



1910-2010

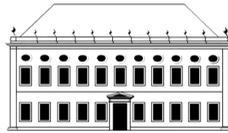
**COMUNICAÇÃO  
E EDUCAÇÃO  
REPUBLICANAS**

**R**

Ana Teresa Peixinho  
Clara Almeida Santos

COORDENAÇÃO

(Página deixada propositadamente em branco)



D O C U M E N T O S

EDIÇÃO

**Imprensa da Universidade de Coimbra**

URL: [http://www.uc.pt/imprensa\\_uc](http://www.uc.pt/imprensa_uc)

Email: [imprensauc@ci.uc.pt](mailto:imprensauc@ci.uc.pt)

Vendas online: <http://www.livrariadaimprensa.com>

CONCEPÇÃO GRÁFICA

**António Barros**

INFOGRAFIA

**Carlos Costa**

REVISÃO

**Maria da Graça Pericão**

ISBN

**978-989-26-0106-9**

OS DIREITOS DE AUTOR E A EDUCAÇÃO NA REPÚBLICA ELECTRÓNICA  
(ENTRE O ACESSO E A EXCLUSÃO)

**Introdução**

As tecnologias da informação e da comunicação colocam ao dispor da educação ferramentas de grande utilidade em termos de acesso a informação e de divulgação e processamento de conteúdos informativos. Todavia, por razões legais, a informação não pode circular livremente na Internet. Em especial, os direitos de autor e conexos conferem aos respectivos titulares o poder de autorizar ou proibir a prática de actos de reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras ou prestações protegidas. Por essa razão, informação que de outro modo poderia circular livremente nas redes fica sujeita a controlo por parte dos titulares de direitos.

Ora, tendo em conta o novo paradigma tecnológico, impõe-se questionar: serão os direitos de autor um instituto anacrónico, isto é, desfasado da realidade e em contra-corrente com o nosso tempo? Como preservar a protecção dos criadores intelectuais e, ao mesmo tempo, assegurar o acesso para fins educativos às obras e prestações protegidas?

É nossa convicção que o futuro da República electrónica – que tem na Internet a sua *Praça* central – passará em boa medida pela resposta que se encontre a esta questão. Razão pela qual dedicámos a nossa tese de doutoramento à tensão entre direitos de autor e liberdade de informação (Pereira 2008). Este trabalho passa em revista sucintamente a história da protecção legal dos direitos de autor em Portugal e indaga de que modo a educação justifica limites aos direitos de autor no quadro das utilizações livres de obras protegidas. Além disso, é feita referência ao papel dos

provedores de serviços da Internet no quadro da possível suspensão de acesso à rede. Termina com breve apontamento sobre a compensação equitativa pela livre reprodução.

### § 1. Dos privilégios de impressão à propriedade literária e artística

Os direitos de autor sucederam historicamente aos privilégios de impressão, enquanto instrumento de regulação de uma nova e poderosa tecnologia: a imprensa de Gutenberg. A invenção da imprensa é atribuída aos chineses (c. 600 d.c.), embora os caracteres hieróglifos da sua língua não tenham facilitado a expansão da imprensa na China. Na Europa, a utilização do alfabeto fenício terá sido um factor determinante do êxito da imprensa. Fala-se por isso, com propriedade, da ‘invenção chinesa da Europa moderna’ (Levinson, 1998: 47).

A tecnologia dos caracteres móveis de impressão, aplicada ao alfabeto fenício, tornou possível a reprodução de obras e a difusão de informação a uma escala até então desconhecida. ‘Entre a publicação do primeiro livro impresso segundo o novo método (o saltério de Mainz de 1457) até 1500 terão sido produzidos nas prensas europeias cerca de 15 milhões de exemplares, numa média diária de 1300 livros’ (Bebiano, 1999: 473).

A cópia de livros, antes feita à mão pelos monges, realiza-se agora maquinalmente. A imprensa torna possível a indústria e o comércio de livros e, ao mesmo tempo, potencia a divulgação de, e o acesso a, informação e conhecimento. Ora, tendo em conta, quer o valor económico da imprensa enquanto factor gerador de riqueza, quer o seu valor político enquanto instrumento de disseminação de informação e de novos pensamentos que poderiam abalar a ordem natural do cosmos e da sociedade – recorde-se Galileu ou a publicação da Bíblia em alemão -, o poder soberano reservaria para si o exclusivo da utilização desta tecnologia, subordinando a sua exploração à obtenção prévia de privilégio de impressão e venda de livros. ‘As autoridades políticas e religiosas desde cedo procuraram subordinar a imprensa aos seus próprios desígnios, dessa forma minimizando o seu poder de articulação do poder crítico’ (Machado, 2002: 40).

### 1.1. Da imprensa à primeira lei do *copyright*

O direito de autor como propriedade dos criadores sobre obras literárias foi legalmente consagrado pela primeira vez em Inglaterra pela Lei da Rainha Ana (1710) que estabeleceu o *copyright* ‘para o encorajamento da aprendizagem’. A concepção anglo-saxónica do *copyright* como instrumento de promoção da aprendizagem foi retomada no preâmbulo da lei sobre o *copyright* do Estado de Massachussets de 1783. Dois anos passados sobre a Revolução Francesa, e a conseqüente abolição dos privilégios, incluindo o privilégio de imprimir e vender as obras, deve-se a Le Chapelier a referência à protecção da criação do espírito como: ‘La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je peux parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain’. Esta concepção estaria na base das chamadas leis revolucionárias francesas de 1791 e de 1793.

