

Por determinação de Sua Excelência o
1. Presidente da A.R. a 12 = Comissão;
2. Acusar a reces e reformas
Sobre o e-commerce


14.10.21



Associação Portuguesa de Direito Intelectual

Lisboa, 11 de outubro de 2021

Excelentíssimo Senhor
Presidente da Assembleia da República
Dr. Ferro Rodrigues

Excelência

A Associação Portuguesa de Direito Intelectual preparou o documento em anexo sobre as **Propostas de Lei n.ºs 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital**.

É esse documento que tomamos a liberdade de levar por este meio ao conhecimento de V. Exa., para os fins que a Assembleia da República possa ter como convenientes.

Mais se coloca a Direção desta Associação à disposição de V. Exa., caso a Assembleia da República entenda ser de interesse algum contributo adicional, à imagem do sucedido no passado, nas iniciativas legislativas em preparação sobre a referida matéria.

Com os melhores cumprimentos.

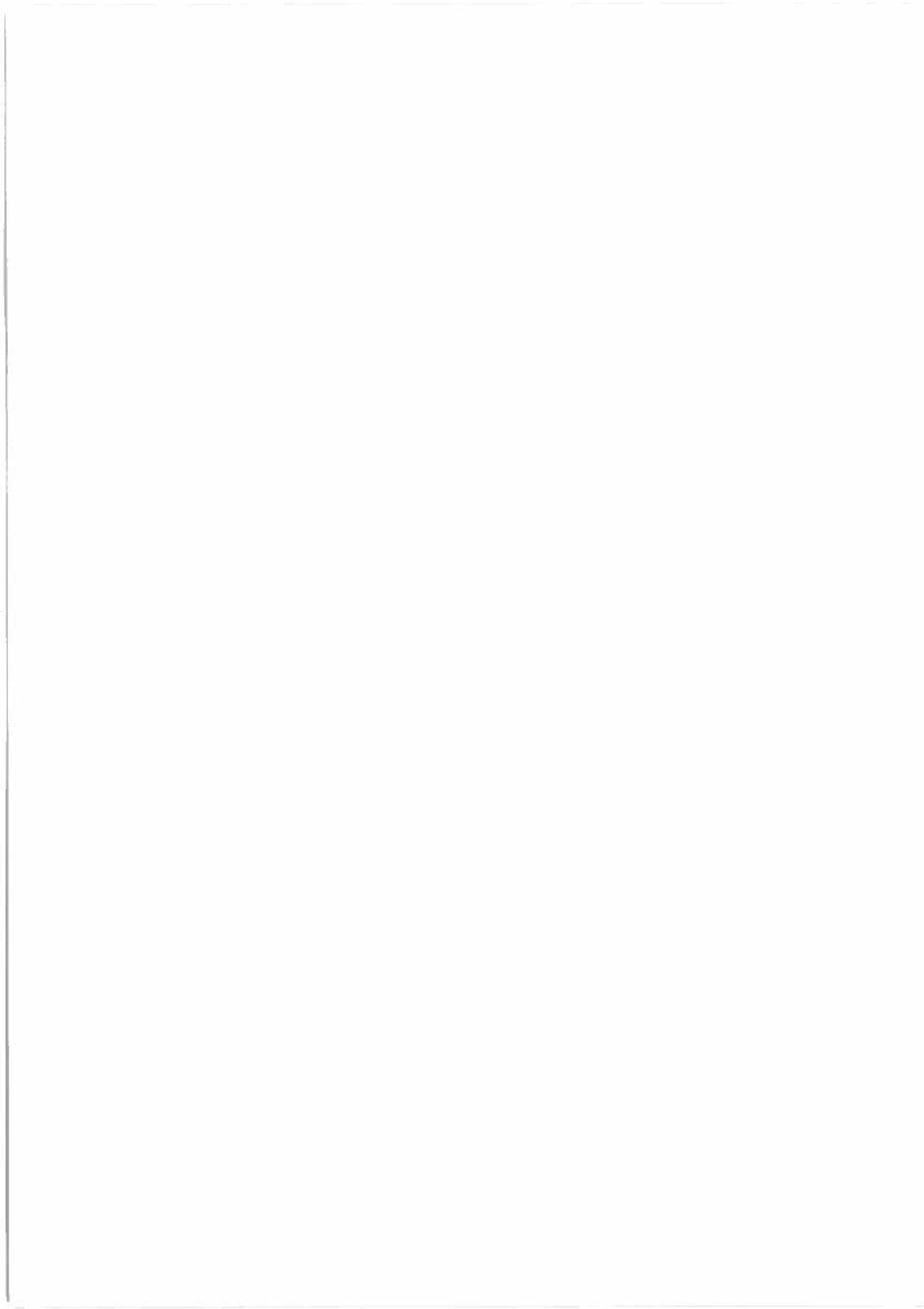


(Professor Doutor Dário Moura Vicente)

Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa
Tel.: 21 796 75 62
www.apdi.pt apdi@apdi.pt

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA Gabinete do Presidente
N.º de Entrada <u>685358</u>
Classificação <u>15101 / / / /</u>
Data <u>12 / 10 / 2021</u>





Associação Portuguesa de Direito Intelectual

**NÓTULA SOBRE AS PROPOSTAS DE LEI
N.ºS 113/XIV E 114/XIV EM MATÉRIA DE
DIREITO DE AUTOR E DIREITOS
CONEXOS NO MERCADO ÚNICO DIGITAL**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa
Tel.: 21 796 75 62
www.apdi.pt apdi@apdi.pt

Sumário:

- 1. Introdução: uma oportunidade perdida?, p. 3.**
- 2. Visão geral, p. 4.**
- 3. Apreciação crítica da Proposta de Lei n.º 114/XIV.**
 - a) Novos direitos em contexto negocial, p. 5.**
 - b) Obras órfãs e obras fora do circuito comercial, p. 10.**
 - c) Duração e domínio público, p. 10.**
 - d) Utilizações livres e remuneração do editor, p. 11.**
 - e) Direito conexo do editor de imprensa, p. 14.**
 - f) Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, p. 15.**
 - g) Tutela penal, p. 18.**
 - h) Outros aspetos, p. 19.**
- 4. Breve apontamento sobre a Proposta de Lei n.º 113/XIV, p. 19.**
- 5. Conclusões, p. 20.**

1. Introdução: uma oportunidade perdida?

Existe consenso na doutrina portuguesa quanto à necessidade de reforma do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).¹

A sistematização, não sendo originalmente a mais feliz, tem vindo a degradar-se com as transposições, tendencialmente acrílicas e literais, das várias Diretivas europeias.

Algumas das soluções previstas no CDADC tornaram-se desajustadas face ao atual quadro legal onde se inserem, como, por exemplo, a exigência de escritura pública para a transmissão total de direito de autor, prevista no art. 44.º, quando a evolução legislativa tem sido no sentido de simplificar a formalização dos atos e de dispensar a necessidade de celebração de escritura pública em atos de maior importância no comércio jurídico. De igual forma, o texto de várias disposições legais é de difícil compreensão, como sucede em matéria de titularidade do direito de autor, nomeadamente nos arts. 15.º e 16.º; utiliza terminologia pouco rigorosa, de que é ilustrativa a clássica confusão entre contrafação e usurpação ou o mecanismo estabelecido no art. 183.º-A; ou suscita mesmo dúvidas quanto à sua conformidade com compromissos assumidos pelo Estado português em convenções internacionais, como se verifica com a exigência de formalidades para a proteção de fonogramas, prevista no art. 185.º.² Na mesma linha, a disciplina prevista no art. 63.º do CDADC está, de resto, em desarmonia com os dados atuais em matéria de propriedade intelectual, pois os tribunais podem aplicar normas de direito de autor (ou de direito de propriedade industrial) estrangeiras, reconhecendo e tutelando situações jurídicas geradas fora do território do Estado do foro.³

Por isso, teria sido oportuno aproveitar a transposição das Diretivas (UE) 2019/789 e 2019/790, que impõem transformações profundas à legislação jus autoral nacional, para melhorar ou mesmo substituir o atual Código.

