

Compensação equitativa por cópia privada digital

Fair compensation for digital private copy

Mariana Mourão Reis

Mestre em Ciências Jurídico-Forenses,

Advogada, CAPA Advogados

Edifício do Arnado Business Center

Rua João de Ruão, n.º 12, piso 1, escritórios 5 e 6, Coimbra

marianamouraoreis-58467c@adv.oa.pt

<https://orcid.org/0000-0002-7847-6741>

Fevereiro de 2019

RESUMO: A presente obra incide, em síntese, sobre a compensação equitativa por cópia digital realizada para uso privado, tendo por base o ordenamento jurídico português. Mais concretamente, o conteúdo vertido nos artigos 75.º n.º 2 alínea b) *in fine* e 82.º do Código de Direito de Autor e Conexos, bem como a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula especificamente esta matéria. Ao mesmo tempo que constitui, desde que verificados certos requisitos, uma utilização livre, em benefício de pessoas singulares, o legislador considera que a liberdade de estas copiarem obras protegidas deve ser acompanhada de uma compensação económica a atribuir aos titulares de direitos, pelos possíveis prejuízos por aquela causados. Esta é uma questão que se inscreve, também, no plano do Direito Comunitário, conhecendo destaque, aqui, a Diretiva 2001/29/CE, que contém diretrizes para o legislador português, a que se aludirá. Por fim, encontrar-se-ão algumas notas decorrentes da problematização do tema e o levantamento de dúvidas sobre o futuro do instituto em apreço.

PALAVRAS-CHAVE: compensação equitativa; cópia privada digital; direitos de autor; direito de reprodução; utilização livre.

ABSTRACT: This work is an overview of the Portuguese “private copy and fair compensation” legal system, in Copyright domain, which also refers to European Union context (especially the Directive 2001/29/CE.) Fair compensation is due to compensate right holders hopefully authors and artists, for the economic impact on their revenues that private copy of protected works may cause. This copy is the one produced by a singular person, not a company. There are two main possible schemes of compensation: individual or collective (“levy”). The “levy” scheme still is the traditional form. Throughout the years this compensation has been in the centre of discussion of whether it is effective and justified, and which form (individual or collective) should prevail. In times when Copyright is trying to adapt and protect authors and simultaneously the freedom of Information online a mechanism such as “fair compensation” provides at least a chance to reflect about a way of finding a fair balance between all the interests and rights at stake.

KEY WORDS: private copy; fair compensation; copyright; authors; free use; right to reproduction; “levy”.

SUMÁRIO*:

Introdução

Parte I

1. Direito de Reprodução
2. Utilização Livre
3. Regra dos três passos
4. A cópia privada e as medidas tecnológicas de protecção
5. O problema da fonte da cópia privada

Parte II

6. A compensação
 - 6.1. Enquadramento histórico-jurídico
 - 6.2. A compensação equitativa
 - 6.3. O “possível prejuízo”
 - 6.4. Critérios para a determinação da compensação equitativa
 - 6.5. Interesses que a compensação equitativa visa equilibrar
 - 6.6. A autonomia privada
 - 6.7. O devedor da obrigação da compensação
7. O futuro do Levy
8. Outras dúvidas sobre a compensação equitativa no CDADC
9. Notas conclusivas

* Este trabalho consiste na dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a 27 de março de 2015. A publicação deste estudo, concluído em 2015, integra notas que se consideram indispensáveis por ajudarem à sua leitura e compreensão hoje, bem como alude a literatura mais recente, mantendo-se inalterado na sua substância e estrutura, uma vez que, substancialmente, a realidade se mantém. A investigação baseou-se no que, então, era a Proposta 246/XII, aprovada depois pela Lei n.º 49/2015 de 5 de junho. Uma vez que nesta lei se verteu a proposta identificada, poderá ler-se a monografia como se àquela se referisse, não perdendo a investigação, por esta via, pertinência. O tema continua atual. Aliás, a questão do possível obsoletismo da “taxa” por cópia privada tem vindo a ser levantada por diversos autores. É certo que hoje ela aí está, resiste. Resistirá? Estará adaptada a estes tempos digitais? Propõe-se, humildemente, uma reflexão sobre um mecanismo que nunca foi nada menos do que controverso. Reforça também, a nosso ver, a atualidade no tema, o facto de ao nível comunitário se preparar uma aposta no reforço da proteção legal dos direitos económicos dos titulares dos direitos de autor na Internet. Concretamente, mediante a Diretiva 2016/0280(COD). Pode ter-se por conveniente atender a figuras como a compensação equitativa, uma vez que ela nos obriga a considerar o diálogo necessário em busca do justo equilíbrio entre direitos e interesses que também estão presentes em medidas específicas, naquele diploma previstas, como seja a aplicação de filtros automáticos que previnam a colocação em rede de obras protegidas. Aliás, esta configura um dos aspectos mais controversos da referida iniciativa comunitária: o famigerado artigo 13.º (sobre os interesses em disputa ou a conciliar, cfr., especialmente, os pontos 2. e 6.5. deste trabalho).

Bibliografia

Jurisprudência

Lista de siglas e abreviaturas

Glossário

Introdução

É nossa pretensão que, pelo presente trabalho monográfico, seja compreendido o fenómeno da compensação equitativa justificada pela utilização livre da reprodução para uso privado, feita por pessoa singular, ao abrigo do disposto no artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

Muitas matérias do vasto universo do direito de autor e dos direitos conexos serão inteiramente excluídas.

Sobre a natureza das restrições ao conteúdo do direito de autor, não tem lugar nenhuma problematização, nem tomaremos posição perante as desavenças terminológicas sobre o emprego das palavras “limite”, “exceção” ou “limitação”. Aliás, vão sendo utilizados os diversos termos.

A nossa atenção incidirá, principalmente, sobre as obras digitalizadas. Isto é, as que são postas num formato digital, através de linguagem eletrónica própria. O que englobará obras artísticas e literárias do tipo visual, áudio e audiovisual.

Estão arredados de qualquer análise os programas de computador e as bases de dados constituídas por meios eletrónicos.

Embora esta não seja uma monografia de direito internacional, além de preceitos nacionais, será também convocada normatividade de origem internacional, mormente, a que vincula a ordem jurídica portuguesa.

Entre as questões mais influentes do direito de autor supranacional está a regra dos três passos. Será feita uma caracterização sumária desta regra, apenas para ajudar à compreensão do regime da compensação.

Uma breve caracterização do conceito será levada a cabo; a apresentação de alguns aspetos que, não buscando o aprofundamento, não quer ignorar a sua tremenda complexidade. E é à luz da compensação que aparece esta regra, no presente trabalho.

Quanto aos sujeitos, também deixamos aqui uma breve nota. A noção de titulares de direito de autor e direitos conexos pode não coincidir com a pessoa física que criou a obra ou a prestação tutelável. Portanto, em vez de “autor”, é preferível, porque mais rigoroso, falar de “titulares” ou “titular”, entre os quais se contam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os produtores fonográficos e os videográficos.

Ressalva-se que a utilização livre, sobre a qual versam as páginas seguintes, é só e apenas a da reprodução de obra ou outro material protegido realizado por pessoa singular com um fim privado, sem finalidade comercial, direta ou indireta.

Do mesmo modo, só a compensação equitativa atribuída aos titulares por causa da referida utilização é objeto de análise; serão alheadas as outras pretensões de igual natureza que também caibam, por lei, àqueles sujeitos.

No formato digital, atende-se à importância reservada às medidas tecnológicas de proteção e à gestão individualizada de direitos.

Algumas palavras sobre o caminho a percorrer.

Na Parte I é enquadrado, normativamente, o direito de reprodução no conteúdo do direito de autor e direitos conexos, bem como a sua relação com a utilização livre de que gozam as pessoas singulares. É também enunciado o enquadramento do uso privado. Cabe, de igual modo, nesta parte uma alusão à regra dos três passos, a qual constrange o legislador na determinação de restrições aos direitos económicos dos titulares. São revelados alguns traços caracterizadores da cópia privada digital e o mencionado relevo das medidas tecnológicas de proteção.

Relativamente à Parte II, é explorado o conceito de compensação, começando por apresentar a figura e a sua controvertida natureza jurídica. É analisado o esquema tradicional que apreende a compensação equitativa. Prestar-se-á atenção à crescente autonomia privada dos titulares, no que toca à cópia privada, às medidas tecnológicas de proteção, bem como à gestão individualizada de direitos.

Acrescem ainda reflexões sobre o futuro da compensação equitativa em relação à cópia privada digital, quando controlada pelos titulares através de uma gestão de direitos individualizada.

Finalmente, chegamos ao ponto conclusivo sobre o caminho percorrido.

Parte I — Do limite ao direito de reprodução

1. Direito de reprodução

Para delimitar o conteúdo do direito de reprodução, convém compreender quais são os atos juridicamente relevantes para tal conteúdo.

O legislador define a reprodução como “a obtenção de cópias de uma fixação, direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação” (artigo 176.º n.º 7 do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos¹).

Por sua vez, a cópia é “o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados direta ou indiretamente de

¹ Daqui por diante tratado por CDADC. Este Código foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março.

um fonograma ou videograma, e onde se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados” (artigo 176.º n.º 6 do CDADC)².

E ainda, a reprodução juridicamente relevante é a que tem por objeto uma obra ou prestação protegida por direito de autor e direitos conexos³.

O artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, obriga os Estados-Membros⁴ a preverem que os seus direitos de reprodução incluam “reproduções diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”.

Assim, o direito de reprodução estende-se aos contornos digitais, o que é conforme com os Tratados da OMPI⁵ e com o artigo 9.º da Convenção de Berna, assinada em 1886⁶.

O armazenamento de obra protegida, no formato digital, é incluído neste direito de reprodução previsto nos Tratados, na referida Convenção e na Diretiva 2001/29/CE. Portanto, já não é necessário “o elemento de corporalidade do âmbito da noção tradicional”, abrangendo ainda as reproduções “diretas ou indiretas”⁷, pelo que se consagra uma ampla reprodução juridicamente relevante⁸.

Em sequência disto, por exemplo, os *downloads* e os *uploads*⁹ configuram sem problema uma reprodução digital que releva para o direito¹⁰.

Segundo o artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE, o direito de reprodução de cada Estado-Membro deverá consistir num direito exclusivo de autorizar e proibir as reproduções juridicamente relevantes.

Nas suas cinco alíneas, enumera as categorias dos titulares deste direito e os respetivos termos. Deste modo, são contemplados os autores, que gozam do direito de reprodução para as suas obras (a)), os artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações (b)), bem como os produtores de fonogramas para os seus fonogramas (c)), os

² A redação destes números 6.º e 7.º do artigo 176.º do CDADC sofreu alteração introduzida pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.

³ A obra corresponde à criação intelectual artística ou literária, segundo o artigo 1.º n.º 1 do CDADC. Também se encontra ao abrigo de proteção jurídica a prestação dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos, de acordo com o artigo 176.º n.º 1 do CDADC.

⁴ Doravante apenas EM.

⁵ São os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, de 1996, sobre aspetos de direito de autor e sobre direitos conexos. Para uma compreensão sobre fontes regionais e internacionais no âmbito do direito de autor *vide* PATRÍCIA AKESTER, *Direito de Autor nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013.

⁶ Portugal aderiu à Convenção de Berna relativa à proteção de obras literárias e artísticas em 1911.

⁷ *Vide* ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 501. Por esta via, ao que parece, o atual direito de reprodução absorve o direito de transformação. A transformação corresponde à “a tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados”. Também a “tradução do código-fonte em código-objeto, a tradução do código-fonte através de uma outra linguagem de programação”.

⁸ *Idem*.

⁹ Definidos no glossário em anexo.

¹⁰ Por exemplo, para além do *download*: o CD que incorpora um álbum (obra artística) e que é inserido no computador com o fim de ser copiado para o disco do mesmo. Obtém-se um exemplar da obra, no formato digital. De igual modo, se o utilizador adquire um filme *online* e este fica armazenado na memória do computador, obtém-se uma cópia privada digital. E, ainda, se o reproduzir para um disco de memória (externo) que conecta ao televisor (digital).

produtores de primeiras fixações de filmes para o original e para as cópias dos seus filmes (d)) e, por fim, também gozam do direito de reprodução os organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou por satélite (e)).

No âmbito da delimitação negativa, isto é, do que não cabe no direito de reprodução, por exigência do artigo 5º n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE, encontram-se os “atos de reprodução que sejam temporários ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado económico”. Esta exclusão do direito de reprodução tem por objetivo consignar um espaço de liberdade reservado aos prestadores de serviços da sociedade da informação¹¹. Por exemplo, assim, as navegações exercidas através dos *browsers* ou motores de busca, como o da *Google*, da *Internet Explorer*, da *MozillaFireFox*, não se veem constringidas pelo direito de reprodução.

No ordenamento jurídico português, foi introduzida no artigo 68.º n.º 1 i) do CDADC uma noção mais abrangente em conformidade com o exposto. De igual modo, através do artigo 75.º n.º 1 do mesmo Código, foram excluídos do direito de reprodução, os atos que se inserem na categoria do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE.

Resta dizer que este direito se inclui no exclusivo de exploração económica do conteúdo patrimonial do direito de autor e direitos conexos, pelo que é objeto de proteção legal, nos termos dos artigos 67.º n.º 1 e n.º 2 e 178.º n.º 1 c) do CDADC¹².

2. Utilização livre

A utilização livre corresponde a uma forma de utilização da obra ou da prestação protegida, prevista na lei, que não carece de ser consentida pelo titular de direitos. Não obstante, porque o titular pode sofrer prejuízos patrimoniais em virtude dessa(s) utilização livre(s), normalmente, o legislador estabelece a seu favor uma compensação.

A utilização livre configura um limite ou uma restrição ao direito^{13 14}.

Entre as situações contempladas na lei, será destacada a que representa uma reprodução para uso privado, consignada no artigo 75.º n.º 2 a) *in fine* do CDADC.

¹¹ Vide LUCIE GUIBAULT, “Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d’auteur et la société de l’information”, *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2003, p. 547.

¹² É uma das formas de que o titular dispõe para utilizar e fruir da sua obra, constituindo objeto fundamental da proteção legal nos termos do n.º 2 do artigo 67.º do CDADC.

¹³ No plano digital, não pode deixar de se verificar a interceção entre a reprodução para uso privado e a comunicação ao público, seguindo de perto, JOÃO QUINTAIS, TITO RENDAS, “EU Copyright Law and the Cloud: VCAST and the intersection of private copying and communication to the public” *in Journal of Intellectual Property Law & Action* – Volume 13, Issue 9, 1 September 2018, Pages 711–719

¹⁴ Para uma análise da natureza da utilização livre vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (*Reimpressão*), Coimbra Editora, 2012, pp. 212-213 e 216-217.

