (*posts*) pessoais afixadas em plataformas de redes sociais, constituindo uma comunicação da obra ao público, traduz assim uma atuação que infringe o direito de comunicação e divulgação da obra ao público que assiste ao titular do direito de autor. No entanto, caso a ação do carregamento por “upload” não seja realizada pelo titular da conta na rede social, este não pode ser responsabilizado por aquela

<sup>29</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt / VAN VELZE, Sam C. “Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Without a «New Public»”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2016, n.º 7, p. 797 ss.

infração ao direito de autor. Em regra, a colocação de *hiperligações (linking)* para remissão/conexão a páginas da *Internet* contendo obras ou conteúdos protegidos pelo direito de autor, não constitui uma reprodução desses conteúdos, nem a sua comunicação e divulgação ao público, pelo que tal ato não é contrário àquele direito, exceto se as páginas para as quais for feita a remissão alojarem tais obras ilicitamente; situação em que da colocação desses hiperligações poderá haver responsabilidade dos intermediários/prestadores de serviços da *Internet* na hipótese de a ilicitude dos conteúdos de destino for manifesta e se estes tiverem conhecimento da ilicitude e se não removerem o hiperligações.

Diferentemente, a operação de *integração de conteúdos (embedding)* em páginas ou blogues da *Internet*, se recaírem sobre obras protegidas que não tenham sido divulgadas anteriormente por esse meio, pode ser considerada uma forma de comunicação e divulgação de tais obras ao público. Sendo esta operação realizada sem a autorização do titular do direito de autor, constitui ela uma utilização infratora desse direito<sup>30</sup>. Repare-se, todavia, que os conteúdos protegidos são colocados num novo contexto, que até pode nem estar de acordo com a vontade do titular, conquanto este tenha previamente autorizado a inicial colocação em linha em outro *website*<sup>31</sup>.

### **13. A solicitação de transferência de direito de autor em favor de titulares de sites quando uma pessoa cria a obra e faz o upload**

Em Portugal, a transmissão total e definitiva do direito de autor está sujeita a um requisito de forma mais exigente do que a transmissão parcial do direito e as autorizações de utilização, divulgação, publicação ou exploração da obra. Para a transmissão total e definitiva do direito é legalmente exigida a celebração de *escritura pública* (art. 44.º do citado Código), e a transmissão parcial deve ser feita em documento escrito com reconhecimento notarial das assinaturas das partes (art. 43.º, n.º 2, *idem*). O não cumprimento destas formalidades implica a nulidade dos contratos de transmissão do direito de autor. Para as *autorizações simples* de exploração da obra a lei exige unicamente que os contratos sejam realizados por escrito (art.41.º, n.º 2, *ibidem*), presumindo a lei que a autorização é onerosa e tem carácter não exclusivo. Caso a lei material aplicável ao direito de autor seja a lei portuguesa, em vista

<sup>30</sup> LEISTNER, Matthias. "Closing the Book on the Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU's Case Law and Proposal for European Legislative Reform", *European Intellectual Property Review*, vol. 39, 2017, p. 327 ss., p. 329.

<sup>31</sup> Crítico, neste caso, quanto à licitude do *embedding*, cfr. LEISTNER, Matthias. "Closing the Book", 2017, cit., p. 329.

das exigências legais de forma para os contratos de transmissão, os termos das transmissões de direitos propostos nos casos de carregamento por “upload” de obras em páginas da Internet, devem ser considerados como simples autorizações de exploração e utilização da obra (e/ou reprodução, publicação, divulgação, etc...).

Na decorrência destas autorizações de exploração, o titular do direito de autor não ficará destituído dos seus direitos de exploração sobre as suas obras. Deve notar-se que a proteção conferida pela lei portuguesa inclui os chamados *direitos morais* ou pessoais do autor da obra, os quais *não são transmissíveis*, são irrenunciáveis e imprescritíveis, pelo que qualquer contrato cujas estipulações prevejam essa transmissibilidade ou renunciabilidade será considerado *nulo*. No entanto, os termos das declarações e acordos propostos *on-line* que façam referência à transmissão dos direitos de autor devem ser analisados, desde logo sobre qual a lei material do país a que o contrato fica submetido, pois tal acordo poderá não estar a ser sujeito à lei portuguesa, que precisamente para proteção da parte mais fraca nos contratos de direito de autor (em regra o autor/criador que de contrato mais exigentes.

#### 14. A adoção de avatar conhecido

A adoção de um *avatar* inspirado numa estrela de cinema, num personagem de banda desenhada ou num símbolo de um clube desportivo para identificação em determinados contextos na *Internet*, como redes sociais e jogos digitais, não representa em regra um uso comercial de uma obra, marca ou design protegidos. O avatar deve ser considerado um símbolo de referência pessoal para uso não comercial. No entanto, caso seja dado ao *avatar* um uso conotado com um aproveitamento comercial essa situação pode implicar o desrespeito dos direitos pessoais relativamente às personagens e aos símbolos representados no avatar, tais como direitos de personalidade, direitos de autor, marcas registadas ou design protegido. De igual sorte, não deve ser feito um uso do *avatar* que possa ofender, denegrir, desprestigiar ou desvirtuar as figuras representadas no mesmo, pois tal situação pode envolver igualmente ofensa a direitos protegidos sobre as “figuras” representadas no *avatar*.

