

Mariana Mourão de Sousa Simões dos Reis

COMPENSAÇÃO EQUITATIVA POR CÓPIA PRIVADA DIGITAL

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientada pelo Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Coimbra, 2015

Índice

Introdução	3
PARTE I	6
1. Direito de reprodução	6
2. Utilização livre.....	8
2.1. Uso privado e o enquadramento da reprodução com esse fim	9
2.2 A utilização livre segundo a Diretiva 2001/29/CE	14
3. Regra dos três passos	15
4. A cópia privada digital e as medidas tecnológicas de proteção.....	16
5. O problema da fonte da cópia privada	21
PARTE II	27
6. A compensação	27
6.1. Enquadramento histórico-jurídico	27
6.2. A compensação equitativa	30
6.3. O “possível prejuízo”	34
6.4. Critérios para a determinação da compensação equitativa	36
6.5. Interesses que a compensação equitativa visa equilibrar.....	38
6.6. A autonomia privada.....	40
7. Aspectos essenciais da Lei n.º 62/98 alterada pela Lei n.º 50/2004	43
7.1. A entidade central de cobrança e gestão da compensação equitativa.....	43
7.2. O devedor da obrigação da compensação.....	46
7.3. Questões problemáticas sobre a Lei n.º 62/98	47
8. Análise da Proposta de Lei n.º 246/XII e de alguns casos comunitários.....	53
9. O futuro do <i>levy</i>	57
10. Outras dúvidas sobre a compensação equitativa no CDADC.....	63
Notas Conclusivas.....	65
Bibliografia	68
JURISPRUDÊNCIA	72
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	73
GLOSSÁRIO	74

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto aos sujeitos, também deixamos aqui uma breve nota. A noção de titulares de direito de autor e direitos conexos pode não coincidir com a pessoa física que criou a obra ou a prestação tutelável. Portanto, em vez de “autor”, é preferível, porque mais

rigoroso, falar de “titulares” ou “titular”, entre os quais se contam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os produtores fonográficos e os videográficos.

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

Do mesmo modo, só a compensação equitativa atribuída aos titulares por causa da referida utilização é objeto de análise; serão alheadas as outras pretensões de igual natureza que também caibam, por lei, àqueles sujeitos. E, ainda quanto à compensação, é dada ênfase à sua manifestação na “taxa” por cópia privada, também denominada por *levy*.

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

No momento em que a presente dissertação foi escrita, a Proposta de Lei n.º 246/XII, cujo objeto é alterar a Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro, encontra-se à espera de aprovação na especialidade.

Neste plano, serão apresentados alguns problemas jurídicos da lei atual sobre a compensação e uma apreciação face ao que se conhece do regime proposto.

Algumas palavras sobre o caminho a percorrer.

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

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

um suporte legal adequado às exigências previstas pela Diretiva 2001/29/CE. É feita uma alusão ao que se conhece da Proposta de Lei n.º 246/XII.

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

Finalmente, chegamos ao ponto conclusivo sobre o caminho percorrido.

PARTE I

Do limite ao direito de reprodução

1. Direito de reprodução

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

O legislador define a reprodução como “a obtenção de cópias de uma fixação, direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação” (artigo 176.º n.º7 do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos¹).

Por sua vez, a cópia é “o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados direta ou indiretamente de um fonograma ou videograma, e onde se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados” (artigo 176.º n. 6.º do CDADC)².

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

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

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

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

³ A obra corresponde à criação intelectual artística ou literária, segundo o artigo 1.º n.º1 do CDADC. Também se encontra ao abrigo de proteção jurídica a prestação dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos, de acordo com o artigo 176.º n.º1 do CDADC.

⁴ Doravante apenas EM.

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

O armazenamento de obra protegida, no formato digital, é incluído neste direito de reprodução previsto nos Tratados, na referida Convenção e na Diretiva 2001/29/CE. Portanto, já não é necessário “o elemento de corporalidade do âmbito da noção tradicional”, abrangendo ainda as reproduções “diretas ou indiretas”⁷, pelo que se consagra uma ampla reprodução juridicamente relevante.⁸

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

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

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

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

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

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

⁸ *Idem*.

⁹ Definidos no glossário em anexo.

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

radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou por satélite (e)).

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

No ordenamento jurídico português, foi introduzida no artigo 68.º n.º1 i) do CDADC uma noção mais abrangente em conformidade com o exposto. De igual modo, através do artigo 75.º n.º 1 do mesmo Código, foram excluídos do direito de reprodução, os atos que se inserem na categoria do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE.

Resta dizer que este direito se inclui no exclusivo de exploração económica do conteúdo patrimonial do direito de autor e direitos conexos, pelo que é objeto de proteção legal, nos termos dos artigos 67.ºn.º1 e n.º 2 e 178.º n.º 1 c) do CDADC¹².

2. Utilização livre

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

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

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

A utilização livre configura um limite ou uma restrição ao direito¹³.

Entre as situações contempladas na lei, será destacada a que representa uma reprodução para uso privado, consignada no artigo 75.º n.º2 a) *in fine* do CDADC.

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

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

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

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

A lei não o define.

O CDADC vai referindo este uso e, de modo algo “difuso”¹⁴, refere-se, ao fim e ao cabo, a uma utilização da obra feita por pessoa cuja finalidade é aproveitar o bem cultural, sem propósito comercial, nem direta nem indiretamente e, se não sozinha, no limite de um círculo de pessoas com as quais mantém um vínculo de natureza familiar ou análoga (o *intuitus personae*¹⁵).

¹³ Para uma análise da natureza da utilização livre *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (*Reimpressão*), Coimbra Editora, pp. 212-213 e 216-217.

¹⁴ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, in *Revista da ABPI*- N.º 123- MAR/ABR 2013, p. 55.

¹⁵ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 534.

Entende-se que o uso privado¹⁶ é livre pelo fato de o exclusivo de exploração económica do titular só incidir sobre a utilização pública da obra¹⁷. Porém, em certos casos de “particular gravidade”, o uso privado sofre restrições.

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

Em suma, trata-se da utilização livre vertida no artigo 75.º n.º 2 alínea a) *in fine* do CDADC e encontra-se fora do direito de exclusivo outorgado ao autor, enquanto tal utilização não for reprovada pela regra dos três passos¹⁸¹⁹.

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

OLIVEIRA ASCENSÃO critica a inserção dessa reprodução na lista de utilizações livres, já que é um ato que escaparia simplesmente ao direito de autor²⁰.

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

O autor sustenta que a cópia para uso privado, à partida, é irrelevante para a tutela autoral, pois parte do reconhecimento do princípio geral da liberdade de uso privado. Porém, este princípio estará sujeito a certas restrições e exceções²¹.

¹⁶ Não se confunda o uso privado com o uso em lugar privado *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (*Reimpressão*), Coimbra Editora, 2012 p. 203. Este autor faz a distinção no contexto do direito de comunicação ao público e, no entendimento de Cláudia Trabuço, a mesma tem préstimo para se descobrir quando tem lugar uma reprodução para uso privado. Cfr. a obra da mesma autora, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, p. 41.

¹⁷ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.ª Edição (*Reimpressão*), Coimbra Editora, 2012 pp. 201-202.

¹⁸ Ver artigo 67º n.º2 e 68.º do CDADC

¹⁹ No mesmo sentido DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 23. O artigo 75º n.º4 do CDADC contempla essa regra que será afluída mais à frente.

²⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob.cit.*, p. 213.

²¹ *Idem*, p. 201.

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

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

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

E, finalmente, sustenta a liberdade de uso privado, a partir dos preceitos do artigo 75º n.º 2 alínea a) e o do 81.º alínea b)²² que desenham as condições para utilizações livres. O fator decisivo para a desnecessidade do consentimento do titular passaria pelo caráter privado dessas utilizações.

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

Em suma, a autorização pelo titular de direitos só se justificaria se o utilizador da obra a explorasse ou utilizasse publicamente e/ou com significado económico, atual ou potencial²³.

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

Porém, o mesmo autor tem também reconhecido uma gradual compressão dessa liberdade de uso, em virtude da atribuição de um direito de compensação aos titulares no caso de algumas utilizações livres²⁴.