É uma reprodução da obra que dispensa o consentimento do titular, escapando assim ao conteúdo do direito assinalado no primeiro ponto e que é a causa de um direito de compensação.

De seguida, far-se-á um breve enquadramento do uso privado, em ordem a compreender a reprodução com esse carácter.

2.1. Uso privado e o enquadramento da reprodução com esse fim

Não é despidendo compreender o significado de uso privado, antes de qualquer outra consideração.

A lei não o define.

O CDADC vai referindo este uso e, de modo algo “difuso”¹⁵, refere-se, ao fim e ao cabo, a uma utilização da obra feita por pessoa cuja finalidade é aproveitar o bem cultural, sem propósito comercial, nem direta nem indiretamente e, se não sozinha, no limite de um círculo de pessoas com as quais mantém um vínculo de natureza familiar ou análoga (o *intuitus personae*¹⁶).

Entende-se que o uso privado¹⁷ é livre pelo fato de o exclusivo de exploração económica do titular só incidir sobre a utilização pública da obra¹⁸. Porém, em certos casos de “particular gravidade”, o uso privado sofre restrições.

Em especial, quanto ao ato de reprodução para esse fim, o legislador (de)limita o exercício da utilização livre, pelo que esta não poderá atingir a exploração normal da obra nem prejudicar os legítimos interesses dos titulares, segundo o artigo 75.º n.º 4 do CDADC.

Em suma, trata-se da utilização livre vertida no artigo 75.º n.º 2 alínea a) *in fine* do CDADC e encontra-se fora do direito de exclusivo outorgado ao autor, enquanto tal utilização não for reprovada pela regra dos três passos^{19 20}.

Quanto ao seu enquadramento doutrinário, enunciam-se algumas posições.

¹⁵ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, in *Revista da ABPI*, N.º 123, MAR/ABR 2013, p. 55.

¹⁶ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 534.

¹⁷ Não se confunda o uso privado com o uso em lugar privado vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2012, p. 203. Este autor faz a distinção no contexto do direito de comunicação ao público e, no entendimento de Cláudia Trabuco, a mesma tem préstimo para se descobrir quando tem lugar uma reprodução para uso privado. Cfr. a obra da mesma autora, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, p. 41.

¹⁸ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2012 pp. 201-202.

¹⁹ Ver artigo 67º n.º 2 e 68.º do CDADC

²⁰ No mesmo sentido DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 23. O artigo 75º n.º 4 do CDADC contempla essa regra que será afluída mais à frente.

Oliveira Ascensão critica a inserção dessa reprodução na lista de utilizações livres, já que é um ato que escaparia simplesmente ao direito de autor²¹.

Uma argumentação que parece remontar aos tempos em que copiar não era um ato em abstrato lesivo, ou não o era significativamente, dados os meios tecnológicos disponíveis.

O autor sustenta que a cópia para uso privado, à partida, é irrelevante para a tutela autoral, pois parte do reconhecimento do princípio geral da liberdade de uso privado. Porém, este princípio estará sujeito a certas restrições e exceções²².

Para a posição em análise, o princípio resultaria de uma orientação geral que se extrai do CDADC.

Em primeiro lugar, a norma do artigo 67.º n.º 2 do CDADC ao referir-se ao objeto de proteção dos direitos de autor na vertente patrimonial, só garantiria a proteção dos ganhos decorrentes da exploração económica do direito de exclusivo.

Por outro lado, afirma a existência do dito princípio a partir da norma do artigo 108.º do CDADC, relativa à definição do direito de comunicação ao público. O legislador revelaria aqui, o elemento “público” da utilização, como o elemento determinante para dar lugar a proteção jurídica.

E, finalmente, sustenta a liberdade de uso privado, a partir dos preceitos do artigo 75º n.º 2 alínea a) e o do 81.º alínea b)²³ que desenham as condições para utilizações livres. O fator decisivo para a desnecessidade do consentimento do titular passaria pelo carácter privado dessas utilizações.

Isto é, a liberdade de utilização que o legislador aí prevê assentaria no tipo de uso. Seria livre na medida em que seja feito para fins privados e sem propósito comercial, pois não poderia atingir a normal exploração nem prejudicar injustificadamente os legítimos interesses do titular.

Em suma, a autorização pelo titular de direitos só se justificaria se o utilizador da obra a explorasse ou utilizasse publicamente e/ou com significado económico, atual ou potencial²⁴.

Ora, a situação do uso privado, em princípio, não deveria preocupar nem ocupar o direito de autor.

Porém, o mesmo autor tem também reconhecido uma gradual compressão dessa liberdade de uso, em virtude da atribuição de um direito de compensação aos titulares no caso de algumas utilizações livres²⁵.

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob.cit.*, p. 213.

²² *Idem*, p. 201.

²³ Este artigo parece constituir hoje apenas vestígio da primeira transposição da regra dos três passos da Convenção de Berna. O atual artigo 75.º n.º 5 do CDADC inseriu o mesmo preceito, pelo que o primeiro perde utilidade.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A transposição da directriz n.º 1/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação”, *RFDL*, 2002, pp. 915 e ss.

Admite ainda que, diante das novidades trazidas pela sociedade da informação, se tenha verificado uma inversão deste princípio geral da liberdade²⁶. Agora, esse uso proibir-se-ia, por princípio e as liberdades excecionalmente previstas seriam ressalvadas.

Cláudia Trabuco oferece um enquadramento distinto²⁷.

Para esta autora, o presente ramo jurídico não reconheceria um tal princípio de liberdade de uso privado, na base do seu sistema, mas essa liberdade deveria nascer em resultado da ponderação de interesses, como nascem os outros limites ao direito de autor²⁸.

A autora identifica na Constituição da República Portuguesa²⁹ a proteção da liberdade de criação cultural (artigo 42.º n.º 1.º e 2.º) e a sua ponderação, nesse âmbito, com outros direitos fundamentais, destacando o direito de expressão (artigo 37.º n.º 1, na 1.ª parte), o direito de informar e de ser informado (artigo 37.º n.º 1, *in fine*), o de divulgação do pensamento (também no artigo 31.º n.º 1, na 1.ª parte), a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º), bem como o direito de propriedade privada (artigo 62.º).

A liberdade em análise seria, no seu entendimento, o reflexo da função social do direito de autor, observado na necessidade de ponderação dos (e cedências a) interesses gerais subjacentes a esses direitos constitucionalmente garantidos. Portanto, em matéria de limites ao direito de autor, haveria implicações no domínio constitucional.

Consequentemente, o uso privado livre seria uma restrição ao direito de exclusivo e deveria, por isso, respeitar os princípios constitucionais que guiam as leis restritivas de direitos liberdades e garantias, que também são aplicáveis aos direitos fundamentais de natureza análoga³⁰.

Em especial, a autora entende que o legislador dispensou o consentimento do titular em relação à reprodução para uso privado em função de "outros interesses socialmente relevantes, entre os quais a divulgação cultural e o desenvolvimento da educação e do conhecimento, a que se acrescenta a proteção dos interesses individuais dos utilizadores na preservação da sua privacidade"³¹.

Quanto à preservação da privacidade dos utilizadores, uma nota.

²⁶ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Direitos do utilizador de bens informáticos", *Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 30 e ss.

²⁷ Vide CLÁUDIA TRABUCO "Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais", *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, pp. 34-41.

²⁸ Cfr. também ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 352.

²⁹ Doravante CRP.

³⁰ Para uma restrição material legítima a um direito de dignidade constitucional, o sacrifício, mesmo que não total de um direito fundamental, não deve ser "arbitrário, gratuito, desmotivado", segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 391. CLÁUDIA TRABUCO, na obra supracitada, lembra a importância do respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, consagrado no artigo 18.º n.º 2 da CRP. Em síntese, só pode dar-se uma legítima restrição a um direito fundamental, se outro valor ou interesse constitucionalmente protegido por essa compressão seja salvaguardado, de forma que o sacrifício do primeiro tenha sido para isso necessário, adequado e proporcional em relação a esse fim.

³¹ CLÁUDIA TRABUCO, *ob. cit.*, 2007, p. 40.

A tecnologia permite o exercício de uma vigilância perpetrada indistinta e preventivamente sobre as utilizações das obras³². Por exemplo, sobre os dados emitidos e recebidos, através de dispositivos digitais e das suas memórias, pelos utilizadores ligados em rede.

Admitir que estes agentes eletrónicos atuam ao abrigo dos direitos dos titulares, implicaria admitir a possibilidade de colisão com outros interesses constitucionalmente garantidos (artigo 26.º n.º 1 da CRP, em especial com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e com o direito à inviolabilidade³³ do domicílio e da correspondência, consignados no artigo 34.º da CRP). Também esta hipótese de conflito merece ponderação.

Outra posição sustentada é a de que a liberdade da reprodução para uso privado se justifica pelo fato de não ser possível um controlo das cópias pelo titular, já que estas são realizadas no seio íntimo e privado dos utilizadores³⁴. Não nos parece que esta fundamentação seja de apoiar.

Em primeiro lugar, porque hoje esse controlo é, em certa medida, possível.

Além disto, consideramos que esta tese não responde a muitas questões relativas aos interesses subjacentes à utilização livre em causa.

Dito isto, o nosso entendimento inclina-se para a aceitação da segunda posição sobre o enquadramento do uso privado. Pois, estamos de acordo com a via seguida pela autora, nomeadamente, com o recurso à ponderação dos interesses constitucionalmente relevantes presentes nesta questão.

2.2. A utilização livre segundo a Diretiva 2001/29/CE

De acordo com a Diretiva 2001/29/CE, os Estados-Membros³⁵ só podem escolher as “exceções” ou “limitações” ao direito de reprodução, de entre as enumeradas no seu artigo 5.º n.º 2.

As restrições a este direito não devem atingir a normal exploração da obra, nem prejudicar de forma injustificada os legítimos interesses do titular. Este limite às “exceções” e “limitações” foi transposto da diretiva para o artigo 74.º n.º 4 do CDADC.

A diretiva impõe que os destinatários que tenham acolhido a “exceção” do artigo 5.º n.º 2 alínea b), relativa à reprodução para uso privado por pessoa singular, atribuam o direito a uma compensação equitativa ao titular, segundo o seu considerando 35 e o mesmo artigo.

³² Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, pp. 691-692.

³³ Para mais desenvolvimentos sobre a questão da inviolabilidade do domicílio vide PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *BFUDC*, Vol. LXIX, 1993, pp. 540-541.

³⁴ Vide CLÁUDIA TRABUCO “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, p. 34.

³⁵ A partir de agora EM.

Ou seja, Portugal, ao prever essa restrição no artigo 75 n.º 2 a) *in fine* do CDADC, é obrigado, perante o instrumento comunitário, a assegurar esse mecanismo em favor dos titulares.

3. Regra dos três passos

Já aludimos à regra dos três passos. Ela será abordada apenas com o intuito de melhor contribuir para o esclarecimento do regime da compensação. Portanto, não se envereda pelo seu aprofundamento, nem pelas complexas e controversas questões por esta suscitadas.

A regra do "*Three-step test*" foi proposta pelo Reino Unido e introduzida no artigo 9.º n.º 2 na Convenção de Berna, pela revisão feita em Estocolmo, em 1967³⁶.

É uma disposição que consiste em três requisitos cumulativos:

As "exceções" e "limitações" ao direito económico do autor só se admitem desde que constituam casos especiais, não possam afetar a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos titulares.

Estes critérios estão submetidos a uma ordem pela qual devem ser apreciados³⁷. Se uma exceção não passar no primeiro requisito é reprovada, sem ter de ser confrontada com o(s) seguinte(s)³⁸.

Referindo-se, inicialmente, apenas ao direito de reprodução, foi alargada às restrições a quaisquer direitos económicos do direito de autor³⁹, em virtude do acolhimento da regra noutros instrumentos normativos, como o ADPIC/TRIPS⁴⁰ (artigo 13.º) e nos dois Tratados da OMPI⁴¹ sobre direito de autor e direitos conexos (artigos 10.º n.º 2 e 16.º n.º 2, respetivamente).

³⁶ Vide MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 160, remendo também para JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, "Função social do Direito Autoral e as limitações legais" em LUÍS GONZAGA SILVA ADOLFO/MARCOS WACHOWIZ (org.), *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pr. Bruno Jorge Hammes*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 85-111 (91).

³⁷ Este entendimento resulta da hierarquia vertida no artigo 9.º n.º 2. Nesse sentido vide JANE GINSBURG, "Toward a Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions", em *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, January, 2001, p. 12. Porém, esta ordem tem vindo a ser contestada.

³⁸ Há especialistas que apelam a uma interpretação mais equilibrada da regra, que não conduza a uma tão restritiva aplicação. Nesse sentido vide CHRISTOPHE GEIGER, "The Role of the Three-step-test in the adaptation of Copyright Law to the Information Society", *e-Copyright Bulletin*, January-March, 2007, pp. 1-21; KAMIEL J. KOELMAN, "Fixing the Three-step-test", *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 2006/8, pp. 407-412. Para uma análise sobre uma decisão do painel da Organização Mundial do Comércio, sobre a interpretação de cada critério, bem como a apresentação de outras cfr. JANE C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions", *Columbia Law, School The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 181*, New York, January, 2001, pp. 1-16.

³⁹ MENEZES LEITÃO, *ob. supracitada*, p. 160.

⁴⁰ Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio.

⁴¹ Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Tem-se entendido que este conjunto de condições deverá ser apreciado também, no caso concreto⁴², à luz do artigo 5.º n.º 5 daquela diretiva, convertendo-se numa cláusula geral de interpretação judicial⁴³. E o ordenamento jurídico nacional seguiu esta orientação⁴⁴.

O presente preceito encontra-se vertido no artigo 75.º n.º 4 do CDADC, como, aliás, já teve a oportunidade de ser adiantado *supra*.

Desde logo, os pressupostos são vagos, o que parece ser intencional⁴⁵. Poderá dizer-se que é uma indefinição que se presta à diversidade de tradições jurídicas e que, ao mesmo tempo, pretende estabelecer uma vinculação comum.

4. A cópia privada digital e as medidas tecnológicas de proteção

A cópia privada resulta da “reprodução de uma obra ou prestação protegida em suporte analógico ou digital realizada por pessoa singular e sem fins comerciais diretos ou indiretos”⁴⁶.

A reprodução analógica⁴⁷, segundo o entendimento comum, é menos significativa, em termos económicos, do que a digital. O que se deve às características do meio da reprodução em causa e do resultado que proporciona. Assim, a cópia analógica é de qualidade inferior à que a digital proporciona e representa mais custos para o utilizador. Além disso, não permite uma reprodução tão veloz quanto a digital.