Infelizmente, com as Propostas de Lei n.º 113/XIV e n.º 114/XIV e respetivos Decretos-Leis autorizados não foi esse o caminho seguido. Visto que o prazo de transposição das Diretivas terminou a 7 de junho de 2021, será agora tarde para fazer uma reforma

¹ Recentemente, veja-se PATRÍCIA AKESTER, “Procura-se: Coragem política para reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos” *ROA*, 2020 pp. 257-274. Já em 1992, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 20-21, chamava a atenção para as várias incorreções terminológicas do CDADC e a incapacidade do legislador de então de compreender a índole do Direito de Autor.

² NUNO SOUSA E SILVA, ‘Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790’, *RDI* 2020/I, pp. 245-270 (p. 250).

³ Cfr., por todos, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, pp. 240-241, referindo-se a uma territorialidade “relativa” ou “mitigada”. Por exemplo, o art. 5.º, n.º 3, desta Diretiva 790/2019 atribui relevância extraterritorial aos atos praticados.

sistemática do CDADC no âmbito deste processo legislativo. Não obstante, ainda será possível aproveitar a oportunidade para fazer algumas correções e melhorias há muito reclamadas pela doutrina. E não se poderá contrapor que o objetivo destas duas Propostas de Lei se cinge à transposição das referidas Diretivas: o legislador propõe algumas intervenções, designadamente em matéria penal, sem qualquer relação com as normas europeias.

Independentemente do exposto, dada a extensão das alterações introduzidas no CDADC, seria aconselhável prever na Proposta de Lei n.º 114/XIV a republicação do mesmo em anexo ao diploma legal por ela autorizado.

Ambos os preâmbulos dos diplomas em análise referem um período de discussão pública, o que se saúda. A Associação Portuguesa de Direito Intelectual manifesta por este meio a sua disponibilidade e vontade de participar nessa discussão, procurando assim contribuir ativamente para elevar a qualidade da produção legislativa nacional no âmbito Direito Intelectual.

2. Visão geral

A Proposta de Lei n.º 114/XIV visa, no essencial, transpor a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, conhecida com Diretiva do Mercado Único Digital.⁴ A Proposta altera quatro instrumentos legislativos: o CDADC (originalmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março), o Regime de Proteção Jurídica das Bases de Dados (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho), o Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro relativo ao prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos e o Regime Jurídico das Entidades de Gestão Coletiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Lei n.º 26/2015, de 14 de abril). Cabe assinalar, a este respeito, a anomalia consistente em os arts. 3.º, 5.º, 7.º, 9.º, 10.º e 11.º do projeto de Decreto-Lei

⁴ Sobre esta, entre nós, vejam-se A. DIAS Pereira, 'Os direitos de autor no mercado único digital segundo a Diretiva 2019/790', *RDI* 2019/II pp. 35-56, ALBERTO DE SÁ E MELLO, "A Directiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal". *RDI* 2019/II, pp. 15-34, NUNO SOUSA E SILVA, 'Subsídios...cit.. A nível internacional e sem pretensão de exaustividade apontam-se as seguintes obras NICOLAS BINCTIN / XAVIER PRÈS (eds.), *Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marche unique numérique*, Bruylant, Bruxelas, 2021; ELEONORA ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021; CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA/RAQUEL EVANGELIO LLORCA (eds), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; JOÃO PEDRO QUINTAIS, "The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look", *EIPR*, 1 (2020), pp. 28-41; sobre a proposta de Diretiva que esteve na génese da Diretiva 2019/790, cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, "A tutela dos direitos de autor à luz da era digital no ordenamento jurídico português — Com um olhar para o Direito da União Europeia", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 94, Tomo II (2017), pp. 651 ss. (p. 680 ss.).

autorizado pela Proposta n.º 114/XIV se referirem a alterações ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e não ao CDADC, por este aprovado, o qual constitui o efetivo objeto das alterações consignadas nesses preceitos. Importa, pois, corrigir este lapso recorrente do projeto.

Paralelamente, a Proposta de Lei n.º 113/XIV visa transpor a Diretiva (UE) 2019/789 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e que altera a Diretiva 93/83/CEE do Conselho. A opção consistente em proceder a essa transposição através de legislação extravagante justifica-se: a regulação é setorial, abrange a atividade de radiodifusão e retransmissão de programas de televisão e de rádio, agora também com uma importante componente digital. O que já não parece necessário é a transposição da Diretiva 2019/789 num Decreto-Lei autónomo e, em paralelo, alterar o Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro. Esta multiplicação de legislação avulsa enfraquece a codificação e dificulta a tarefa dos que são chamados a interpretar e a aplicar o Direito. Seria preferível consolidar esta matéria num único diploma legal.⁵

Em ambos os casos, salienta-se a inexistência de uma *vacatio legis* adequada – diplomas que produzem alterações tão profundas não devem entrar em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. Nesse sentido, dever-se-á alterar os arts. 11.º dos Decretos-Leis autorizados que acompanham ambas as Propostas, fixando-se um prazo nunca inferior a um mês.

3. Apreciação crítica da Proposta de Lei n.º 114/XIV

a) Novos direitos em contexto negocial

Um dos principais vetores da Diretiva 2019/790 é a proteção reforçada dos autores e artistas no contexto negocial.⁶ Nesse sentido, o legislador optou por propor a transposição do art. 18.º da Diretiva 2019/790 através de um novo art. 44.º-A. A utilidade desta disposição é no mínimo duvidosa.⁷ Não é necessário enunciar um princípio que subjaz às soluções

⁵ Até porque em certas matérias o próprio novo Decreto-Lei proposto remete para o Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro. O Decreto-Lei proposta segue de perto a Diretiva. Nalguns casos, há pequenas alterações de pormenor, tal como colocar por ordem alfabética as definições constantes do art. 2.º da Diretiva e do Decreto-Lei proposto ou a numeração do art. 3.º, a Proposta copia textualmente as normas da Diretiva. Noutro caso, há uma opção, de duvidosa necessidade, de “transpor” os considerandos 9 a 12 no art. 4.º (exceções ao princípio do país de origem). Em contrapartida, tanto o art. 5.º como o art. 9.º distanciam-se da lógica formal da Diretiva, o que demonstra que o legislador pode fazer o esforço adicional de sistematização e condensação da matéria da retransmissão num único diploma legal.

⁶ A. DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 51.

⁷ Fica-se, porém, na dúvida quanto a quem é que serão os “terceiros” a quem, nos termos do n.º 1, os autores concedem uma licença – se a licença é concedida, o licenciado não é terceiro.

previstas nas normas seguintes, mas que não tem valor operativo autónomo. Acresce ainda que, uma vez mais, se opta por uma reprodução literal e acrítica das disposições de uma Diretiva. Neste caso, a proposta de transposição meramente mimética do referido art. 18.º conduz ao acolhimento da expressão "transferência de direitos", quer no novo art. 44.º-A, quer em vários outros artigos cujo aditamento agora se propõe. Ora, muito embora se encontre esta expressão noutras passagens do CDADC, como nos arts. 68.º, n.º 5, e 100.º, esta opção não se afigura como a mais acertada. Para além de não ter atualmente qualquer relevância quantitativa no CDADC, a opção por esta expressão traduz-se numa falta de rigor técnico-jurídico que se deveria evitar. O CDADC prevê o regime de transmissão de direitos, total ou parcial, permanente ou temporária, nomeadamente nos seus arts. 43.º e 44.º, devendo continuar a adotar-se esta expressão ao longo deste diploma legal. A coerência e rigor de conceitos assim o aconselham.