### 1.2. Marcos históricos da protecção legal dos direitos de autor em Portugal

Os direitos de autor, enquanto tais, existem na ordem jurídica portuguesa há pouco mais de século e meio, por força das Revoluções Liberais de oitocentos (Biblioteca Nacional, 1994: 13-7). Almeida Garrett referia-se então à propriedade literária como “a mais indefesa, porém... a mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades, a que se cria pela inteligência, e pelo espírito imortal do homem”.

Enquanto direitos exclusivos de exploração económica, os direitos de autor são herdeiros dos privilégios de impressão e de venda de livros que se praticavam no Antigo Regime, no contexto da ‘estadualização’ ou regulação pública do comércio (Marcos, 2001: 655).

Para começar, os *privilégios de impressão e venda* de livros eram concessões do poder régio destinadas a permitir a utilização da imprensa. Por via dos privilégios, o poder régio obtinha tributos e, além disso, controlava a divulgação de informação através dos livros. A tradução do livro de Marco Polo (Lisboa, 1502), de Valentim Fernandes, terá sido o primeiro privilégio concedido em Portugal, ostentando na folha de rosto ‘sob o privilégio del Rey nosso Senhor, que nenhum faça a impressão deste livro, ne lo venda em todollos se regnos senhorios sem licença de Valentim Ferndandez sopena conteuda na carta do seu privilegio.’ Mais tarde, a 20 de Fevereiro

de 1537, por Alvará, D. João III outorga a Baltazar Dias um privilégio para imprimir e vender as suas obras (de que é autor).

A passagem dos privilégios de impressão e comércio à propriedade literária e artística dos autores começou por ser obra do constitucionalismo português de oitocentos. A Carta Constitucional de 1826 refere os direitos dos inventores no art. 145.º, § 24, reconhecendo aos inventores ‘a propriedade das suas descobertas ou das suas produções’. A Constituição de 1838 acrescenta os direitos dos escritores, consagrando-os como direitos naturais e não como instrumentos de promoção da aprendizagem e do progresso das artes utilitárias. Nos termos do art. 23.º, § 4, da Constituição de 1838: ‘Garante-se aos inventores a propriedade das suas descobertas e aos escritores a de seus escritos, pelo tempo e na forma que a lei determinar’. Além disso, no ensino do direito era já incluído o ‘Direito das Artes Uteis e das Bellas Artes’ (Ferrer, 1883: 50).

Almeida Garrett seria o principal mentor da consagração legal dos direitos de autor em Portugal, à semelhança de Pierre-Auguste Caron de Beaumarchais em França (Rebello: 1999, 11). De modo a concretizar o comando constitucional, o ‘pai’ do direito de autor português apresentou um projecto de lei às Cortes, a 18 de Abril de 1839, discutido em 1840 e aprovado em 1841, ‘mas nunca convertido em lei devido à oposição do Senado e da Rainha’ (Biblioteca Nacional, 1994: 16)

A primeira lei portuguesa da propriedade literária seria a Lei de 18 de Julho de 1851. De algum modo, a aprovação desta lei destinou-se a estabelecer no direito português direitos que Portugal se comprometera a respeitar por força da Convenção celebrada com a França (12/4/1851), tendo posteriormente celebrado Convenções sobre propriedade literária com outros países, nomeadamente com a Santa Sé (1860), a Bélgica (1880) e a Espanha (1881). A propriedade literária estava na base do sector da indústria e comércio de livros e outras publicações, bem como dos espectáculos públicos, com crescente importância económica, social e cultural. De resto, as empresas deste sector seriam qualificadas como comerciais nos termos do art. 230.º do Código Comercial, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, designadamente promotores de espectáculos públicos, editores e livreiros (4º e 5º), com exclusão todavia do autor que editar, publicar ou vender as suas obras (§ 3º). Posteriormente, a Lei 1851 foi substituída pelo Código Civil de Seabra (artigos 570º a 612º).

Em 1911, já no regime republicano, deu-se a adesão de Portugal à Convenção de Berna. Em vista da exigência desta Convenção e dos progressos dos novos meios

tecnológicos de utilização de obras literárias e artísticas, seria adoptado o Decreto n.º 13725, de 27 de Maio de 1927, que aprovou um novo regime legal dos direitos de autor, em cujos trabalhos preparatórios se destacam Júlio Dantas e Cunha Gonçalves.

Ao Decreto de 1927 sucedeu o Decreto-Lei n.º 46980, de 27 de Abril de 1966, que codificou o regime legal dos direitos de autor, aprovando o (primeiro) Código do Direito de Autor, no quadro das reformas legislativas em curso. O Código do Direito de Autor de 1966 teve por base um projecto já de 1953, o qual se apoiava na Convenção de Berna, na Lei italiana de 1941 e no projecto Escarra que estaria na base da lei francesa de 1957.

A Constituição de 1976 enquadrou os direitos de autor na liberdade de criação cultural. Neste período foram aprovados, para ratificação ou adesão, vários instrumentos internacionais, nomeadamente: a Convenção que institui a OMPI (DL 9/75, 14/1), o Acto de Paris da Convenção de Berna (DL 73/78, 26/7), a Convenção Universal (DL 140-A/79, 26/12) e, mais tarde, a Convenção de Roma (Resolução da AR 61/99).