Por sua vez, como a cópia digital⁴⁸ é obtida a um custo muito menor e, ainda, por causa do volume de reproduções que permite, facilmente aqui se atinge um número mais elevado de reprodução. A cópia neste formato possibilita uma distribuição que também não conhece par no ambiente analógico, a partir da conjugação com equipamentos digitais pelos quais se pode conectar à rede.

Consequentemente, entende-se que a reprodução das obras intelectuais causará maior impacto nos interesses patrimoniais do titular, no paradigma mais recente.

⁴² No sentido de uma exposição sobre se este conjunto de três condições se impõe ao juiz na verificação da exceção, no caso concreto *vide* KAMIEL J. KOELMAN, “Fixing the Three-step-test”, *EIPR*, 2006, p. 407 e CHRISTOPHE GEIGER, “The role of the three-step-test in the adaptation of copyright law to the information society”, *e-Copyright Bulletin*, January, 2007, pp. 13-16.

⁴³ *Vide* LUCIE GUIBAULT, “Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information”, 2003, *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, p. 571; SÉVERINE DUSOLLIER, “Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique — Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres”, Larcier, 2005, Bruxelles, p. 510.

⁴⁴ Cfr. NUNO GONÇALVES, “A transposição para a ordem jurídica portuguesa da diretiva”, *DSI/VI*, 2006, p. 253.

⁴⁵ KAMIEL J. KOELMAN, “Fixing the Three-step Test”, *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 2006/8, pp. 407-412.

⁴⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões Sobre o Acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Direito da Sociedade da Informação e o Direito de Autor*, Vol X, Coimbra Editora, 2012, p. 21.

⁴⁷ Esta prende-se com a reprodução de obra executada por meios analógicos. Por exemplo, a cópia obtida por meio de gravador de vídeo analógico em suporte como o da videocassete, muito frequente a partir dos meados do século passado.

⁴⁸ Esta muitas vezes iguala a qualidade do “original” e até a pode superar.

A tecnologia tem oferecido, por outro lado, meios para que os titulares possam tutelar as suas obras contra certas utilizações. São conhecidas por medidas tecnológicas de protecção e correspondem a dispositivos de criptagem ou de codificação⁴⁹, que configuram um novo círculo de protecção aos direitos de autor e conexos⁵⁰.

Tais medidas podem ser classificadas em função de quatro tipos:

Os meios que controlam o acesso à obra, os que controlam determinados usos da obra, os que protegem a integridade da obra e, ainda, os que permitem contabilizar as vezes em que se teve acesso ou se utilizou a obra⁵¹.

O legislador, por exigência do artigo 6.º da Diretiva 2001/29/CE, outorga tutela jurídica a este "segundo círculo de protecção"⁵², criando um "terceiro".

Assim, a Lei n.º 50/2004 de 24 de Agosto, introduziu uma secção nos artigos 217.º e seguintes do CDADC, para regular a protecção jurídica concedida a essas medidas, desde que eficazes⁵³.

Decorre desta novidade que os utilizadores estão proibidos de neutralizar ou contornar tais meios tecnológicos que impeçam certas utilizações, sob pena de cometerem uma ilicitude, caso se verifiquem os quatro seguintes requisitos. Os dispositivos tecnológicos, além de eficazes, deverão ser empregues por autores, artistas intérpretes ou executantes, ou produtores de videogramas e de fonogramas, bem como deverão ser utilizados no exercício de direitos de autor ou conexos, consignados nos Tratados ou na Convenção de Berna. Finalmente, terão, ainda, de restringir apenas os atos não autorizados pelos titulares desses direito ou não permitidos por lei⁵⁴.

De acordo com o ordenamento jurídico português e com o disposto no n.º 3 do artigo 217.º do CDADC, os dispositivos tecnológicos que podem ser incluídos no "terceiro círculo de protecção" são os que permitam o controlo de acesso, os que protegem a integridade da obra e ainda os que controlam determinados usos, por exemplo, limitando a realização de cópias⁵⁵

⁴⁹ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Cópia privada e sociedade da informação", no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, p. 7.

⁵⁰ Que acresce ao primeiro círculo de protecção constituído pela tutela jurídica do direito de autor e dos direitos conexos.

⁵¹ Vide LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 366. Este autor utiliza o sistema de classificação avançado por Koelman e Helberger, cfr. KAMIEL J KOELMAN, "A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological measures", pp. 272-288.

⁵² ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor, liberdade electrónica e compensação equitativa*, 2005, *BFUC*, p. 463.

⁵³ A tutela jurídica só se aplica às medidas que a lei define no artigo 217.º n.º 2 do CDADC, desde que estas sejam eficazes nos termos da lei. Assim segundo o teor literal do n.º 3 "são "eficazes" quando a utilização da obra, prestação ou produção protegidas, seja controlada pelos titulares de direitos mediante a aplicação de um controlo de acesso ou de um processo de protecção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação da obra, prestação ou produção protegidas, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção". Isto é, serão eficazes se o seu normal funcionamento cumprir o fim da protecção a que se dirige.

⁵⁴ Cfr. LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 368.

⁵⁵ Num sentido um pouco diferente, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, 2011, p. 370. O autor indica que estarão excluídos de tutela jurídica os dispositivos que condicionem o número de reproduções. Desviamos-nos desta posição, com base no teor literal das normas referidas. O legislador expressamente ressalva no n.º 8 do artigo 221.º do CDADC que os titulares não estão impedidos de aplicar medidas tecnológicas para limitar o

e este último controlo, encontra-se igualmente permitido pelo disposto no n.º 8 do artigo 221 do mesmo Código.

Tratando-se de certas “exceções” e “limitações” ao direito do titular, os EM estão obrigados a assegurar os meios necessários para que os utilizadores legítimos gozem de uma utilização na medida da exceção, caso os titulares não o façam voluntariamente (artigo 6.º n.º 4, na 1ª parte da Diretiva 2001/29/CE).

No entanto, no tocante à “exceção” da cópia privada digital, enquanto utilização legítima, a diretiva não obriga, tão só permite, que os destinatários ofereçam soluções adequadas ao contorno das medidas tecnológicas de proteção, que previnam a realização de cópias de obra ou prestação protegida.

Isto significa que os Estados Membros podem não garantir que uma cópia privada digital que constitua “exceção” ao direito de reprodução seja, afinal, realizada pelo utilizador, no caso de o titular recorrer a bloqueios tecnológicos eficazes.

Portugal preferiu garantir que o recurso aos meios tecnológicos de proteção não possa obstar à utilização livre do artigo 75.º n.º 2 a) do CDADC, nos termos do disposto no artigo 221.º n.º 1 do mesmo diploma. Portanto, por aqui, o legislador preservou no ambiente digital⁵⁶ a reprodução de obra para uso privado, o que é de saudar.

Solução diversa acabaria, no nosso entendimento, por contradizer o carácter imperativo das utilizações livres, consignado no artigo 75.º n.º 5 do CDADC. Uma contradição que residia no fato de passar a ser possível afastar uma utilização através da tecnologia, quando o n.º 5 do artigo 75.º prevê a nulidade de uma cláusula contratual que visasse o mesmo objetivo.

E ainda se sublinhe que através das medidas tecnológicas eficazes, a lei admite que aqueles sujeitos possam limitar o número de cópias privadas, mesmo no caso de uma utilização livre, segundo o disposto no n.º 8 do artigo 221.º do CDADC.

Há ainda um outro constrangimento relativo à livre cópia privada. Através do artigo 222.º do CDADC, em cumprimento do último período do n.º 4 do último artigo 6.º da Diretiva 2001/29/CE, o legislador ressalva a possibilidade de a cópia privada ser afastada por acordo entre titulares e utilizadores, no âmbito de uma disponibilização ao público da obra ou prestação protegida, de modo a que a pessoa possa aceder a esta a partir de um local e num momento por ela escolhidos. O preceito refere-se aos serviços interativos a pedido^{57,58} que ocorrem sobretudo na *Web*⁵⁹.

número de cópias. Do mesmo modo, o próprio artigo 217.º n.º 3 *in fine* do CDADC dispõe que o “mecanismo de controlo de cópia” se encontra entre as medidas tecnológicas protegidas eficazes.

⁵⁶ Mas apenas se o titular não disponibilizar ao público a obra ou prestação, “na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido”, segundo o disposto no artigo 222.º do CDADC. Refere-se às transmissões interativas a pedido. Se os titulares recorrem a esta forma de disponibilização, já não tem lugar o disposto no artigo 221.º do mesmo Código, no sentido em que já não há qualquer obrigação de facultar os meios adequados (que passam por códigos) aos beneficiários da utilização livre para que estes exerçam a reprodução para uso privado.

⁵⁷ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Direito de Autor, liberdade electrónica e compensação equitativa”, 2005, *BFUC*, p. 661.

⁵⁸ A colocação da obra à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível a qualquer pessoa a partir do local e do momento por ela escolhido, integra o direito do titular, consignado no novo artigo

Além disto, é também oportuno referir que em rede, a técnica da reprodução, transitória ou episódica é fundamental para navegar e aceder a conteúdos, protegidos ou não. Já se viu que certos atos transitórios ou episódicos são excluídos *tout court* do direito de reprodução e a razão para isso.

Mas, em relação a outras navegações em rede, seguimos os autores que alertam para o seguinte. Reservar quaisquer atos de reprodução, incluindo os transitórios e episódicos⁶⁰ ao conteúdo do direito de reprodução, nesse domínio, pode resultar na confusão entre “o exercício pretensamente legítimo” das faculdades do titular “e um controlo efetivo sobre os atos de utilização passiva das obras, ou seja, a consulta ou gozo das mesmas”⁶¹.

Dito de outra forma, parece poder ver-se, neste âmbito, o reflexo do alargamento do conteúdo do direito de reprodução⁶².

5. O problema da fonte da cópia privada

Neste ponto aludir-se-á a um fenómeno que se prende com a cópia privada digital no seio de um sistema de partilha.

Apesar de se reconhecer que o sistema de partilha de ficheiros não se esgota no seguinte exemplo, é deste que se falará exclusivamente. Isto deve-se à sua importância para compreender o tema.

Consiste na partilha direta⁶³ de conteúdos digitalizados, através de um programa de computador adequado a transferir e a receber dados informáticos, que se converterão num ficheiro perceptível pelos sentidos.

Com efeito, a transferência e o recebimento de dados, em vez de se operarem através do *upload* e/ou do *download* mediante um servidor central, o programa instalado permite conectar o internauta a outros⁶⁴, pelo que estando *online*, estão prontos para o envio e o recebimento de conteúdos entre si. Por isso é “ponto-a-ponto”, cada computador passa a servir de terminal.

68.º 2 j) do CDADC, quanto aos autores. No que diz respeito aos artistas e intérpretes executantes encontra-se o disposto no artigo 178.º n.º 1 d) do CDADC.

⁵⁹ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia privada e sociedade da informação”, no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação Cópia Privada, 2012, p. 9.

⁶⁰ Com exceção dos previstos no n.º 1 do artigo 75.º do CDADC.

⁶¹ Neste sentido CLÁUDIA TRABUCO, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007.

⁶² A propósito deste *movimento de extensão* do direito de reprodução cfr. CLÁUDIA TRABUCO, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006, pp. 232-459.

⁶³ DIAS PEREIRA, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, in *Revista da ABPI*, N.º 123, MAR/ABR 2013, p. 53. Diz o autor “Só por si... a partilha não é um problema. Corresponde, aliás, a um bom costume das sociedades humanas, senão mesmo a um imperativo ético-moral”.

⁶⁴ Refere-se aqui a necessidade de os internautas usarem o mesmo programa de partilha, como por exemplo, o *Utorrent*, ou o *eMule*.

O sistema *qua tale* nada tem de ilícito. Não obstante, muito do fluxo da partilha feita contém dados relativos a obras protegidas, como por exemplo, composições audiovisuais e musicais.

Vejamos as duas perspetivas possíveis: a da colocação dos conteúdos e a do recebimento dos mesmos.

No que toca à primeira, lembre-se que é ilícita a colocação à disposição do público da obra, em termos de acesso a partir do local e no momento individualmente escolhidos, sem autorização do titular⁶⁵. Porém, interessa saber, se colocar uma obra protegida num sistema de partilha “ponto-a-ponto”, equivale a colocá-la à disposição do público.

No caso do *P2P*, a particularidade quanto a outros sistemas de partilha de dados, é a de que parece extinguir-se a diferença entre servidor e terminal, bem como entre público e privado⁶⁶.

É verdade que os utilizadores desse *software* podem limitar o círculo de partilha a certas pessoas e, por isso, restringi-lo a um meio familiar ou análogo. Se fosse esta a realidade, não seria descartada a possibilidade de o *P2P* outorgar um campo de utilizações livres. Ainda tinha de ser verificado se o utilizador do *software* não prosseguiria quaisquer finalidades comerciais e que essa utilização não atingiria a normal exploração da obra pelo titular, nem prejudicaria, de forma injustificada, os interesses legítimos do mesmo.

Mas é incomum que os utilizadores façam essa delimitação. E até pouco recomendável na ótica de quem pretende usufruir das potencialidades do programa, pois este funciona mais rapidamente se se estiver ligado a um número potencialmente ilimitado de pessoas ou servidores.

Portanto, pendendo a realidade muito mais para a situação da não limitação a um círculo restrito, não pode deixar de se apontar, em geral, para a perda do elemento necessário à utilização livre causa, o “uso privado”. E, deste modo, poderá considerar-se que a partilha em *P2P* constitui, em regra, uma colocação da obra à disposição do público, pelo que para ser lícita carece de ser autorizada pelo titular.

Por outro lado, já não da perspetiva de quem coloca o conteúdo protegido à disposição de outros servidores (potencialmente ilimitados), mas de quem usa este sistema apenas para receber dados, através do *download*, argumenta-se o seguinte⁶⁷.

O disposto na parte final da alínea a) do n.º 2 do artigo 75.º do CDADC aplica-se também ao *download* para uso privado, porque é uma modalidade de reprodução de ficheiro digital, como já se referiu. Pergunta-se, então, se a cópia extraída a partir do *P2P* pode levantar problemas mesmo assim. O que se dirá a um utilizador que faça *download* para uso privado de obra a partir de fonte ilícita?

⁶⁵ Resulta da conjugação entre os artigos: 68º/2-j, 178º/1-d, 184º/21-d do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC).

⁶⁶ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, in *Revista da ABPI*, N.º 123, MAR/ABR 2013, p. 55.