Com carácter inovador prevê-se, no art. 44.º-B, o dever de informação⁸ e, no art. 44.º-E o direito de revogação com base em falta de exploração. Estas previsões estão formuladas em termos substancialmente equivalentes aos previstos nos arts. 19.º e 22.º da Diretiva, tendo o legislador nacional optado por admitir a revogação da exclusividade, além da revogação do contrato (art. 44.º-E, n.º 5), concretizado o prazo razoável referido no art. 22.º, n.º 3 da Diretiva 2019/790 ("cinco anos após a celebração do contrato ou um terço da sua duração inicial, consoante o que ocorra primeiro" - art. 44.º-E, n.º 2) e excluindo desse direito de revogação no caso das "obras videográficas, cinematográficas ou produzidas por processo análogo à cinematografia" (art. 44.º-E, n.º 4). Estas opções parecem sensatas e bem formuladas.

Em obediência ao art. 20.º da Diretiva 2019/790, o legislador procede à Regulamentação da fixação de remuneração adicional com a consagração de um novo art. (44.º-C), que fixa critérios e procedimentos para exigência de remuneração suplementar, à revogação do atual art. 49.º,⁹ à inserção de uma remissão para aquela nova disposição legal no atual art. 14.º e à alteração dos arts. 105.º (remuneração adicional em caso de refundição ou ampliação de uma edição anterior) e 170.º (remuneração adicional do tradutor). Regista-se a omissão, no final do art. 44.º-C, n.º 1, de qualquer referência a prestações, que aí deveria constar, uma vez que o preceito se reporta não apenas aos autores, mas também aos artistas intérpretes ou

⁸ Em linha com a Diretiva parece estar em causa um dever e não um direito, ou seja, este não está dependente do seu exercício por parte dos autores e artistas intérpretes. Já no caso dos sub licenciados, o art. 44.º-B, n.ºs 4 e 5 parecem indicar que está em causa um direito. Por outro lado, o duplo sentido do termo autor (como titular de direitos ou o factual criador intelectual – cfr. art. 27.º, n.º 3, CDADC) pode aumentar a dificuldade na interpretação destas disposições.

⁹ Veja-se a norma revogatória (art. 9.º da proposta).

executantes e, por conseguinte, às prestações destes. Em contrapartida, afigura-se redundante o aditamento à noção de «remuneração adicional, adequada e justa» retirada da Diretiva, constante deste preceito, do adjetivo «equitativa».

O art. 44.º-D, que repete o art. 21.º da Diretiva 2019/790, não acrescenta nada ao regime em vigor, limitando-se a afirmar a possibilidade de recurso à mediação e à arbitragem voluntária e a admitir a representação dos autores e artistas intérpretes por sociedades de gestão coletiva devidamente mandatadas para o efeito. Quando muito, o sentido desta disposição consistiria em cingir as partes à arbitragem institucional, com exclusão da *ad hoc*, o que constituiria uma limitação injustificada à sua liberdade de escolha dos meios extrajudiciais de resolução de litígios. Esta norma, assim como a proposta de redação do art. 144.º, n.º 2, de igual sentido, deve ser suprimida, sem prejuízo da revogação do atual n.º 2 do art. 144.º.

Na verdade, em matéria de mecanismos de resolução de litígios, o projeto de Decreto-Lei de transposição desta Diretiva é redundante. As *vias hétero compositivas* de resolução destes litígios por meio de terceiros imparciais que se motivam objetivamente (magistrados judiciais) são conhecidas: o Tribunal da Propriedade Intelectual, cujas decisões são suscetíveis de recurso de apelação para a Secção de Propriedade Intelectual do Tribunal da Relação de Lisboa. As *vias auto compositivas* — pelas quais as partes terminam o litígio mediante *recíprocas concessões*, com o auxílio de terceiros imparciais que as ajudam a formar e lograr o consenso — também o são. Outrossim, está à disposição dos litigantes a *via hetero compositiva* de composição de conflitos por meio de *arbitragem*, quer *ad hoc*, quer *institucionalizada*. Isto para além da sujeição dos litigantes a arbitragem necessária (“Comissão de Peritos”) destinada a fixar as tarifas e tarifários gerais (ou tarifário aplicável a um concreto utilizador ou conjunto concreto e determinado de utilizadores) correspondentes às autorizações e licenciamentos das utilizações dos direitos dos representados das entidades de gestão coletiva autorizadas, nos termos do art. 44.º e seguintes da Lei n.º 43/2015, de 14 de abril. Nada disto é, por conseguinte, legislativamente útil. O legislador português apenas está obrigado a comunicar à Comissão Europeia o “organismo imparcial instituído ou designado” e/ou os “mediadores responsáveis” (art. 13.º, 2.º parágrafo, da Diretiva).

Em obediência ao art. 22.º da Diretiva 2019/790 e do respetivo considerando 81, o legislador afirma, no art. 44.º-F, a natureza imperativa destes regimes — incluindo para efeitos de Direito de conflitos (configurando-as como normas internacionalmente imperativas) — e a sua não aplicação aos programas de computador. A redação do n.º 2 desse preceito peca, no entanto, por diversas deficiências, *maxime* porque omite o objeto da *electio iuris* a que se

refere. Sugere-se, em alternativa, o seguinte texto: «Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, no território de um ou de vários Estados-Membros da União Europeia, a escolha pelas partes de uma lei aplicável ao respetivo contrato que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação das disposições relativas à transparência, aos mecanismos de modificação contratual e aos procedimentos de resolução alternativa de litígios, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro».

A respeito da transposição do art. 22.º, n.º 2, parte final, da Diretiva (direito de revogação), contida no proposto art. 44.º-E, cabe observar que parece, no mínimo, estranho¹⁰ que o autor, artista, intérprete ou executante¹¹ possa “revogar” o contrato de transmissão dos direitos de autor ou dos direitos conexos e, conseqüentemente, as faculdades jurídicas que foram transferidas para o adquirente destes direitos intelectuais. Esta revogação é, com efeito, *motivada pela falta de exploração* da criação ou prestação, embora seja *ad tempus* provida de um termo suspensivo (*id est*, somente pode ser exercida decorridos cinco anos após a celebração do contrato ou um terço da sua duração, consoante o que ocorra primeiro. Ora, no caso da *revogação da transmissão* dos direitos intelectuais, tal faculdade potestativa condicionada é mais gravosa (para o adquirente) do que a concessão de uma licença obrigatória (de direito de patente, modelo de utilidade ou topografia de produto semiconductor) por falta de exploração do direito de propriedade industrial¹². Em rigor, parece tratar-se de uma faculdade de *resolução* do contrato (de licença / autorização ou de transmissão). É verdade que a Diretiva prevê e autoriza o exercício deste poder contratual, nominando-o, tal como no projeto de Decreto-Lei português, de “direito de revogação”. Porém, concede aos Estados-Membros discricionariedade legislativa para o não transpor, *qual tale*, e apenas prever a faculdade jurídica de os autores, artistas, executantes ou intérpretes possam por termo à exclusividade do contrato (de licença)¹³. E quanto à transmissão (total e definitiva) do direito de autor ou direito conexo?

¹⁰ À parte as situações em que o titular originário dos direitos intelectuais possa desencadear sanções pelo *incumprimento (pré)contratual* decorrente da celebração ou execução do contrato de licença ou transmissão.

¹¹ Com exclusão das obras videográficas, cinematográficas ou produzidas por um processo análogo à cinematografia (art. 44.º-E, n.º 4, do projeto de Decreto-Lei).

¹² Aliás, a incompreensão deste regime jurídico também decorre da circunstância de acordo com a qual a transmissão do direito intelectual é “remunerada por inteiro no momento da transferência do direito” e não subsiste “qualquer expectativa legítima do titular originário quanto a uma exploração ou não exploração da sua obra ou prestação” – assim, também crítico, ALBERTO DE SÁ E MELLO, “A transposição em Portugal da diretiva 2019/790 (UE), relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital – subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *RDI*, 2021/II, § 5.