²² Este artigo parece constituir hoje apenas vestígio da primeira transposição da regra dos três passos da Convenção de Berna. O atual artigo 75.º n.º 5 do CDADC inseriu o mesmo preceito, pelo que o primeiro perde utilidade.

²³ *Idem*.

²⁴ *Vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A transposição da directriz n.º1/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação”, *RFDL*, 2002, pp. 915 e seguintes.

Admite ainda que, diante das novidades trazidas pela sociedade da informação, se tenha verificado uma inversão deste princípio geral da liberdade²⁵. Agora, esse uso proibirse-ia, por princípio e as liberdades excepcionalmente previstas seriam ressalvadas.

CLÁUDIA TRABUCO oferece um enquadramento distinto²⁶.

Para esta autora, o presente ramo jurídico não reconhecera um tal princípio de liberdade de uso privado, na base do seu sistema, mas essa liberdade deveria nascer em resultado da ponderação de interesses, como nascem os outros limites ao direito de autor²⁷.

A autora identifica na Constituição da República Portuguesa²⁸ a proteção da liberdade de criação cultural (artigo 42.º n.º 1.º e 2.º) e a sua ponderação, nesse âmbito, com outros direitos fundamentais, destacando o direito de expressão (artigo 37.º n.º 1, na 1.ª parte), o direito de informar e de ser informado (artigo 37.º n.º 1, *in fine*), o de divulgação do pensamento (também no artigo 31.º n.º 1, na 1.ª parte), a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º), bem como o direito de propriedade privada (artigo 62.º).

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

Consequentemente, o uso privado livre seria uma restrição ao direito de exclusivo e deveria, por isso, respeitar os princípios constitucionais que guiam as leis restritivas de

²⁵Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direitos do utilizador de bens informáticos”, *Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 30 e ss.

²⁶ Vide CLÁUDIA TRABUCO “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, pp. 34-41.

²⁷ Cfr. também ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 352.

²⁸ Doravante CRP.

direitos liberdades e garantias, que também são aplicáveis aos direitos fundamentais de natureza análoga²⁹.

Em especial, a autora entende que o legislador dispensou o consentimento do titular em relação à reprodução para uso privado em função de “outros interesses socialmente relevantes, entre os quais a divulgação cultural e o desenvolvimento da educação e do conhecimento, a que se acrescenta a proteção dos interesses individuais dos utilizadores na preservação da sua privacidade”³⁰.

Quanto à preservação da privacidade dos utilizadores, uma nota.

A tecnologia permite o exercício de uma vigilância perpetrada indistinta e preventivamente sobre as utilizações das obras³¹. Por exemplo, sobre os dados emitidos e recebidos, através de dispositivos digitais e das suas memórias, pelos utilizadores ligados em rede.

Admitir que estes agentes eletrónicos atuam ao abrigo dos direitos dos titulares, implicaria admitir a possibilidade de colisão com outros interesses constitucionalmente garantidos (artigo 26.º n.º 1 da CRP, em especial com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e com o direito à inviolabilidade³² do domicílio e da correspondência, consignados no artigo 34.º da CRP). Também esta hipótese de conflito merece ponderação.

Outra posição sustentada é a de que a liberdade da reprodução para uso privado se justifica pelo fato de não ser possível um controlo das cópias pelo titular, já que estas

²⁹ Para uma restrição material legítima a um direito de dignidade constitucional, o sacrifício, mesmo que não total de um direito fundamental, não deve ser “arbitrário, gratuito, desmotivado”, segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa- Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 391. Cláudia Trabuco, na obra supracitada, lembra a importância do respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, consagrado no artigo 18.º n.º 2 da CRP. Em síntese, só pode dar-se uma legítima restrição a um direito fundamental, se outro valor ou interesse constitucionalmente protegido por essa compressão seja salvaguardado, de forma que o sacrifício do primeiro tenha sido para isso necessário, adequado e proporcional em relação a esse fim.

³⁰ CLÁUDIA TRABUCO, *ob. cit.*, 2007 p. 40.

³¹ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, pp. 691-692.

³² Para mais desenvolvimentos sobre a questão da inviolabilidade do domicílio *vide* PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *BFDUC*, Vol. LXIX, 1993, p. 540-541.

são realizadas no seio íntimo e privado dos utilizadores³³. Não nos parece que esta fundamentação seja de apoiar.

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

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

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

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

De acordo com a Diretiva 2001/29/CE, os Estados-Membros³⁴ só podem escolher as “exceções” ou “limitações” ao direito de reprodução, de entre as enumeradas no seu artigo 5.º n.º 2.

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

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

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

³³ Vide CLÁUDIA TRABUCO “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 9, N.º 18, Segundo semestre de 2007, p. 34.

³⁴ A partir de agora EM.

3. Regra dos três passos

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

A regra do “*Three-step test*” foi proposta pelo Reino Unido e introduzida no artigo 9.º n.º 2 na Convenção de Berna, pela revisão feita em Estocolmo, em 1967³⁵.

É uma disposição que consiste em três requisitos cumulativos:

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

Estes critérios estão submetidos a uma ordem pela qual devem ser apreciados³⁶. Se uma exceção não passar no primeiro requisito é reprovada, sem ter de ser confrontada com o(s) seguinte(s)³⁷.

Referindo-se, inicialmente, apenas ao direito de reprodução, foi alargada às restrições a quaisquer direitos económicos do direito de autor³⁸, em virtude do acolhimento da regra noutros instrumentos normativos, como o ADPIC/TRIPS³⁹ (artigo 13.º) e nos dois

³⁵ Vide MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 160, remendo também para JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Função social do Direito Autoral e as limitações legais” em LUÍS GONZAGA SILVA ADOLFO/MARCOS WACHOWIZ (org.), *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pr. Bruno Jorge Hammes*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 85-111 (91).

³⁶ Este entendimento resulta da hierarquia vertida no artigo 9.º n.º 2. Nesse sentido vide JANE GINSBURG, “Toward a Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-step Test” for Copyright Exceptions”, em *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, January, 2001, p. 12. Porém, esta ordem tem vindo a ser contestada.

³⁷ Há especialistas que apelam a uma interpretação mais equilibrada da regra, que não conduza a uma tão restritiva aplicação. Nesse sentido vide CHRISTOPHER GEIGER, “The Role of the Three-step-test in the adaptation of Copyright Law to the Information Society”, *e-Copyright Bulletin*, January-March, 2007, pp. 1-21; KAMIEL J. KOELMAN, “Fixing the Three-step-test”, *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 2006/8, pp. 407-412. Para uma análise sobre uma decisão do painel da Organização Mundial do Comércio, sobre a interpretação de cada critério, bem como a apresentação de outras cfr. JANE C. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions”, *Columbia Law, School The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 181*, New York, January, 2001, pp. 1-16.

³⁸ MENEZES LEITÃO, *ob. supracitada*, p. 160.

³⁹ Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio.

Tratados da OMPI⁴⁰ sobre direito de autor e direitos conexos (artigos 10.º n.º2 e 16.º n.º2, respetivamente).

Tem-se entendido que este conjunto de condições deverá ser apreciado também, no caso concreto⁴¹, à luz do artigo 5.º n.º 5 daquela diretiva, convertendo-se numa cláusula geral de interpretação judicial⁴². E o ordenamento jurídico nacional seguiu esta orientação⁴³.

O presente preceito encontra-se vertido no artigo 75.º n.º4 do CDADC, como, aliás, já teve a oportunidade de ser adiantado *supra*.

Desde logo, os pressupostos são vagos, o que parece ser intencional⁴⁴. Poderá dizer-se que é uma indefinição que se presta à diversidade de tradições jurídicas e que, ao mesmo tempo, pretende estabelecer uma vinculação comum.

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

A cópia privada resulta da “reprodução de uma obra ou prestação protegida em suporte analógico ou digital realizada por pessoa singular e sem fins comerciais diretos ou indiretos”⁴⁵.