⁶⁷ A realidade é que, frequentemente, o mesmo utilizador do *software P2P*, ao mesmo tempo que coloca dados à disposição, recebe outros. É este o normal funcionamento deste *software*, que faz *jus* ao nome do sistema, já que é conhecido por sistema de partilha.

A lei não esclarece, ao menos expressamente, se essa reprodução deve ser feita a partir de fonte lícita.

Em relação a esta matéria, os tribunais portugueses proferiram duas decisões, que serão sumariamente expostas.

No mês de Março de 2011, o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu um caso considerando que o *download*, realizado no seio do sistema de partilha de ficheiros do *software P2P* — em concreto tratava-se do *E-Mule* — poderia constituir uma utilização livre da obra; uma reprodução para uso privado.

Porém, o utilizador deveria fazer prova de que a sua utilização, não afetaria a normal exploração da obra, nem prejudicaria injustificadamente os interesses legítimos do titular⁶⁸. Esse Tribunal julgou que o arguido não seria penalmente desresponsabilizado, porque tal exigência não se achou provada. O que se pode concluir *a contrario* é que se o utilizador tivesse feito prova de que foram respeitados os critérios expostos, então a sua utilização poderia cair no âmbito da livre cópia privada⁶⁹.

O caso B-TUGA⁷⁰ foi decidido no dia 11 de Abril do mesmo ano, por acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa. Estava em causa, de igual modo, um sistema de partilha *peer-to-peer*.

Referido órgão jurisdicional não abordou a questão da utilização livre da reprodução para uso privado — o que é de lamentar — apenas concluiu que os utilizadores do serviço cometeram o crime de “usurpação de direitos de autor”, por estarem envolvidos na “exploração de obras protegidas”⁷¹.

Mais longe, no sentido da utilização livre, parece ter ido o Ministério Público, em 2012.

E, nesse ano, proferiu um despacho que arquivou 2000 queixas contra utilizadores do sistema “ponto-a-ponto”, por alegadas infrações dos direitos de autor.

A decisão do MP apoiou a legalidade do *download* realizado a partir do sistema de partilha, baseando-se, precisamente, no uso privado que supôs ser o fim dado às utilizações questionadas: “Acresce que, do ponto de vista legal, ainda que colocando-se neste tipo de redes, a questão do utilizador agir, simultaneamente, no ambiente digital em sede de *upload* e *download* dos ficheiros a partilhar, entendemos como **lícita a realização pelos participantes na rede P2P para uso privado**⁷² — art.º 75º n.º 2ª) e 81º b) do CDADC —, ainda

⁶⁸ É de registar que a regra dos três passos já se manifesta como uma cláusula de interpretação judicial.

⁶⁹ Não resistimos a perguntar: como poderá uma pessoa singular fazer prova de que não afetou a normal exploração da obra? Em relação ao critério dos prejuízos, a solução parece-nos mais fácil. Porém, é bom de notar, que face a uma imprecisão muito grande quanto ao sentido e ao alcance de cada critério, isso poderá ser prejudicial para o utilizador no exercício da utilização livre.

⁷⁰ Um programa de partilha de ficheiros em P2P.

⁷¹ Para mais desenvolvimentos sobre estes casos cfr. DIAS PEREIRA, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, in *Revista da ABPI*, N.º 123, MAR/ABR 2013, pp. 60-62.

⁷² Negrito nosso.

que se possa entender que, efetuada a cópia, o utilizador não cessa a sua participação na partilha⁷³.

Não cabendo aqui a apreciação detalhada do despacho, pode dizer-se que é, no mínimo, duvidoso que esta linha argumentativa do Ministério Público consiga resistir.

Pois, para além das considerações que tecemos até aqui, ainda se destaca a seguinte.

O Tribunal das Comunidades foi chamado a resolver uma questão prejudicial levantada por um tribunal Holandês e cujo objeto era a interpretação do artigo 5.º n.º 2 b) da Diretiva 2001/29/CE⁷⁴.

No essencial, este tribunal entende que a compensação equitativa que é atribuída aos titulares se justifica por um ato lícito, isto é, pela utilização legítima da cópia privada. E que a compensação não visará cobrir os prejuízos resultantes de atos ilícitos, e, assim, será posto em causa o “justo equilíbrio” de interesses que a Diretiva 2001/29/CE defende, se forem admitidas cópias a partir de uma fonte ilícita.

Portanto, o TJUE declara que a norma do artigo 5.º n.º 2 alínea b) da referida diretiva deve ser interpretada no sentido em que se opõe a uma legislação nacional, que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado.

No sentido em que defendemos que a obra colocada nos sistemas de partilha “ponto-a-ponto”, carece, na maioria das vezes, de ser consentida pelo titular e não o é, a fonte que serve de base à realização do *download* neste esquema “ponto-a-ponto” é, com frequência, ilícita. Pelo que a cópia obtida a partir dela também não deve já inserir-se justamente no âmbito da utilização livre, como a outra face da compensação equitativa. É uma situação que parece desrespeitar a regra dos três passos, pois poderá considerar-se pelo menos injustificado o prejuízo resultante da exceção, que admita uma cópia nestes termos.

Dito de outro modo, a cópia privada a partir de fonte ilícita poderá atingir a normal exploração, provocar prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos titulares e não observar, por isso, as circunstâncias necessárias para a verificação de uma utilização livre, enquanto “exceção” ou “utilização” a um direito.

Doravante, a chegarem aos tribunais casos relacionados com este sistema de partilha, o utilizador poderá não receber uma decisão no sentido apontado pelo MP. Mesmo que não ocorra alteração legislativa, no sentido de proibir, claramente, a cópia privada obtida de fonte contrária à lei, no caso concreto, o juiz ao interpretar a cláusula geral dos três passos deverá corroborar a posição do TJUE.

⁷³ Notícia disponível em: <http://exameinformatica.sapo.pt/noticias/mercados/2012-09-26-ministerio-publico-diz-que-e-legal-copiar-musicas-e-filmes-na-net> (data da última consulta: 26/02/2019).

⁷⁴ Processo C-435/12, de 10 de Abril de 2014 (ACI ADAM BV e o Stichting de Thuiskopie, Stichting Ondenhandeligen Thuiskopie vergoeding).

Parte II

Sobre a compensação

6. A compensação

A necessidade de compensar os titulares por causa da reprodução para uso privado teve origem nos tempos da gravação doméstica, proporcionada por gravadores, aparelhos analógicos, ainda antes do aparecimento do digital.

Não é despidendo, em primeiro lugar, começar com uma breve resenha histórica.

6.1. Enquadramento histórico-jurídico

A chamada “taxa” por cópia privada (*levy*)⁷⁵ surgiu, em primeiro lugar na Alemanha, na sequência de duas decisões fundamentais proferidas pelo Tribunal Federal Alemão, em 1955⁷⁶ e em 1964⁷⁷.

O que coincidiu, não por acaso, com a introdução no mercado de suportes e equipamentos que serviam a cópia doméstica, então analógica. Os gravadores áudio e vídeo e as cassetes outorgaram, inovadoramente, uma reprodução de obra e outros materiais protegidos ou não, que levantou problemas, à semelhança do que agora se questiona diante do advento da Internet e das novas tecnologias da informação.

Até meados do século vinte, a cópia para uso privado era irrelevante. Estando expressamente consagrada como limite ao direito de autor ou não, era de comum entendimento que tal ato não representava um impacto significativo nos ganhos económicos dos titulares sobre as suas obras, digno de apoquentar o direito de autor⁷⁸.

Assim, por causa das tecnologias que irromperam nos anos 50, a cópia passou a ser de mais fácil obtenção, a baixo custo e com uma qualidade razoável. O que promoveu um volume de obras reproduzidas elevado e, por isso, alarmante.

Consequentemente, o lugar da reprodução para uso privado foi repensado.

Em especial, na decisão referida, de 1964, apreciando se um ato de reprodução doméstica configuraria infração ao direito de autor, o Tribunal Federal Alemão sugeriu ao legislador a atribuição de um direito de remuneração aos titulares, em ordem a compensá-los pelo

⁷⁵ O termo *levy* corresponde a um valor a incluir em certos bens aptos a reproduzirem e a armazenarem obra ou prestação protegida, em ordem a colherem-se receitas para afetar ao pagamento da compensação equitativa, em razão do prejuízo resultante da cópia privada. *Levy* será o mesmo que dizer “taxa” por cópia privada *vide* Background Document “Fair Compensation for Acts of Private Copying”, Brussels, 2008, p. 3.

⁷⁶ BGH, 18 May 1955, GRUR 1955/10, p. 492 (Tonband).

⁷⁷ BGH, 25 May 1964, GRUR 1965/2, p. 104 (Personalausweise).

⁷⁸ KAMIEL KOELMAN, “The Levitation of Copyright: an Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM”, *Entertainment Law Review* 4, 2005, pp. 75-81.

impacto, já significativo, nos seus interesses patrimoniais que a reprodução analógica produzia.

Desde logo, o tribunal não considerou viável instalar um sistema de controlo da cópia realizada no seio íntimo e privado dos utilizadores. Isso deveu-se não só ao estado tecnológico da altura, mas também porque esse controlo implicaria inevitavelmente uma devassa da reserva da vida privada, que não era justificada, mesmo no caso de uma violação de direito de autor⁷⁹.

Em sequência disto, o legislador seguiu a recomendação e criou um direito de compensação (por via de *levy*) através da inclusão de um valor, no preço de venda ao público, de certos instrumentos com capacidade para reproduzirem sons, imagens e texto. Assim, seria para o legislador um pressuposto, o de que, se não todas, muitas das aquisições desses produtos destinar-se-iam à reprodução de obras ou outro material protegido.

Pareceu uma solução certa tendo em conta os interesses dos titulares e dos utilizadores.

Por um lado, aos primeiros era atribuída uma quantia pecuniária, obtida a partir das receitas que o *levy* gerava. Por outro, os segundos viam-se livres de uma potencial invasão da sua vida privada, que podia decorrer do controlo em relação às reproduções.

Quando a primeira lei alemã regulou esta “taxa” não faltou quem condenasse a solidez do sistema, uma vez que este assumiria que cada utilizador destina os suportes e equipamentos de reprodução visados, à reprodução da obra ou material protegidos. Ora, no entendimento dos críticos, poderá dar-se o caso de um utilizador aplicar tais objetos à reprodução ou fixação de material inteiramente alheio ao domínio autoral ou, ainda, de tratar-se da reprodução ou fixação, de obras próprias do consumidor.

Este argumento afiado foi rebatido alegando-se que é altamente improvável que o equipamento de gravação adequado à reprodução para uso privado de obra protegida não fosse jamais destinado a cumprir essa potencialidade, durante o seu período de funcionamento⁸⁰.

Enfim, este modelo de compensação ou remuneração inspirou o ordenamento jurídico português⁸¹, que construiu um esquema semelhante, através do artigo 82.º do CDADC. Só mais tarde, em 1998, a figura veio a ganhar vida, por via da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, fixando valores da compensação a incluir no preço de venda ao público de certos aparelhos e suportes para reprodução e armazenamento (artigo 2.º).

⁷⁹ Este tribunal julgou que a reprodução privada em causa, nos termos analógicos, constituía uma infração aos direitos de autor.

⁸⁰ BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT AND SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment”, 2003, p. 11. Uma argumentação reproduzida pelo acórdão *Padawan* do TJUE aludido *infra*.

⁸¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2012 p. 251. Porém, hoje o instituto do artigo 82.º não pode ser entendido como é, por este autor, dadas as alterações que sofreu, efetuadas por recentes diplomas. Resumidamente, esse autor considera que a figura é uma remuneração coletiva porque a remuneração individual e autorização prévia dada pelo titular “não são possíveis”. Estabelece que a quantia é contrapartida não do uso privado mas da utilização reprográfica bem como uma compensação “de utilizações ilícitas”. E diz ainda que deveria ser atribuída “através de consignação do que em si é um imposto”. Uma discussão sobre a qualificação jurídica da compensação terá lugar, adiante.

Em Portugal, este mecanismo já foi retocado pela Lei n.º 50/2004 de 24 de Agosto, que introduziu alterações à Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro, tendo em vista transpor a Diretiva 2001/29/CE⁸² para o ordenamento jurídico português.

Ela é uma figura polémica quanto à qualificação da sua natureza. Certo é que a compensação equitativa foi indicada como conceito autónomo do Direito da União, pelo acórdão *Padawan* proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Pelo que deve corresponder a uma noção uniformemente interpretada pelos EM⁸³.

6.2. A compensação equitativa

Em função de uma arrumação sistemática, a compensação já não pertence ao núcleo principal dos direitos patrimoniais, ou seja, do leque de direitos económicos, do conteúdo de direito de autor⁸⁴. Contudo, o legislador veio permitir que o titular beneficiasse “economicamente da utilização livre”⁸⁵.

Com efeito, o artigo 76.º n.º 1 b) do CDADC indica que a utilização livre, vertida no n.º 2 alínea a) do artigo 75.º do mesmo Código, deve ser acompanhada de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor.

De acordo com a Diretiva 2001/29/CE, a compensação equitativa visa compensar “de modo adequado” os titulares por causa da utilização das suas obras ou outra matéria protegida, em “certos casos de exceção ou limitação” aos seus direitos económicos (no seu considerando 35).

Em Portugal, a figura conhece então uma forma coletiva (*levy*) e que é permitida pelo diploma comunitário (no seu considerando 38⁸⁶).

Chamando-lhe umas vezes “remuneração equitativa”, nos artigos 75.º n.º 5, 76.º n.º 1 alíneas c) e d) do CDADC, outras “compensação”, na epígrafe do artigo 82º do CDADAC e artigo 2º da Lei 62/98, bem como “remuneração” apenas nos artigos 3.º e 4.º da mesma lei, deve entender-se que o legislador quer dizer compensação equitativa⁸⁷. A lei em vigor foi

⁸² A propósito da transposição desta diretiva e da sua insuficiência cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A transposição da diretiva n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da Informação”, 2002, *RFDL*, XLIII, p. 917.

⁸³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p.28.

⁸⁴ Artigo 68.º CDADC.

⁸⁵ Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 122.

⁸⁶ Na parte em diz: “Deve dar-se aos Estados Membros a faculdade de preverem uma exceção ou limitação ao direito de reprodução mediante equitativa compensação, para certos tipos de reproduções de material áudio, visual e audiovisual destinadas a utilização privada. Tal pode incluir a introdução ou manutenção de sistemas de remuneração para compensar o prejuízo causado aos titulares de direitos”. O ordenamento jurídico nacional decidiu manter o sistema previsto pela Lei n.º 62/98.