#### 15. A congoscibilidade da (ili)licitude da obra disponibilizada na Internet

A diferenciação dos conteúdos lícitos relativamente aos conteúdos não lícitos disponibilizados para descarga na *Internet* não constitui tarefa fácil, uma vez que, em regra, não se manifesta proeminentemente. Uma cópia ilícita não surgirá identificada enquanto tal; por isso os utilizadores devem

usar de especial atenção e cuidado quando pretenderem fazer descargas de uma cópia lícita de uma obra que seja disponibilizada na *Internet*, cuidado que é recomendável porque o uso que for feito da cópia descarregada poderá, consoante a cópia de origem seja lícita ou ilícita, ser considerado, ou não, um uso ou uma reprodução legítima. O carácter lícito da cópia descarregada (*download*) é importante porque é condicionante da liberdade do uso/cópia privada de obra protegida pelo direito de autor, ainda que sem fins comerciais. Assim, a licitude da cópia de origem da descarga é condição da liberdade da cópia privada. A precaução e o cuidado aplicados pelo utilizador são avaliados em caso de uma imputação de infração a direitos de autor, cuja censura penal pode ocorrer no caso da atuação do utilizador ser negligente. No entanto, tendo em conta que a pesquisa em linha de conteúdos legais pode ser difícil, o portal permite pesquisar sites de música, cinema e televisão, *e-books*, jogos de vídeo e eventos desportivos, fornecendo um acesso fácil e rápido a ofertas legais na internet.

## **16. Esgotamento do direito de autor; o esgotamento do direito de distribuição de cópias digitais**

É facto assente que a primeira comercialização na União, pelo titular do direito de autor, de uma cópia do seu programa de computador gravada num suporte físico, como sejam disquetes, CD-ROM ou DVD-ROM, constitui uma primeira comercialização dessa cópia na aceção do artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 91/250. Por outro lado, há que considerar que, na falta de indicação em contrário na decisão de reenvio, essa comercialização é acompanhada de uma licença de utilização ilimitada da referida cópia. Resulta do exposto que, por força do artigo 4.º, alínea c), da referida Diretiva, o titular do direito de autor sobre um programa de computador que vendeu, na União Europeia, a cópia desse programa num suporte físico, como um CD-ROM ou um DVD-ROM, acompanhada de uma licença de utilização ilimitada do referido programa, deixou de se poder opor às revendas posteriores dessa cópia pelo adquirente inicial ou pelos adquirentes sucessivos, não obstante a existência de disposições contratuais que proíbem uma transmissão posterior<sup>32</sup>. Ocorre assim o esgotamento do direito de autor sobre essas concretas cópias físicas, que não a extinção do direito de autor sobre a obra assim materializada. Com efeito, o esgotamento do direito de distribuição previsto no artigo 4.º, alínea c), da Diretiva n.º 91/250 diz respeito à própria cópia do programa de computador e à licença de utilização que a acompanha e não ao suporte físico no qual esta cópia foi, sendo caso disso, comercializada pela primeira vez na União Europeia pelo titular do direito de autor ou com o seu consentimento.

<sup>32</sup> Cfr., neste sentido, acórdão de 3 de julho de 2012, *UsedSoft*, C-128/11, n.º 77.

No entanto, o artigo 4.º, alínea a), da Diretiva n.º 91/250 concede igualmente ao titular do direito de autor sobre um programa de computador o direito exclusivo de efetuar ou autorizar a reprodução permanente ou transitória de um programa de computador, seja por que meio for, e independentemente da forma de que se revestir, no todo ou em parte, sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 6.º desta Diretiva.

Assim, por força do art. 5.º, n.º 2, da citada Diretiva, uma cópia de apoio de um programa de computador só pode ser executada e utilizada para responder às necessidades da pessoa com direito a utilizar esse programa e, por conseguinte, essa pessoa não pode, mesmo que tenha danificado, destruído ou perdido o suporte físico original desse programa, utilizar essa cópia para efeitos de revenda do referido programa usado a uma terceira pessoa. Deste modo, os artigos 4.º, alíneas a) e c), e 5.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, devem ser interpretados no sentido de que, embora o adquirente inicial da cópia de um programa de computador acompanhada de uma licença de utilização ilimitada possa revender essa cópia como usada e a sua licença a um sub adquirente, não pode, em contrapartida, quando o suporte físico original da cópia que lhe foi inicialmente entregue estiver danificado, destruído ou perdido, fornecer a esse sub adquirente a sua cópia de apoio desse programa, sem autorização do titular do direito .