A reprodução analógica⁴⁶, segundo o entendimento comum, é menos significativa, em termos económicos, do que a digital. O que se deve às características do meio da

⁴⁰ Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

⁴¹ No sentido de uma exposição sobre se este conjunto de três condições se impõe ao juiz na verificação da exceção, no caso concreto *vide* KAMIEL J. KOELMAN, “Fixing the Three-step-test”, *EIPR*, 2006, p. 407 e CHRISTOPHE GEIGER, “The role of the three-step-test in the adaptation of copyright law to the information society”, *e-Copyright Bulletin*, January, 2007, pp. 13-16 e disponível em: [http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test trois etapes en.pdf/test trois etapes en.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test%20trois%20etapes%20en.pdf/test%20trois%20etapes%20en.pdf).

⁴² *Vide* LUCIE GUIBAULT, “Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information”, 2003, *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, p. 571; SÉVERINE DUSOLLIER, “Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres”, Larcier, 2005, Bruxelles., p. 510.

⁴³ Cfr. NUNO GONÇALVES, “A transposição para a ordem jurídica portuguesa da diretiva”, *DSI/VI*, 2006, p. 253.

⁴⁴ KAMIEL J. KOELMAN, “Fixing the Three-step Test”, *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 2006/8, pp. 407-412.

⁴⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões Sobre o Acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Direito da Sociedade da Informação e o Direito de Autor*, Vol X, Coimbra Editora, 2012, p. 21.

reprodução em causa e do resultado que proporciona. Assim, a cópia analógica é de qualidade inferior à que a digital proporciona e representa mais custos para o utilizador. Além disso, não permite uma reprodução tão veloz quanto a digital.

Por sua vez, como a cópia digital⁴⁷ é obtida a um custo muito menor e, ainda, por causa do volume de reproduções que permite, facilmente aqui se atinge um número mais elevado de reprodução. A cópia neste formato possibilita uma distribuição que também não conhece par no ambiente analógico, a partir da conjugação com equipamentos digitais pelos quais se pode conectar à rede.

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

A tecnologia tem oferecido, por outro lado, meios para que os titulares possam tutelar as suas obras contra certas utilizações. São conhecidas por medidas tecnológicas de proteção e correspondem a dispositivos de criptagem ou de codificação⁴⁸, que configuram um novo círculo de proteção aos direitos de autor e conexos⁴⁹.

Tais medidas podem ser classificadas em função de quatro tipos:

Os meios que controlam o acesso à obra, os que controlam determinados usos da obra, os que protegem a integridade da obra e, ainda, os que permitem contabilizar as vezes em que se teve acesso ou se utilizou a obra⁵⁰.

O legislador, por exigência do artigo 6.º da Diretiva 2001/29/CE, outorga tutela jurídica a este “segundo círculo de proteção”⁵¹, criando um “terceiro”.

⁴⁶ Esta prende-se com a reprodução de obra executada por meios analógicos. Por exemplo, a cópia obtida por meio de gravador de vídeo analógico em suporte como o da videocassete, muito frequente a partir dos meados do século passado.

⁴⁷ Esta muitas vezes iguala a qualidade do “original” e até a pode superar.

⁴⁸ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia privada e sociedade da informação”, no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no *IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação*, p. 7. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Cprivada.pdf.

⁴⁹ Que acresce ao primeiro círculo de proteção constituído pela tutela jurídica do direito de autor e dos direitos conexos.

⁵⁰ Vide LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 366. Este autor utiliza o sistema de classificação avançado por Koelman e Helberger, cfr. KAMIEL J KOELMAN, “A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological measures”, pp. 272-288.

⁵¹ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor, liberdade electrónica e compensação equitativa*, 2005, *BFDUC*, p. 463.

Assim, a Lei n.º 50/2004 de 24 de Agosto, introduziu uma secção nos artigos 217.º e seguintes do CDADC, para regular a protecção jurídica concedida a essas medidas, desde que eficazes⁵².

Decorre desta novidade que os utilizadores estão proibidos de neutralizar ou contornar tais meios tecnológicos que impeçam certas utilizações, sob pena de cometerem uma ilicitude, caso se verifiquem os quatro seguintes requisitos. Os dispositivos tecnológicos, além de eficazes, deverão ser empregues por autores, artistas intérpretes ou executantes, ou produtores de videogramas e de fonogramas, bem como deverão ser utilizados no exercício de direitos de autor ou conexos, consignados nos Tratados ou na Convenção de Berna. Finalmente, terão, ainda, de restringir apenas os atos não autorizados pelos titulares desses direitos ou não permitidos por lei⁵³.

De acordo com o ordenamento jurídico português e com o disposto no n.º 3 do artigo 217.º do CDADC, os dispositivos tecnológicos que podem ser incluídos no “terceiro círculo de protecção” são os que permitam o controlo de acesso, os que protegem a integridade da obra e ainda os que controlam determinados usos, por exemplo, limitando a realização de cópias⁵⁴ e este último controlo, encontra-se igualmente permitido pelo disposto no n.º 8 do artigo 221 do mesmo Código.

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

⁵² A tutela jurídica só se aplica às medidas que a lei define no artigo 217.º n.º 2 do CDADC, desde que estas sejam eficazes nos termos da lei. Assim segundo o teor literal do n.º 3 “são “eficazes” quando a utilização da obra, prestação ou produção protegidas, seja controlada pelos titulares de direitos mediante a aplicação de um controlo de acesso ou de um processo de protecção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação da obra, prestação ou produção protegidas, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção”. Isto é, serão eficazes se o seu normal funcionamento cumprir o fim da protecção a que se dirige.

⁵³ Cfr. LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 368.

⁵⁴ Num sentido um pouco diferente, LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, 2011, p. 370. O autor indica que estarão excluídos de tutela jurídica os dispositivos que condicionem o número de reproduções. Desviamos-nos desta posição, com base no teor literal das normas referidas. O legislador expressamente ressalva no n.º 8 do artigo 221.º do CDADC que os titulares não estão impedidos de aplicar medidas tecnológicas para limitar o número de cópias. Do mesmo modo, o próprio artigo 217.º n.º 3 *in fine* do CDADC dispõe que o “mecanismo de controlo de cópia” se encontra entre as medidas tecnológicas protegidas eficazes.

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

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

Portugal preferiu garantir que o recurso aos meios tecnológicos de proteção não possa obstar à utilização livre do artigo 75.º n.º 2 a) do CDADC, nos termos do disposto no artigo 217.º n.º 1 do mesmo diploma. Portanto, por aqui, o legislador preservou no ambiente digital⁵⁵ a reprodução de obra para uso privado, o que é de saudar.

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

Assim sendo, se os titulares se recusarem a facultar os meios adequados, na medida da utilização legítima, os beneficiários da utilização livre poderão requerê-los junto da Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC), ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 221.º do CDADC. Tendo os titulares estão obrigados a fazer o depósito dos “códigos” necessários ao exercício de utilizações livres junto da IGAC, de acordo com o n.º 1 do artigo 221 do mesmo Código.

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

⁵⁵ Mas apenas se o titular não disponibilizar ao público a obra ou prestação, “na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido”, segundo o disposto no artigo 222.º do CDADC. Refere-se às transmissões interativas a pedido. Se os titulares recorrem a esta forma de disponibilização, já não tem lugar o disposto no artigo 221.º do mesmo Código, no sentido em que já não há qualquer obrigação de facultar os meios adequados (que passam por códigos) aos beneficiários da utilização livre para que estes exerçam a reprodução para uso privado.

O problema que se levanta é o seguinte. O procedimento em causa, cujas finalidades são garantir a utilização livre por um lado, e, por outro, a possibilidade de os titulares protegerem tecnologicamente as obras, não se apresenta como um caminho fácil, rápido e intuitivo para os beneficiários.

Por isso, apesar de haver um esforço para assegurar mecanismos pelos quais o beneficiário realiza a reprodução que lhe é permitida, nestes casos de proteção tecnológica, parece concluir-se que este procedimento configura um tramite complexo de mais para a simplicidade do ato. E essa complexidade pode prejudicar a preservação da liberdade da cópia privada digital.

