

# CÓPIA PRIVADA E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO\*

*Dário Moura Vicente*  
*Professor da Faculdade de Direito de Lisboa*

## Sumário:

- I. O Direito de Autor e a reprodução de obras para uso privado.
- II. Os problemas suscitados pela evolução tecnológica.
- III. Cópia privada e medidas tecnológicas de protecção.
- IV. A «compensação» pela cópia privada.
- V. O acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2003.
- VI. A nova redacção da Lei n.º 62/98.
- VII. A compensação pela cópia privada e a *gestão digital de direitos*.
- VIII. Conclusão.

## **I. O Direito de Autor e a reprodução de obras para uso privado**

A generalidade dos sistemas jurídicos nacionais permite, dentro de certos limites, a reprodução para uso privado de obras literárias e artísticas, bem como de certas prestações protegidas (*maxime* as de artistas intérpretes ou executantes),

---

\* Texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no *I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas*, e em 19 de Julho de 2005, no *IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação*.

independentemente de autorização prévia dos titulares de direitos sobre essas obras e prestações<sup>1</sup>.

A justificação desta regra apenas pode ser devidamente apreendida à luz dos interesses tutelados pelo Direito de Autor. Estes são fundamentalmente de duas ordens.

Por um lado, relevam neste domínio *interesses individuais*, entre os quais sobressaem os *interesses morais* dos autores e artistas ligados à defesa da paternidade e da integridade das suas criações intelectuais e prestações e os *interesses patrimoniais* dos mesmos sujeitos que se prendem com a sua legítima expectativa de colher os benefícios económicos que possam resultar da exploração dessas criações e prestações, mormente através da sua reprodução, da sua comunicação ao público e da distribuição dos respectivos exemplares.

Por outro lado, avultam *interesses colectivos*, nos quais se compreendem o acesso do público à informação e aos bens culturais, a promoção da educação e do progresso científico.

Através da consagração de direitos exclusivos sobre as diferentes formas de utilização das obras literárias e artísticas e prestações protegidas, dá-se por certo satisfação à primeira categoria de interesses referida; mas reflexamente atende-se também à segunda, porque se incentiva desse modo a produção de bens culturais. Por isso se afirma, com razão, que o direito de autor é um monopólio de utilização da obra que estimula a competição a um nível mais elevado: o da criação intelectual.

Mas na realização dessa segunda ordem de interesses desempenham também papel de relevo as *utilizações livres*, entre as quais avulta o uso privado.

---

<sup>1</sup> Para uma comparação do regime do uso privado em diversos sistemas jurídicos nacionais, veja-se Stig Strömholm, «Copyright. Comparison of Laws», in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIV, *Copyright and Industrial Property*, Tubinga, s/d, pp. 78 s.

Deste se ocupam entre nós, designadamente, os arts. 75.º, n.º 2, alínea a), 81.º, alínea b), 189.º, n.º 1, alínea a), do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC). De quanto aí se dispõe retira-se ser lícita, sem o consentimento dos titulares de direitos, a reprodução de obras e prestações protegidas para fins exclusivamente privados, ou seja, a reprodução que é levada a cabo por uma pessoa singular, sem fim lucrativo, visando satisfazer necessidades pessoais do utilizador ou dos seus próximos.

A licitude da reprodução de obras feita nestes termos depende, no entanto, do preenchimento de condições adicionais, enunciadas na denominada *regra dos três passos*.

Esta encontra-se acolhida no art. 9.º, n.º 2, da Convenção de Berna Para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas<sup>2</sup>, na qual foi introduzida pela revisão de Estocolmo de 1967. Daí irradiou para diversos outros textos normativos internacionais, comunitários e nacionais, entre os quais o Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC)<sup>3</sup>, que a estende, no art. 13.º, à generalidade das limitações ou excepções aos direitos exclusivos nele consagrados; os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual Sobre Direito de Autor e Sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, de 1996<sup>4</sup>, onde figura, respectivamente, nos arts. 10, n.º

---

<sup>2</sup> A que Portugal aderiu em 29 de Março de 1911. Está em vigor no nosso país, na versão do Acto de Paris de 24 de Julho de 1971, por força do Decreto n.º 73/78, de 26 de Julho, que o aprovou para adesão. Dela eram partes, em Janeiro de 2005, 159 Estados (fonte: <http://www.wipo.int>). Encontra-se reproduzida em José de Oliveira Ascensão/Pedro Cordeiro, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 173 ss. Sobre o preceito citado no texto, cfr. *Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, Genebra, 1978, pp. 62 ss.