O Código de 1966 manteve-se em vigor até 1985, ano em que foi aprovado o novo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC), pelo DL 63/85, 14/3, e imediatamente alterado pela Lei 45/85, 17/9, e mais tarde, pela Lei 114/91, 3/9. Posteriormente, de modo a transpor directivas comunitárias, foi alterado pelos Decretos-Lei 332/97 e 334/97, ambos de 27/11 (aluguer e comodato e prazo de protecção), pela Lei 50/2004, 24/8 (direitos de autor na sociedade da informação), pela Lei 24/2006, 30/6 (direito de sequência), e, mais recentemente, pela Lei 16/2008, 1/4 (medidas de protecção efectiva).

Em torno do Código gravitam diversos diplomas, designadamente sobre depósito legal (DL 74/82, 3/3), defesa de obras caídas no domínio público (DL 150/82, 29/4), classificação de videogramas (DL 306/85, 29/7), protecção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada destes e contra a distribuição ao público ou importação de cópias não autorizadas (L 41/80, 12/8), protecção de videogramas (DL 39/88, 6/2, alterado pelos DL 350/93, 7/10, e 315/95, 28/11), exploração de videogramas (DL 227/89, 8/7, alterado pelo DL 315/95, de 28/11), regime da compensação pela reprodução livre prevista no art. 82.º do CDA (Lei 62/98, 1/9, alterado pela Lei 50/2004, 24/8), e regime das entidades de gestão colectiva (L 83/2001, 3/8).

Há uma certa tendência para a fragmentação do regime legal do direito de autor, ao menos no plano formal da técnica legislativa, quando se trata de transpor instrumentos comunitários. É o que se passa, nomeadamente, com os regimes especiais de protecção dos programas de computador (DL 252/94, 20/10), radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo (DL 333/97, 27/11), e protecção de bases de dados (DL 122/2000, 4/7). A qualidade da técnica legislativa é discutível, quando se introduzem alterações no Código, deixando ao mesmo tempo regimes e normas 'soltas' nos diplomas de alteração (por ex., DL 332/97, 27/11, sobre direitos de aluguer e comodato, e DL 334/97, 27/11, sobre prazo de protecção).

Para além da história da sua adaptação aos desafios colocados pelas novas tecnologias, a história dos direitos de autor é também a história do alargamento e do aprofundamento da protecção dos direitos de autor. Mais recentemente, o alargamento e aprofundamento da protecção dos direitos de autor resultam, sobretudo, dos instrumentos de harmonização na União Europeia e dos acordos internacionais (com destaque para o ADPIC/TRIPS).

## § 2. Utilização livre de obras protegidas

Em termos gerais, os direitos de autor protegem formas originais de expressão literária ou artística atribuindo aos respectivos criadores intelectuais direitos morais (paternidade, integridade) e direitos exclusivos de exploração económica (reprodução, distribuição e comunicação ao público), por tempo limitado. Os direitos conexos protegem prestações artísticas ou organizatórias dos outros sujeitos envolvidos no processo da criação e difusão cultural, como sejam, nomeadamente, os artistas intérpretes ou executantes, os organismos de radiodifusão, os produtores de videogramas e fonogramas.

Não obstante, o direito exclusivo tem limites, designadamente as utilizações livres contempladas na lei. Com efeito, os direitos de autor conciliam-se com outros direitos e interesses fundamentais, como sejam a reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de ensino e aprendizagem, a liberdade de informação e de expressão, ou a preservação do património cultural.

## 2.1. A utilização livre no CDADC

O interesse geral justifica que a utilização de obras seja lícita sem necessidade de autorização do autor quando, de um modo geral, se destine a fins de informação, arquivo, ensino, investigação científica e crítica. Como formas de utilização livre para fins de informação o CDADC prevê, nomeadamente, a reprodução por meios de comunicação social, por extracto ou em forma de resumo, a selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa, e a citação de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos de actualidade (art. 75º, 2-b/c/d). A liberdade destas utilizações encontra a sua justificação em direitos fundamentais da comunicação constitucionalmente garantidos (Fechner, 1999: 342).

A utilização diz-se livre no sentido de que não é necessária a autorização do titular dos direitos. Porém, deverá ser acompanhada da indicação, por exemplo, do nome do autor, do editor e do título da obra, sendo conferida em alguns casos uma remuneração equitativa ao autor e/ou ao editor (art. 76º, 1). Assim é, por exemplo, no caso das restrições para arquivo: as bibliotecas públicas, os centros de documentação não comerciais ou as instituições científicas ou de ensino podem reproduzir, total ou parcialmente, obras previamente tornadas acessíveis ao público, desde que essa reprodução, e os respectivos exemplares, não se destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições, incluindo para fins de preservação e de arquivo, e não visem a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta (art. 75º, 1-e); para além do requisito da identificação, essa utilização livre deve ser acompanhada de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução (art. 76º, 1-b). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino ou a reprodução efectuada por instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e prisões, quando a obra seja transmitida por radiodifusão (art. 75º, h/p e art. 76º, 1-c).

Além disso, a utilização livre depende de a obra utilizada não se confundir com a obra de quem a utilize e/ou de a utilização ser tão extensa que prejudique o interesse por essas obras (art. 76º, 2). Assim é, por exemplo, nos casos em que se admite a reprodução de obras para fins de informação por extracto ou em forma de resumo, ou em relatos de acontecimentos de actualidade, bem como a reprodução e comunicação ao público para fins de ensino, ou a reprodução para arquivo, a inserção de

citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu género e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino (art. 75º, 2-e/f/g/h).