De acordo com a Diretiva 2001/29/CE, questiona-se se caberá uma ação direta (artigo 335.º do Código Civil) aos beneficiários, na medida em que possam neutralizar as medidas tecnológicas que impeçam o exercício da sua utilização livre, caso os meios necessários não lhes sejam facultados.

Ao que tudo parece indicar, isso só sucederá se os EM não oferecerem medidas adequadas a contornar a barreira tecnológica. E, como o ordenamento jurídico português oferece este procedimento, junto da IGAC, significará que uma neutralização sem, ao menos, passar por esse caminho, não deve ser admissível⁵⁶.

Há ainda um outro constrangimento, maior do que o exposto anteriormente relativo à livre cópia privada. Através do artigo 222.º do CDADC, em cumprimento do último período do n.º 4 do último artigo 6.º da Diretiva 2001/29/CE, o legislador ressalva a possibilidade de a cópia privada ser afastada por acordo entre titulares e utilizadores, no âmbito de uma disponibilização ao público da obra ou prestação protegida, de modo a que a pessoa possa aceder a esta a partir de um local e num momento por ela escolhidos. O preceito refere-se aos serviços interativos a pedido⁵⁷⁵⁸ que ocorrem sobretudo na *Web*⁵⁹.

⁵⁶ Neste sentido cfr ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 635.

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

⁵⁸ A colocação da obra à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível a qualquer pessoa a partir do local e do momento por ela escolhido, integra o direito do titular, consignado no novo artigo 68.º 2 j) do CDADC, quanto aos autores. No que diz respeito aos artistas e intérpretes executantes encontra-se o disposto no artigo 178.º n.º1 d) do CDADC.

Portanto, o procedimento referido para requerer os “códigos” necessários à realização de cópia para uso privado, não se aplica quando esteja em causa obra disponibilizada em linha.

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

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

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

5. O problema da fonte da cópia privada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É verdade que os utilizadores desse *software* podem limitar o círculo de partilha a certas pessoas e, por isso, restringi-lo a um meio familiar ou análogo. Se fosse esta a

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

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

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

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

realidade, não seria descartada a possibilidade de o *P2P* outorgar um campo de utilizações livres. Ainda tinha de ser verificado se o utilizador do *software* não prosseguiria quaisquer finalidades comerciais e que essa utilização não atingiria a normal exploração da obra pelo titular, nem prejudicaria, de forma injustificada, os interesses legítimos do mesmo.

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

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

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

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

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

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

No mês de Março de 2011, o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu um caso considerando que o *download*, realizado no seio do sistema de partilha de ficheiros do

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

software P2P- em concreto tratava-se do *E-Mule*- poderia constituir uma utilização livre da obra; uma reprodução para uso privado.

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

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

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

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

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

A decisão do MP apoiou a legalidade do *download* realizado a partir do sistema de partilha, baseando-se, precisamente, no uso privado que supôs ser o fim dado às utilizações questionadas: “Acresce que, do ponto de vista legal, ainda que colocando-se neste tipo de redes, a questão do utilizador agir, simultaneamente, no ambiente digital em sede de *upload* e *download* dos ficheiros a partilhar, entendemos como **lícita a realização**

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

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

⁷⁰ Um programa de partilha de ficheiros em P2P.

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

pelos participantes na rede P2P para uso privado⁷² - artº 75º nº 2ª) e 81º b) do CDADC, - ainda que se possa entender que, efetuada a cópia, o utilizador não cessa a sua participação na partilha»⁷³.

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

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

Recentemente⁷⁴, o Tribunal das Comunidades foi chamado a resolver uma questão prejudicial levantada por um tribunal Holandês e cujo objeto era a interpretação do artigo 5.º n.º 2 b) da Diretiva 2001/29/CE.

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

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

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

⁷² Negrito nosso.

⁷³ Notícia disponível em: <http://exameinformatica.sapo.pt/noticias/mercados/2012-09-26-ministerio-publico-diz-que-e-legal-copiar-musicas-e-filmes-na-net>.

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

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

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

PARTE II

Sobre a compensação

6. A compensação

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

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

6.1. Enquadramento histórico-jurídico

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

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

Até meados do século vinte, a cópia para uso privado era irrelevante. Estando expressamente consagrada como limite ao direito de autor ou não, era de comum

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

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

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

entendimento que tal ato não representava um impacto significativo nos ganhos económicos dos titulares sobre as suas obras, digno de apoquentar o direito de autor⁷⁸.

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

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

Em especial, na decisão referida, de 1964, apreciando se um ato de reprodução doméstica configuraria infração ao direito de autor, o Tribunal Federal Alemão sugeriu ao legislador a atribuição de um direito de remuneração aos titulares, em ordem a compensá-los pelo impacto, já significativo, nos seus interesses patrimoniais que a reprodução analógica produzia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ela é uma figura polémica quanto à qualificação da sua natureza. Certo é que a compensação equitativa foi indicada como conceito autónomo do Direito da União, pelo

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

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

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

acórdão *Padawan* proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Pelo que deve corresponder a uma noção uniformemente interpretada pelos EM⁸³.

6.2. A compensação equitativa

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

Com efeito, o artigo 76.º n.º1 b) do CDADC indica que a utilização livre, vertida no n.º 2 alínea a) do artigo 75.º do mesmo Código, deve ser acompanhada de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor.

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

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

Chamando-lhe umas vezes “remuneração equitativa”, nos artigos 75.º n.º 5, 76.º n.º1 alíneas c) e d) do CDADC, outras “compensação”, na epígrafe do artigo 82º do CDADAC e artigo 2º da Lei 62/98, bem como “remuneração” apenas nos artigo 3.º e 4.º da

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

⁸⁴ Artigo 68.º CDADC.

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

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

mesma lei, deve entender-se que o legislador quer dizer compensação equitativa⁸⁷. A lei em vigor foi alterada por aquele diploma, cujo objetivo era transpor a diretiva também no que diz respeito à compensação equitativa. Portanto, outra interpretação não faria sentido.

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

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

Em 2003, algumas normas da Lei n.º 62/98, sem a alteração trazida pela Lei n.º 50/2004, foram questionadas no plano da constitucionalidade.

Assim, alvo de um vivo debate jurisprudencial⁸⁸, saiu vencedora a tese de que a compensação consistiria num imposto ou de uma figura para-fiscal análoga, que mereceria o mesmo tratamento jurídico-constitucional⁸⁹. Esta decisão excluiu a hipótese de se tratar de uma taxa por entender que a “contraprestação específica”, que ela implica, se não verificaria.

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

Em sentido diverso foi a posição contida no voto de vencido do Conselheiro Araújo Torres, considerando que a “remuneração” questionada não constitui receita pública, de que seja beneficiária uma entidade pública, para financiar a prossecução das finalidades públicas postas a seu cargo. Antes constitui uma forma de remuneração da utilização de obras, prestações e outros bens privados protegidos, de que são beneficiários os titulares..., justificando-se a intervenção do Estado, a nível legislativo e a nível

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

⁸⁸ No processo n.º 340/99, no Acórdão 616/2003, de 16 de Dezembro, proferido pelo Tribunal Constitucional. Não há espaço para uma exposição detalhada sobre este acórdão incontornável. Será apenas apresentada a ideia central e a conclusão. Não foi uma sentença unânime.

⁸⁹ Uma conclusão que acabou por resultar na declaração de inconstitucionalidade das seguintes normas do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/98, por violação do artigo 103.º n.º2, da CRP. Acórdão do Tribunal Constitucional disponível em:

http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=54938&idc=31890&idsc=20018&ida=20083

administrativo, na determinação dessa remuneração pela relevância social das relações jurídico-privadas em causa”. Portanto, o Conselheiro depõe a favor da natureza privada das relações em jogo e defende que se trata de uma remuneração, recusando o caráter público identificado.

Na doutrina também correu alguma tinta sobre o assunto.

OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que tem lugar um verdadeiro imposto⁹⁰. O autor rejeita qualquer correspondência entre o que se paga a título de compensação e uma prestação realizada pelos titulares. E, por esta razão, não seria adequado defender a existência de uma compensação ou remuneração. Além disto, estaria ainda em causa uma figura fiscal, porque o instituto incide sobre atos que não se prenderiam com utilizações e as receitas obtidas seriam, em parte, consignadas a fins de interesse público⁹¹.