<sup>3</sup> O qual constitui o anexo IV ao acordo que instituiu a Organização Mundial de Comércio, assinado em Marraquexe em 15 de Abril de 1994, e vincula internacionalmente Portugal desde 1 de Janeiro de 1996. Foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, de 15 de Dezembro de 1994, publicada no *Diário da República*, I série A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, 5.º suplemento. Igualmente reproduzido em José de Oliveira Ascensão/Pedro Cordeiro, ob. cit. na nota anterior, pp. 273 ss.

<sup>4</sup> Em vigor na ordem jurídica internacional, respectivamente, desde 6 de Março de 2002 e 20 de Maio de 2002. Foram aprovados, em nome da Comunidade Europeia, pela Decisão do Conselho de 16 de Março de 2000, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º L 89, de 11 de Abril de 2000, pp. 6 ss., em anexo à qual figura uma tradução oficial em língua portuguesa de ambos os tratados. Estão

2, e 16, n.º 2; a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação<sup>5</sup>, que a consagra no art. 5.º, n.º 5; e o CDADC, no qual a encontramos nos arts. 75.º, n.º 4, e 81.º, alínea b).

De acordo com a formulação portuguesa dessa regra, a reprodução de obras protegidas para uso privado só é consentida se não prejudicar a *exploração normal* da obra ou prestação nem causar *prejuízo injustificado* aos legítimos interesses do titular de direitos. Omite-se nesta formulação a restrição das utilizações livres a *certos casos especiais*, constante do ADPIC, dos Tratados e da Directiva. Admitindo que essa restrição tem um sentido não apenas qualitativo, mas também quantitativo<sup>6</sup>, tal omissão confere entre nós um alcance potencialmente mais vasto a essas utilizações.

Não é difícil descobrir o fundamento dessa regra. Todo o uso privado diminui potencialmente as possibilidades de exploração económica das obras e prestações protegidas. Procurou-se através da regra em apreço conter esse uso dentro de limites razoáveis, assim se acautelando a posição dos titulares de direitos sem comprometer os interesses colectivos que se tem em vista salvaguardar através

---

também reproduzidos em José de Oliveira Ascensão/Pedro Cordeiro, ob. cit. na nota 2, pp. 253 ss. Pode consultar-se o estado das respectivas ratificações em <http://www.wipo.int>.

<sup>5</sup> In *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º L 167, de 22 de Junho de 2001, pp. 10 ss. Sobre a Directiva, vide Michel M. Walter (organizador), *Europäisches Urheberrecht. Kommentar*, Viena/Nova Iorque, 2001, pp. 1009 ss., com amplas referências bibliográficas.

<sup>6</sup> Conforme entendeu o órgão de resolução de litígios da Organização Mundial de Comércio, no parecer emitido em 15 de Junho de 2000 acerca da conformidade do *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano com o art. 13.º do ADPIC. Sobre esta decisão (disponível em <http://www.wto.org>), vejame-se: Jane Ginsburg, «Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions», *Revue Internationale de Droit d’Auteur*, n.º 187, Janeiro de 2001, pp. 3 ss.; e André Lucas, «Le “triple test” de l’article 13 de l’Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l’OMC “Etats-Unis – Article 110 (5) de la Loi sur le droit d’auteur”», in Peter Ganeva/Christopher Heath/Gerhard Schricker (organizadores), *Urheberrecht. Gestern–Heute–Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, Munique, 2001, pp. 423 ss.

da liberdade de uso privado. Este último não tem lugar, em suma, à margem do Direito de Autor<sup>7</sup>.

## II. Os problemas suscitados pela evolução tecnológica

Pese embora o amplo acolhimento que obteve em instrumentos normativos relativamente recentes, o regime da cópia privada assim delineado nos seus traços fundamentais foi gizado numa época em que não se haviam ainda feito sentir, no plano da utilização e exploração das obras e prestações protegidas, os efeitos do advento das novas tecnologias da informação e da comunicação.

Sucedeu que nos últimos trinta anos, graças a essas tecnologias, foi consideravelmente facilitada a realização de reproduções para uso privado, a baixo custo e com alto nível de qualidade.