¹³ É certo que as disposições que preveem os direitos exclusivos dos autores à reprodução e à comunicação ao público das suas obras constituem medidas de harmonização completa do conteúdo material dos direitos que nelas são visados. Todavia, a margem de discricionariedade legiferante de que beneficiam os Estados-Membros quando transpõem estas disposições deve ser exercida nos limites impostos pelo Direito da União Europeia, em homenagem à garantia de um justo equilíbrio entre, por um lado, o interesse dos titulares de direitos à

Vejamos melhor. A faculdade de *resolução* do contrato (com o *resgate* ou *remição* de todas ou de algumas¹⁴ faculdades jurídicas outrora integradas na esfera jurídica do criador, artista, intérprete ou executante) tem como consequência a aplicação (análoga) do disposto no art. 432.º e seguintes. do Código Civil. O adquirente, consumada esta *resolução* do contrato de transmissão, deve abster-se de utilizar merceologicamente o direito intelectual adquirido (e as faculdades que lhe são inerentes: reprodução, representação, distribuição, etc.), devendo o criador intelectual, artista, intérprete ou executante restituir o preço. *Quid iuris* se o adquirente não estiver em condições de restituir o preço, por circunstâncias não imputáveis ao comprador? E se for estipulado, no contrato pelo qual os direitos intelectuais são transmitidos que o adquirente é obrigado a restituir um montante superior ao fixado?

De igual sorte, o legislador português também não resolve o importante problema da *oponibilidade a terceiros* desta resolução (qual transmissão *a retro* sob condição) prevista no projeto de decreto-lei, no sentido de saber se o exercício desta faculdade jurídica por parte do criador, artista intérprete ou executante prejudica ou afeta os direitos adquiridos por terceiros sobre a criação ou prestação protegida (p. ex., o credor pignoratício do adquirente; exequente ou credor da massa da insolvência para a qual tenha sido apreendida a criação ou prestação protegida; credor que tenha obtido o arresto do direito intelectual; interessado que haja logrado o arrolamento, etc.). Em homenagem a razões de segurança e certeza jurídicas, seria conveniente prever que esta faculdade de *resolução* do contrato de transmissão definitiva do concreto direito intelectual não opera relativamente a terceiros sub adquirentes ou transmissários de tais faculdades jurídicas¹⁵. A *eficácia desta resolução em relação a terceiros* (v.g., sub adquirentes, credores do adquirente, titulares de onerações do direito intelectual objeto de

proteção do seu direito de propriedade intelectual, garantida pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, por outro, os direitos e interesses dos utilizadores de obras ou de objetos protegidos, em especial a sua liberdade de expressão e de informação, igualmente garantida por esta Carta, bem como o interesse geral.

¹⁴ Parece, igualmente, incompreensível que possam ser “revogadas” apenas *algumas* das faculdades jurídicas contidas no *licere* do direito intelectual objeto de transmissão definitiva. Foi precisamente para evitar este “desmembramento” do domínio sobre a obra intelectual objeto de transmissão que o CPI de 2018 (art. 310.º, n.º 1) apenas permite a transmissão total de direitos de patente, modelos de utilidade e topografias de produtos semicondutores. Talvez se possa entender que a *transmissão parcial* é apenas uma *oneração do direito de autor* (diferentes das onerações em sentido estrito, previstas no art. 43.º do CDADC: penhor, penhora, arresto, etc.), aqui onde as partes *combinam* ou *especificam* faculdades singulares de utilização ligadas a *formas de exploração económica típicas*, não ocorrendo uma verdadeira fragmentação do direito de autor ou direito conexo, mas antes uma oneração do direito base (ou direito fonte) pelo direito derivado. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos...*cit. p. 382-383; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 33-34, nota 17. Seja como for, fica sempre por resolver, neste projeto de Decreto-Lei a *oponibilidade a terceiros* de *restrições legais* (*scilicet*, o “direito de revogação”) dos direitos intelectuais que tenham definitivamente adquirido por ocasião da celebração do contrato com o criador artista, intérprete ou executante.

¹⁵ O n.º 3 do art. 22.º da Diretiva inculca esta orientação, pois dispõe que o autor ou artista intérprete ou executante notifica a pessoa *a quem foi efetuada a transferência de direitos* e fixa um prazo adequado para a exploração dos direitos objeto da transmissão, parecendo querer torar imunes a esta resolução (e assim ressaltar) os direitos de terceiros (sub)adquirentes do direito intelectual originariamente transmitido.

transmissão definitiva) pode alcançar-se com o registo da ação de resolução efetuada antes do registo dos direitos (na Inspeção Geral das Atividades Culturais)¹⁶?

Enfim, também não se prevê, no n.º 6 deste art. 44.º-E, a forma legal (ou os requisitos de validade formal) da “revogação do direito”, estatuinto-se apenas que, findo o prazo fixado (não superior a um ano) para o adquirente explorar os direitos objeto da transmissão, o titular originário pode “proceder à revogação” (por escrito e com prova de receção, como se afirma no n.º 5?). *Last but not least*, diferentemente do disposto no art. 23.º, n.º 1 (a *contrario sensu*) da Diretiva, este “direito de revogação” é considerado pelo legislador português deste projeto de decreto-lei faculdade jurídica imperativa (art. 44.º-F, n.º 1), considerando nulas quaisquer disposições contratuais que impeçam o seu exercício. Ora, o art. 23.º, n.º 1, da citada Diretiva somente fulmina com a *imperatividade* do regime jurídico e a *subtração à autonomia privada* das partes o cumprimento dos arts. 19.º, 20.º e 21.º desta Diretiva, que não o seu art. 22.º, onde se contém a disciplina deste questionável “direito de revogação”¹⁷.

b) Obras órfãs e obras fora do circuito comercial

O art. 26.º-A é alterado para estender o regime das obras órfãs às prestações artísticas. Estranha-se que este alargamento se verifique apenas para a prestação artística. Na verdade, se esta não for capturada através de fonograma ou videograma, não existirá para além do momento da sua produção. A prestação artística é, por natureza, efémera.¹⁸ A extensão do regime só faz sentido se incluir os fonogramas e videogramas. Por outro lado, o texto proposto não deixa claro se o art. 26.º-B também será aplicável. A resposta só pode ser positiva, mas seria bom esclarecê-lo.

Os arts. 74.º-A a 74.º-D, da nova secção “utilização de obras fora do circuito comercial” transpõem, com algumas alterações de redação e ordem de apresentação, os art. 8.º a 11.º da Diretiva 2019/790. A colocação parece mais feliz do que a do art. 52.º CDADC que trata de matéria afim, e o qual deve ser revogado.

c) Duração e domínio público

¹⁶ Cfr. o art. 9.º e ss. do *Regulamento de Registo de Obras Literárias e Artísticas*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2014, de 26 de setembro.

¹⁷ No mesmo sentido, NUNO SOUSA E SILVA, “Subsídios para a transposição da Directiva ...”, cit., p. 363; ELEANORA ROSATI, *Copyright in the Digital Market*, 2021, cit., p. 406, escreve em comentário ao art. 22.º desta Diretiva o seguinte: “... any contractual provision derogating from the revocation mechanism provided for in Article 22(1) is enforceable only if it is based on a collective bargaining agreement”.

¹⁸ NUNO SOUSA E SILVA, “Direitos conexos (ao direito de autor)”, *ROA*, 2016, pp. 355-445 (p. 358).

Tal como proposto,¹⁹ o legislador optou por integrar no CDADC a regra geral de contagem do prazo de duração dos direitos de autor através da alteração ao art. 31.º do CDADC e da revogação do art. 3.º do Decreto-Lei 334/97, de 27 de Novembro. Esse Decreto-Lei fica agora praticamente desprovido de conteúdo. Estas regras de contagem do prazo de duração são aplicáveis, por remissão do art. 183.º, n.º 8, aos direitos conexos, incluindo o novo direito conexo do editor de imprensa.