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

MOURA VICENTE considera que não há uma contraprestação ligada ao pagamento da compensação⁹², mas não consegue aceitar que tenha lugar a qualificação tributária proposta. O autor defende que seria “anómalo” aceitar que se tratasse de um imposto que “revertesse a favor dos particulares, que fosse cobrado pelos seus representantes, que os termos dessa cobrança pudessem ser negociados entre as partes e, ainda, que a resolução dos litígios daí resultantes fossem resolvidos por arbitragem”. Enfim, conclui que as qualificações aventadas são insatisfatórias e aponta no sentido em que se verifica, afinal, uma figura *sui generis*⁹³.

⁹⁰ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, pp 248 e 251.

⁹¹ Porém, como se disse a respeito do acórdão do Tribunal Constitucional 616/2003, a norma que aplicava alguma receita a finalidades de interesse público foi declarada inconstitucional. A Lei n.º 50/2004 que introduziu alterações à Lei n.º 62/98 não contém nenhum preceito legal semelhante, pelo que não está hoje em vigor a afetação de que o autor fala.

⁹² E aqui corrobora a primeira parte da posição de Oliveira Ascensão.

⁹³ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Sociedade da Informação”, in *Direito e Informação, Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, Lisboa*, 11 e 12 de Novembro de 2004, Lisboa, 2006, p. 13. Contudo, é de notar que não adianta muito mais o que seria essa figura.

DIAS PEREIRA sustenta que esta é uma “figura de direito privado, consistindo numa compensação objetiva por fato lícito e independente da prova de prejuízos”⁹⁴ e, para efeitos económicos, muito próxima de uma medida fiscal⁹⁵. Resumindo: teria na sua génese uma obrigação de natureza jurídico-privada⁹⁶, que se manifestaria de forma análoga à de um mecanismo fiscal.

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

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

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

Parece, ainda, ser este o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia⁹⁷, que interpretando aquele artigo do diploma comunitário afirma que a “a compensação equitativa deve ser vista como a contrapartida do prejuízo sofrido pelo autor” pela “exceção da cópia privada”.

⁹⁴ Vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 718.

⁹⁵ Em relação ao sistema coletivo.

⁹⁶ Pelas relações jurídicas que estão em causa, o titular de direitos, o consumidor da obra, ou o agente económico envolvido no sistema de remuneração coletivo, como o fabricante ou importador. Mas este é um ponto controvertido.

⁹⁷ No processo C-467/08 (o acórdão *Padawan Sl vs SGAE*).

Concluimos que não parece, contudo, não ser rigoroso falar em remuneração, quando o que está em causa é uma figura com a função de ressarcir os danos possivelmente causados. Nesse aspeto, é de apoiar a escolha feita pela diretiva⁹⁸.

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

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

6.3. O “possível prejuízo”

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

Segundo a Diretiva 2001/29/CE, a compensação visa compensar os possíveis prejuízos para o titular, resultantes da “exceção” da realização da cópia privada. É importante sublinhar que o prejuízo, que a compensação tem em vista, não é o que possa decorrer de cópia privada ilegal, isto é, aquela que não se insira na restrição ao direito de reprodução admitida. Por isso, a compensação em causa não responde perante situações que podem gerar prejuízo e que se traduzem numa cópia privada não legítima⁹⁹. Por outro lado, acresce ainda que a compensação não é devida se os prejuízos forem mínimos¹⁰⁰.

Apesar de o acórdão *PADAWAN* ter vindo classificar a compensação equitativa como conceito autónomo do direito da União Europeia e afirmar que está assente no

⁹⁸ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012 p. 31. No entendimento deste autor, não seria correto empregar “remuneração” porque não existe uma contrapartida do pagamento do montante da compensação.

⁹⁹ No mesmo sentido, *vide* BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT, SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in the Digital Environment”, p. 36. É feito um alerta para que não se confunda, neste aspeto, a pirataria com a cópia privada enquanto legítima exceção. Esta é a única visada pela compensação.

¹⁰⁰ Será cada vez mais o caso da cópia privada analógica? Indicamos nesse sentido pois, progressivamente, poucos prejuízos podem daí decorrer, em virtude de uma quase mínima e futuramente, quem sabe, nenhuma aplicação dos aparelhos e suportes analógicos para a realização de reproduções privadas.

critério principal do “prejuízo” causado aos titulares, por causa da cópia para uso privado, não definiu o “harm”¹⁰¹.

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

Como se poderá determinar o prejuízo?

Não parece rigoroso fazer corresponder uma cópia privada a prejuízo, porque não é verdade que os titulares sejam sempre atingidos por cada cópia que se faça¹⁰². Isto é assim, uma vez que nem toda reprodução para uso privado equivale a uma aquisição de exemplar “autêntico”, caso aquela não pudesse ter sido realizada.

De igual modo, os benefícios que as tecnologias trazem; de reproduzir a baixo custo e com elevada qualidade, não só favorecem os beneficiários das restrições ao direito de reprodução dos titulares, mas valem também para estes sujeitos, já que lhes é possível, baixando os preços, manter uma margem de lucro igual¹⁰³ nas vendas dos exemplares que incorporam a obra protegida¹⁰⁴.

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

Apontamos no sentido de que é uma lacuna que deve ser preenchida¹⁰⁵. Porque a compensação equitativa é um conceito autónomo, do direito da União, e deve ser uniformemente interpretado pelos Estados Membros. Logo, a ordem jurídica portuguesa carece de saber qual é o significado exato de prejuízo, que é, em relação à compensação, a outra face da moeda.

¹⁰¹ No mesmo sentido cfr. ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, *January, Brussels, 2012*, p. 19

¹⁰² KAMIEL KOELMAN, “The levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM”, in *de toekomst van het auteursrecht, Bijdragen Symposium 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom, Amsterdam, 2005*, pp. 42-4. No mesmo sentido, vide DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, 2008 p. 551.

¹⁰³ À praticada até à proliferação dos instrumentos digitais.

¹⁰⁴ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direito de Autor...*, p. 551.

¹⁰⁵ Neste sentido, acompanha-se ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, *Brussels, January, 2013*, p. 19.

Contudo, por exigências de ordem teleológica, i.e. tendo em conta o sentido que se pode retirar deste “prejuízo possível” em função da compensação equitativa, doravante falar-se-á de prejuízo, querendo com isso significar os possíveis “danos emergentes e perdas de lucros cessantes¹⁰⁶”.

6.4. Critérios para a determinação da compensação equitativa

A Diretiva 2001/29/CE impõe aos EM que determinem a compensação em função de certos aspetos. Assim, cada legislador nacional deverá assegurar o seguinte¹⁰⁷.

A determinação da compensação deve variar em função das circunstâncias de cada caso¹⁰⁸, só assim poderá ser equitativa¹⁰⁹¹¹⁰. E, essa avaliação, é feita em função do possível prejuízo decorrente daquelas¹¹¹.

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

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

¹⁰⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1986, pp. 349 e ss. Os danos emergentes traduzem-se numa desvalorização do património, numa diminuição do ativo ou num aumento do passivo, enquanto que os lucros cessantes representam a frustração de um ganho ou, dito de outro modo, a situação de deixar de aumentar o ativo ou deixar de diminuir o passivo.

¹⁰⁷ Vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, p. 551.

¹⁰⁸ Resulta da leitura do considerando 35 da Diretiva 2001/29/CE, vide BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT, SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of levies in the Digital Environment”, p. 2003, pp. 35-36.

¹⁰⁹ Só assim se poderia entender a palavra aplicada “equitativa”. Por exemplo, a capacidade de reprodução e de armazenamento dos equipamentos e suportes visados pela compensação equitativa, deverão refletir-se no valor.

¹¹⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a equidade cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Da Equidade (Fragmentos)”, *BFD*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004.

¹¹¹ Ganhando a forma do *levy*, que será desenvolvido *infra*, esta orientação do considerando 35 implica que o legislador tenha em conta a capacidade concreta dos instrumentos sobre os quais vai incidir o valor a reverter a favor da compensação equitativa.