Deve, porém, dizer-se que, nos termos do art. 4.º, n.º 2, da Diretiva n.º 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, deve ser interpretado no sentido de que, a regra do *esgotamento do direito*<sup>33</sup> *de distribuição* não se aplica numa situação em que uma reprodução de uma obra protegida, após ter sido comercializada na União Europeia com o consentimento do titular do direito de autor, sofreu uma substituição do seu suporte, como a transferência sobre uma tela dessa reprodução que consta de um poster em papel, e é novamente colocada no mercado sob a sua nova forma<sup>34</sup>. Já o conceito de «comodato», na aceção do artigo 1.º, n.º 1, o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), e do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual abrange o comodato de uma cópia de um livro em formato digital, quando esse comodato seja efetuado através da colocação dessa cópia no servidor de uma biblioteca pública e seja permitido que um utilizador reproduza a referida cópia por meio de transferência para o seu próprio computador, sendo que só pode ser transferida uma única cópia

<sup>33</sup> Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12/10/2016, proc. C-166/15.

<sup>34</sup> Assim, decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22/01/2015, proc. C-419/13.

durante o período do comodato e que, depois de decorrido esse período, a cópia transferida por esse utilizador deixa de poder ser utilizada por este<sup>35</sup>.

O direito da União Europeia inscrito em diretivas que os Estados-Membros devem transpor os respetivos ordenamentos internos, nomeadamente o artigo 6.º da Diretiva 2006/115, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado-Membro submeta a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2006/115 à condição de a cópia de um livro em formato digital disponibilizada pela biblioteca pública ter sido colocada no mercado através de uma primeira venda ou de outra forma de primeira transferência da propriedade dessa cópia na União Europeia pelo titular do direito de distribuição ao público ou com o seu consentimento, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da citada Diretiva n.º 2001/29/CE. Todavia, a derrogação para o comodato público nele prevista no art. 6.º, n.º 1, da citada Diretiva impede a disponibilização, por uma biblioteca pública, de uma cópia de um livro em formato digital no caso de essa cópia ter sido obtida a partir de uma fonte ilegal.

## **17. Fornecimento de hiperligações (*hiperlinks*) para obras livremente disponíveis noutro site**

Cabe ainda observar que *não constitui um ato de comunicação ao público* o fornecimento, num *sítio Internet*, de hiperligações para obras livremente disponíveis noutro *sítio Internet*, ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da mencionada Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001. Nos termos do art. 3.º, n.º 1, da referida Diretiva, os Estados-Membros da União Europeia estão impedidos de proteger de modo mais amplo os titulares de um direito de autor, prevendo que o conceito de comunicação ao público inclui mais operações do que as abrangidas por essa disposição<sup>36</sup>. Conforme o previsto no art. 3.º, n.º 1, da mencionada Diretiva, para o efeito de determinar se a circunstância de colocar, num *sítio Internet*, hiperligações para obras protegidas, livremente disponíveis noutro *sítio Internet* sem a autorização do titular do direito de autor, constitui uma «comunicação ao público» no sentido desta disposição, há que determinar se essas ligações são fornecidas sem fins lucrativos por uma pessoa que não conhecia ou não podia razoavelmente conhecer o carácter ilegal da publicação dessas obras nesse outro *sítio Internet* ou se, pelo contrário, as referidas hiperligações são fornecidas com fins lucrativos, caso em que o referido conhecimento deve ser presumido<sup>37</sup>. Todavia, atua ilicitamente toda a empresa que, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, proceda à pré-instalação, no leitor multimédia «filmspeler» que comercializa,

<sup>35</sup> Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10/11/2016, proc. C-174/15.

<sup>36</sup> Assim, decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13/02/2014, proc. C-466/12.

<sup>37</sup> Assim, decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 8/09/2016, proc. C-160/15.

de aplicações complementares que permitem especificamente aos respetivos adquirentes ter acesso a obras protegidas publicadas em sítios de *streaming* sem a autorização dos titulares dos direitos de autor, permitindo aos adquirentes a visualização destas obras no seu ecrã de televisão. Esta conduta de tais empresas intermediárias permite estabelecer a ligação direta entre os sítios Internet que difundem obras contrafeitas e os adquirentes de leitores multimédia, sem o qual estes últimos apenas dificilmente poderiam beneficiar das obras protegidas<sup>38</sup>. Logo, a disponibilização de leitores multimédia desta natureza permite, por força das aplicações complementares que são pré-instaladas no mesmo, ter acesso, através de menus estruturados, às *hiperligações* contidas nas referidas aplicações. Ora, tais hiperligações, ao serem ativadas através do telecomando deste leitor multimédia, permitem aos seus utilizadores um acesso direto a obras protegidas publicadas sem a autorização dos titulares dos direitos de autor. Vale isto por significar que tal comportamento é ilícito, posto que deve ser considerado um ato de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da mencionada Diretiva n.º 2001/29<sup>39</sup>.