O direito de citação, previsto no art. 10º da Convenção de Berna, deve ser exercido em respeito pelos bons costumes, embora se ‘for objectivamente justificada, nenhum limite de extensão lhe pode ser imposto’ (Ascensão 1992, 218-9). Entre outros limites, a lei portuguesa permite ainda, relativamente a obras não disponíveis no comércio ou de obtenção impossível, a sua reprodução pelo tempo necessário à sua utilização, se for realizada para fins de interesse exclusivamente científico ou humanitário (art. 81º-a).

Finalmente, a lei portuguesa fere de nulidade toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres. Ou seja, as utilizações livres são consideradas imperativas, no sentido de que impõem limites à liberdade contratual. Todavia, a utilização livre não impede que os titulares de direitos adoptem medidas técnicas de protecção que controlem o acesso às obras nem os obriga a facultar acesso às obras relativamente para todas e quaisquer utilizações livres.

## 2.2. Harmonização da liberdade de utilização

Tal como permitido pela Directiva 2001/29, o CDADC consagrou, em condições restritas, a liberdade de actos de reprodução e de comunicação ao público para fins de ensino (art. 75º, 2-f). Todavia, esta liberdade de utilização para fins de ensino pode ser eclipsada por medidas técnicas de protecção, esvaziando-se o conteúdo útil dessa utilização livre no ambiente electrónico.

Vários estudos têm sido dedicados ao problema da neutralização das excepções aos direitos de autor (e do interesse público que prosseguem) através dos mecanismos tecnológicos de protecção e das licenças contratuais de utilização final, e à questão da natureza imperativa dessas excepções. Da nossa parte, pronunciamos-nos, por ocasião dos trabalhos preparatórios da Directiva 2001/29 sobre direitos de autor na sociedade da informação, contra o eclipse por via contratual e/ou tecnológica dos fins de interesse geral que limitam os direitos de autor (Pereira, 2001: 786-7).

Não obstante, ao contrário das Directivas 91/250 (*software*) e 96/9 (bases de dados), a Directiva 2001/29 não estabeleceu o carácter imperativo das excepções aos direitos de autor. Para além de definir o conteúdo positivo dos direitos de autor que consagrou (reprodução, distribuição e comunicação ao público), a directiva pretendeu, de igual modo, delimitar o seu recorte negativo, mediante uma ‘enumeração exaustiva’ das excepções permitidas (considerando 32). São previstas excepções ao direito de reprodução (art. 5º, 2) e excepções comuns ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público (art. 5º, 3).

Seguindo a estrutura definida logo na proposta inicial, as excepções são taxativamente tipificadas, devendo os Estados-membros limitar-se a escolher, dentro do *menu* disponível pré-definido, quais as que se adaptam às suas tradições nacionais. De todo o modo, as excepções tradicionalmente admitidas no ambiente analógico não valem *ipso facto* no ambiente digital, tanto mais que neste ambiente predomina a nova figura da comunicação ao público a pedido, cujas excepções são todas elas recortadas, de novo, pela directiva comunitária.

Além disso, a concretização das excepções fica sujeita à regra dos três passos, no sentido de só poderem ser aplicadas a certos casos especiais e não poderem ser interpretadas de forma a prejudicarem de modo injustificável os legítimos interesses dos titulares dos direitos ou a obstarem à exploração normal das suas obras ou outro material. Retoma-se, deste modo, a cláusula geral da Convenção de Berna (art. 9º, 2), também consagrada no Acordo ADPIC (art. 13º) e nos novos Tratados OMPI sobre direitos de autor e conexos (artigos 10º e 16º, respectivamente). Nas suas Declarações Acordadas, estes últimos reconhecem às partes contratantes a liberdade de manutenção das excepções tradicionais, que tenham sido consideradas aceitáveis segundo a Convenção de Berna, e a possibilidade de adopção de novas excepções adequadas ao ambiente de rede digital.

A Directiva 2001/29 comprime esta salvaguarda, já que uniformiza as excepções e limites aos direitos exclusivos, retirando aos Estados-membros a possibilidade de adequarem livremente os direitos de autor às suas políticas nacionais de educação, cultura, informação e outros fins de interesse geral. Além disso, a Directiva 2001/29 insere-se numa linha de mercantilização dos direitos de autor, cuja matriz é o Acordo ADPIC, administrado pela OMC. A subordinação das excepções dos direitos de autor aos interesses do comércio mundial faz com que, no silêncio da letra da lei, caiba ao intérprete o ónus da justificação da excepção.

### 2.3. Sociedade da informação ‘a duas velocidades’ e a ‘balança dos três passos’

230

As exigências do mercado interno, em especial na sociedade da informação, justificaram, na óptica do direito comunitário, que as excepções e limitações fossem definidas de uma forma mais harmonizada. Desde logo, seria necessário sujeitar as excepções e limitações tradicionais às especificidades da sociedade da informação, tal como se lê no considerando 31, 2º período: ‘As excepções ou limitações existentes aos direitos estabelecidos a nível dos Estados-membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico.’