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

Só não será assim, se o prejuízo for mínimo.

Refere-se, nesta sede, outra nota. O prejuízo, em análise, não decorrerá do valor atribuído à cópia privada, feita por cada utilizador, e sim do que é estimado pela prática social da cópia com esse fim¹¹²¹¹³.

Entende-se que, por aqui, a compensação equitativa reflete a “socialização”¹¹⁴ patrimonial dos direitos de autor e conexos que a liberdade da cópia acarretou.

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

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

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

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

¹¹² Também neste sentido cfr. ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, Brussels, January, 2013, p. 20, referindo que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *Padawan* (Processo C-467/08), deixou isso claro.

¹¹³ No mesmo sentido SEVERINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright : the uneasy accomodation of two conflicting logics”, 2008, p.356, quando diz: “The levies should amount to an approximate evaluation of the global prejudice endured by the right holders”. disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=severine_dusollier

¹¹⁴ Vide JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Liberdade e Exclusivo na Constituição”, DI/VI, 57 (= *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, CE, Coimbra, 2004, 217-232), p. 65, remetido por ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 697.

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

Por outro lado, ressalve-se que a atribuição da compensação equitativa também se não verifica, se os titulares de direitos recorrerem a licenças pelas quais recebam um “pagamento específico ou separado”. A licença pode prever diversas utilizações, entre as quais a da reprodução para uso privado¹¹⁵ (cons. 35).

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

Em jeito de síntese:

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

Além disto, quando se trate de prejuízos mínimos, ou quando o titular de direitos licencia a obra e recebe pagamento, não terá lugar a percepção compensação equitativa por via da “taxa”¹¹⁶.

6.5. Interesses que a compensação equitativa visa equilibrar

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

Pelo lado dos titulares de direitos encontram-se os de controlar as utilizações que se façam das suas obras e prestações protegidas, na medida, em que se vejam remunerados.

¹¹⁵ Para um aprofundamento sobre um tipo de licenças que tem ganho popularidade, as chamadas Creative Commons cfr. RONALDO LEMOS “Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual”, em *Direito GVI*, v.1, n.º1, Maior, 2005, pp. 181-187. São licenças que contemplam diversas modalidades pelas quais conferem faculdades de utilização distintas ao licenciado. Desenvolvidas pelo norte-americano Lawrence Lessig têm o objetivo de, a uma escala mundial, incentivar os titulares de direitos a licenciar as suas obras promovendo por aqui a criação cultural.

¹¹⁶ No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 551.

Se tal não for possível, anseiam ser compensados pelos prejuízos que a livre cópia privada lhes causa¹¹⁷.

Há porém titulares, que veem, diferentemente, os seus interesses atendidos em virtude da livre cópia¹¹⁸, pelo que também em relação a esses, a compensação equitativa não parece ser uma solução infeliz. Poderão ir mais longe e pretender que qualquer encargo por causa da cópia privada deva extinguir-se. E a compensação poderá ajustar-se a eles, na medida, em que, não querendo, podem não exercer o seu direito. Mas, parece-nos que serão mais frequentes os casos dos titulares que querem ver-se ressarcidos pelo prejuízo patrimonial que a utilização livre pode causar.

Por outro lado, podem colidir com os primeiros, os interesses dos utilizadores/consumidores que esperam realizar uma cópia livre e para um fim privado, vendo desta maneira possibilitada a sua liberdade de aprendizagem, de informação, de expressão, de criação cultural e de entretenimento¹¹⁹, sem cometerem nenhum ilícito por isso. A compensação permite dar resposta aos prejuízos dos titulares, ao mesmo tempo assegurando que a reprodução para uso privado fica livre de qualquer controlo.

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

O controlo *online*, de que se fala, resulta do alojamento de agentes eletrónicos (“spy-ware”) no disco do computador, passando a pente fino e, indistintamente, os conteúdos nele colocados, sem mandato judicial¹²⁰.

Portanto, não deve ser admitido esse controlo a “eito”, a menos que se autorize uma vigilância sem par (e constitucionalmente muito questionável) em nome da defesa dos

¹¹⁷ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e a Lib...*, p.686.

¹¹⁸ O caso da banda *Radiohead*, que lançou o álbum *Tomorrow's Modern Boxes* num site de livre partilha de conteúdos, em sistema *peer-to-peer*. Notícia disponível em:

<http://www.publico.pt/culturaipilon/noticia/lider-dos-radiohead-lanca-novo-album-em-site-de-pirataria-1671074>

¹¹⁹ Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e a Lib...*, p. 686.

¹²⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, 2005, p. 787. Cfr, igualmente ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e a Liberdade de Informação*, p. 691.

titulares dos direitos de autor e conexos¹²¹. A este respeito, acompanhamos o entendimento de que é absurdo um sistema tecnológico de “*panóptico ciberespacial* ou de *Big Brother electrónico*”¹²².

6.6. A autonomia privada

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

E, em nossa defesa, poderemos dizer que a Diretiva 2001/29/CE goza de uma ambivalência que permitiu instalar uma convivência algo conflituosa entre o *levy* e a gestão individualizada de direitos¹²³.

Nesta sede, é oportuno, em primeiro lugar, apreciar o artigo 75º n.º5 do CDADC, pois este preceito reporta-se precisamente à manifestação da autonomia privada neste domínio.

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

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

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

Diz então a lei que as partes podem acordar diretamente entre si o montante da “remuneração equitativa”¹²⁴ e ainda o modo como deva ser exercida a utilização livre.

¹²¹ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, p. 690.

¹²² *Idem*, p. 691, remetendo também para JOSÉ DE FARIA COSTA, *As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista*, in *Direito Penal da Comunicação*, 1998, p. 162.

¹²³ Para duras críticas à diretiva *vide* BERNT HUGENHOLTZ, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, Published in [2000] *EIPR* 11, p. 501-502, disponível em: <http://dare.uva.nl/document/2/9021>.

¹²⁴ Anteriormente, já foi explicado que tendemos para acreditar que “remuneração equitativa” será o mesmo que “compensação equitativa”.

Então, se o titular quiser pode auferir de uma compensação equitativa por esta via. Para tal, deverá atender-se às circunstâncias do caso e o valor refletirá, nomeadamente, o número de cópias permitido e o tipo de obra que está em causa. Parece razoável concluir, deste modo, que a quantia que o titular recebe contratualmente deverá ser tida em conta na determinação do direito a obter por via do sistema coletivo de compensação. Pois os potenciais prejuízos são já, de certa maneira, confortados.

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

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

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

Segundo *MOURA VICENTE*, através dos *DRM* desapareceu o pressuposto da compensação equitativa que é a “insuscetibilidade do controlo individual”¹²⁵ sobre as utilizações da obras. Deverá então admitir-se que o titular componha os seus interesses, através dos *Digital Rights Management*. Consequentemente, a cópia privada pode ficar sujeita a uma remuneração. Além disto, indica que os titulares que apliquem uma gestão individualizada teriam, pelo menos de receber uma compensação equitativa menor. Porque os prejuízos possíveis, devido ao controlo de que se fala, seriam menores¹²⁶.

Aqui chegados, resta perguntar se por via da gestão individualizada de direitos, os titulares podem ou não colher uma compensação equitativa. E, neste sentido, se a compensação equitativa se considera assente na insuscetibilidade do controlo, não fará

¹²⁵ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia privada e sociedade da informação”, no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, pp. 14-15.

¹²⁶ Idem.

muito sentido falar de compensação obtida por meio desta gestão individualizada digital, onde o controlo das utilizações se verifica.

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

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

ANTÓNIO VITORINO, nesta matéria, interpretando duas decisões proferidas pelo TJUE¹²⁷, concluiu que a compensação equitativa se prenderia ao prejuízo por reprodução não autorizada e, assim, extrai *a contrario* que não seria cabida compensação quando a utilização fosse consentida, porque nesses casos não haveria prejuízo. Deste raciocínio parece resultar que da gestão individualizada que autorize a cópia poderá não resultar prejuízo, porque ela é autorizada e bem assim se pressupõe que os titulares gozam da faculdade de a autorizar.