Sendo de louvar a iniciativa, a proposta de redação não é inteiramente feliz. Ao invés de prever que a caducidade opera os seus efeitos “após o” dia 1 de janeiro, a proposta deveria antes prever que estes efeitos se operam “a partir do” dia 1 de janeiro.

O legislador propõe transpor o art. 14.º da Diretiva 2019/790, inserindo um novo art. 39.º-A. Este artigo, além de desnecessário à luz do art. 164.º, pode gerar confusões evitáveis. Nesse sentido deve ser suprimido.

d) Utilizações livres e remuneração do editor

A escolha do legislador quanto a esta matéria consistiu em tratar as utilizações livres (ou “exceções e limitações”, na nomenclatura da Diretiva 2019/790) nos art. 75.º e 76.º. O art. 75.º, n.º 2, passa agora a ter 24 alíneas.

A primeira intervenção, alegadamente “em linha com a doutrina e com a jurisprudência recente do Tribunal da Propriedade Intelectual”,²⁰ passa por alterar o art. 75.º, n.º 2, alínea *c*) passando este a dispor que é livre “A seleção regular de artigos de imprensa periódica, que não tenha por objetivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, direta ou indireta”. Esta alteração é de duvidosa compatibilidade com o art. 5.º, n.º 3, alínea *c*), da Diretiva 2001/29, cujo texto difere significativamente da proposta.²¹ A querer alterar-se esta matéria,

¹⁹ NUNO SOUSA E SILVA, ‘Subsídios...cit., p. 261.

²⁰ Preâmbulo. A jurisprudência referida é possivelmente a sentença do 2.º Juízo no Proc. nº 74/13.4YHLSB (ELEONORA VIEGAS) em que estava em causa a utilização de recortes de imprensa por três empresas de *clipping*, que segue a via da qualificação da publicação de imprensa como obra coletiva e a qualificação o *clipping* como utilização parcial dessa obra (no mesmo sentido cfr. ALBERTO SÁ E MELLO, ‘A Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal’, *RDI*, 2019/II, pp. 15-33 (p. 27). Não se conhece jurisprudência ou doutrina que defenda a posição proposta pelo legislador. Cfr., porém, o acórdão do TJUE, de 16/07/2009 (*Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*), no qual foi decidido que “Um ato que tem lugar durante um processo de captura de dados, que consiste em armazenar um excerto de uma obra protegida de onze palavras e em imprimir este excerto, é suscetível de ser abrangido pelo conceito de reprodução parcial na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 200 (...) se (...) os elementos assim reproduzidos forem a expressão da criação intelectual do seu próprio autor”. E que “O ato de impressão de um excerto composto por onze palavras, que tem lugar durante um processo de captura de dados como o que está em causa no processo principal, não preenche o requisito relativo ao carácter transitório previsto no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e, portanto, não pode ser realizado sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor em causa”.

²¹ Como é sabido a jurisprudência europeia recente limitou significativamente a margem de liberdade dos Estados-Membros em matéria de utilizações livres. Cfr. entre outros, acórdão do TJUE, de 11/09/2014, proc.

o que não é imposto pela Diretiva 2019/790, deveria optar-se por reproduzir o texto da Diretiva 2001/29.

O proposto art. 75.º, n.º 2, alínea g), transpõe o art. 5.º da Diretiva 2019/790, relativo a utilização para fins de ilustração didática, tendo o legislador português optado – sem todavia o justificar no preâmbulo do diploma em apreço, como seria expectável dado o melindre de

C-117/13 (*Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*), entendendo que o titular do direito e um estabelecimento, como uma biblioteca acessível ao público, devem ter celebrado um contrato de licença ou de utilização da obra em causa que especifique em que condições pode o estabelecimento utilizá-la; e “o artigo 5.º, n.º 3, alínea n), da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não abrange atos como a impressão das obras em papel ou a sua gravação num dispositivo de memória USB praticados por utilizadores a partir de terminais destinados a esse efeito instalados em bibliotecas acessíveis ao público, previstas nessa disposição”; idem, de 22/01/2015, proc. C-419/13 (*Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*), no qual foi decidido que “O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que a regra do esgotamento do direito de distribuição não se aplica numa situação em que uma reprodução de uma obra protegida, após ter sido comercializada na União Europeia com o consentimento do titular do direito de autor, sofreu uma substituição do seu suporte, como a transferência sobre uma tela dessa reprodução que consta de um poster em papel, e é novamente colocada no mercado sob a sua nova forma.”; *ibidem*, de 13/09/2014, proc. C-201/13 (*Johan Deckmyn e outro c. Helena Vandersteen e outros*), segundo o qual “a aplicação, numa situação concreta, da exceção relativa à paródia, na aceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29, deve respeitar um justo equilíbrio entre, por um lado, os interesses e os direitos das pessoas referidas nos artigos 2.º e 3.º desta diretiva e, por outro, a liberdade de expressão dos utilizadores de uma obra protegida que invocam a exceção relativa à paródia, na aceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea k)”; *ibidem*, de 10/04/2014, C-435/12 (*ACI Adam BV e o c. Stichting de Thuiskopie e outro*), nos termos do qual “O direito da União, em especial o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, em conjugação com o n.º 5 do referido artigo, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado”; indiretamente, o acórdão de 9/06/2016, proc. C-470/14 (*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), e otros c. Administración del Estado e outros*), de harmonia com o qual “O artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a um sistema de compensação equitativa por cópia privada que, como o que está em causa no processo principal, é financiado pelo Orçamento Geral do Estado, sem que seja possível garantir que o custo dessa compensação equitativa é suportado pelos utilizadores de cópias privadas”; *ibidem*, de 26/04/2017, proc. C-527/15 (*Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*); *ibidem*, de 14/06/2017, proc. C-610/15 (*Stichting Brein c. Ziggo BV e outra*); *ibidem*, de 7/07/2018, proc. C-161/17 (*Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*). Saliente-se, em particular, o entendimento do TJUE no acórdão de 29/07/2019, proc. C-469/17 (*Funko Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*), de harmonia com o qual liberdade de expressão não é suscetível de justificar, para além das exceções ou limitações previstas na Diretiva 2001/29, uma derrogação aos direitos exclusivos dos autores à reprodução e à comunicação ao público das suas obras, para além da prevista na referida diretiva. A este respeito, o TJUE recordou que a lista das exceções e das limitações previstas na Diretiva 2001/29 reveste um carácter exaustivo. Donde, os Estados-Membros só podem prever, na sua legislação, uma exceção ou limitação visada no artigo 5.º/2 e 3, da Diretiva 2001/29, se respeitarem todas as condições enunciadas nesta disposição., em particular, o *princípio da proporcionalidade*, do qual decorre que as medidas adotadas devem ser aptas a realizar o objetivo visado e não ir além do que é necessário para o alcançar, não podendo, além disso, comprometer, os objetivos desta última Diretiva, quais sejam a instituição de um elevado nível de proteção a favor dos autores e o bom funcionamento do mercado interno. Ademais, a transposição das exceções ou limitações aos direitos dos titulares neste tipo de Diretivas também é limitada pelo artigo 5.º, n.º 5, da referida Diretiva, que subordina semelhantes exceções ou limitações a uma tripla condição, qual seja, que essas exceções ou limitações só possam ser aplicáveis em certos casos especiais; não entrem em conflito com uma exploração normal da obra; e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito de autor. Cfr. recentemente, TITO RENDAS, *Exceptions in EU Copyright Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021.

que se reveste essa regra para os titulares de direitos – por lhe conferir a maior amplitude permitida.²² Regista-se a este respeito a omissão de uma transposição adequada do princípio do país de origem, consignado no art. 5.º, n.º 3, da Diretiva²³, o que é suscetível de gerar dúvidas quanto ao âmbito de aplicação espacial daquele preceito. Esta omissão deveria, por isso, ser suprida no diploma de transposição. É certo que no art. 76.º, n.º 7, se declara que «[a]s utilizações previstas na alínea g) do n.º 2 do artigo anterior devem ser consideradas como ocorrendo exclusivamente em território nacional». Mas esta formulação não se afigura apropriada, por duas ordens de razões: (i) as utilizações a que se refere o art. 75.º, n.º 2, alínea g), não se cingem a estabelecimentos de ensino situados em território nacional, pelo que não é legítimo considerá-las como ocorrendo exclusivamente neste território; (ii) ainda que se aditasse essa menção ao art. 75.º, n.º 2, alínea g), ficariam por regular as utilizações de obras e outro material protegido feitas por estabelecimentos de ensino situados noutros Estados-Membros da União Europeia, ao abrigo da legislação local, mas acessíveis em Portugal, as quais devem ser igualmente tidas como livres, desde que essa legislação as tenha como tais. Razão pela qual se impõe uma formulação do princípio do país de origem que contemple também estas situações, na linha do que prescreve a Diretiva e conforme a redação adiante sugerida.