A Directiva 2001/29 estabelece uma lista exaustiva e opcional de limites possíveis ao direito de reprodução (art. 5º, 2 e 3) e ao direito de comunicação ao público (art. 5º, 3). Fala-se, a propósito, num regime de direitos de autor para uma sociedade da informação ‘a duas velocidades’ (Lamouline/Poullet, 1997: 15). A primeira refere-se ao ambiente analógico e significa, basicamente, a conservação do recorte negativo do direito de autor, tal como operado pelas legislações internas dos Estados-membros. A segunda refere-se ao ambiente digital e traduz-se, sucintamente, numa lista mais apertada de limitações, para além de exaustiva e de adopção facultativa. O funcionamento a ‘duas velocidades’ dos limites ao exclusivo é acentuado pela protecção das medidas técnicas de protecção.

Por outro lado, a aplicação das excepções aos direitos exclusivos fica sujeita ao teste dos três passos, nos termos do qual as excepções e limites só se aplicam em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito (art. 5º, 5). Assim, a Directiva 2001/29 converteu a regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 9º, 2), de critério dirigido aos signatários (Estados) da Convenção a cláusula geral de interpretação ao nível da decisão dos casos concretos, à semelhança do que anteriormente já fizera no domínio da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados (Pereira 2001, 627-8).

A subordinação das limitações aos direitos de autor à regra dos três passos decorre também do Acordo ADPIC/TRIPS, o qual se norteia em primeira linha pelos interesses do comércio mundial, a julgar pela decisão de 15 de Junho de 2000, relativa ao art. 110/5 da lei do *copyright* dos EUA, nos termos da qual o critério da exploração normal envolvia a necessidade de considerar as formas de exploração que geram actualmente proventos para o autor, bem como as que, com toda a probabilidade, são capazes de ter importância no futuro.

A regra dos três passos poderá conferir aos tribunais uma margem de liberdade para adequarem as excepções às circunstâncias do caso concreto, funcionando, nessa medida, em termos semelhantes à doutrina norte-americana do *fair use*. Todavia, a Directiva 2001/29 forneceu no preâmbulo um manual de instruções sobre a interpretação das excepções, que poderá comprometer essa margem de liberdade, apesar do carácter não vinculativo dos preâmbulos. Pense-se, nomeadamente, na liberdade de reprodução para arquivos e bibliotecas, que não vale no ambiente electrónico em linha. ‘Tal excepção ou limitação não deve abranger utilizações no contexto do fornecimento em linha de obras ou outro material protegido’, lê-se no considerando 40. Neste sentido, o *Oberlandesgericht München* na decisão *Kopienversand* de 10 de Maio de 2007 decidiu que uma biblioteca pública que presta um serviço de entrega de documentos, incluindo a feitura de fotocópias e a distribuição de artigos protegidos através de e-mail ou FTP a pedido dos seus utilizadores, viola o direito de reprodução, não sendo essa utilização abrangida também pela excepção de cópia privada.

Além disso, a excepção para fins de investigação pedagógica e científica é também rodeada de grandes cautelas, conforme resulta do considerando 42: na ‘aplicação da excepção ou limitação para efeitos de investigação pedagógica e científica não comercial, incluindo o ensino à distância, o carácter não comercial da actividade em questão deverá ser determinado por essa actividade propriamente dita. A estrutura organizativa e os meios de financiamento do estabelecimento em causa não são factores decisivos a esse respeito’.

#### 2.4. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet

A Internet foi anunciada como a super auto-estrada da informação, uma vez que permitiria a circulação sem fronteiras e quase instantânea dos mais variados conteúdos informativos (textos, imagens, músicas, filmes, *software*, bases de dados, i.e. todos os bens susceptíveis de expressão em forma numérica ou digital).

Todavia, por vezes os sonhos de uns são os pesadelos de outros. Com efeito, verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objecto de direitos exclusivos de exploração económica, que lhes permitem proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Por exemplo, no caso *Google*, relativo a digitalização e divulgação de obras, o Tribunal de Grande

Instância de Paris decidiu que ao digitalizar e disseminar pela Internet de obras, ainda que raras, de autores franceses sem prévia autorização dos titulares de direitos, a Google estaria a infringir os direitos autorais (TGI Paris, 18/12/2009).

Para saber de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet, importa ainda considerar o papel dos provedores de Internet (os chamados Internet Service Providers), que são chamados a desempenhar um papel decisivo na busca de um equilíbrio entre as forças em tensão.

### § 3. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação

No direito da União Europeia, à semelhança da solução anteriormente adoptada nos EUA (DMCA), a directiva sobre comércio electrónico (2000/31) estabeleceu três tipos de isenção de responsabilidade dos ISP por actividades dos utilizadores dos serviços, a saber, quando actuem meramente como meros transportadores da informação (*mere conduit*), quando procedam à armazenagem temporária da informação com vista a facilitar o seu acesso e transmissão (*caching*), e ainda quando realizem armazenagem em servidor (*hosting*), não sendo o provedor de Internet responsável quando não saiba nem deva razoavelmente saber que os conteúdos aí alojados pelos utilizadores dos seus serviços são ilícitos.

#### 3.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores?

A propósito disto podemos registar duas interessantes decisões relativas ao YouTube. Uma, do Tribunal ordinário de Roma (de 15/11/2009) condenando a YouTube por não ter removido vídeos (programas de televisão) colocados pelos seus utilizadores depois de ter sido notificado sobre a existência de conteúdos protegidos pelos direitos autorais; outra, de um tribunal de Madrid (Setembro de 2010), não condenando o YouTube por *culpa in vigilando* relativamente à colocação por parte dos seus utilizadores de séries televisivas, de que não tinha nem devia ter conhecimento, designadamente por impossibilidade técnica de controlo prévio.