Surgiu em primeiro lugar a chamada *reprografia*; depois, generalizou-se a possibilidade de gravação por particulares de obras musicais e audiovisuais em cassetes e videocassetes («*home taping*»); por último, através da *digitalização* tornou-se possível o armazenamento de qualquer tipo de obra ou prestação na memória de computadores e a comunicação ou distribuição quase instantânea das cópias assim efectuadas através das redes informáticas internacionais, entre as quais avulta a Internet.

Esta evolução tecnológica, associada à impossibilidade de um controlo efectivo das reproduções para uso privado, por parte dos titulares de direitos e das entidades de gestão colectiva de direitos de autor e conexos, colocou em crise um dos pressupostos em que classicamente assentava o regime jurídico da cópia

---

<sup>7</sup> Cfr., nesta linha fundamental de orientação, Joachim v. Ungern-Sternberg, in Gerhard Schricker (organizador), *Urheberrecht. Kommentar*, 2.<sup>a</sup> ed., Munique, 1999, p. 307; e Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Tubinga, 2001, pp. 177 e 227.

privada: a sua *diminuta relevância* para a exploração comercial das obras e prestações protegidas<sup>8</sup>.

Com efeito, vários indicadores permitem supor que existe actualmente um risco não despreciando de que a reprodução não autorizada dessas obras e prestações se banalize, afectando negativamente as vendas dos respectivos exemplares. Disso dá testemunho o fenómeno da troca de ficheiros musicais *peer to peer*, de que se ocupou recentemente o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América na sentença sobre o caso *MGM Studios v. Grokster*<sup>9</sup>, o qual se estima implicar vários milhares de milhões de cópias de obras e prestações protegidas por mês<sup>10</sup>.

### III. Cópia privada e medidas tecnológicas de protecção

---

<sup>8</sup> Que «[a] cópia digital privada virá provavelmente a ter uma maior divulgação e um maior impacto económico», reconheceu-o expressamente o legislador comunitário no considerando 38 da Directiva 2001/29/CE, onde se declara igualmente que «[p]or conseguinte, deverão ser tidas devidamente em conta as diferenças existentes entre a cópia digital privada e a cópia analógica privada e, em certos aspectos, deverá ser estabelecida uma distinção entre elas». Na doutrina não falta quem exclua a admissibilidade de qualquer limite ao direito de reprodução pelo que respeita à cópia digital privada: cfr. Gillian Davies, *Copyright and the Public Interest*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, 2002, pp. 287 ss.; Christian Berger, «Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmassnahmen und Informationsfreiheit», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (doravante *ZUM*), 2004, pp. 257 ss. (pp. 263 e 265); e Günter Poll/Thorsten Braun, «Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie? § 53 Abs. 1 UrhG im Lichte des “Dreistufentests”», *ZUM*, 2004, pp. 266 ss. Sustenta, porém, que constituiria um erro, de um ponto de vista de política legislativa, proibir a cópia digital privada, Haimo Schack, «Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG», *ZUM*, 2002, pp. 497 ss. (pp. 500 e 510 s.). No sentido de que a proibição da cópia digital privada seria incompatível com a Directiva 2001/29/CE, vejam-se Lucy Beard/Valérie Budd/Arnd Haller/Marc Schuler/Ingrid Silver/Jörg Wimmers, «Harmonization of Copyright Law in the European Community. A comparative overview of the implementation of the Copyright Directive (2001/29/EC) in France, Germany and the United Kingdom», *Computer Law Review International*, 2004, pp. 33 ss. (p. 38).

<sup>9</sup> Cfr. Supreme Court of the United States, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster Ltd., et al.*, sentença de 27 de Junho de 2005, disponível em <http://www.supremecourtus.gov>.

<sup>10</sup> No sentido da ilicitude da reprodução de obras protegidas mediante esse processo, veja-se Antoine Latreille, «La copie privée démythifiée», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 2004, pp. 403 ss. (pp. 409 s.).

Os titulares de direitos têm procurado fazer face a este risco, além do mais, através do recurso a dispositivos de codificação, ou criptagem, também ditos *medidas tecnológicas de protecção*<sup>11</sup>.