## **18. A atividade de recolha de informações ou outros signos (p. ex. sons, imagens, dados) para identificação de padrões de comportamento (*data mining*): prospeção de textos e dados; o *cloud computing***

É duvidoso que as entidades não lucrativas<sup>40</sup> possam analisar estas informações e signos se estes estiverem protegidos por direito de autor ou pelo regime especial do direito *sui generis* do fabricante de bases de dados. A Proposta de Diretiva Relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital (alterando a Diretiva n.º 2001/29), de 14/09/2016<sup>41</sup>, visa introduzir expressamente esta utilização livre ao direito de reprodução e ao direito de extração de partes substanciais de base de dados, contanto que o tratamento dessas informações somente implique a realização das cópias necessárias à realização desta atividade. Visa-se assim alcançar, no futuro, o alargamento da

<sup>38</sup> Neste sentido, veja-se a recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26/04/2017, proc. C-527/15, em cuja conclusão se lê o seguinte: “As disposições do artigo 5.º, n.ºs 1 e 5, da Diretiva 2001/29 devem ser interpretadas no sentido de que os atos de reprodução temporária, através de um leitor multimédia como o que está em causa no processo principal, de uma obra protegida por direitos de autor, obtida através de *streaming* num sítio Internet pertencente a um terceiro que disponibiliza essa obra sem autorização do titular dos direitos de autor, não preenchem os requisitos previstos nas referidas disposições”.

<sup>39</sup> Cfr., também, sobre isto, LEISTNER, Matthias. “Closing the Book on the Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU’s Case Law and Proposal for European Legislative Reform”, *European Intellectual Property Review*, vol. 39, 2017, p. 327 ss.

<sup>40</sup> *V.gr.*, universidades e organizações não governamentais de pesquisa; um instituto de investigação ou qualquer outro organismo cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou a realização de investigação científica e prestação de serviços de ensino sem fins lucrativos.

<sup>41</sup> COM(2016) 593 final, acessível no seguinte endereço: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>

exceções respeitantes ao ensino à distância on line em benefício de qualquer estabelecimento desprovido de finalidades lucrativas (ou sem a utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais).

No que respeita ao *cloud computing*, está essencialmente em causa a *reprodução temporária* de obras ou outras informações protegidas, incluindo o software (como qual o usuário interage por meio do *browser*), quanto à entidade provedora do armazenamento, a fim de serem guardadas em rede e facilmente acessíveis em qualquer local do planeta e a partir de qualquer dispositivo tecnológico (v.gr., telemóvel, *tablet*, etc.), dispensando o «disco duro» (*hard-disc*) do computador pessoal. É o que, por exemplo, ocorre com os Google maps<sup>42</sup>. Quanto à mencionada reprodução temporária, creio que esta pode ser abrangida pela utilização livre prevista no art. 75.º, n.º 1, do Código do Direito de Autor português, pois é uma reprodução transitória que constitui parte integrante e essencial de um processo tecnológico, cujo único objetivo é o de permitir a armazenagem temporária e o intermediário não altera o conteúdo da transmissão e não interfere com a utilização da tecnologia. É o mesmo se dirá nas situações em que alguém faz o *upload* ou o *download* de obras protegidas para ou a partir da «nuvem» (*cloud*) sem o consentimento do titular do direito autoral e partilha-o com os familiares mais próximos ou com um círculo restrito de amigos<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Sobre isto, cfr. KARIYAWASAN, Kanchana / TALAGALA, Chansila. “Cloud computing and the future of copyright law”, *European Intellectual Property Review*, vol. 39, 2017, p. 102. ss.

<sup>43</sup> A este respeito, veja-se o recente pedido de reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça da União Europeia (proc. C-265/16), formulado por um Tribunal italiano (de Torino). Este pergunta se “É compatível com o direito comunitário - em particular com o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29/CE (...) uma legislação nacional que proíbe o comerciante de fornecer a privados o serviço de gravação de vídeo remota na modalidade designada por *cloud computing* (computação em nuvem) de cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor, através de uma intervenção ativa da sua parte na gravação, sem o consentimento do titular do direito”. Ademais, o tribunal italiano questiona o Tribunal de Justiça da União Europeia se “é compatível com o direito comunitário - em particular com o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001 (...) uma legislação nacional que permite ao comerciante fornecer a privados o serviço de gravação de vídeo remota na modalidade designada por *cloud computing* (computação em nuvem) de cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor, mesmo sem o consentimento do titular do direito, mediante uma compensação remuneratória fixada a favor do titular do direito, sujeito substancialmente a um regime de licença obrigatória”. As conclusões do Advogado-Geral (decisivas, em regra, quanto ao sentido posterior da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia), divulgadas no dia 7/09/2017, foram no seguinte sentido: “O artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite a atividade que consiste em fornecer, sem a autorização dos titulares dos direitos de autor, um serviço de gravação em linha de emissões de televisão livremente acessíveis por via terrestre no território deste Estado-Membro, quando é o fornecedor do referido serviço, e não o seu utilizador, que capta o sinal da radiodifusão terrestre a partir do qual a gravação é efetuada” - cfr. o seguinte endereço: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194115&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=329507>

Assim, se o serviço de *cloud computing* se limitar à esfera privada dos utilizadores, não haverá infração aos direitos de autor das obras assim veiculadas e acessíveis a estes.