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

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

Em suma, os titulares podem estabelecer uma compensação equitativa por via contratual que deverá ter-se em conta para efeitos de determinação da compensação por

¹²⁷ Nos acórdãos: *Padawan vs SGAW* e *Stichting de ThuisKopie vs Opus*. Cfr. *ANTÓNIO VITORINO*, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, January, Brussels, 2012, p. 7.

meio da “taxa”. Além disto, os titulares podem aplicar um modelo de controlo direto, pelo qual recebem o pagamento das utilizações. Neste caso, também a compensação equitativa deverá ser necessariamente menor, pois em virtude de um controlo sobre as utilizações, o prejuízo possível visado pela compensação equitativa também é necessariamente inferior.

7. Aspetos essenciais da Lei n.º 62/98 alterada pela Lei n.º 50/2004

Esta dissertação não quer abranger a reprografia. Dirige-se pois exclusivamente à cópia privada por pessoas singulares relativamente a obras digitalizadas, principalmente.

Em primeiro lugar, será apresentada a entidade responsável pela cobrança e distribuição do *levy*. Seguir-se-ão outros aspetos relacionados com a lei. Por fim, a indicação de alguns problemas que ela pode conter.

7.1. A entidade central de cobrança e gestão da compensação equitativa

Em Dezembro de 1998, surgiu a Associação da Gestão da Cópia Privada (AGECOP) cujo objeto é “a cobrança e a gestão das quantias devidas aos autores, artistas intérpretes ou executantes, editores e produtores fonográficos e videográficos, a título de compensação pela reprodução das respetivas obras, nos termos do artigo 6.º da referida Lei e do artigo 82.º do CDADC”.

Segundo o mesmo diploma, desta associação terão de fazer parte membros dos organismos que venham a constituir-se e que requeiram associar-se, sempre que forem representativos dos interesses e direitos a proteger.

Isto significa que é uma associação resultante do diálogo e negociação das entidades que representam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os produtores fonográficos os produtores videográficos e os editores¹²⁸.

Tem como princípios norteadores, o da igualdade, o da representatividade, o da liberdade, o do pluralismo e da participação (artigo 6.º n.º3).

Quanto à distribuição das receitas existem duas vias principais¹²⁹.

Ou a entidade responsável entrega as quantias aos titulares, diretamente, ou as entrega às entidades coletivas de gestão que representam os titulares.

O modelo português optou pela segunda hipótese. Consequentemente, a AGECOP entregará as receitas devidas às entidades enumeradas acima.

Quanto ao critério de distribuição, as percentagens não são já definidas pela lei. O originário artigo 7.º da Lei n.º 62/98 destinava 40% aos organismos representativos dos autores, 30% aos dos artistas intérpretes ou executantes e 30% aos que representam os produtores videográficos e fonográficos; depois de deduzidos os custos de funcionamento da AGECOP e, ainda, depois de afectar 20% das remunerações percebidas, a acções de incentivo à atividade cultural e à investigação dos direitos de autor e conexos. Este preceito desapareceu por força do aludido acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional.

Atualmente, o artigo 5.º n.º 2 da Lei n.º 62/98 remete para os estatutos da AGECOP a definição dos critérios de repartição das remunerações entre os membros dos associados, bem como neles está fixado o critério pelo qual se distribuem as receitas a quem, não sendo membro, se presume por tais associados representado.

Face à crise da lei atual da cópia privada, esta associação central tem vindo a dirigir queixas às autoridades competentes.

¹²⁸ Os membros fundadores são: a Associação Portuguesa de Escritores (APE), a Associação Portuguesa de Editores e Livreiros (APEL), a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA), a Gestautor, a Associação Fonográfica Independente (AFI), a Associação Fonográfica Portuguesa (AFP), a Associação para a Gestão dos Direitos dos Autores, Produtores e Editores (GEDIRE), a Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes (GDA), a Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas em Portugal (DAP).

¹²⁹ BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT and SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report”, Amsterdam, 2003, p. 20, disponível em: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/332>.

Em 2013, a AGE COP diz que o presente ano “veio acentuar a queda das receitas... dado que por parte das entidades competentes houve uma ignorância absoluta e uma inação renovada, quanto à necessidade inadiável de revisão da Lei da Cópia Privada”. Adianta ainda que “uma análise simples permite saber onde reside a questão: “a AGE COP não está a cobrar, dado que tal não está previsto na lei, sobre instrumentos e suportes digitais, que passaram a ser os mais utilizados, por todos os consumidores e continua a recolher direitos, sobre suportes totalmente ultrapassados e que vão, progressivamente, deixando de existir no mercado”.

A AGE COP faz o aviso de que o ano de 2014 “poderá ser o último ano em que a atividade conseguirá ser exercida”. E assevera ainda que a atual situação promove “danos irreversíveis” aos titulares do direito à compensação que deviam ver-se protegidos e não prejudicados.

Concluindo as reclamações feitas pela AGE COP, a entidade considera que a atual lei está em desconformidade com a Diretiva 2001/29/CE e com a Convenção de Berna, pois não é assegurada compensação equitativa pela cópia privada digital e isso representaria uma violação da regra dos três passos. Apesar de não ter identificado o passo ou os passos desobedecidos, fará mais sentido depreender que se refere ao terceiro, relativo ao prejuízo injustificado dos legítimos interesses dos titulares. No seu entender a presente situação “constitui um desincentivo à criação e à cultura nacionais”¹³⁰.

Pode ver-se, no quadro 3 do referido relatório, o que teria lugar caso estivesse contemplada na lei, a venda de suportes e equipamentos digitais, adquiridos pelos consumidores, através de um estudo quantitativo feito entre 2006 a 2013, concluindo por um total de crescimento médio, na ordem dos 8186%.

O *levy* incidiria assim sobre: computadores fixos, portáteis, media *tablets* e *set-top-boxes* com discos rígidos (para estes dois, o estudo iniciou-se em 2009), consolas de jogos, leitores de MP3 e MP4, televisão com disco rígido e com gravador de DVD, sistema de som com disco rígido, leitor de DVD/Blu-Ray com gravador de DVD, e/ou com disco rígido, e ainda *smart-mobilephones* de três categorias: com memória interna, com *slot* para

¹³⁰ Cfr. o relatório de contas da atividade da AGE COP, em 2013, p. 11 em: <http://www.agecop.pt/contas/RelatorioContas2013.pdf>.

cartão de memória e, ainda, outro separador que integra tanto o que tenha o espaço para cartão de memória como a memória interna.

Até hoje, dada a alteração feita pela Lei n.º 50/2004, só alguns suportes digitais (CDS, DVDS *virgens*) vendidos ao público incluem o valor da “taxa”, estando excluídos todos os equipamentos digitais.

O estudo é sensível aos resultados da atividade inseridos no relatório de contas da AGE COP.

Esta dimensão empírica da “taxa” por cópia privada revela que o *levy* afinal incide sobre instrumentos já ultrapassados, não permitindo obter um volume de receitas adequado a compensar os prejuízos sentidos pelos titulares.

Não é deslocado nesta sede questionar como serão distribuídas, concretamente, as receitas colhidas pela AGE COP. Do exposto, sabe-se que esta entidade vai entregá-las às entidades de gestão coletiva representativas das classes dos titulares.

Ora, uma das consequências desta forma de compensação indireta, de que já se falou, é a de não identificar os utilizadores, nem as cópias privadas que eles realizem. Por isso, só se poderá chegar a uma percentagem de receitas a atribuir através de sondagens, com o objetivo de tentar saber, quais serão as obras ou outros materiais protegidos mais copiados¹³¹.

7.2. O devedor da obrigação da compensação

Quem deve pagar?

A compensação equitativa deve assegurar um “justo equilíbrio” dos interesses¹³², entre as diversas categorias de titulares e entre estes e os utilizadores do material protegido (cons. 31 da Diretiva 2001/29/CE). Dado que a figura se justifica, com base no possível

¹³¹ Uma conclusão tirada da leitura do regulamento de repartição de direitos e calendário anual de distribuições da Sociedade Portuguesa de Autores, que pode ser consultado no site: <http://www.spautores.pt/>.