Uma outra questão que se suscita nesta tensão entre direitos autorais e acesso à Internet é saber se o tribunal pode ordenar ao ISP que comunique aos titulares de

direitos a identidade e o endereço de titulares de contas de acesso suspeitos de praticarem infracções aos direitos de autor. No acórdão *Promusicae v Telefonica* (29/1/2008), O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o direito comunitário não impõe nem proíbe que a legislação dos Estados-membros estabeleça essa medida, mas ressaltou que, caso o façam, deverão atender às exigências do princípio da proporcionalidade. Na sequência desta decisão, a Suécia adoptou legislação que confere ao titular de direitos de autor o direito de obter o endereço de IP do alegado infractor.

Para além da divulgação dos dados dos titulares de conta, coloca-se ainda a questão de saber se o provedor de Internet poderá ser obrigado a instalar filtros de monitorização e bloqueio de conteúdos protegidos. Essa foi a questão apresentada ao Tribunal de Justiça no caso *Scarlet v Sabam*, em que o tribunal de recurso de Bruxelas questionou se, de acordo com o direito comunitário, os Estados-membros podem investir os tribunais no poder de ordenar aos ISP, por sua conta e por duração ilimitada, a implementação de mecanismos de monitorização e filtragem de tráfico de modo a prevenir infracções aos direitos de autor. E, em caso positivo, se devem essas medidas atender ao princípio da proporcionalidade em matéria de eficácia das medidas.

O tribunal de 1ª instância de Bruxelas respondeu afirmativamente, apoiando-se na Directiva 2001/29 (art. 8/3) e na Directiva 2004/48. Todavia, o tribunal de recurso (Cour d'Appel 28/1/2010), na dúvida sobre a conformidade dessa medida com o direito comunitário (Directiva 2000/31; Directivas 95/46 sobre dados pessoais e 2002/58 sobre privacidade nas comunicações electrónicas, e ainda artigos 8 e 10 da CEDH), submeteu um pedido prejudicial ao TJ, cuja resposta é aguardada com expectativa. Todavia, face ao teor das disposições das referidas directivas, dificilmente o Tribunal Europeu permitirá a confirmação a decisão do tribunal de 1ª instância de Bruxelas.

Não obstante, deve referir-se que a Directiva 2001/29 sobre direitos autorais na sociedade da informação estabelece a exclusão de certos actos transitórios do conceito de reprodução, no sentido de não os abranger no direito exclusivo de exploração económica. Chamado a esclarecer o conceito de acto de reprodução transitório, o Tribunal de Justiça no caso *Infopaq* (C-5/08, 16/7/2009) decidiu que, para um acto de reprodução ser transitório e por isso excluído do direito de reprodução (art. 5º/1 da Directiva 2001/29), a reprodução em causa deve ser automaticamente apagada da

memória do computador logo que o processo tecnológico que a permite esteja concluído, sem a intervenção do utilizador.

234

### 3.2. Motores de pesquisa e hiperligações

O acesso aos sites da Internet e à informação que eles contêm é deveras facilitado pelos motores de pesquisa, que apresentam listas de resultados com hiperligações para os *sites* que contenham descritores (*meta-tags*) correspondentes aos termos de pesquisa. De igual modo, o fornecimento directo de hiperligações também facilita a navegação na Internet e o acesso aos sítios.

Estas possibilidades tecnológicas geram, todavia, tensão com os direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Regista-se, não obstante, uma tendência geral da jurisprudência no sentido da não proibição destes instrumentos de busca na Internet (TJ, 23/3/2010, Google Adworks – licitude de fornecimento de metadados; BGH 29/4/2010 - licitude de miniaturização de imagens na lista de resultados do motor de pesquisa da Google; *Sharemula*, Audiencia Provincial Madrid, 11/9/2008; *Edonkey/Emule*, Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona 9/3/2010, não condenação do site elrincondejesus.com por oferecer em acesso livre e sem contrapartidas económicas *links* para *software* de *download* P2P)

Todavia, os ISP podem perder o benefício da isenção de responsabilidade quando induzam os utilizadores dos seus serviços a cometer infracções extraindo daí vantagens económicas, designadamente na forma de receitas publicitárias (STJ Dinamarquês 26/11/ 2008, The Pirate Bay; BGH 15/1/2009; Rechtbank Utrecht, 26/8/2009 - Mininova.org; Rechtbank Amsterdam, 22/10/2009 – ThePirateBay). Outros tribunais chegam a condenar os *sites* não apenas por indução à infracção aos direitos de autor mas inclusive por violação directa dos direitos (Corte Suprema di Cassazione 29/9/2009; High Court do Reino Unido 29/3/2010 - Twentieth century Fox et al. / Newzbin; Tribunal de Recurso de The Hague 2/6/2010).

Estas decisões mostram, por conseguinte, que as isenções legais de responsabilidade de que beneficiam os ISP têm limites, não podendo ser usadas como escudos ilimitados contra as infracções aos direitos de autor. Para além das situações em que são também responsáveis, os ISP estão ainda sujeitos a injunções específicas relativamente a infracções cometidas pelos utilizadores dos serviços, ainda que estes não sejam pro-

cessados. Por exemplo, na decisão de 27 de Maio de 2010, o STJ dinamarquês pronunciou-se no sentido de que o prestador de acesso deve bloquear o acesso por parte dos seus utilizadores ao *site The Pirate Bay*, considerado uma via de violação em massa de direitos autorais. Igual possibilidade foi afirmada pelo Tribunal de Recurso de Amsterdão, na decisão de 29 de Julho de 2010, relativa ao *site The Pirate Bay*.