As alíneas v) e w) do art. 75.º, n.º 2, transpõem, respetivamente, os arts. 3.º e 4.º da Diretiva 2019/790 relativos a prospeção de textos e dados (*text and data mining*) e o art. 6.º da Diretiva, que abrange a utilização para fins de preservação do património cultural, está transposto no art. 75.º, n.º 2, alínea y). Também quanto a esta última disposição está em falta no projeto o referido princípio do país de origem, que a Diretiva acolhe no seu art. 9.º, n.º 2²⁴, e que deve igualmente ser objeto de transposição. Sugere-se para o efeito a seguinte redação para o art. 76.º, n.º 7: «As utilizações previstas nas alíneas g) e y) do n.º 2 do artigo anterior devem ser consideradas como ocorrendo exclusivamente no território do Estado-Membro da União Europeia onde o estabelecimento de ensino ou a instituição responsável pelo património cultural que procedam às utilizações em causa se encontrem estabelecidos».

²² A Diretiva admitia que se excluíssem pautas e obras dirigidas ao ensino bem como a fixação de uma compensação equitativa. Defendendo esta visão cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 'Subsídios...cit.', p. 254.

²³ Segundo o qual: "A utilização de obras e outro material protegido para fins exclusivos de ilustração didática através de meios eletrónicos seguros, efetuada no respeito das disposições de direito nacional adotadas nos termos do presente artigo, deve ser considerada como ocorrendo exclusivamente no Estado-Membro onde o estabelecimento de ensino se encontra estabelecido".

²⁴ Que estabelece: "Deve-se considerar que a utilização de obras e de outro material protegido ao abrigo da exceção ou limitação prevista no artigo 8.º, n.º 2, ocorre exclusivamente no Estado-Membro onde está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural que procede a essa utilização".

Aproveitando a exigência resultante do art. 17.º, n.º 7, alínea *b*), da Diretiva 2019/790 e a previsão do art. 5.º, n.º 3, alínea *k*), da Diretiva 2001/29, o legislador consagra no art. 75.º, n.º 2, alínea *x*), uma utilização livre de âmbito geral para caricatura, paródia ou pastiche.²⁵

O novo art. 75.º, n.º 6, contém três definições: “organismo de investigação” (art. 2.º, n.º 1 da Diretiva), “prospecção de textos e dados” (art. 2.º, n.º 2 da Diretiva) e, surpreendentemente, “legalmente acessível”.²⁶ Este último termo é “definido” a partir de exemplos e baseando-se no considerando 14 da Diretiva. Esta técnica legislativa, consistente em fornecer exemplos sem uma formulação geral, traduz-se, quando muito, numa enumeração exemplificativa e deveria ser abandonada.

O art. 76.º fixa as condições em torno de algumas dessas utilizações livres, prevê agora a compensação equitativa do editor em mais situações,²⁷ refere as obrigações de segurança e integridade de quem faça prospecção de textos e dados (n.ºs 4 a 6) e estabelece um critério jurisdicional (n.º 7).

O art. 74.º-D estabelece igualmente utilizações livres de obras fora do circuito comercial nalguns casos em que não operem as licenças de estabelecidas no art. 74.º-B.

O legislador aproveitou também para alterar o texto do art. 189.º, n.º 1, alínea *a*), restringindo a formulação verbal da previsão de uso privado no caso dos direitos conexos.

As utilizações livres são igualmente revistas no tocante às bases de dados no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, quanto ao uso privado, limitando-se o seu âmbito, prevendo-se a prospecção de textos e dados e sujeitando-se as mesmas às condições do art. 76.º do CDADC, por via de remissão para este preceito. Quanto aos outros atos livres, previstos no art. 15.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, insere-se também a previsão de prospecção de textos e dados, mas não se remete para as condições do art. 76.º CDADC. Essa referência deve ser acrescentada.

e) Direito conexo do editor de imprensa

O legislador optou por incluir o direito do editor de imprensa (art. 15.º da Diretiva 2019/790) no elenco dos direitos conexos regulados no CDADC e seguir a sistematização

²⁵ Cfr. essa proposta em NUNO SOUSA E SILVA, ‘Subsídios...cit., p. 267.

²⁶ Ao contrário dos outros dois termos, este não se encontra entre aspas. Existem outros dois termos definidos no art. 74.º-A/9 (“instituição responsável pelo património cultural” e “parte integrante e permanente das coleções de uma instituição responsável pelo património cultural”) que são relevantes para a aplicação do art. 75.º.

²⁷ Parece haver um erro na renumeração do art. 76.º, n.º 2, alínea *d*), sendo que o art. 75.º, n.º 2, alínea *r*) (“anterior alínea *q*)” diz respeito à “utilização de obras, como, por exemplo, obras de arquitetura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos.” e não a “reprodução de obra, efetuada por instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão”. É neste último caso que, nos termos da Diretiva 2001/29, se deve prever remuneração equitativa.

já existente. Assim, alteram-se os arts. 176.º (definições), 183.º (duração), 189.º (utilizações livres) e acrescentam-se os arts. 188.º-A e 188.º-B, este último prevendo a gestão coletiva do novo direito conexo, critérios de cálculo e distribuição da remuneração pelo respetivo uso e, no n.º 3, deveres de informação dos prestadores de serviços da sociedade de informação. A abordagem é consentânea com a estrutura do CDADC em relação aos direitos conexos, mas a dispersão do regime por várias normas aumenta as dificuldades de interpretação e aplicação do novo regime.

f) Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

A opção, assumida no preâmbulo do projeto em apreço, foi a de transpor de forma bastante literal o art. 17.º da Diretiva 2019/790.²⁸ É de aplaudir a preocupação de repartir o extenso texto desse artigo da Diretiva por vários artigos (arts. 175.º-B a 175.º-H). Em termos de colocação sistemática, atendendo ao esquema do CDADC faz sentido que esta matéria se integre no Capítulo III do Título II referente às utilizações em especial, sendo que o legislador acrescenta uma nova secção para estas regras. A opção de não autonomizar esta matéria num diploma avulso, contrariando tendências legislativas mais recentes, é igualmente de louvar.

Na verdade, o art. 175.º-C visa resolver o problema da imputação de responsabilidade (pelo menos, civil) aos prestadores intermediários de serviços na *Internet*, titulares de plataformas digitais, tendo em mira o objetivo de estes se absterem de propiciar ou facilitar a perturbação ou *turbação* (*Störung*) da esfera jurídica dos titulares dos direitos intelectuais dos requerentes e de violação futura dos seus direitos. Pode apontar-se como seu fundamento a existência de um “perigo de violação” (qual proteção contra *perigo futuro abstrato* que tenha sido antecedido de um *perigo concreto* ou de uma *primeira ingerência*) de um dever ou obrigação perante o autor/requerente, independentemente de implicar, ou não, efeitos danosos. Trata-se assim — e nas condições previstas nos vários números desta norma — de um ilícito de infração *direta* do direito de autor (direito conexo ou direito *sui generis* do fabricante de base de dados) que ao caso couber²⁹, cuja origem, na história desta Diretiva, parece remontar à

²⁸ Sobre este artigo, veja-se, entre outras obras, SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “Em defesa do artigo 17.º da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital: contextualização de uma evolução inevitável”, *RDI* 2019/II, pp. 57-78.