## 19. Quanto aos interesses dos editores

Será, igualmente, reconhecida na União Europeia a contribuição em termos financeiros e organizativos dos editores para a produção de publicações de imprensa. Será, por conseguinte, necessário estabelecer à escala da União Europeia uma proteção jurídica harmonizada para publicações de imprensa no âmbito das utilizações digitais. Esta proteção irá ser garantida de modo eficaz através da introdução, no direito da União Europeia, de direitos conexos ao direito de autor para a *reprodução e colocação à disposição do público de publicações de imprensa no âmbito das utilizações digitais*<sup>44</sup>. Assim, o conceito de *publicação de imprensa* irá ser reformulado. Irá abranger apenas publicações jornalísticas, publicadas por um prestador de serviços, atualizadas periódica ou regularmente em todos os suportes, para fins de informação e entretenimento. Essas publicações incluirão, por exemplo, jornais diários, revistas semanais ou mensais de interesse geral ou específico e sítios *Web* de notícias. As publicações periódicas com fins científicos ou académicos, tais como revistas científicas, não devem ser abrangidas pela proteção concedida às publicações de imprensa nos termos da nova diretiva. Esta proteção não abrange a utilização de hiperligações, que não constitui uma comunicação ao público.

Por outro lado, os direitos concedidos aos *editores de imprensa* ao abrigo da nova e futura Diretiva irão ser semelhantes aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público, previstos na Diretiva n.º 2001/29/CE, no que *diz respeito às utilizações digitais*. E devem, igualmente, ser sujeitos às mesmas disposições em matéria de exceções e limitações aplicáveis aos direitos previstos na Diretiva 2001/29/CE, incluindo a exceção sobre citações para fins de crítica ou análise, prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea *d*), da referida Diretiva. Porém, esta proposta de Diretiva, prevê que os editores de publicações de

<sup>44</sup> STENFTIEBEN, Martin / KERK, Maximilian / BUITEN, Miriam / HEINE, Klaus. "New Rights or New Business Models? An Important Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2017, n.º 4, p. 538 ss., p. 551 ss. (sobre os novos direitos conexos para os editores); críticos quanto à oportunidade e conveniência da introdução destes novos direitos conexos, GEIGER, Christopher / BULAYENK, Oleksander / FROSIO, Giancarlo. "The Introducing of a Neighbouring Right for Press Publishers at the EU Level: The Unneeded (and Unwanted) Reform", *European Intellectual Property Review*, vol. 39, 2017, p. 202 ss.; ROSATI, Eleanora. "Neighbouring Rights for Publishers Are National and (Possible) EU Initiative Lawful?", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2016, n.º 5, p. 532.

imprensa não devem poder invocar a proteção que lhes é (e irá ser) conferida contra os autores e outros titulares de direitos. Tal não põe em causa acordos contratuais celebrados entre os editores de publicações de imprensa, por um lado, e os autores e outros titulares de direitos, por outro. Os *editores*, incluindo os de publicações de imprensa, livros ou publicações científicas, atuam frequentemente com base na transferência dos direitos de autor mediante acordos contratuais ou disposições estatutárias. Neste contexto, os editores investem tendo em vista a exploração das obras contidas nas suas publicações e podem, em determinadas circunstâncias, ser privados de receitas quando essas obras são utilizadas ao abrigo de exceções ou limitações, tais como as aplicáveis à cópia privada e reprografia. Em vários Estados-Membros, a compensação por utilizações ao abrigo dessas exceções é partilhada entre autores e editores. A fim de ter em conta esta situação e aumentar a segurança jurídica de todas as partes interessadas, os Estados-Membros da União Europeia irão determinar que, se o autor transferir ou ceder os seus direitos a um editor ou de algum modo contribuir com as suas obras para uma publicação e se existirem sistemas para compensar os danos causados por uma exceção ou limitação, *os editores terão o direito a reivindicar uma parte dessa compensação*, embora os encargos com que o editor fundamenta o pedido não devam exceder o que é necessário ao abrigo do sistema atualmente em vigor.

## 20. Quanto aos serviços em linha e o acesso aos conteúdos protegidos

Ao longo dos últimos anos, o funcionamento do mercado de conteúdos em linha tornou-se mais complexo. Os serviços em linha que proporcionam acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor carregados (*upload*) pelos utilizadores sem o envolvimento de titulares de direitos prosperaram e tornaram-se importantes fontes de acesso aos conteúdos em linha. Esta situação prejudica as possibilidades dos titulares de direitos para determinar se e em que condições as suas obras e outros materiais protegidos são utilizados, bem como as possibilidades de, para o efeito, obterem uma remuneração adequada. Assim, nos casos em que *os prestadores de serviços da sociedade da informação* conservam e facultam ao público acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos utilizadores, excedendo assim a mera disponibilização de instalações físicas e executando um ato de comunicação ao público, estes *serão obrigados a celebrar acordos de licenciamento* com os titulares de direitos, a menos que sejam elegíveis para a isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º da Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. A fim de assegurar a *correta aplicação dos acordos de licenciamento*, os *prestadores de serviços da sociedade da informação*, que conservam e facultam ao público acesso a grandes quantidades

de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos próprios utilizadores, devem adotar medidas adequadas e proporcionadas, tais como a aplicação de tecnologias eficazes, com vista a assegurar a proteção de obras ou outro material protegido. Esta obrigação irá ser aplicada, igualmente, aos prestadores de serviços da sociedade da informação que podem invocar a isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º da Diretiva n.º 2000/31/CE.