Estas podem ser de diferentes géneros: umas, visam facultar ou recusar o acesso a obras e prestações protegidas como contrapartida de um pagamento; outras, previnem ou restringem tão-somente certas utilizações dessas obras ou prestações, como, por exemplo, a impressão de textos ou a sua reprodução em suporte digital; outras ainda, procuram preservar a integridade desses bens impedindo a sua modificação; por fim, certas medidas permitem controlar o número ou a duração das utilizações feitas, facilitando assim a exploração económica das obras ou prestações em causa.

O CDADC, na redacção dada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que transpõe a Directiva 2001/29/CE para a ordem jurídica interna, ocupa-se desta matéria nos arts. 217.º a 228.º<sup>12</sup>.

O art. 217.º, n.º 1, assegura protecção jurídica contra a neutralização de medidas eficazes de carácter tecnológico, compreendendo-se nessa protecção a cominação de sanções penais, previstas no art. 218.º. O art. 219.º, por seu turno, estende essa protecção a certos actos preparatórios nele especificados.

Se, porém, a ordem jurídica sancionasse a neutralização dessas medidas em quaisquer circunstâncias – incluindo, portanto, nos casos de uso privado – poderia ficar comprometido o equilíbrio de interesses visado pelo Direito de Autor vigente,

---

<sup>11</sup> Sobre o tema, vide o nosso estudo *Direito de Autor e medidas tecnológicas de protecção*, em curso de publicação in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, e a bibliografia aí citada.

<sup>12</sup> Sobre esses preceitos, e em geral sobre a transposição da Directiva para a ordem jurídica portuguesa, vide José de Oliveira Ascensão, «A transposição da Directiva para a ordem jurídica de direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (doravante *RFDUL*), 2002, pp. 915 ss.; *idem*, «A Proposta de Lei n.º 108/IX para transposição da Directiva n.º 2001/29, de 22 de Maio (Direitos de autor e conexos na sociedade da informação)», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Lisboa, 2005, pp. 491 ss.; e Manuel Lopes Rocha/Henrique Carreiro/Ana Margarida Marques/André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, s/l, 2005.

pois os titulares de direitos poderiam nesse caso impedir ou restringir a reprodução de obras e prestações em situações em que esta é permitida sem autorização prévia.

Esse perigo foi em parte acautelado pelo novo art. 221.º do Código, que ressalva certas utilizações livres, nele previstas, entre as quais se incluem as reproduções para uso privado.

Estabelece, para tanto, o n.º 1 desse preceito que as medidas eficazes de carácter tecnológico não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nas alíneas *a), e), f), i), n), p), q), r), s)* e *t)* do n.º 2 do art. 75.º, na alínea *b)* do art. 81.º, no n.º 4 do art. 152.º e nas alíneas *a), c), d), e e)* do art. 189.º do Código, no seu interesse directo.

Para este efeito prevê-se que os titulares de direitos devem proceder ao depósito legal, junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas.

No n.º 2 do novo art. 221.º dispõe-se ainda que, em ordem ao cumprimento do disposto no número anterior, os titulares de direitos devem adoptar adequadas *medidas voluntárias*, como o estabelecimento e aplicação de acordos entre titulares ou seus representantes e os utilizadores interessados.

Se uma medida de protecção impedir ou restringir uma utilização livre, pode o beneficiário desta solicitar à IGAC o acesso aos meios depositados nos termos do n.º 1 (art. 221.º, n.º 3). Para a resolução de litígios sobre a matéria, prevê-se uma *arbitragem necessária*, a efectuar pela Comissão de Mediação e Arbitragem prevista na Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, que regula as entidades de gestão colectiva dos direitos de autor e conexos (*idem*, n.º 4).

Reconhece-se assim aos beneficiários das utilizações livres (salvo nas hipóteses previstas no art. 222.º do Código, a que aludiremos em seguida) o poder de exigirem, por meios judiciais e extrajudiciais, que lhes sejam facultadas essas utilizações no tocante às obras e prestações a que tenham legalmente acesso, mas

que se encontrem protegidas através de medidas tecnológicas, ainda que tais utilizações consistam em reproduções em suporte digital.

Neste particular, há que notá-lo, o Direito português vai mais longe do que o alemão, que não inclui a cópia privada digital no poder homólogo reconhecido aos utilizadores pelo § 95b da *Urheberrechtsgesetz*<sup>13</sup>.

O alcance deste regime pode, no entanto, ser restringido pelos titulares de direitos, pois o n.º 8 do art. 221.º estabelece que o disposto nos números anteriores não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas eficazes de carácter tecnológico para limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.