### 3.3. Corte ou suspensão do acesso à Internet

Para além do bloqueio de acesso a um *site* específico, coloca-se ainda a questão de saber se será lícito cortar ou suspender a conta de acesso à Internet de um utilizador que seja utilizada para cometer infracções aos direitos autorais. Essa é, no fundo, a solução que a lei francesa consagra, sendo alvo de muitas críticas, em especial por se considerar uma medida excessiva. Tanto mais que estabelece uma espécie de responsabilidade objectiva por parte dos titulares da conta de acesso. Não obstante, é curioso registar que as soluções da lei francesa encontram eco em decisões de tribunais de outros Estados Membros. Por um lado, na questão da responsabilidade pela utilização da conta de acesso, o Oberlandesgericht Köln decidiu em 23/12/2009 que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos seus filhos menores quando oferecem música protegida pelo direito autoral através de redes de partilha de ficheiros utilizando a conta de acesso à Internet de que são titulares os pais. Por outro lado, o Supremo Tribunal de Dublin na decisão de 16/4/2010 considerou válido o ‘Esquema de Resposta Gradual’ incluído nos acordos entre ISP e os seus utilizadores, nos termos do qual o ISP deve avisar por duas vezes o alegado infractor de direitos autorais antes de, à terceira, bloquear o acesso à rede. Na opinião do tribunal o IP não constitui dado pessoal nem tal esquema conflitua com a liberdade de expressão dos utilizadores.

Assim, verifica-se que, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, o direito de autor pode justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet. Essa foi a solução apontada pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido. Ao invés da suspensão de acesso à Internet poder-se-ia equacionar uma medida menos gravosa para as liberdades fundamentais da comunicação, como seja a redução da velocidade de acesso, tanto mais que na Finlândia já se proclama o direito de acesso IMB à Internet como direito

fundamental. De que forma conciliar o direito de acesso à Internet com a suspensão de acesso à rede em nome dos direitos de autor?

A Lei ‘Hadopi’, de 12 de Junho de 2009, foi alterada em Setembro do mesmo ano na sequência da decisão do Conselho Constitucional francês que considerou inconstitucionais alguns dos seus normativos, designadamente a possibilidade de a suspensão de acesso ser decretada por uma autoridade administrativa. Embora baptizada ‘Création et Internet’, esta lei ficaria conhecida por lei HADOPI em virtude de ter instituído uma Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na Internet. ‘Hadopi’ é justamente o acrónimo de ‘Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l’internet’.

Esta lei prevê um esquema de resposta gradual sob supervisão da referida Autoridade: 1º aviso; 2º aviso; 3º suspensão de acesso até um ano. Na prática, esta lei impõe ao titular da conta de acesso à Internet um dever de vigilância da sua utilização, que se traduzirá provavelmente na instalação de *software* de monitorização e filtragem de conteúdos. Além disso, sujeita a navegação na Internet a um controlo administrativo, instituindo uma espécie de ‘polícia da Internet’. Todavia, trata-se de uma polícia sem poderes de investigação, cabendo aos titulares de direitos proceder à recolha de dados que indiciem ou comprovem utilizações ilícitas, o que previsivelmente farão com recurso a detectives privados electrónicos (*sworn agents*). Além disso, a lei acarreta sobre o titular da conta de acesso uma presunção de culpa relativamente aos ilícitos de direitos autorais que sejam cometidos por seu intermédio. Finalmente, estabelece a ‘pena’ de exclusão temporária (suspensão) da rede aos titulares de conta que não tomem medidas de segurança da sua conta, após terem já recebido por duas vezes avisos para o efeito. A suspensão do acesso à Internet tem que ser ordenada por autoridade judicial, embora possa ser decretada como medida judicial *ex parte*, isto é, sem audição do titular da conta, e não afecta a subsistência do contrato com o ISP, designadamente no que respeita ao pagamento do serviço contratado. Além disso, o titular da conta fica inibido de obter novo acesso através de outro ISP, estando sujeito a sanções pecuniárias, caso o faça.

A lei Hadopi, a que se seguiu no Reino Unido a Lei da Economia Digital (UK Digital Economy Act), insere-se numa linha de reforço da protecção dos direitos autorais, em especial no ambiente em linha. Neste contexto, pode ainda registar-se a proposta de Directiva IP Enforcement II (IPRED2) e a preparação de um instru-

mento internacional, o Acordo comercial anti-reprodução (ACTA Anti-Counterfeiting Trade Act). Entre outras medidas, este Acordo estabeleceria que, para beneficiar de isenção, os ISP teriam que fornecer aos titulares de direitos os dados dos titulares de conta suspeitos de práticas ilícitas, os quais são responsáveis pela utilização que é feita da sua conta, passível de ser suspensa.

Trata-se de medidas especialmente gravosas, já que implicam a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, por onde passa cada vez mais a cidadania e o exercício de direitos fundamentais da comunicação, incluindo a aprendizagem.