⁸⁷ Noutro sentido cfr. NUNO GONÇALVES, “A transposição para a ordem jurídica portuguesa da Diretiva sobre o Direito de Autor na sociedade da informação”, in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VI, Coimbra, 2006, pp. 249 e ss. O autor parece preferir remuneração.

alterada por aquele diploma, cujo objetivo era transpor a diretiva também no que diz respeito à compensação equitativa. Portanto, outra interpretação não faria sentido.

A qualificação da natureza jurídica da compensação em causa não é um tema pacífico.

Já na altura em que se tratava de uma compensação ou remuneração, descomprometida face aos traços essenciais que o diploma comunitário impôs, o conceito foi objeto de controvérsia.

Em 2003, algumas normas da Lei n.º 62/98⁸⁸ foram questionadas no plano da constitucionalidade.

Assim, alvo de um vivo debate jurisprudencial⁸⁹, saiu vencedora a tese de que a compensação consistiria num imposto ou de uma figura para-fiscal análoga, que mereceria o mesmo tratamento jurídico-constitucional⁹⁰. Esta decisão excluiu a hipótese de se tratar de uma taxa por entender que a “contraprestação específica”, que ela implica, se não verificaria.

O Tribunal Constitucional contestou a “natureza jurídico-privada” da obrigação, julgando que a origem da prestação é “coativa, pelo que não decorre do exercício pelo particular da sua autonomia privada”.

Em sentido diverso foi a posição contida no voto de vencido do Conselheiro Araújo Torres, considerando que a “remuneração” questionada não constitui receita pública, de que seja beneficiária uma entidade pública, para financiar a prossecução das finalidades públicas postas a seu cargo. Antes constitui uma forma de remuneração da utilização de obras, prestações e outros bens privados protegidos, de que são beneficiários os titulares..., justificando-se a intervenção do Estado, a nível legislativo e a nível administrativo, na determinação dessa remuneração pela relevância social das relações jurídico-privadas em causa”. Portanto, o Conselheiro depõe a favor da natureza privada das relações em jogo e defende que se trata de uma remuneração, recusando o carácter público identificado.

Na doutrina também correu alguma tinta sobre o assunto.

Oliveira Ascensão afirma que tem lugar um verdadeiro imposto⁹¹. O autor rejeita qualquer correspondência entre o que se paga a título de compensação e uma prestação realizada pelos titulares. E, por esta razão, não seria adequado defender a existência de uma compensação ou remuneração. Além disto, estaria ainda em causa uma figura fiscal, porque

⁸⁸ Na sua redação originária.

⁸⁹ No processo n.º 340/99, no Acórdão 616/2003, de 16 de Dezembro, proferido pelo Tribunal Constitucional. Não há espaço para uma exposição detalhada sobre este acórdão incontornável. Será apenas apresentada a ideia central e a conclusão. Não foi uma sentença unânime.

⁹⁰ Uma conclusão que acabou por resultar na declaração de inconstitucionalidade das seguintes normas do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/98, por violação do artigo 103.º n.º 2, da CRP. Acórdão do Tribunal Constitucional disponível em:

http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=54938&idc=31890&idsc=20018&ida=20083
(data da última consulta: 26/02/2019)

⁹¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, pp. 248 e 251.

o instituto incide sobre atos que não se prenderiam com utilizações e as receitas obtidas seriam, em parte, consignadas a fins de interesse público⁹².

Por seu lado, Francisco Rebello recusa veementemente que o que está em causa possa ser uma taxa ou um imposto e defende que se trata de uma indemnização pelos prejuízos resultantes da reprodução para uso privado, sentindo-se apoiado na expressão “compensação”.

Moura Vicente considera que não há uma contraprestação ligada ao pagamento da compensação⁹³, mas não consegue aceitar que tenha lugar a qualificação tributária proposta. O autor defende que seria “anómalo” aceitar que se tratasse de um imposto que “revertesse a favor dos particulares, que fosse cobrado pelos seus representantes, que os termos dessa cobrança pudessem ser negociados entre as partes e, ainda, que a resolução dos litígios daí resultantes fossem resolvidos por arbitragem”. Enfim, conclui que as qualificações aventadas são insatisfatórias e aponta no sentido em que se verifica, afinal, uma figura *sui generis*⁹⁴.

Dias Pereira sustenta que esta é uma “figura de direito privado, consistindo numa compensação objetiva por fato lícito e independente da prova de prejuízos”⁹⁵ e, para efeitos económicos, muito próxima de uma medida fiscal⁹⁶. Resumindo: teria na sua génese uma obrigação de natureza jurídico-privada⁹⁷, que se manifestaria de forma análoga à de um mecanismo fiscal.

Os argumentos das posições enunciadas são ponderosos e é difícil apurar qual seja a qualificação correta.

No mesmo sentido que Dias Pereira e que o Conselheiro Araújo Torres tendemos para aceitar que subjaza à compensação uma natureza jurídico-privada, também pelo fato de a autonomia privada poder manifestar-se nos termos do artigo 75.º n.º 5 do CDADC.

Além disto, é de concluir que a compensação supõe uma contrapartida, na medida em que se justifica por causa da liberdade da cópia privada, por pessoa singular. De igual modo, o que a lei parece confortar nos artigos 76.º n.º 1 b) do CDADC ao fazer corresponder à cópia privada uma “remuneração equitativa”. A este respeito, não será errado assumir que o mesmo se extrai da Diretiva 2001/29/CE ao estabelecer no seu artigo 5.º n.º 2 alínea b) que os EM podem prever “exceções” ou “limitações” ao direito de reprodução “desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa” pelos prejuízos que daquelas possam resultar.

⁹² Porém, como se disse a respeito do acórdão do Tribunal Constitucional 616/2003, a norma que aplicava alguma receita a finalidades de interesse público foi declarada inconstitucional. A Lei n.º 50/2004 que introduziu alterações à Lei n.º 62/98 não contém nenhum preceito legal semelhante, pelo que não está hoje em vigor a afetação de que o autor fala.

⁹³ E aqui corrobora a primeira parte da posição de Oliveira Ascensão.

⁹⁴ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Sociedade da Informação”, in *Direito e Informação, Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, Lisboa*, 11 e 12 de Novembro de 2004, Lisboa, 2006, p. 13. Contudo, é de notar que não adianta muito mais o que seria essa figura.

⁹⁵ Vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 718.

⁹⁶ Em relação ao sistema coletivo.

⁹⁷ Pelas relações jurídicas que estão em causa, o titular de direitos, o consumidor da obra, ou o agente económico envolvido no sistema de remuneração coletivo, como o fabricante ou importador. Mas este é um ponto controvertido.

Parece, ainda, ser este o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia⁹⁸, que interpretando aquele artigo do diploma comunitário afirma que a “a compensação equitativa deve ser vista como a contrapartida do prejuízo sofrido pelo autor” pela “exceção da cópia privada”.

Concluimos que parece, contudo, não ser rigoroso falar em remuneração, quando o que está em causa é uma figura com a função de ressarcir os danos possivelmente causados. Nesse aspeto, é de apoiar a escolha feita pela diretiva⁹⁹.

Por outro lado, também será de acompanhar Dias Pereira quando defende estar perante “uma compensação objetiva”, pois a obrigação de pagar o seu montante tem lugar, independentemente, de os obrigados pretenderem reproduzir obras ou outro material protegido.

Portanto, parece-nos que a compensação equitativa é uma “figura de direito privado” que visa reparar os prejuízos resultantes de fato lícito e que dispensa a prova dos mesmos, como se verá.

6.3. O “possível prejuízo”

Quais são os possíveis prejuízos com que a compensação equitativa tem de se ocupar?

Segundo a Diretiva 2001/29/CE, a compensação visa compensar os possíveis prejuízos para o titular, resultantes da “exceção” da realização da cópia privada. É importante sublinhar que o prejuízo, que a compensação tem em vista, não é o que possa decorrer de cópia privada ilegal, isto é, aquela que não se insira na restrição ao direito de reprodução admitida. Por isso, a compensação em causa não responde perante situações que podem gerar prejuízo e que se traduzem numa cópia privada não legítima¹⁰⁰. Por outro lado, acresce ainda que a compensação não é devida se os prejuízos forem mínimos¹⁰¹.

Apesar de o acórdão *PADAWAN* ter vindo classificar a compensação equitativa como conceito autónomo do direito da União Europeia e afirmar que está assente no critério principal do “prejuízo” causado aos titulares, por causa da cópia para uso privado, não definiu o “harm”^{102 103}.

⁹⁸ No processo C-467/08 (o acórdão *Padawan SI vs SGAE*).

⁹⁹ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 31. No entendimento deste autor, não seria correto empregar “remuneração” porque não existe uma contrapartida do pagamento do montante da compensação.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, vide BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT, SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in the Digital Environment”, p. 36. É feito um alerta para que não se confunda, neste aspeto, a pirataria com a cópia privada enquanto legítima exceção. Esta é a única visada pela compensação.

¹⁰¹ Será cada vez mais o caso da cópia privada analógica? Indicamos nesse sentido pois, progressivamente, poucos prejuízos podem daí decorrer, em virtude de uma quase mínima e futuramente, quem sabe, nenhuma aplicação dos aparelhos e suportes analógicos para a realização de reproduções privadas.

¹⁰² No mesmo sentido cfr. ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, *January, Brussels, 2012*, p. 19.

Em nosso entender, uma vez que o ordenamento jurídico português tem de assegurar a compensação equitativa com base no prejuízo, consideramos oportuno que este seja definido em ordem a poder procurar o “justo equilíbrio” demandado pela Diretiva 2001/29/CE.

Como se poderá determinar o prejuízo?

Não parece rigoroso fazer corresponder uma cópia privada a prejuízo, porque não é verdade que os titulares sejam sempre atingidos por cada cópia que se faça¹⁰⁴. Isto é assim, uma vez que nem toda reprodução para uso privado equivale a uma aquisição de exemplar “autêntico”, caso aquela não pudesse ter sido realizada.

De igual modo, os benefícios que as tecnologias trazem; de reproduzir a baixo custo e com elevada qualidade, não só favorecem os beneficiários das restrições ao direito de reprodução dos titulares, mas valem também para estes sujeitos, já que lhes é possível, baixando os preços, manter uma margem de lucro igual¹⁰⁵ nas vendas dos exemplares que incorporam a obra protegida¹⁰⁶.

Desta forma, é ainda muito difícil delimitar o prejuízo de que fala a Diretiva 2001/29/CE. Esta indefinição parece enfraquecer o instituto da compensação equitativa.

Apontamos no sentido de que é uma lacuna que deve ser preenchida¹⁰⁷. Porque a compensação equitativa é um conceito autónomo, do direito da União, e deve ser uniformemente interpretado pelos Estados Membros. Logo, a ordem jurídica portuguesa carece de saber qual é o significado exato de prejuízo, que é, em relação à compensação, a outra face da moeda.

Contudo, por exigências de ordem teleológica, i.e. tendo em conta o sentido que se pode retirar deste “prejuízo possível” em função da compensação equitativa, doravante falar-se-á de prejuízo, querendo com isso significar os possíveis “danos emergentes e perdas de lucros cessantes”¹⁰⁸.

¹⁰³ Quanto ao tema do “prejuízo” no entendimento Comunitário, consultar: PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, “Levies in EU copyright law: an overview of the CJEU’s judgments on the fair compensation of private copying and reprography” in *Journal of Intellectual Property Law & Action* – Volume 12, Issue 7, 1 de julho de 2017, pp. 591-600. Sugere-se a leitura desta obra, para uma análise da jurisprudência produzida pelo Tribunal da União Europeia, até ao momento, sobre o presente tema. O Autor demonstra-nos como tem vindo a ser desenvolvido um modelo comunitário de “compensação equitativa” baseado na noção de danos sofridos pelos titulares de direitos.

¹⁰⁴ KAMIEL KOELMAN, “The levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM”, in *de toekomst van het auteursrecht, Bijdragen Symposium* 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom, Amsterdam, 2005, pp. 42-4. No mesmo sentido, vide DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, 2008 p. 551.

¹⁰⁵ À praticada até à proliferação dos instrumentos digitais.

¹⁰⁶ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, p. 551.

¹⁰⁷ Neste sentido, acompanha-se ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, Brussels, January, 2013, p. 19.

¹⁰⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1986, pp. 349 e ss. Os danos emergentes traduzem-se numa desvalorização do património, numa diminuição do ativo ou num aumento do passivo, enquanto que os lucros cessantes representam a frustração de um ganho ou, dito de outro modo, a situação de deixar de aumentar o ativo ou deixar de diminuir o passivo.

6.4. Critérios para a determinação da compensação equitativa

A Diretiva 2001/29/CE impõe aos EM que determinem a compensação em função de certos aspetos. Assim, cada legislador nacional deverá assegurar o seguinte¹⁰⁹.

A determinação da compensação deve variar em função das circunstâncias de cada caso¹¹⁰, só assim poderá ser equitativa^{111 112}. E, essa avaliação, é feita em função do possível prejuízo decorrente daquelas¹¹³.

Um fator específico que, obrigatoriamente, deverá ter-se em conta, é o nível de aplicação de medidas tecnológicas de proteção pelos titulares na comercialização das suas obras (no considerando 35 da diretiva). Apesar de o legislador português não ter, de forma expressa, mencionado a necessidade de calcular a compensação em função da aplicação de medidas tecnológicas de proteção, em conformidade com a diretiva deverá ser, porém, um critério a seguir.

Por exemplo, se o titular de direitos de autor decide proteger tecnologicamente uma obra musical, através de medidas anti-cópia no CD (onde a obra se incorporou), que impedem qualquer reprodução, então o montante a determinar deve ser menor.

No caso da utilização livre, os titulares estão obrigados a facultar os meios necessários para que o beneficiário realize essa reprodução para uso privado, como se viu. Então, apesar de ser menor, o titular poderá ter direito a compensação.

Só não será assim, se o prejuízo for mínimo.

Refere-se, nesta sede, outra nota. O prejuízo, em análise, não decorrerá do valor atribuído à cópia privada, feita por cada utilizador, e sim do que é estimado pela prática social da cópia com esse fim^{114 115}.

Entende-se que, por aqui, a compensação equitativa reflete a “socialização”¹¹⁶ patrimonial dos direitos de autor e conexos que a liberdade da cópia acarretou.

¹⁰⁹ Vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, p. 551.

¹¹⁰ Resulta da leitura do considerando 35 da Diretiva 2001/29/CE, vide BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT, SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of levies in the Digital Environment”, p. 2003, pp. 35-36.

¹¹¹ Só assim se poderia entender a palavra aplicada “equitativa”. Por exemplo, a capacidade de reprodução e de armazenamento dos equipamentos e suportes visados pela compensação equitativa, deverão refletir-se no valor.

¹¹² Para mais desenvolvimentos sobre a equidade cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Da Equidade (Fragmentos)”, *BFD*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004.