Por outro lado, o art. 222.º do Código prevê que o disposto no preceito antecedente não se aplica às obras, prestações ou produções protegidas disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que uma pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido – como sucede no caso das obras disponibilizadas na Internet.

Não obstante as restrições impostas pelo legislador português à utilização de medidas tecnológicas de protecção, o regime em apreço mostra-se, assim, potencialmente restritivo da cópia privada, sobretudo no tocante a obras e prestações disponíveis em linha.

#### **IV. A «compensação» pela cópia privada**

A cópia privada suscita ainda a questão de saber se e como devem ser remunerados os titulares de direitos pela utilização assim feita das suas obras e prestações.

---

<sup>13</sup> Preceito esse introduzido na referida lei pela *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, de 10 de Setembro de 2003 (*in Bundesgesetzblatt*, Teil 1/2003, n.º 46, de 12 de Setembro de 2003, pp. 1774 ss.). Sobre este diploma legal, *vide* Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger, *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Munique, 2003.

Em muitos países, a resposta a este problema traduziu-se na consagração, a favor desses sujeitos, de uma *compensação equitativa* pela cópia privada<sup>14</sup>.

Antes do último alargamento da União Europeia, essa compensação achava-se prevista nos Direitos de doze dos então quinze Estados-Membros, entre os quais a República Federal da Alemanha<sup>15</sup> e a França<sup>16</sup>.

Pelo mesmo caminho enveredou a Directiva 2001/29/CE, que alude a essa compensação nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 5.º.

Em Portugal, a matéria foi disciplinada no art. 82.º do CDADC, cujo n.º 1 prevê que «[n]o preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por quaisquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos»<sup>17</sup>.

Na redacção originária do n.º 2 deste preceito, remetia-se para lei especial a fixação do montante da quantia referida e a definição do regime da sua cobrança e afectação.

Embora o Código português date de 1985, só em 1998 viria a ser publicado o diploma legal destinado a regulamentar o art. 82.º: a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro.

Aí se previu que o montante da dita quantia a incluir no preço de venda ao público de aparelhos e suportes virgens de fixações e reproduções seria fixado por despacho ministerial (art. 3.º, n.º 1).

---

<sup>14</sup> Cfr., para uma análise comparativa, Bernd Hugenholtz/Lucie Guibault/Sjoerd van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Amesterdão, 2003.

<sup>15</sup> Ver Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, cit. *supra* (nota 7), pp. 200 ss.; e Manfred Rehinder, *Urheberrecht*, 13.ª ed., Munique, 2004, pp. 222 ss.

<sup>16</sup> Cfr. André Lucas/Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2.ª ed., Paris, 2001, pp. 263 ss.; e Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5.ª ed., Paris, 2004, pp. 317 ss.

<sup>17</sup> Sobre este preceito, veja-se José de Oliveira Ascensão, «A “compensação” em contrapartida de utilizações reprográficas indiscriminadas de obras protegidas», *RFDUL*, 1990, pp. 211 ss.

Quanto à quantia a incluir no preço de venda de outros suportes (*maxime* as fotocópias), remeteu-se no n.º 2 do mesmo preceito a fixação do respectivo montante para um acordo a celebrar entre, por um lado, uma pessoa colectiva a criar pelos representantes dos titulares de direitos e, por outro, as entidades públicas ou privadas (v.g. bibliotecas) que, com ou sem fins lucrativos, de forma habitual e para servir o público utilizem os referidos aparelhos.

Agora pergunta-se: em face do regime legal, qual a natureza jurídica da quantia em apreço?

A este respeito há diferentes pontos de vista a considerar.

De acordo com um deles, tratar-se-ia de uma *remuneração* pela utilização de obras e prestações protegidas<sup>18</sup>. O modo particular por que tem lugar essa remuneração, em especial a circunstância de o respectivo pagamento não ser feito directamente aos titulares de direitos, explicar-se-ia pela necessidade de não entravar o acesso do público aos bens culturais e à informação e pela impossibilidade de um controlo rigoroso de todas as utilizações feitas. Em abono desta orientação depõe o facto de o termo «remuneração» ser empregado no art. 3.º da Lei n.º 62/98. Mas o pagamento das quantias devidas nos termos desta lei não constitui verdadeiramente uma contrapartida de qualquer prestação a cargo dos autores ou das entidades de gestão colectiva que a recebem, pelo menos no caso da venda de aparelhos. Aliás, as reproduções em causa podem não incidir sobre obras protegidas.