É assim essencial para o funcionamento das tecnologias (v.gr., as tecnologias de reconhecimento de conteúdos) a colaboração *dos prestadores de serviços da sociedade da informação* que conservam e facultam ao público o acesso a grandes quantidades de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos utilizadores e os titulares de direitos. Nesses casos, os titulares de direitos autorais devem fornecer os dados necessários para os serviços identificarem os seus conteúdos; e os serviços devem ser transparentes com os titulares de direitos no que diz respeito às tecnologias implantadas, a fim de permitir a avaliação da sua adequação. Os serviços devem, em especial, facultar aos titulares de direitos informações sobre o tipo de tecnologias utilizadas, a forma como são utilizadas e a sua taxa de sucesso no reconhecimento dos conteúdos dos titulares de direitos. Essas tecnologias devem também permitir que os titulares de direitos obtenham informações dos prestadores de serviços da sociedade da informação sobre a utilização dos conteúdos cobertos por um acordo.

## **21. O acesso aos conteúdos por meio de streaming (*webcasting e simulcasting*), em alternativa ao *download* para o disco rígido (salvo se houver armazenamento temporário no cache do sistema)**

A transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* (*webcasting e simulcasting*) implica, para alguns juristas e jurisprudência, a autorização prévia e expressa pelo titular dos direitos de autor e caracteriza fato gerador de cobrança pela entidade coletiva gestora dos direitos autorais relativos à exploração económica desses direitos.

O *streaming* possibilita, para outros, que um usuário reproduza conteúdos protegidos, como vídeos, que são sempre protegidos por direitos autorais, de modo que não viole nenhum desses direitos, tornando-se bastante parecido com o rádio ou a televisão aberta. A tecnologia é também muito usada em jogos online, em sites que armazenam arquivos, ou em qualquer serviço onde o carregamento de arquivos é bastante rápido.

## 22. Um caso exemplar de *clipping* por meio da internet

O Tribunal de Justiça da União Europeia já teve ocasião de apreciar um julgar um interessante caso de *clipping* por meio da Internet. Vejamos.

A empresa *Infopaq* exerce atividades no domínio do acompanhamento e da análise da imprensa escrita que consistem, no essencial, em elaborar sínteses de uma seleção para fins comerciais de artigos retirados da imprensa quotidiana dinamarquesa e de diversos periódicos. Esta seleção dos artigos é realizada em função dos temas escolhidos pelos clientes e por um procedimento designado de «captura de dados». As sínteses são enviadas aos clientes por correio eletrónico. A DDF, sindicato profissional de editores de diários dinamarqueses (p. ex., em Portugal poderia ser a Associação Portuguesa de Imprensa), que tem designadamente por função dar assistência aos seus membros em todas as questões relativas aos direitos de autor, instaurou ação de infração de direitos de autor<sup>45</sup>. Neste caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que<sup>46</sup>: (1) Um ato que tem lugar durante um processo de captura de dados, que consiste em armazenar um excerto de uma obra protegida de onze palavras e em imprimir este excerto, é suscetível de ser abrangido pelo conceito de *reprodução parcial* na aceção do artigo 2.º da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, se os elementos assim reproduzidos forem a expressão da criação intelectual do seu próprio autor - avaliação, esta, que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, ou seja, aos tribunais dos Estados-Membros;

<sup>45</sup> O *modus operandi* da empresa *Infopaq* era o seguinte: (1) Em primeiro lugar, as publicações em causa eram objecto de um registo manual numa base de dados eletrónica; (2) Em segundo lugar, procedia-se à digitalização por *scanner* destas publicações, depois de se ter cortado a lombada das mesmas de modo a que todas as folhas fiquem soltas. A parte da publicação a digitalizar era selecionada a partir de uma base de dados antes de a publicação entrar no scanner. A operação permitia gerar um ficheiro em formato TIFF («Tagged Image File Format») de cada página da publicação. Após o fim desta operação, o ficheiro TIFF era transferido para um servidor OCR («Optical Character Recognition»: ou seja, reconhecimento ótico de caracteres); (3) Em terceiro lugar, este servidor OCR convertia o ficheiro TIFF em dados susceptíveis de serem processados digitalmente. Durante este processamento, a imagem de cada carácter era convertida num código digital que indicava ao computador o tipo de carácter; (4) Em quarto lugar, o ficheiro de texto era processado para encontrar palavras-chave predefinidas. Cada vez que fosse encontrada uma palavra correspondente à palavra-chave, era gerado um ficheiro que indicava o título, a secção e o número da página da publicação onde constava a palavra-chave assim como o número de vezes que poderia ser encontrada no texto, expresso numa percentagem de 0 a 100, a fim de facilitar a leitura do artigo; (5) Em quinto lugar, o processo de captura de dados era concluído pela impressão de uma folha de apresentação de resultados relativa a todas as páginas da publicação de que consta a palavra-chave. Em rigor, com o último ato de reprodução do processo de captura de dados, a *Infopaq* realizava uma reprodução fora do âmbito informático. Procedia, ela, a uma impressão dos ficheiros que continham os excertos compostos por onze palavras e reproduz, assim, estes excertos num suporte em papel.