#### § 4. A compensação equitativa pela reprodução

Uma questão candente nesta problemática diz respeito à chamada compensação equitativa pela reprodução, que procura estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e as formas de utilização livre que se destinam a promover fins de interesse geral como a aprendizagem, a investigação e a liberdade de informação. Aguarda-se, neste domínio, uma iniciativa legislativa. Com efeito, o 'GPEARI procede actualmente ao estudo da eventual revisão da designada *lei da cópia privada*, aprovada pelas leis nº 62/98, de 1 de Setembro, e 50/2004, de 24 de Agosto. Prevê-se que o termo do trabalho, ao nível técnico, seja alcançado até ao final do corrente ano. O objectivo geral é o de vir a adequar a lei da cópia privada ao ambiente digital, assegurando, com equilíbrio, uma justa e legítima defesa dos interesses dos titulares de direitos' (<http://www.gpearl.pt/>).

De um modo geral, somos favoráveis a esta iniciativa. Com efeito, tendo a lei portuguesa (Lei 50/2004), por ocasião da transposição da Directiva 2001/29, reiterado a liberdade de cópia privada (consagrando até um direito imperativo à cópia privada), independentemente do suporte, deveria, em contrapartida, ter concedido aos titulares de direitos uma compensação equitativa - tal como aliás já prevista no Código de 1985 embora só tardia e infelizmente regulamentada - independentemente, de igual modo, do suporte. É isso que resulta claramente da letra e do espírito da Directiva 2001/29 (art. 5º, 2-a/b, e preâmbulo).

Ao excluir dessa compensação os equipamentos digitais e muitos suportes digitais, a lei portuguesa terá criado um benefício fiscal para a sociedade da informação,

louvando-se porventura na jurisprudência do TC que atribuiu natureza fiscal à referida compensação. Todavia, parece-nos que dificilmente serão concebíveis tributos cujos titulares sejam sujeitos privados (autores e outros titulares de direitos). E mesmo que não se entenda que a compensação é globalmente um tributo, a afectação de uma percentagem das receitas da compensação a um fundo cultural poderá significar a aplicação de uma medida fiscal numa remuneração privada, pelo que os autores e outros titulares de direitos serão afinal os seus sujeitos passivos. O que, no mínimo, é problemático. Seria importante o legislador fazer opções claras e definir à partida, com rigor, que tipo de instrumento está em causa, qual é a sua natureza, o que não é questão esdrúxula em termos de regime jurídico.

De todo o modo, a iniciativa virá fazer alguma justiça neste sector e colmatar uma lacuna de transposição da Directiva 2001/29 para o ordenamento jurídico português. Da nossa parte, temos defendido a necessidade de alteração da lei da cópia privada (Lei 62/98) de modo a abranger equipamentos e outros suportes digitais. A Lei 50/2004 deu, é verdade, um passo importante no sentido da efectivação da compensação devida pela reprodução. Mas, terá sido um passo curto para os autores e outros titulares de direitos, já que isentou boa parte do arsenal tecnológico da sociedade da informação (Pereira, 2008).

Pelas mesmas razões, a iniciativa poderá ficar aquém do desejável, se isentar equipamentos de crescente importância na sociedade da informação, como sejam as novas gerações de telemóveis. Talvez fosse melhor isentar apenas os telemóveis com reduzida capacidade de gravação de ficheiros (e.g. inferior a 1 GB). Seria no mínimo estranho deixar de fora dispositivos, ditos híbridos, que são promovidos sobretudo pela sua capacidade de reprodução de ficheiros e de navegação na Internet.

Por outro lado, da compensação pela reprodução em suporte electrónico não deveriam ser excluídas as obras escritas. Tanto mais que tais obras são cada vez mais objecto de cópias digitais em massa através da Internet, tendo em conta as suas extraordinárias potencialidades enquanto meio de difusão do saber e do acesso à educação.

## Conclusão

A análise precedente mostra que a anunciada Internet como espaço de liberdade de informação e ferramenta ao serviço da educação está ainda longe de ver a sua consumação. É crescente a caracterização da Internet como espaço público com o consequente fim da privacidade no ambiente digital. Anuncia-se o advento do panóptico ciberespacial e questiona-se até que ponto o direito autoral, o direito da criação intelectual não estará transformado em instrumento de repressão informacional, legitimando inclusivamente a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, i.e., à Internet.

Em alternativa, um sistema de compensação pela reprodução poderia contribuir para uma maior flexibilidade da utilização das obras protegidas para fins de interesse geral, designadamente educação, investigação, ensino e aprendizagem, reservando ao mesmo tempo uma compensação para os titulares de direitos.

## Bibliografia:

- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- Bebiano, Rui, *A Biblioteca Errante: Itinerários da leitura na era digital*, in *O Livro e a Leitura*, Revista de História das Ideias, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1999.
- Biblioteca Nacional, *Direito de autor em Portugal: um percurso histórico*, Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro, Direcção Geral dos Espectáculos, Lisboa, 1994.
- Fechner, Frank, *Geistiges Eigentum und Verfassung (Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.
- Marcos, Rui de Figueiredo, 'O «*ius politiae*» e o comércio – A idade publicística do direito comercial', in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, FDUC, Coimbra Editora, 2001.
- Machado, Jónatas, *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- Levinson, Paul, *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva do original *The Soft Edge*, 1997, Bizâncio, Lisboa, 1998.
- Pereira, Alexandre Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008.
- Pereira, Alexandre Dias, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.



eBOOK

Série Documentos

Imprensa da Universidade de Coimbra

Coimbra University Press

2011