Segundo outro entendimento, estaríamos perante uma *indemnização* dos prejuízos sofridos pelos titulares de direitos na exploração normal de obras e prestações protegidas, em virtude da facilidade com que as novas tecnologias permitem efectuar reproduções para uso privado<sup>19</sup>. É o que inculca,

---

<sup>18</sup> Neste sentido se pronunciou o Conselheiro Mário Araújo Torres, no voto de vencido ao acórdão do Tribunal Constitucional citado adiante (nota 23 e texto correspondente).

<sup>19</sup> Assim Luiz Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, 3.ª ed., Lisboa, 2002, p. 137.

nomeadamente, a utilização da palavra «compensação» no art. 82.º do CDADC e no art. 5.º da Directiva 2001/29/CE. Mas em rigor pode não haver qualquer prejuízo a indemnizar: a circunstância de alguém reproduzir um livro a fim de lê-lo fora da biblioteca onde o requisitou, por exemplo, não significa necessariamente que os exemplares disponíveis no mercado deixem de ser vendidos. Pode até o livro obter maior divulgação por essa via. Por outro lado, os aparelhos em cujo preço é incluída a quantia em causa podem não ser adquiridos para reproduzir obras e prestações protegidas, não sendo nesse caso imputável ao adquirente qualquer prejuízo eventualmente sofrido pelos titulares de direitos.

A quantia em apreço poderia ainda corresponder à *restituição de um enriquecimento obtido à custa alheia*<sup>20</sup>. Na verdade, a divulgação dos aparelhos que possibilitam a cópia privada em larga escala veio criar um novo mercado através do qual os fabricantes desses aparelhos e as empresas que exploram comercialmente a sua utilização se locupletam à custa dos titulares de direitos. Através do pagamento da quantia em causa, estes seriam chamados a participar dos proventos auferidos por aqueles. Mas isso apenas seria exacto se essa quantia não fosse incluída no preço da venda ao público dos referidos aparelhos e dos suportes das reproduções através deles efectuadas, como vimos ser o caso entre nós.

Para uma última orientação, a quantia em apreço reconduzir-se-ia a um *imposto*<sup>21</sup>. No sentido desta qualificação depõe a circunstância de ao pagamento dessa quantia não corresponder, como dissemos, qualquer prestação a cargo de autores ou titulares de direitos conexos; de a mesma incidir sobre actos que não são utilizações de obras; e de as receitas da sua cobrança se acharem em parte consignadas a fins de interesse público. Mas seria inteiramente anómalo que, como

---

<sup>20</sup> Em geral sobre o enriquecimento sem causa no domínio do Direito de Autor, vejam-se, na doutrina portuguesa, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, pp. 628 s.; e Luís Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Lisboa, 1996, pp. 723 ss.

<sup>21</sup> Assim José de Oliveira Ascensão, ob. cit. *supra* (nota anterior), pp. 248 e 251; *idem*, *Direito Autoral*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 253.

prevê a Lei n.º 62/98, um imposto revertesse maioritariamente a favor de privados, que fosse cobrado pelos representantes destes, que os termos da sua cobrança pudessem ser negociados entre as partes e que os litígios daí resultantes fossem resolvidos por arbitragem.

Nenhuma das classificações referidas parece, assim, satisfatória. Terá de se concluir, a esta luz, que se trata de uma figura *sui generis*, insusceptível de integração em qualquer das categorias jurídicas examinadas<sup>22</sup>.

#### **V. O acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2003**

Assim não entendeu, porém, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 616/2003, de 16 de Dezembro de 2003<sup>23</sup>.

A quantia em causa foi aí considerada (com dois votos de vencido) um *tributo* cuja exacta natureza não foi, no entanto, especificada<sup>24</sup>. Consequentemente, o Tribunal julgou a sua cobrança sujeita ao regime dos impostos.

Eis por que, atento princípio da legalidade dos impostos consagrado no art. 103.º, n.º 2, da Constituição, o Tribunal declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, as normas constantes do art. 3.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 62/98, na medida em que estes preceitos permitiam a fixação do montante da quantia em causa por despacho ministerial e por acordo, consoante os casos.