<sup>46</sup> Decisão do Tribunal de Justiça, 16/07/2009 (*Infopaq*), proc. C-05/08.

(2) O ato de impressão de um excerto composto por onze palavras, que tem lugar durante um processo de captura de dados como o que está em causa no processo principal, não preenche o requisito relativo ao carácter transitório previsto no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2001/29 e, portanto, não pode ser realizado sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor em causa.

## CONCLUSÃO

O *direito de autor* (nas suas dimensões moral e patrimonial ou económica) decorre, em geral, da *criação e exteriorização da obra*, não sendo a proteção condicionada pela verificação de certos requisitos senão com a originalidade, dispensando a lei o registo enquanto facto jurídico condicionador da oponibilidade destes direitos subjetivos. O progresso alcançado nas atuais tecnologias da informação e a conformação dos ordenamentos jurídicos relativamente a essa evolução põem em causa, por um lado, o *interesse público* na promoção do acesso às criações e a efetividade da liberdade de expressão e, por outro, os *interesses privados* consubstanciados na proteção das dimensões jus-subjetivas dos direitos morais e económicos (patrimoniais) dos autores.

O atual regime dos direitos autorais serve menos os criadores intelectuais e mais os agentes económicos constituídos em empresa sob forma societária editorial, multinacionais de comunicação e entidades de gestão coletiva de direitos autorais. São raríssimos os criadores e executantes que beneficiam economicamente com o esquema da gestão dos direitos patrimoniais de autor. Os ordenamentos jurídicos tendem a enfocar, embora em movimentos algo contraditórios, os consumidores de conteúdos em vez dos autores e dos editores por meio de uma interpretação mais lata dos limites do *uso privado* enquanto *utilização livre* dos conteúdos protegidos por direito de autor e / ou por direitos conexos.

A liberdade de cópia privada é aparentemente reequilibrada com a taxação (*levies*) da cópia privada; mas esta pode constituir uma dupla taxação. Se os conteúdos protegidos por direito de autor tiverem sido legalmente adquiridos *on line*, então não se justifica a taxação de equipamentos eletrónicos usados para por à disposição do público e do concretos usuário as cópias digitais.

Por fim, a disponibilização de conteúdos por meio de *streaming* ou de *clipping*, conquanto usando *hiperligações* (pré-instaladas, ou não em equipamentos adquiridos pelos utilizadores) convocada uma nova análise dos conceitos de *comunicação ao público* e de *reprodução* enquanto atos reservados aos titulares dos direitos de autor. De igual sorte, a inserção de obras protegidas

em posts nas redes sociais (*Facebook*, etc.) ou a sua integração nas páginas ou nos blogs de pessoas humanas ou empresas revela *novas formas de utilização de obras protegidas*, as quais nem sempre respeitam os direitos dos titulares autorais.

As próprias empresas provedoras de *alojamento de conteúdos* ou de *prestação de serviços de intermediação* para esse alojamento podem não escapar ao labéu da ilicitude se a infração dos direitos de autor for manifesta e se estas empresas, tendo conhecimento da ilicitude - nomeadamente por meio de notificação dos titulares dos direitos de autor -, não removerem as *hiperligações*.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem contribuído para a densificação destes conceitos nos casos concretos que lhe são reenviados pelos tribunais dos Estados-Membros quando estes últimos se confrontam com casos concretos cuja solução jurídica supõe a aplicação do Direito da União europeia em matéria de direitos de autor transposto para os Código de Direito de Autor dos Estados-Membros, em cujos tribunais tais litígios sejam suscitados.

A atual *Proposta de Diretiva Relativa aos direitos de Autor no Mercado Único Digital*, publicada em 14/09/2016 preocupa-se com o alargamento das *utilizações livres* respeitantes ao ensino à distância *on line*. Todavia, no anverso, pretende reforçar os direitos dos editores de publicações de imprensa (cujo conceito irá ser reformulado de uma forma mais abrangente) — em rigor, as *publicações jornalísticas* atualizadas periódica ou regularmente em qualquer suporte, para fins de informação e entretenimento —, no âmbito das *utilizações digitais*, propondo a criação de *um novo direito conexo* para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de imprensa no quadro destas utilizações digitais. Ademais, prevê-se, igualmente, que a atrás analisada *compensação equitativa* sob a espécie de taxa (*levy*) poderá vir a beneficiar, igualmente, os editores e não apenas os criadores. O reforço dos titulares dos direitos de autor irá reforçar-se, uma vez que a esta proposta de Diretiva prevê a oneração da atividade empresarial dos *prestadores de serviços da sociedade da informação* que executam atos de comunicação ao público (e que facultam ao público o acesso a grandes quantidades de obras ou outros materiais protegidos) com o dever de celebrar *acordos de licenciamento* com os titulares dos direitos de autor.