²⁹ Aliás, na Alemanha, a jurisprudência relativa a litígios de concorrência desleal e de propriedade intelectual tenta explicar a imputação destes deveres *de facere* (positivos ou negativos) decorrentes da medida cautelar decretada contra o prestador intermediário de serviços na violação de deveres de cuidado ou deveres de evitar perigos – cfr. HELMUT KÖHLER, “Täter’ und ‘Störer’ im Wettbewerbs- und Markenrecht – Zur BGH-Entscheidung ‘Jugendgefährdende Medien bei eBay’”, *GRUR*, 2008, p. 1 ss.; FRANZ HOFMANN,

responsabilidade civil delitual *subsidiária* prevista no ordenamento alemão (no estertor da última pandectística, em finais do século XIX), a qual dispensa o requisito da culpa, enquanto responsabilidade pela perturbação ou interferência (*Störerhaftung*). Até à transposição desta Diretiva para o ordenamento jurídico português, era concebível perguntar, a mais do genérico dever de abstenção da prática de *atos de perturbação ou de impedimento ao exercício do direito subjetivo de outrem*, alicerçado na máxima *alterum non laedere*, com que base material substantiva o titular de direitos de propriedade intelectual poderia desencadear, com êxito, medidas preventivas e ações inibitórias contra os referidos prestadores intermediários de serviços na Internet: *contrato com eficácia de proteção para terceiros? Violação de disposições de proteção? Responsabilidade e imputação por culpa in vigilando? Tutela aquiliana do crédito?*³⁰

Numa perspetiva mais circunscrita e material, já era possível afirmar que os prestadores intermediários poderiam incorrer em *responsabilidade aquiliana*, em especial por *violação de disposições de proteção* (art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil): estes prestadores de serviços, embora não sejam (e já antes não fossem) onerados com um *dever geral de vigilância* dos conteúdos que alojam ou permitem visualizar, aceder, comunicar ao público ou reproduzir, deviam (e devem) cumprir todo um acervo de regras estabelecidas no regime jurídico do comércio eletrónico (arts. 15.º a 17.º do Decreto-Lei n.º 7/2004), da sociedade da informação e no da tutela efetiva dos direitos de propriedade intelectual. Pretende-se agora regular e fazer transpor para os Estados-Membros, como ilícito gerador de *responsabilidade civil*, a *facilitação e o fornecimento de meios* destinados a reproduzir, comunicar, fornecer ou utilizar as *criações ou prestações* intelectuais protegidas, tornando estes prestadores de serviços, em razão de certas ações ou omissões suas, (co)autores de atos de comunicação ao público ou colocação à disposição do público dessas criações ou prestações.

Uma questão particular reside em saber se a formulação da norma da alínea *b)* deste art. 175.º-C (na parte em que se refere aos “melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras ou outros materiais protegidos, *relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias*” como fundamento

“Markenrechtliche Sperranordnungen gegen nicht verantwortliche Intermediäre. Das englische „Cartier“-Urteil und seine Lehren für das deutsche Recht”, *GRUR*, 2015, p. 123 ss. Estas medidas são, em geral e em primeiro lugar, *medidas preventivas* (acórdão do BGH, de 12 de julho de 2007, *GRUR*, 2007, p. 890, anotação à margem n.º 37) que os agentes económicos razoáveis e diligentes devem adotar perante as circunstâncias concretas, designadamente face a uma notificação do titular dos direitos de propriedade intelectual; medidas que devem ser as *possíveis* e, por isso, *razoáveis* nas circunstâncias, à luz de um *princípio da proporcionalidade* que deve conciliar e operar a concordância prática com outros direitos subjetivos (e direitos fundamentais) e interesses legalmente protegidos.

³⁰ Sobre a dificuldade de enquadrar juridicamente a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha pelos conteúdos de terceiros sem um regime especificamente criado para o efeito, *vide* Sofia de Vasconcelos Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Almedina, Coimbra, 2000.

de exoneração da responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha)³¹ satisfaz as exigências ou bitolas estabelecidas na jurisprudência do TJUE tirada no acórdão *Youtube e Cyando*, no passado dia 22 de junho de 2021 (processos apensos n.ºs C-682/18 e C-683/18)³². É que, de acordo com esta jurisprudência, os prestadores intermediários desses serviços são responsáveis pelos atos de comunicação ao público (ou colocação à disposição do público) se se abstiverem de “*implementar as medidas técnicas adequadas que se podem esperar de um operador normalmente diligente que se encontre na sua situação para combater de forma credível e eficaz violações dos direitos de autor nessa plataforma, ou ainda quando contribui[rem] para a seleção de conteúdos protegidos comunicados ilegalmente ao público*”, bem como se e quando fornecerem na sua plataforma “*ferramentas destinadas especificamente a partilhar ilicitamente esses conteúdos* ou promove[rem] conscientemente tais partilhas, o que pode ser comprovado pela circunstância de o operador ter adotado um modelo económico que *incentiva os utilizadores da sua plataforma a nesta procederem ilegalmente à comunicação ao público de conteúdos protegidos*” — os itálicos são nossos³³. O problema está em que, diferentemente da Diretiva e do projeto de Decreto-Lei, esta jurisprudência não faz depender a imputação da responsabilidade pela prática deste ilícito da circunstância de os titulares terem fornecido aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias. Desta jurisprudência decorre, isso sim e tão só, que se espera que os prestadores adotem as medidas técnicas adequadas expectáveis de um operador normalmente diligente que se encontre na sua situação para combater de forma credível e eficaz violações dos direitos de autor na sua plataforma, *independentemente* de lhes serem comunicadas as informações pertinentes e necessárias por parte dos titulares de direitos intelectuais³⁴. É evidente que os *ditames da boa-fé* na conclusão e na execução dos contratos pelos quais tais conteúdos podem ser alojados nessas plataformas pelos utilizadores já determinam a observância destes *deveres laterais de conduta* a cargo dos utilizadores. Mas a questão fica em aberto. Deve em todo o caso notar-se, a este respeito, que o acórdão *Youtube e Cyando* apenas se debruça sobre o quadro legal vigente antes da entrada em vigor do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, conforme é, de resto, nele esclarecido a título preliminar (par. 59).

³¹ O itálico é nosso.

³² Ver, sobre esse aresto, a anotação de Sofia de Vasconcelos Casimiro, *RDI*, 2021/II.

³³ § 102 do referido acórdão.

³⁴ Por exemplo, a responsabilidade será excluída sempre que o concreto prestador intermediário de serviços utilize diferentes dispositivos técnicos para prevenir e fazer cessar as violações dos direitos intelectuais na sua plataforma, designadamente, botões de notificação, processos especiais de alerta para assinalar e mandar suprimir conteúdos ilícitos, bem como programas de verificação dos conteúdos e programas informáticos de reconhecimento de conteúdos que facilitem a identificação e a designação de tais conteúdos. Se assim for, o TJUE assume que este operador terá desenvolvido medidas técnicas destinadas a combater de forma credível e eficaz as violações dos direitos intelectuais na sua plataforma.