#### **VI. A nova redacção da Lei n.º 62/98**

---

<sup>22</sup> Veja-se em sentido próximo, perante o Direito alemão, Ferdinand Melichar *in* Gerhard Schricker, ob. cit. *supra* (nota 7), p. 744.

<sup>23</sup> Publicado no *Diário da República*, I série-A, n.º 62, de 13 de Março de 2004, pp. 1352 ss.

<sup>24</sup> Loc. cit. (nota anterior), p. 1363.

Esta decisão forçou à alteração da Lei n.º 62/98. A ela se procedeu através da referida Lei n.º 50/2004, que, como dissemos, alterou também o CDADC, tendo em vista transpor a Directiva 2001/29/CE.

O art. 3.º da Lei n.º 62/98 foi, assim, reformulado, tendo-se passado a prever directamente nele as quantias a incluir no preço de venda ao público dos aparelhos e suportes em causa.

No tocante a aparelhos de fixação e reprodução de obras e prestações, bem como quanto a fotocópias, electrocópias e demais suportes oferecidas ao público mediante actos de comércio, essa remuneração corresponde agora a 3% do respectivo preço antes da aplicação do IVA. Relativamente às cassetes áudio e vídeo e aos CDs e DVDs, os montantes a cobrar variam entre € 0,13 e € 1,00, consoante a natureza do suporte. De notar a este respeito a expressa inclusão, entre os suportes abrangidos, não apenas dos analógicos, como sucedia na versão anterior da lei, mas também dos digitais.

Além disso, foi revogado o art. 7.º do diploma em causa, que previa a afectação de parte das quantias percebidas pela pessoa colectiva a criar nos termos do art. 2.º a finalidades não directamente relacionadas com os direitos de autor e conexos (mormente a acções de incentivo à actividade cultural).

Superada a questão da constitucionalidade da Lei n.º 62/98, terão finalmente as entidades públicas e privadas que prestem ao público serviços de reprografia ou outras formas de reprodução de obras e prestações protegidas de passar a cobrar as quantias previstas naquele diploma; e deverão ainda, nos casos previstos no art. 3.º, n.º 3, celebrar com a pessoa colectiva entretanto constituída para o efeito (a Associação para a Gestão da Cópia Privada), os acordos necessários à execução do disposto nesse diploma. É, aliás, o que já havia feito a Biblioteca Nacional de Lisboa em 2002.

## **VII. A compensação pela cópia privada e a *gestão digital de direitos***

Dito isto, não podemos dar por integralmente resolvidos os problemas postos pela cópia privada e pela compensação aos titulares de direitos. É que se coloca ainda uma outra ordem de questões, que também aflora no preâmbulo e no articulado da Directiva 2001/29/CE.

Como dissemos, a cópia privada não é hoje apenas a que se obtém pela reprografia e pelo «home taping». É também, cada vez mais, a *cópia privada digital*.

Existe porém uma diferença fundamental entre esta e as modalidades anteriores de cópia privada: é que a cópia digital pode ser muito mais facilmente controlada pelos titulares de direitos através das referidas medidas tecnológicas de protecção.

Por via destas, tornou-se possível uma *gestão individualizada de direitos*, que em regra não é viável quanto a obras e prestações fixadas em suporte analógico.

Em consequência disso, os hipotéticos prejuízos dos titulares de direitos, em que assenta a consagração legal do sistema da «compensação equitativa», não ocorrerão num elevado número de casos, ou serão fortemente atenuados.

Vista a questão sob outro ângulo, dir-se-á, pelo que respeita às reproduções para fins privados de obras e prestações protegidas por medidas tecnológicas, que não se verifica uma das premissas em que assenta a incidência da «compensação equitativa»: a *insusceptibilidade de controlo individual* dessas reproduções.

O que suscita a questão de saber se nestes casos será ainda devida essa compensação.

Nesta matéria a Directiva dá uma resposta ambivalente.

Por um lado, o art. 5.º, n.º 2, alínea *b)*, diz que os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução relativamente às reproduções efectuadas «em qualquer meio» por uma pessoa singular para uso

privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, «desde que os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa».

Mas logo acrescenta o mesmo preceito que essa compensação deve «[tomar] em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.º, à obra ou outro material em causa»; ideia que o considerando 35 do preâmbulo igualmente acolhe ao declarar que «[e]m certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento».