¹¹³ Ganhando a forma do *levy*, que será desenvolvido *infra*, esta orientação do considerando 35 implica que o legislador tenha em conta a capacidade concreta dos instrumentos sobre os quais vai incidir o valor a reverter a favor da compensação equitativa.

¹¹⁴ Também neste sentido cfr. ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, Brussels, January, 2013, p. 20, referindo que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *Padawan* (Processo C-467/08), deixou isso claro.

¹¹⁵ No mesmo sentido SEVÉRINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright : the uneasy accommodation of two conflicting logics”, 2008, p.356, quando diz: “The levies should amount to an approximate evaluation of the global prejudice endured by the right holders”. disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=severine_dusollier (data da última consulta: 26/02/2019)

¹¹⁶ Vide JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Liberdade e Exclusivo na Constituição”, *DI/VI*, 57 (= *Estudos sobre Direitos Fundamentais, CE*, Coimbra, 2004, 217-232), p. 65, remetido por ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 697.

De igual modo, as perdas patrimoniais provenientes da reprodução, individualmente considerada, poderiam resultar num valor mínimo e, por essa razão, os titulares deixariam de receber qualquer pagamento.

Agora quanto às medidas tecnológicas de proteção que devem ser apreciadas, para efeitos da determinação da compensação que cabe ao titular, convém distinguir de entre as que existem, aquelas que previnem qualquer reprodução, das que, não impedindo, em absoluto, limitam o seu número.

O que parece resultar deste critério, é que será menor a compensação cabida no caso de impedimento de toda e qualquer cópia, do que a que é atribuída em virtude do segundo tipo. Em todo o caso, o valor da compensação terá de refletir essa proteção tecnológica, e o nível daquela deve, pois, variar inversamente.

O formato digital permite a convergência de vários tipos de obra. E isto é uma novidade tecnológica ímpar. Lê-se um livro, ouve-se um álbum, vê-se um filme, uma fotografia, nessa plataforma¹¹⁷.

A sua incrível utilidade tem de ser devidamente atendida no cálculo do prejuízo possível, no sentido em que será maior o impacto económico para os interesses dos titulares, pelo menos para os que não recorram às MPT. Conclusão que, no nosso entendimento, resulta do disposto no considerando 39 da Diretiva 2001/29/CE.

Por outro lado, ressalve-se que a atribuição da compensação equitativa também se não verifica, se os titulares de direitos recorrerem a licenças pelas quais recebam um “pagamento específico ou separado”. A licença pode prever diversas utilizações, entre as quais a da reprodução para uso privado¹¹⁸ (cons. 35).

O que a diretiva impõe é que nesses casos o titular também não obtenha receita por via do *levy*.

Em jeito de síntese:

Se o titular recorrer a medidas tecnológicas de proteção que previnam a realização de qualquer cópia, isso terá de ser ponderado na determinação da compensação equitativa e o valor a receber, necessariamente, será menor.

¹¹⁷ Para uma análise sobre o digital e o Direito de Autor cfr. CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, “A convergência dos meios de comunicação e o Direito de Autor: tempos de mudança” in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2016, maio 2016, pp. 179-203.

¹¹⁸ Para um aprofundamento sobre um tipo de licenças que tem ganho popularidade, as chamadas Creative Commons cfr. RONALDO LEMOS, “Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual”, em *Direito GVI*, v.1, n.º 1, Maior, 2005, pp. 181-187. São licenças que contemplam diversas modalidades pelas quais conferem faculdades de utilização distintas ao licenciado. Desenvolvidas pelo norte-americano Lawrence Lessig têm o objetivo de, a uma escala mundial, incentivar os titulares de direitos a licenciar as suas obras promovendo por aqui a criação cultural.

Além disto, quando se trate de prejuízos mínimos, ou quando o titular de direitos licencia a obra e recebe pagamento, não terá lugar a percepção compensação equitativa por via da “taxa”¹¹⁹.

6.5. Interesses que a compensação equitativa visa equilibrar

A questão da liberdade da cópia privada recebeu a resposta da compensação equitativa, como meio de equilibrar os interesses que se seguem.

Pelo lado dos titulares de direitos encontram-se os de controlar as utilizações que se façam das suas obras e prestações protegidas, na medida, em que se vejam remunerados. Se tal não for possível, anseiam ser compensados pelos prejuízos que a livre cópia privada lhes causa¹²⁰.

Há porém titulares, que veem, diferentemente, os seus interesses atendidos em virtude da livre cópia¹²¹, pelo que também em relação a esses, a compensação equitativa não parece ser uma solução infeliz. Poderão ir mais longe e pretender que qualquer encargo por causa da cópia privada deva extinguir-se. E a compensação poderá ajustar-se a eles, na medida, em que, não querendo, podem não exercer o seu direito. Mas, parece-nos que serão mais frequentes os casos dos titulares que querem ver-se ressarcidos pelo prejuízo patrimonial que a utilização livre pode causar.

Por outro lado, podem colidir com os primeiros, os interesses dos utilizadores/consumidores que esperam realizar uma cópia livre e para um fim privado, vendo desta maneira possibilitada a sua liberdade de aprendizagem, de informação, de expressão, de criação cultural e de entretenimento¹²², sem cometerem nenhum ilícito por isso. A compensação permite dar resposta aos prejuízos dos titulares, ao mesmo tempo assegurando que a reprodução para uso privado fica livre de qualquer controlo.

Isto porque se, em virtude da defesa dos interesses dos titulares, se pusesse em marcha um sistema de controlo da realização de cópias de obra e material protegidos que é hoje, possível, isso equivaleria a admitir uma invasão da reserva da vida privada dos mesmos, cujo interesse em proibir se afigura legítimo e de ponderar.

¹¹⁹ No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 551.

¹²⁰ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 686.

¹²¹ O caso da banda *Radiohead*, que lançou o álbum *Tomorrow's Modern Boxes* num site de livre partilha de conteúdos, em sistema *peer-to-peer*. Notícia disponível em:

<http://www.publico.pt/culturaipilon/noticia/lider-dos-radiohead-lanca-novo-album-em-site-de-pirataria-1671074> (data da última consulta: 26/02/2019)

¹²² Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 686.

O controlo *online*, de que se fala, resulta do alojamento de agentes eletrónicos (“spy-ware”) no disco do computador, passando a pente fino e, indistintamente, os conteúdos nele colocados, sem mandato judicial¹²³.

Portanto, não deve ser admitido esse controlo a “eito”, a menos que se autorize uma vigilância sem par (e constitucionalmente muito questionável) em nome da defesa dos titulares dos direitos de autor e conexos¹²⁴. A este respeito, acompanhamos o entendimento de que é absurdo um sistema tecnológico de “*panótico ciberespacial* ou de *Big Brother* electrónico”¹²⁵.

6.6. A autonomia privada

Este é, sem dúvida, dos pontos mais intrincados que nos compete esclarecer.

E, em nossa defesa, poderemos dizer que a Diretiva 2001/29/CE goza de uma ambivalência que permitiu instalar uma convivência algo conflituosa entre o *levy* e a gestão individualizada de direitos¹²⁶.

Nesta sede, é oportuno, em primeiro lugar, apreciar o artigo 75º n.º 5 do CDADC, pois este preceito reporta-se precisamente à manifestação da autonomia privada neste domínio.

E convém partir-se para uma distinção entre duas hipóteses.

Por um lado, o caso de os titulares acordarem com os utilizadores sem recurso a medidas tecnológicas de proteção (anti-cópia), por outro a de estabelecerem acordos recorrendo a tais meios e pelos quais podem receber pagamentos diretos pelas utilizações, estando por isso já no seio de *Digital Rights Management* ou gestão individualizada de direitos. Sendo certo, que em nenhum dos casos o titular poderá proibir a reprodução para uso privado.

Na primeira situação, a base contratual não está protegida tecnologicamente contra a cópia pelo que o titular não a poderá controlar.

Diz então a lei que as partes podem acordar diretamente entre si o montante da “remuneração equitativa”¹²⁷ e ainda o modo como deva ser exercida a utilização livre. Então, se o titular quiser pode auferir de uma compensação equitativa por esta via. Para tal, deverá atender-se às circunstâncias do caso e o valor refletirá, nomeadamente, o número de cópias permitido e o tipo de obra que está em causa. Parece razoável concluir, deste modo, que a

¹²³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, 2005, p. 787. Cfr, igualmente ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 691.

¹²⁴ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 690.

¹²⁵ Idem, p. 691, remetendo também para JOSÉ DE FARIA COSTA, As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista, in *Direito Penal da Comunicação*, 1998, p. 162.

¹²⁶ Para duras críticas à diretiva vide BERNT HUGENHOLTZ, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, Published in [2000] *EIPR* 11, p. 501-502, disponível em: <http://dare.uva.nl/document/2/9021>. (data da última consulta: 26/02/2019)

¹²⁷ Anteriormente, já foi explicado que tendemos para acreditar que “remuneração equitativa” será o mesmo que “compensação equitativa”.

quantia que o titular recebe contratualmente deverá ser tida em conta na determinação do direito a obter por via do sistema coletivo de compensação. Pois os potenciais prejuízos são já, de certa maneira, confortados.

Parece, porém, pouco crível, em nosso entender, que os titulares recorram ao estabelecimento de uma remuneração equitativa contratualmente, quando podem não o fazer e obter assim rendimentos desprendidos de critérios de equidade e submetidos ao livre jogo de interesses.

Por outro lado, no caso da gestão individualizada de direitos digital, o titular dispõe de meios para exercer o controlo da cópia bem como para receber o pagamento direto pelas concretas utilizações. Aqui levantam-se mais interrogações, pois o enquadramento da gestão individualizada é um aspeto sensível.

Este modelo tem-se vindo a apresentar como verdadeiramente alternativo ao tradicional *levy*.

Segundo Moura Vicente, através dos *DRM* desapareceu o pressuposto da compensação equitativa que é a "insusceptibilidade do controlo individual"¹²⁸ sobre as utilizações da obras. Deverá então admitir-se que o titular componha os seus interesses, através dos *Digital Rights Management*. Consequentemente, a cópia privada pode ficar sujeita a uma remuneração. Além disto, indica que os titulares que apliquem uma gestão individualizada teriam, pelo menos de receber uma compensação equitativa menor. Porque os prejuízos possíveis, devido ao controlo de que se fala, seriam menores¹²⁹.

Aqui chegados, resta perguntar se por via da gestão individualizada de direitos, os titulares podem ou não colher uma compensação equitativa. E, neste sentido, se a compensação equitativa se considera assente na insusceptibilidade do controlo, não fará muito sentido falar de compensação obtida por meio desta gestão individualizada digital, onde o controlo das utilizações se verifica.

Mas dissemos que esta, no nosso entendimento, é uma matéria delicada. Pois, tendo em conta o que já foi dito em momentos anteriores, a proliferação dos *DRM* parece significar o fim da "socialização" dos direitos patrimoniais de autor, nesta medida. Portanto, estamos perante dois sistemas, chamemos coletivo ao *levy* e individual à figura *DRM*, que atualmente podem conviver e que representam lógicas distintas. Se no primeiro se verifica a compensação dos possíveis prejuízos pelas cópias privadas, no segundo está em causa o pagamento direto pelas mesmas.

Particularmente, sobre o fato de a cópia ser paga diretamente ao titular pelo utilizador, podemos concluir que aquele pode agora autorizá-la mediante pagamento.

¹²⁸ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Cópia privada e sociedade da informação", no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, pp. 14-15.

¹²⁹ Idem.

António Vitorino, nesta matéria, interpretando duas decisões proferidas pelo TJUE¹³⁰, concluiu que a compensação equitativa se prenderia ao prejuízo por reprodução não autorizada e, assim, extrai *a contrario* que não seria cabida compensação quando a utilização fosse consentida, porque nesses casos não haveria prejuízo. Deste raciocínio parece resultar que da gestão individualizada que autorize a cópia poderá não resultar prejuízo, porque ela é autorizada e bem assim se pressupõe que os titulares gozam da faculdade de a autorizar.

Porém, poderá não ser correto excluir a hipótese de estes titulares receberem qualquer compensação equitativa, uma vez que o controlo em causa ocorre no formato digital. Logo, continuam a estar sujeitos a prejuízo resultante de cópias analógicas.

Estamos perante um sistema de gestão que permite aos titulares autorizarem, quando a utilização livre dispensa o seu consentimento. Dir-se-á que a dispensa do consentimento pelo titular não implica que lhe seja proibido prestá-lo. Isto é, o titular pode autorizar, só não pode é proibir. E, agora, está em condições de dar o seu consentimento, porque a tecnologia lhe permite.

Em suma, os titulares podem estabelecer uma compensação equitativa por via contratual que deverá ter-se em conta para efeitos de determinação da compensação por meio da “taxa”. Além disto, os titulares podem aplicar um modelo de controlo direto, pelo qual recebem o pagamento das utilizações. Neste caso, também a compensação equitativa deverá ser necessariamente menor, pois em virtude de um controlo sobre as utilizações, o prejuízo possível visado pela compensação equitativa também é necessariamente inferior¹³¹.

Ora, uma das consequências desta forma de compensação indireta, de que já se falou, é a de não identificar os utilizadores, nem as cópias privadas que eles realizem. Por isso, só se poderá chegar a uma percentagem de receitas a atribuir através de sondagens, com o objetivo de tentar saber, quais serão as obras ou outros materiais protegidos mais copiados^{132 133}.

6.7. O devedor da obrigação da compensação

Quem deve pagar?

¹³⁰ Nos acórdãos: *Padawan vs SGAW* e *Stichting de ThuisKopie vs Opus*. Cfr. ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, January, Brussels, 2012, p. 7.

¹³¹ Para uma reflexão crítica quanto à questão da recolha e distribuição de receitas decorrentes da taxa consultar JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “A cópia privada e o seu regime de compensação” in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01- 2016, pp. 51- 64

¹³² Em Portugal, a recolha e distribuição das receitas geradas pelo “levy”, ao abrigo da Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro, é levada a cabo pela AGECOP.

¹³³ Uma conclusão tirada da leitura do regulamento de repartição de direitos e calendário anual de distribuições da Sociedade Portuguesa de Autores, que pode ser consultado no site: <http://www.spautores.pt/>.

A compensação equitativa deve assegurar um “justo equilíbrio” dos interesses¹³⁴, entre as diversas categorias de titulares e entre estes e os utilizadores do material protegido (cons. 31 da Diretiva 2001/29/CE). Dado que a figura se justifica, com base no possível prejuízo decorrente da cópia privada, então, em princípio, o devedor será a pessoa singular que pratica esse ato lesivo.