Seja como for, creio que o *poder alcançado pelas tecnologias digitais na reprodução e comunicação de obras para um público mundial aliado ao interesse das industriais do audiovisual em assumir e manter o controlo da distribuição*

*de conteúdos* aconselha que os titulares dos direitos de autor (em particular, os criadores pessoas humanas que ainda não tenham transferido os direitos patrimoniais de autor para empresas transnacionais) devem negociar com os titulares de websites que veiculam sem autorização os conteúdos protegidos uma remuneração adequada pela distribuição de tais conteúdos, e não, pelo contrário, tentar obter condenações judiciais de remoção de tais conteúdos desses *websites* ou indemnizações pelos danos alegadamente sofridos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO VIEIRA, José. A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor. Lisboa: Lex, 2005.
- “Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado”, Direito da Sociedade da Informação. Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 321 ss.
- COIMBRA DE PAULA, David. “A cópia para uso privado e a compensação equitativa da Diretiva 2001/29/CE à Lei n.º 49/20015, de 5 de Junho”, in: Revista de Direito Intelectual, n.º 1, 2017, Coimbra, Almedina, p. 33 ss.
- DIAS PEREIRA, Alexandre. Direito de Autor e Liberdade de Expressão. Coimbra: Almedina, 2008.
- “A reprodução para uso privado no ambiente digital e analógico”, in: Direito da Sociedade da Informação, org. J. Oliveira Ascensão, Volume VII, APDI/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2008, pp. 329 ss.
- FRITZGERALD, Brian. “Copyright in the Age of Access”, European Intellectual Property Review, vol. 39, 2017, p. 131 ss
- GEIGER, Christophe / BULAYENK, Oleksander / FROSIO, Giancarlo. “The Introducing of a Neighbouring Right for Press Publishers at the EU Level: The Unneeded (and Unwanted) Reform”, European Intellectual Property Review, vol. 39, 2017, p. 202 ss.
- GEIGER, Christophe / GRIFFITHS, Jonathan / SENFTLEBEN, Martin / BENTLY, Lionel / XALABARDER, Raquel. “Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Option of the European Copyright Society on the Judgement of the CJUE in Case C-201/13 Deckmyn”, International Review of Industrial Property and Copyright Law, 2015, n.º 1, p. 93 ss.
- GOLDSTEIN, Paul. “Future Platforms for Copyright Licensing”, International Review of Industrial Property and Copyright Law, 2015, n.º 2, p. 153 ss.
- LEISTNER, Matthias. “Closing the Book on the Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU’s Case Law and Proposal for European Legislative Reform”, European Intellectual Property Review, vol. 39, 2017, p. 327 ss
- LEMOS, Ronaldo. “Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual”, in: Direito da sociedade da Informação. Vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 295 ss.
- KARIYAWASAN, Kanchana / TALAGALA, Chansila. “Cloud computing and the future of copyright law”, European Intellectual Property Review, vol. 39, 2017, p. 102. Ss.

- MOURA VICENTE, Dário. “Cópia privada e sociedade da informação”, 2005, p. 7, acessível no seguinte endereço: [http://www.apdi.pt/pdf/copia\\_privada\\_e\\_soc\\_da\\_inf.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf) = Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, Coimbra Editora; faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 709 ss
- OBERGFELL, Eva Ines. “Abscheid von der ‘Silberdistel’: Zum urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandte Kunst”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2014, p. 612 ss.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- QUINTAIS, João Pedro. “Private Copying and Download from Unlawful sources”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2015, n.º 1, p. 66 ss.
- REMÉDIO MARQUES, J. P. *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual. Vol. I. Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenho ou Modelo*. Coimbra: Almedina, 2007.
- “Direito de Autor e Licença Compulsória – Um Olhar Luso-Brasileiro”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. 86, 2010, p. 49 ss.
- “Patentes de programas de computador e sistemas informáticos de jogos electrónicos – métodos de exercício de actividades económicas”, *Estudos de direito Intelectual, Em Homenagem ao Prof. Doutor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 807 ss.
- RICE, David A. “Copyright as Talisman: Expanding Aproperty@ in Digital Works”, *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 357 ss., p. 367 ss.
- ROSATI, Eleanora. “Neighbouring Rights for Publishers Are National and (Possible) EU Initiative Lawful?”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2016, n.º 5, p. 532.
- SOUSA E SILVA, Nuno. “Direitos conexos (ao Direito de Autor)”, *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 2016, p. 355 ss.
- SOUSA E SILVA, Pedro. *A Proteção Jurídica do Design*. Coimbra: Almedina, 2017.
- TRABUCO, Cláudia. “Direito de Autor, Intimidade Privada e Ambiente Digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, Ano 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, acessível no seguinte endereço electrónico: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT\\_RevIBERAMER.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT_RevIBERAMER.pdf)
- XALABARDER, Raquel. “The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2016, n.º 6, p. 635.