O art. 175.º-H, no seguimento do art. 17.º, n.º 9, 3.º parágrafo da Diretiva, consagra um esclarecimento necessário face à constante tensão entre as pretensões de identificação dos utilizadores dos serviços digitais, por parte dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos, e a proteção do direito à privacidade e dos dados pessoais destes utilizadores. Aplaudimos este esclarecimento na Diretiva, assim como nesta proposta de transposição, uma vez que a interpretação de certas disposições legais de uma e outra poderiam conduzir ao entendimento de que a identificação dos utilizadores, no contexto de serviços de partilha de conteúdos em rede, sairia facilitado, sendo mesmo necessária para a cabal aplicação dessas disposições. Vários argumentos poderiam ser utilizados para justificar a criação de um regime especial, perante o regime previsto no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. Não é, contudo, o caso, uma vez que as regras gerais sobre o tema continuam a aplicar-se.

A redação proposta, porém, parece conter uma proibição de identificação de utilizadores individuais, conduzindo aparentemente ao próprio afastamento do regime geral decorrente do RGPD. Esta redação contém, assim, uma contradição nos seus próprios termos, conduzindo a uma confusão insanável. Deveria ponderar-se uma mera remissão para o regime geral de proteção de dados pessoais, esclarecendo que as referidas disposições legais da nova Secção não o afastam nem criam um regime especial nessa matéria.

O art. 175.º-H, relativo à proteção de dados pessoais, ao mudar a formulação verbal do art. 17.º, n.º 9, 3.º parágrafo, acaba por dizer algo diferente do que está escrito na Diretiva dando a impressão, errada, de que há uma proibição de identificação de utilizadores individuais. Nesse sentido, este artigo deveria ser suprimido.

O art. 192.º é alterado para estender a aplicação deste regime aos direitos conexos.

g) Tutela penal

Apesar de tal não estar previsto nas Diretivas a transpor, o legislador aproveita para fazer uma revisão de três normas penais. Quanto aos art. 195.º do CDADC, estende a tutela penal ao novo direito conexo de publicações de imprensa (n.º 1) e esclarece que aquele que exceda os limites de uma licença também comete o (indevidamente chamado) crime de usurpação (n.º 2, alínea c)). O art. 196.º, n.º 1, também é alterado para que o (indevidamente chamado) crime de contrafação também abranja esse novo direito conexo.

A grande inovação neste ponto situa-se no art. 11.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, cuja nova redação proposta é a seguinte: “Quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar, comunicar ou colocar à disposição do público uma base de dados protegida nos

termos do n.º 1 do art. 4.º e do art. 12.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.” Esta alteração representa um triplo agravamento: aplica-se não só a base de dados original (protegida por direito de autor), mas também a base de dados protegida pelo direito *sui generis* do fabricante de base de dados, prescinde da exigência de fins comerciais e passa a abranger a colocação à disposição do público. Talvez se deva ponderar se este alargamento é justificado, sobretudo à luz do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

h) Outros aspetos

Regulamenta-se no arts 36.º-A e 36.º-B, aditado à Lei 26/2015, de 14 de abril, a gestão coletiva alargada, a qual fica dependente de previsão expressa na lei (art. 36.º-A, n.º 1), sendo exemplo o estabelecido nos arts. 74.º-B e 74.º-C para as obras fora do circuito comercial.

O legislador corrige igualmente o art. 221.º relativo a medidas técnicas de proteção, o que é de aplaudir.

Já o art.74.º-E visa transpor o art. 13.º da Diretiva 2019/790, mas, na sua formulação atual constitui um artigo inútil (salvo na medida em que pretenda através dele limitar – injustificadamente, como já se notou acima – a liberdade das partes interessadas de recorrerem a meios de resolução extrajudicial de litígios sem carácter institucional). O art. 7.º do Decreto-Lei autorizado cria injustificadamente uma nova secção, integrada unicamente pelo art. 74.º-E, intitulada “do acesso a obras audiovisuais através de plataformas de vídeo a pedido e disponibilidade das mesmas”. É discutível se o texto proposto cumpre satisfatoriamente o mandato legislativo do art. 13.º da Diretiva 2019/790. Em alternativa, faria mais sentido remeter para a Comissão de Peritos prevista no art. 44.º da Lei 26/2015, o que, aliás, se encontra coberto pelo âmbito da Lei de Autorização (art. 2.º, alínea r)).

4. Breve apontamento sobre a Proposta de Lei n.º 113/XIV

A Proposta de Lei n.º 113/XIV contém uma proposta de transposição de uma Diretiva que já há muito se revelava necessária, em matéria de transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e de retransmissão de programas de televisão e de rádio. Figuras como o *simulcasting* e o *webcasting*, entre outras decorrentes da convergência das comunicações,³⁵ careciam de um tratamento legal exposto e sistematizado. Como referido, a opção de distribuir este tratamento legal por vários diplomas legais autónomos não se afigura como a

³⁵ Vide SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A convergência dos meios de comunicação social e o Direito de Autor - tempos de mudança”, *RDI* 2016/I, pp. 179-204.

mais adequada, face à complexidade dos temas versados e pela inevitável perda na sistematização global, conducente a lacunas, dúvidas de eventual aplicação analógica e dificuldades de compatibilização de soluções diversas ou mesmo conflitantes.

De entre os vários temas que aqui poderiam ser destacados, cabe fazer uma breve referência à inconstitucionalidade orgânica de que padece atualmente o n.º 3 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, que determina a arbitragem obrigatória para resolver diferendos resultantes da falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo³⁶. Uma vez que a matéria de organização e competência de tribunais arbitrais se insere na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do art. 165.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e a Lei de autorização n.º 99/97, de 3 de setembro, não concedeu autorização ao Governo para legislar nessa matéria, o Decreto-Lei aprovado ao abrigo desta lei de autorização (o Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro) não poderia conter uma disposição como a do n.º 3 do art. 7.º.

Ora, a Proposta de Lei em apreço não apenas ignora este tema, como poderá agravar as consequências da inconstitucionalidade daquela disposição legal, nomeadamente, ao conter, no art. 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei autorizado uma remissão geral para o regime previsto neste art. 7.º. O legislador tem, porém, a oportunidade de, finalmente, sanar esta inconstitucionalidade, se optar por regular este tema na Proposta.

5. Conclusões

Atenta a complexidade das Diretivas a transpor e das Propostas de Lei, conhecidos uma semana antes do fecho deste texto, a análise aqui apresentada é necessariamente perfunctória. A centralidade desta intervenção legislativa no Direito nacional e os seus reflexos na economia digital, eixo em que o nosso país tem vindo a destacar-se, impõem uma reflexão séria e cuidada sobre esta intervenção. Será útil pensar nos reflexos que certas normas têm noutras partes do CDADC. Nessa linha, não parece que, à luz dos arts. 74.º-A a 74.º-D, faça sentido manter em vigor o art. 52.º ou que o disposto no art. 63.º seja ainda válido.

Por outro lado, é importante fazer um esforço de consistência terminológica. Por exemplo, a Proposta de Lei n.º 114/XIV tem 26 referências a “outros materiais protegidos”, o CDADC não tem nenhuma. É igualmente importante evitar “poluição” e, nesse sentido, não incluir normas, como os art. 44.º-D, 39.º-A, 74.º-E, 175.º-G ou 144.º, n.º 2, que nada acrescentam.

³⁶ Acórdão n.º 102/2016 do Tribunal Constitucional proferido em sede de averiguação da constitucionalidade sucessiva concreta, publicado no *Diário da República* n.º 61/2016, Série II, de 29 de março de 2016.

Também não será boa prática “codificar” considerandos da Diretiva: tal só se justificará na estrita medida em que contribua para aumentar a inteligibilidade das normas.

Deverá aproveitar-se a ocasião para proceder a algumas melhorias do CDADC, sem perder de vista a necessidade, cada vez mais premente, de empreender uma revisão mais ambiciosa deste diploma legal.

Ficam aqui consignadas algumas propostas e reflexões iniciais, naquilo que se espera ser o começo de um profícuo e construtivo debate.

Com melhores leis ganhamos todos.

Outubro de 2021