Porém, como há dificuldades práticas em identificar os utilizadores e obrigá-los a pagar o montante da compensação, o acórdão *Padwan*¹³⁵, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, veio esclarecer que a obrigação pode recair sobre os agentes económicos que disponibilizam os produtos atingidos pela “taxa”, porque estes agentes estão em condições de “passar” para o consumidor, que é a pessoa singular potencial utilizadora, o valor que financiará a compensação, ao incluí-lo no preço. Isto por via do fenómeno da repercussão. Assim, o consumidor suportará, no fim das contas, a compensação equitativa e o “justo equilíbrio” não será por esta via abalado.

Em conformidade com o acórdão avançado e de acordo com a lei, segundo o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 62/98, parece possível concluir que o devedor direto será o fabricante ou o importador, que estabelece o preço do produto e o consumidor é o devedor indireto, que acaba por financiar a compensação, em definitivo, se aquele não tiver absorvido esse encargo¹³⁶. Mas aquele continua a ser o devedor direto, porque o valor da “taxa” deve ser incluído no preço de venda ao público. Ou seja, aplica-se em relação ao preço estabelecido por estes agentes. Eles auferirão dessa quantia, num primeiro momento, e, de seguida, devem endereçá-la à AGECOP.

7. O futuro do *levy*

Algumas vozes têm indicado, o artigo 5.º nº 2 b) da Diretiva 2001/29/CE pretendeu iniciar um processo — intitulado “phasing-out” — de eliminação da aplicação do *levy* em relação à cópia privada digital¹³⁷.

¹³⁴ Dos titulares (entre as diversas categorias) e dos interesses dos utilizadores e como se verá os interesses dos agentes económicos envolvidos no *levy*,

¹³⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 29. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83635&doclang=PT> (data da última consulta: 26/02/2019)

¹³⁶ A mesma solução se verifica noutros países como, por exemplo, na Alemanha, em Itália e Espanha. cfr. BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT AND SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment”, 2003, p. 18.

¹³⁷ J. REINBOUHE, “The Legal Framework for Digital Rights Management”, *Digital Rights Management Workshop*, Brussels, February 2002, p. 28. Expressão que parece indicar que, a longo prazo, o impulso comunitário visa a extinção do *levy*. Mas isto é discutível. Cfr. também J. SAMMADDA, “Technical Measures, Private Copying and Levies: Perspectives on Implementation”, in *Tenth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy*, Fordham University School of Law, April, 2002 pp. 4–5.

Isto é, sustentam que a finalidade da permissão do recurso às medidas tecnológicas de proteção é a de, gradualmente, afastarem a necessidade de uma compensação, pelo fato de o prejuízo resultante da cópia privada ser cada vez menor.

Há, porém, autores que defendem que essa não é a intenção do preceito¹³⁸ e que o *levy* não estaria por aí comprometido.

Certo é que neste ponto, se verificam dois principais modelos que têm lógicas distintas.

De um lado a compensação equitativa, que geralmente se manifesta na “taxa” por cópia privada, a incidir sobre *hardware*, cujo pressuposto é o da insusceptibilidade do controlo individual da cópia¹³⁹. Do outro, o controlo direto sobre as utilizações, ao abrigo de uma gestão individualizada de direitos, proporcionada por meios e medidas tecnológicas de proteção¹⁴⁰.

Por nossa parte, é de identificar um carácter ambivalente da Diretiva 2001/29¹⁴¹. Ou seja, concluímos que o diploma terá querido recusar-se a optar por um ou outro sistemas, mostrando-se dividido entre “a imposição de um limite relativo às cópias privadas, acompanhado de um direito a uma compensação” e “um sistema de controlo destes titulares sobre o acesso e utilização da obra por via do emprego de medidas tecnológicas de proteção”¹⁴².

Não é de estranhar esta indecisão, pois não é obrigatório que os EM prevejam a “exceção” da cópia privada, sendo-lhe apenas permitido exercer essa faculdade, segundo o teor literal do artigo 5.º n.º 2.º da Diretiva 2001/29/CE. Além disto, a conclusão, no projeto inicial desta diretiva, preconizava a implementação, quanto ao âmbito digital, de modelos alternativos ao *levy* que passassem pelo controlo tecnológico das cópias a ser exercido diretamente pelos titulares, apontando para uma substituição do *levy* e não para uma convivência com ele¹⁴³.

Em relação à lei nacional, esta ambivalência também se faz sentir, já que nos casos de obras disponibilizadas em linha, através das quais os titulares obtêm pagamento pelas utilizações, podendo utilizar recorrer a medidas tecnológicas de proteção contra a cópia que não devem ser neutralizadas, nem no caso de uma utilização livre, segundo o disposto no artigo 222.º do CDADC.

¹³⁸ Cfr. SEVERINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics”, 2008, p. 357.

¹³⁹ Neste sentido cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 15.

¹⁴⁰ Para uma reflexão sobre o direito de autor da União Europeia no contexto da sua modernização e o papel do utilizador das obras protegidas cfr. INGUANEZ, DANIEL, “Considerations on the modernization of EU copyright: where is the user?” in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 12, Issue 8, 1-Ag. 2017, pp. 660–668.

¹⁴¹ No mesmo sentido cfr. CLÁUDIA TRABUCO, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, 2007, p. 51.

¹⁴² CLÁUDIA TRABUCO, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, 2007, p. 51.

¹⁴³ Cfr. BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT AND SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report, Amsterdam”, 2003 pp. 41-42. Neste ponto, os autores expõem um excerto do memorando de explicação sobre a proposta da Diretiva, numa fase inicial.

As proteções técnicas e o controlo individualizado assentam, deste modo, numa lógica diferente da que subjaz à compensação, e que não se traduz apenas no pressuposto da sua suscetibilidade do controlo das utilizações, de um lado, e a sua impossibilidade no outro. Os dois sistemas podem entrar em confronto, nomeadamente, gerando um potencial duplo pagamento e, também, no plano do enquadramento da cópia privada.

Ou seja, é de admitir a possibilidade de os utilizadores acabarem por “pagar” a exceção da cópia privada através da compensação e, por via direta, pagar uma segunda vez, ao mesmo titular, caso contratassem diretamente com ele.

Vitorino indica também a possibilidade de ocorrer o duplo pagamento. E, no seu entendimento, seria preciso contorná-lo. Nesta senda, propõe que, caso se reconheça a faculdade de receber um pagamento direto pelas utilizações sobre as obras, não lhe deveria ser atribuída qualquer compensação, prevenindo-se, assim, o problema. A ser de outro modo, afirma, verificar-se-ia o cenário do duplo pagamento, o que não seria aceitável para os consumidores.

Num outro sentido vai o entendimento de Dusollier. Para esta autora, a questão, antes de mais, estaria mal feita. Não decorreria o duplo pagamento, argumenta, porquanto a quantia diretamente atribuída por utilizações corresponderia a uma remuneração de um direito ao titular, por um uso determinado, enquanto que a compensação seria um valor ressarcitório¹⁴⁴.

A Diretiva 2001/29/CE parece reconhecer a possibilidade do duplo pagamento e tenta afastá-la com o suprimento de uma compensação, nos casos em que o titular se veja diretamente remunerado. Em especial, ao dizer que “nos casos em que os titulares já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo, como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado” (considerando 35).

Inclinamo-nos para aceitar a existência do problema, de acordo com as razões avançadas pelo primeiro autor.

Porém, parece que a compensação equitativa terá de continuar a verificar-se relativamente aos prejuízos resultantes de cópias analógicas, pois o controlo direto dirige-se sobretudo ao ambiente digital¹⁴⁵. Naturalmente que a compensação equitativa a ser atribuída ao titular deverá ser menor quando recorre a medidas tecnológicas de proteção e quando adquire remuneração direta pelas utilizações da obra.

Parece-nos adequado convocar o enquadramento que foi feito ao uso privado e reclamar uma ponderação de interesses constitucionalmente relevantes com os quais a livre cópia privada, em nosso entender, se relaciona ou confronta¹⁴⁶. Ou seja, os novos modelos não parecem resultar de uma ponderação entre os interesses dos titulares e os dos utilizadores,

¹⁴⁴ Vide, SEVERINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics”, 2008, p. 358.

¹⁴⁵ Pelo menos quando não for mínimo. No caso de prejuízo mínimo já se viu que não há lugar a compensação.

¹⁴⁶ Esta matéria convoca o exposto no enquadramento do uso privado avançado *supra*.

tais como os da liberdade de criação cultural, da propriedade privada, os da aprendizagem, os da expressão, os de informar e de ser informado. Assim, em vez de uma ponderação, parece ter lugar uma consideração de unilateral de interesses. O mesmo é dizer, que só os interesses dos titulares aparentam ser tidos em conta.

Por certo, que a liberdade de utilização de que se fala não se pressupõe gratuita. Tanto é assim, que hoje o consumidor paga um valor a título de uma compensação quando compra, por exemplo, memórias para armazenamento, discos externos e afins. No entanto, os valores das autorizações das utilizações livres não devem significar valores praticados ao abrigo de um direito de exclusivo.

Dito isto, não se fique com a ideia de que é aqui defendida a rejeição das medidas tecnológicas de protecção, nem tão pouco a supressão dos sistemas de gestão eletrónicos.

É, aliás, de assinalar que os próprios consumidores têm mostrado o seu agrado por alguns novos modelos no mercado digital, pelos quais, negociando diretamente com os titulares, satisfazem os seus interesses.

Em favor desta autonomia privada, reconhece-se a possibilidade de existência de licenças que podem oferecer condições mais vantajosas do que as que teriam lugar no caso do *levy* obrigatório por cópia, na medida em que podem ser estabelecidas utilizações mais dilatadas ou mais satisfatórias para os interesses de ambas as partes¹⁴⁷.

Não será de todo errado dizer que o que é cada vez mais popular entre os consumidores/utilizadores não passa já pelo *hardware*, mas antes ocorre num lugar intangível: o dos conteúdos trocados, reproduzidos e acedidos *online*¹⁴⁸.

Tendo em conta as potencialidades das alternativas viáveis que se apresentam diante dos titulares, não parece pois que, ao menos, não se possa fazer uma reflexão. Porque as coisas estão a mudar. Consubstanciará esta nova realidade tecnológica um "prolongamento natural dos direitos exclusivos"¹⁴⁹? Se o livre arbítrio pautar a decisão sobre os valores das remunerações pela livre cópia privada, parece-nos plausível concluir afirmativamente.

No nosso entendimento, isto requer cuidado e uma análise à luz do enquadramento do próprio uso privado. Porque se se optar por uma aposta nos modelos de controlo, não olhando ao enquadramento que se sugere, ter-se-á de admitir que a utilização livre poderá ser letra morta. O que a nosso ver é de lamentar, atendendo ao sentido e à razão de ser do artigo 75.º n.º 2 alínea b) *in fine* do CDADC.

¹⁴⁷ Segundo ANTÓNIO VITORINO, "Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies", January, Brussels, 2012, p. 5.

¹⁴⁸ ANTÓNIO VITORINO, *ob. cit. supra*, p. 5. Por exemplo, através do protocolo de acesso ao conteúdo protegido e o do armazenamento nas memórias dos aparelhos do utilizador.

¹⁴⁹ Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, pp 623 e seguintes.

Receamos o risco de, no plano digital e *online*, tudo ficar incluído no controlo do acesso, do uso, da distribuição de informação e de conhecimento, hoje possível por estas novidades tecnológicas^{150 151}.

Um aspeto delicado que a gestão individualizada de direitos tem levantado é a da possível ingerência, possibilitada por alguns *Digital Rights Management*, na privacidade dos utilizadores. Isto é, através dos meios tecnológicos, de que alguns tipos de gestão individualizada dispõem, pode ser processada por eles a informação pessoal relativa aos utilizadores e aos seus hábitos em linha.

Por esta razão, tem-se defendido a utilidade de mecanismos tecnológicos capazes de preservar a privacidade de quem utiliza as obras na plataforma digital. São conhecidas por *Privacy-enhancing Technologies (PET)*, passando por ferramentas que visam garantir a privacidade dos utilizadores, na medida em que previnem que a sua informação pessoal seja processada por *DRM*¹⁵². E de entre as existentes, há já “ferramentas” que possibilitam aos utilizadores manter o seu anonimato pela escolha de um pseudónimo, pelo qual estabelecem relações com os titulares.

Sobre a ambivalência entre uma e outra respostas à cópia privada, o que esperar?

No momento presente, a determinação da compensação equitativa a caber aos titulares deve ter em conta a aplicação das medidas tecnológicas de proteção e, ainda, se o titular geriu individualmente as utilizações por elas recebendo pagamento. Na última hipótese, a compensação não deve ser atribuída, em princípio, se não decorrerem possíveis prejuízos no âmbito da cópia privada analógica.

Por outro lado, dadas as particularidades que já vimos, alguns autores sugerem que o legislador tenha em conta a realidade tecnológica no momento em que determina o *levy*. Isto é, quando decide sobre quais os equipamentos e os suportes a abranger pelo *levy*, argumentam que o legislador não o deve expandir para os objetos digitais, porque, em princípio, se consideraria mínimo o prejuízo possível decorrente da cópia privada digital¹⁵³.

Reinbothe sustenta mesmo que a escolha, entre um e outro sistemas, um individual e outro coletivo, deverá ser feita pelo mercado, de acordo com a vontade dos titulares¹⁵⁴.

Certo é que hoje estes sistemas coexistem e isto deve ser objeto de reflexão para o legislador nacional.

¹⁵⁰ Nesta matéria, há autores que não hesitam em invocar a função social dos limites à liberdade de informação (que inclui obras protegidas) cfr. SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A proteção da informação – História de uma evolução darwiniana e da ascendência tecnológica” in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, 50 anos de Vida Universitária*, maio 2016, pp. 577-599. A mesma Autora alerta para o seguinte “Esta função social terá de ser identificada não apenas nas regras jurídicas que limitem directamente a liberdade de informação como ainda naquelas que permitam a sua limitação por outros instrumentos, nomeadamente por meios tecnológicos” (pág. 599).

¹⁵¹ RUTH OKEDJIL, “International Copyright System: Exceptions, Limitations and Public Interest Considerations for Developing Countries”, 2006, p.10.

¹⁵² Sobre este assunto vide BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT AND SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report”, Amsterdam, 2003, p. 33.

¹⁵³ *Idem* p. 37.

¹⁵⁴ JÖRG REINBOTHE, “Die Umsetzung der EU-Urheberrechtstrichtlinie in deutsches Recht”, ZUM 46, n.º 1, 2002, p. 49.

Da nossa parte, aponta-se no sentido de uma rejeição de um direito de exclusivo absoluto dos titulares sobre as obras, em razão de isso poder “eclipsar” a utilização livre¹⁵⁵.