Compreende-se que assim seja.

A prazo, estará no recurso a medidas tecnológicas a solução para os prejuízos alegadamente sofridos pelos titulares de direitos através da cópia privada.

A generalização dessas medidas permitiria até prescindir das compensações equitativas, assim se evitando alguns dos inconvenientes que este sistema apresenta, mormente a diferenciação que induz nos preços dos mesmos equipamentos, consoante os países onde estes são vendidos (os quais são mais baixos, por exemplo, no Reino Unido, na Irlanda e no Luxemburgo, onde as quantias em causa não são cobradas<sup>25</sup>, do que nos restantes Estados-Membros da Comunidade Europeia).

Simultaneamente, os titulares de direitos ganhariam maior controlo sobre as reproduções das obras e prestações protegidas, que poderiam, para o efeito, ser objecto de licenças a atribuir individualmente.

A verdade, porém, é que as medidas tecnológicas são por enquanto muito frágeis, podendo ser facilmente torneadas a partir do momento em que seja divulgada a respectiva chave ou outro meio de fazê-lo; e nem todos os titulares de direitos têm possibilidade de aplicá-las.

---

<sup>25</sup> Sobre a situação no primeiro desses países, cfr. William Cornish/David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5.ª ed., Londres, 2003, pp. 509 ss.

Não parece, por isso, que seja para já viável, no que respeita à cópia privada digital, abolir o sistema da compensação equitativa conjugada com a gestão colectiva, em benefício do licenciamento e da gestão individuais<sup>26</sup>.

Há, em todo o caso, que evitar o risco de um *duplo pagamento* pelo utente: o do preço exigido pelo acesso à informação criptada e o da «compensação equitativa» pelas reproduções feitas para uso privado<sup>27</sup>. Eis um aspecto que reclama a atenção do legislador numa futura revisão do regime vigente.

### VIII. Conclusão

A cópia privada deve, em síntese, manter-se tanto quanto possível livre no ambiente digital.

Mas não pode traduzir-se numa fonte de prejuízos para os titulares de direitos nem num locupletamento de terceiros à custa destes. Tem nesta medida de admitir-se que dê lugar a um pagamento, que reverta para os titulares de direitos.

O sistema actual, assente na denominada «compensação equitativa» e na gestão colectiva de direitos, padece de muitas imperfeições: onera quem não usa obras e prestações protegidas, os pagamentos efectuados não revertem muitas vezes para os titulares de direitos sobre as obras prestações utilizadas e distorce a concorrência no mercado internacional.

Desejável seria, pois, que se caminhasse para um sistema de remuneração por actos individuais de utilização.

O advento das novas tecnologias da informação trouxe nesta matéria algum progresso, pois do mesmo passo que facilitou enormemente o acesso do público

---

<sup>26</sup> Neste sentido, cfr. Jörg Reinbothe, *Private Copying, Levies and DRMs against the Background of the EU Copyright Framework*, Bruxelas, 2003, p. 6.

<sup>27</sup> Risco esse que tenderá a acentuar-se no futuro, com o previsível crescimento das receitas proporcionadas pela cobrança das quantias que, a título de «compensação equitativa», incidem sobre o preço de venda ao público de aparelhos e suportes digitais. Ver, a este respeito, Business Software Alliance, *Economic Impact Study: Private Copying Levies on Digital Equipment and Media in Europe*, Londres, 2003.

aos bens culturais, graças sobretudo à digitalização destes e à sua disponibilização em rede, tornou possível uma maior individualização da gestão de direitos.

Mas essas tecnologias também apresentam riscos, entre os quais avulta a possibilidade de imposição de maiores restrições ao uso privado de obras e prestações através da utilização de dispositivos de criptagem.

O momento actual é de transição, pois o sistema da compensação equitativa, conjugada com a gestão colectiva de direitos, convive com o do licenciamento e da gestão individuais.

Cabe ao legislador evitar que o cúmulo destes dois sistemas resulte em prejuízo do acesso do público à informação e à cultura, ou na obtenção pelos titulares de direitos de um ganho indevido à custa dos utentes mediante um duplo pagamento por estes.

Também aqui se revela, pois, a fundamental dificuldade com que se debate o Direito de Autor na sociedade da informação: a que consiste em preservar, perante a nova realidade tecnológica, o equilíbrio de interesses em que se baseia este ramo do Direito.