Pelo que, não desaproveitando estas vias do controlo direto, deve poder certificar-se que não se desprezam os valores e interesses já avançados. Parece-nos de apoiar para já a oportunidade do *levy* quanto ao digital, não o deixando ultrapassado e confinado apenas aos meios analógicos. Mas ele deve acompanhar a evolução e o impacto da tecnologia e dos modelos de gestão. Por outro lado, a longo prazo, não excluimos a hipótese de o *levy* perder a sua validade, apesar de acharmos que agora a tem.

8. Outras dúvidas sobre a compensação equitativa no CDADC

Importa fazer algumas observações em relação à lei nacional. Têm elas a ver, essencialmente, com as dúvidas levantadas acerca da redação do artigo 75.º n.º 5 do CDADC, quando esta disposição menciona a exclusão dos atos previsto no n.º 1 do artigo 75.º do CDADC, como se esta exclusão pudesse estar sujeita também a “remuneração equitativa, acordada diretamente, pelos titulares e os interessados”.

É que a norma do n.º 1 do artigo 75.º do CDADC prevê a exclusão do direito de reprodução dos atos de reprodução temporária “que sejam transitórios, episódicos ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham em si, significado económico, incluindo, na medida em que cumpram as condições expostas, os atos que possibilitam a navegação em redes e a armazenagem temporária...”.

O preceito é longo e muito emaranhado. Mas podemos concluir inequivocamente que essas reproduções estão excluídas do direito de reprodução e, por isso, segundo o mesmo artigo e o que resulta do artigo 76.º do CDADC, não será devida qualquer compensação por reproduções desse tipo, pelo que tão pouco podem ser objeto de acordos que regulem o seu montante, como é sugerido pelo n.º 5 do artigo 75.º do CDADC.

9. Notas Conclusivas

Antes das conclusões, propriamente ditas, convém reter os seus pressupostos.

O direito de reprodução do titular tem como limite a utilização livre da cópia para uso privado, prevista no artigo 75.º n.º 2, alínea b), *in fine* do CDADC, a qual desencadeia e

¹⁵⁵ Neste sentido cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 632.

justifica a atribuição ao titular de uma compensação equitativa. E esta restrição ao direito tem ainda de ser conforme com a regra dos três passos.

A compensação equitativa manifesta-se principalmente através de uma “taxa” a que se dá o nome *levy*, estabelecida no artigo 82.º do CDADC e regulada na Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que foi alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto e pela Lei n.º 49/2015 de 5 de junho.

A utilização livre em causa é, segundo o nosso entendimento, resultado de uma ponderação de interesses e valores social e constitucionalmente relevantes.

Em relação à cópia privada, duas considerações são precisas.

Em primeiro lugar, assumimos que a cópia privada digital pode causar um maior impacto económico nos interesses do titular do que o que resulta da cópia por meios analógicos. Além disto, sublinhamos a existência de medidas tecnológicas de proteção que permitem ao titular exercer um controlo efetivo sobre as reproduções da obra no âmbito digital. E reconhecemos ainda, neste domínio, que o titular dispõe de modelos de gestão individualizada dos direitos, que se reconduzem ao fenómeno denominado *Digital Rights Management*, pelos quais se pode ver diretamente remunerado pelas utilizações das obras.

Partindo desta para o rol de conclusões que se seguem.

Quanto à controvertida e controversa qualificação da natureza jurídica, inclinamo-nos para aderir à posição doutrinal que sustenta ter a compensação equitativa a sua génese numa relação de natureza jurídico-privada, visando a reparação de um prejuízo causado por um ato lícito e que a compensação pode ser um instituto adequado para responder às particularidades deste direito patrimonial do titular.

Esta compensação é, no nosso entender, uma figura importante para tentar equilibrar os interesses conflitantes dos utilizadores e dos titulares. Porém, ela enfrenta alguns desafios.

O conceito do “possível prejuízo”, pedra angular da compensação equitativa, deverá ser clarificado no quadro comunitário, porque tal indefinição projeta-se no regime da compensação. Assumimos que a compensação tem de ser a contrapartida da utilização livre. Porém, acreditamos que o esquema “levy” pode não conseguir assegurar plenamente a ligação direta que entendemos necessária entre a “exceção” da cópia privada e a compensação equitativa¹⁵⁶.

Em relação à convivência entre o *levy* e a gestão individualizada de direitos, verificamos a existência de duas lógicas ou vias distintas. A primeira assenta na insusceptibilidade do controlo das utilizações das obras e, além disto, na preservação de interesses que se prendem com a própria “exceção”. Por seu turno, à gestão eletrónica individualizada subjaz a

¹⁵⁶ Não faltam críticas consistentes da figura da “taxa” da cópia privada, que apontam para o insucesso daquela por não servir verdadeiramente os interesses dos autores e artistas e por se basear em pressupostos indemonstráveis. Como exemplo de uma alternativa ao “levy”, veja-se DAVID COIMBRA PAULA, “A cópia para uso privado e a compensação equitativa da diretiva 2001/29/CE à lei n.º 49/2015 de 5 de junho”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2017, pp. 33-67. Este autor defende a criação de uma “taxa” que incida sobre os próprios conteúdos originais, em vez de ter por base objectos de armazenamento e reprodução.

suscetibilidade do controlo das utilizações das obras e a possibilidade de o titular obter por elas um pagamento direto. Mas notamos que poderá não ter em atenção os valores com que a primeira se preocupa. Em todo o caso, reconhecemos que os *Digital Rights Management* ganham cada vez mais popularidade e que poderão satisfazer as necessidades das partes¹⁵⁷.

A utilização livre também se deverá verificar no âmbito do digital, sob pena de se perigarem interesses social e constitucionalmente relevantes, como os atinentes à liberdade de informação, de expressão, de aprender, de ensinar e da própria liberdade cultural.

Tendemos para desconfiar de uma tendencial absolutização dos direitos de autor e conexos levada a cabo pelas tecnologias.

E concluímos do seguinte modo.

Inviabilizar *de facto* a utilização livre da cópia nos termos indicados, poderá constituir um obstáculo à própria realização cultural de uma sociedade e um muro perante os interesses convocados. A reprodução, em si mesma, não representa o desfrute do bem cultural, mas feita para uso privado corresponde ao ato que possibilita o gozo da obra ou da prestação protegida, no seio familiar ou análogo, desprovida de quaisquer propósitos comerciais.

Bibliografia

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2012

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Função social do Direito Autoral e as limitações legais", *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pr. Bruno Jorge Hammes*, Luís Gonzaga Silva Adolfo/Marcos Wachowitz (org.), Curitiba, Juruá, 2007, pp. 85-112

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?", in AA. VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Jorge Miranda, Luís Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente (coord.), vol. I, Almedina, 2005, 787-795

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "A transposição da diretiva n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da Informação", Vol. XLIII, 2002, *RFDL*, pp. 9 e segs

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "A Lei n.º 49/2015 de 5 de Junho, em matéria de cópia privada e compensação equitativa e a não consideração do "veto" do Presidente da República" in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2015

AKESTER, PATRÍCIA, *Direito de Autor nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Coimbra: Almedina, 2013

¹⁵⁷ Para uma crítica arrasadora da "taxa" por cópia privada, a propósito da aprovação da Lei n.º 49/2015 de 5 de junho ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "A Lei n.º 49/2015 de 5 de Junho, em matéria de cópia privada e compensação equitativa e a não consideração do "veto" do Presidente da República" in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2015, pp. 343-354

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, "A convergência dos meios de comunicação e o Direito de Autor: tempos de mudança" in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2016

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, "A proteção da informação – História de uma evolução darwiniana e da ascendência tecnológica" in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, 50 anos de Vida Universitária*, maio 2016

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa—Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, "Liberdade e Exclusivo na Constituição", *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 222-223

COSTA, JOSÉ DE FARIA, "As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista", in *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 143-177

DUSOLLIER, SÉVERINE / CAROLINA, KER, "Private copy levies and technical protection of copying: the uneasy accommodation of two conflicting logics" in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Estelle Derclaye (org.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Inc, 2009, pp. 349-372.

DUSOLLIER, SÉVERINE, "Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique — Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres", *Création Information Communication*, Vol. 10, Bruxelles, Larcier, 2005

GEIGER, CHRISTOPHE, "The Role of The Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", *e-Copyright Bulletin*, UNESCO, 2007

GONÇALVES, NUNO, "A transposição para a ordem jurídica portuguesa da directiva", *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra Editora, 2006

GINSBURG, JANE C., "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions", *Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies*, n.º 181, New York, Columbia Law School, 2001

GUIBAUT, LUCIE, "Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d'auteur et la société de l'information", 2003, *Cahiers de propriété intellectuelle*

HUGENHOLTZ, BERNT / GUIBAUT, LUCIE / GEFFEN, SJOERD VAN, "The Future of Levies in a Digital Environment: final report", 2003, *IVIR*, pp. 1-71

HUGENHOLTZ, BERNT, "Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid", Vol.11, 2000, *EIPR*

INGUANEZ, DANIEL, "Considerations on the modernization of EU copyright: where is the user?" in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 12, Issue 8, 1-Ag. 2017

KOELMAN, KAMIEL J., "The levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM", 2005, *de toekomst van het auteursrecht, Bijdragen Symposium 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom*, pp. 1-12

- KOELMAN, KAMIEL J., "A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological measures", 2000, *EIPR*
- KOELMAN, KAMIEL J., Kamliel J., "Fixing the Three-step-test", 2006/8, *EIPR*
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011
- LEMONS, RONALDO, "Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual", v.1, n.º 1, Maior, 2005, em *Direito GVI*
- OKEDJII, RUTH, "International Copyright System: Exceptions, Limitations and Public Interest Considerations for Developing Countries", *United Nations Conference on Trade and Development*, n.15, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2006, pp. 1-52
- PAULA, DAVID COIMBRA, "A cópia para uso privado e a compensação equitativa da diretiva 2001/29/CE à lei n.º 49/2015 de 5 de junho" *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01-2017
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa", 2013, *Revista da ABPI*, N.º 123 MAR/ABR
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "Da Equidade (Fragmentos)", *BFD*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "Direito de Autor, liberdade electrónica e compensação equitativa", *BFD*, 2005
- PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, "Levies in EU copyright law: an overview of the CJEU's judgments on the fair compensation of private copying and reprography" in *Journal of Intellectual Property Law & Action* –Volume 12, Issue 7, 1 de julho de 2017
- PINTO, PAULO MOTA, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", vol. LXIX, *BFDUC*, 1993, pp. 540-54
- QUINTAIS, JOÃO / RENDAS, TITO, "EU Copyright Law and the Cloud: VCAST and the intersection of private copying and communication to the public" in *Journal of Intellectual Property Law & Action* – Volume 13, Issue 9, 1 September 2018
- REBELLO, LUÍZ FRANCISCO, *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos— Anotado*, 3.ª Edição, Âncora, Lisboa, 2002
- REINBOTHE, JÖRG, "The Legal Framework for Digital Rights Management", 2002, *Digital Rights Management Workshop, Brussels*

REINBOTHE, JÖRG, "Die Umsetzung der EU-Urheberrechtstrichtlinie in deutsches Recht", nº 1, *ZUM*, 2002

SAMMADDA, J., "Technical Measures, Private Copying and Levies: Perspectives on Implementation", in *Tenth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy*, Fordham University School of Law, 2002

TELLES, INOCENCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1986

TRABUCO, CLÁUDIA, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006

TRABUCO, CLÁUDIA, "Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais", 2007

VICENTE, DÁRIO MOURA, "Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia" in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012

VICENTE, DÁRIO MOURA, "Cópia privada e sociedade da informação", no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, "A cópia privada e o seu regime de compensação" in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01- 2016

VITORINO, ANTÓNIO, "Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies", Brussels, 2012, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional

— Acórdão n.º 616/2003 de 16-12-2003, Processo n.º 340/99

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

— Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) em 21-10-2010, Processo n.º C-467/08.

— Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) em 11-7-2013, Processo n.º C- 521/11

— Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) em 10-4-2014, Processo n.º C-435/12

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

— Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30-3-2011, Processo n.º 1788/04.5JFLSB.C1

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça Alemão (BGH)

— O Acórdão do Bundesgerichtshof de 18-5-1955.

— O Acórdão do Bundesgerichtshof de 25-5-1964

Lista de siglas e abreviaturas

ADPIC/TRIPS- Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio

BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CDADC- Código do Direito de Autor e Direitos Conexos

Cons.-considerando

Cfr.- conferir

CRP- Constituição da República Portuguesa

DSI- Direito da Sociedade da Informação

DRM- Digital Rights Management

Ed.- edição

EIPR- European Intellectual Property Review

EM-Estados-Membros

IGAC- Inspeção-Geral das Atividades Culturais

IVA- imposto de valor acrescentado

MTP- Medidas Tecnológicas de Proteção

MP- Ministério Público

Ob.cit.- obra citada

OMPI- Organização Mundial da Propriedade Intelectual

RFDUL- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Glossário

Digitalização: A colocação de um conteúdo sob uma configuração que possibilita a sua utilização em computador.

Digital Rights Management: Trata-se de sistemas que permitem a gestão de direitos e a administração dos pagamentos numa base direta e individualizada entre o titular e o utilizador interessado, por meios digitais.

Download: Em português, o carregamento descendente corresponde à transferência para um computador de um ficheiro que se encontra armazenado remotamente noutra lugar, como num servidor *Web*. É uma reprodução juridicamente relevante.

Hardware: Hardware é a parte física de um computador formada por componentes eletrónicos, nomeadamente, circuitos de fios e luz, placas, utensílios, correntes, e qualquer outro material físico.

MTP: Constituem tecnologia que possibilita o controlo/impedimento ao acesso, à reprodução e/ou de outras utilizações do conteúdo digital. Por exemplo, são m.t.p. os dispositivos anti-cópia incorporados em certos suportes digitais (CD).

Upload: Ou carregamento ascendente significa a colocação de dados por um utilizador da Internet, num servidor de destino. Equivale a uma reprodução de dados para os colocar em rede.

Peer-to-peer (P2P): São sistemas na rede que permitem que os seus utilizadores partilhem dados digitalizados quando conectados à Internet (*online*). O objetivo deste sistema é trocar conteúdo e informação. Porém, constituirá um problema porque entre esse conteúdo partilhado pelos utilizadores — que não têm de conhecer-se entre si, e é potencialmente ilimitado o seu número — pode constar material protegido por direito de autor.

Software: É o suporte lógico que representa o fornecimento de instruções ao *hardware*, como por exemplo, um programa de computador.

(texto submetido a 11.02.2019 e aceite para publicação a 22.02.2019)