¹³² Dos titulares (entre as diversas categorias) e dos interesses dos utilizadores e como se verá os interesses dos agentes económicos envolvidos no *levy*,

prejuízo decorrente da cópia privada, então, em princípio, o devedor será a pessoa singular que pratica esse ato lesivo.

Porém, como há dificuldades práticas em identificar os utilizadores e obrigá-los a pagar o montante da compensação, o acórdão *Padwan*¹³³, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, veio esclarecer que a obrigação pode recair sobre os agentes económicos que disponibilizam os produtos atingidos pela “taxa”, porque estes agentes estão em condições de “passar” para o consumidor, que é a pessoa singular potencial utilizadora, o valor que financiará a compensação, ao incluí-lo no preço. Isto por via do fenómeno da repercussão. Assim, o consumidor suportará, no fim das contas, a compensação equitativa e o “justo equilíbrio” não será por esta via abalado.

Em conformidade com o acórdão avançado e de acordo com a lei, segundo o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 62/98, parece possível concluir que o devedor direto será o fabricante ou o importador, que estabelece o preço do produto e o consumidor é o devedor indireto, que acaba por financiar a compensação, em definitivo, se aquele não tiver absorvido esse encargo¹³⁴. Mas aquele continua a ser o devedor direto, porque o valor da “taxa” deve ser incluído no preço de venda ao público. Ou seja, aplica-se em relação ao preço estabelecido por estes agentes. Eles auferirão dessa quantia, num primeiro momento, e, de seguida, devem endereçá-la à AGECOP.

7.3. Questões problemáticas sobre a Lei n.º 62/98

Os contornos do funcionamento do *levy system* variam de EM para EM¹³⁵.

Essencialmente, são estes os aspetos em que podem oscilar:

¹³³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 29. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83635&doclang=PT>

¹³⁴ A mesma solução se verifica noutros países como, por exemplo, na Alemanha, em Itália e Espanha. cfr. BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT and SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment”, 2003, p. 18.

¹³⁵ *Idem*, pp. 14-31. Outros Estados-Membros que seguiram o esquema coletivo do *levies*: Alemanha, Áustria, França, Finlândia, Holanda, Dinamarca, Itália, Bélgica, Grécia, Suécia, Espanha. Estes dados constam de 2003, é natural que tenham ocorrido novidades.

Quanto aos materiais que incluem o valor do *levy*, como é feita a determinação deste, e, ainda mais especificamente, como se aplica dados os preços dos objectos.

O valor a pagar pode ser incluído em suportes de gravação (como cassetes, CD's virgens, DVD's virgens), ou cobrado apenas na aquisição de equipamentos, aparelhos de reprodução (como o gravador de cassetes, que vão incluir os suportes). E ainda pode acontecer que um sistema incida sobre os dois tipos de produto que servem a gravação.

O ordenamento jurídico nacional optou pela terceira via, assim, não só são "taxados" certos aparelhos e equipamentos, como também determinados suportes que permitam reproduzir como finalidade única ou principal a reprodução, com exceção de todos os equipamentos digitais e do papel (artigo 2.º da Lei n.º 62/98).

O artigo 1.º n.º 2 exclui do seu âmbito ainda os computadores, os seus programas e as bases de dados constituídas por meios informáticos.

Uma das razões, pelas quais, os equipamentos digitais foram simplesmente arredados tem que ver com o entendimento de que esses equipamentos não servem nem única nem principalmente a reprodução de obras protegidas. A par disto, depôs também uma motivação de índole diversa, a de que se vivia a entrada na sociedade das tecnologias da informação, portanto era conveniente promover a circulação desses bens sem embaraço, e a "taxa" podia configurar um¹³⁶.

O considerando 38 da Diretiva 2001/29/CE prevê uma diferença entre a cópia analógica e digital, representando esta um possível maior impacto económico e uma maior divulgação, pelo que os sistemas de compensação deverão ter essa especificidade em conta e, nos seus regimes, estabelecer diferenças entre ambas.

Da interpretação deste considerando, parece-nos possível tirar dois sentidos.

O primeiro será o de que a inclusão dos equipamentos e suportes digitais no âmbito do "sistema de remuneração" não deve representar um valor elevado, o suficiente, a ponto prejudicar o funcionamento do mercado interno, onde são comercializados os bens visados.

¹³⁶ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 718.

Por outro lado, poderá seguir-se uma via distinta e argumentar-se que, justamente, devido a um maior impacto económico e a uma maior divulgação, os legisladores terão de ser mais “exigentes” e devem, por isso, não só incluir os ditos materiais no contexto da compensação equitativa, como estabelecer níveis mais elevados para o campo digital do que para o analógico.

Seja como for, dado o que está em causa e a teleologia do diploma, em função de proteger os interesses dos titulares no caso das “exceções” e “limitações” ao direito de reprodução, não se afigura muito provável que o sentido fosse o de isentar os equipamentos digitais, pelos quais cada vez mais cópias são realizadas, em relação às que são feitas por instrumentos analógicos.

Inclinamo-nos para o acolhimento da leitura de que a diretiva pretendia que a compensação fosse mais exigente para os equipamentos e suportes digitais em relação aos analógicos¹³⁷.

Por outro lado, em função da efetividade do padrão internacional dos três passos, sublinhe-se que qualquer “exceção” e “limitação” a um direito económico dos titulares só pode ser admitida desde que vise “casos especiais”, “não atinja a normal exploração da obra”, “nem prejudique injustificadamente os interesses legítimos dos titulares”.

Sem confortar os prejuízos que podem decorrer da livre cópia digital¹³⁸, isentando simplesmente os equipamentos digitais e dos suportes mais sofisticados, o legislador parece estar a admitir uma exceção, que agora causa injustificados prejuízos aos legítimos interesses dos titulares.

Uma outra razão para se argumentar que o sistema de compensação carece de uma ampliação do seu âmbito de aplicação é a seguinte. Sendo verdade que os titulares podem recorrer a medidas tecnológicas de proteção, não são obrigados a isso, pela lei em vigor (artigo 217.º n.º4 do CDADC).

¹³⁷ Acompanhando de perto ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, VOL LXXXI [SEPARATA], 2005, p. 460.

¹³⁸ *As duas velocidades* das cópias analógica e digital. Nesta, o titular pode recorrer a medidas tecnológicas de proteção que limitem um n.º de reproduções e permitem uma conformação da liberdade de uma forma que no campo analógico não acontece. E ainda beneficiam, aquelas medidas tecnológicas, de uma tutela jurídica. Neste sentido, acompanhando ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa”, 2005, Coimbra, p. 661.

Por isso, este esquema colectivo tem de ser revisto e estendido ao novo paradigma, para que Portugal cumpra o núcleo essencial (e obrigatório) da diretiva e da regra dos três passos.

Outro ponto caracterizador variável entre os vários EM consiste no modo como a quantia se aplica ao preço do produto visado. Pode ser feito através de uma percentagem em relação ao preço ou pode consistir num valor tabelado, segundo o artigo 3.º n.º1 da Lei n.º 62/98).

Em relação aos aparelhos, o modo de inclusão do valor da “taxa” é feito a partir da aplicação de uma percentagem em relação ao preço, antes da inclusão do I.V.A (imposto de valor acrescentado).

Quanto aos suportes, a quantia a incluir encontra-se numa tabela e acresce ao preço, antes da aplicação do IVA. Nesse quadro são previamente fixados os valores em função de cada suporte. A tabela divide estes produtos em analógicos e digitais. A título exemplificativo, cada cassete (virgem) áudio deve na venda ao público incluir um valor de 0,14 euros. Por seu turno, um suporte de CD-R virgem (“readable”) áudio inclui um valor de 0,13 euros. Pela capacidade de armazenamento que tem, superior à oferecida pelos demais, o suporte que atualmente representa *levy* mais elevado é o do DVD, chegando a 1 euro (o DVD RAM).

Portanto, o legislador recorreu às duas técnicas comuns, a do estabelecimento de cálculo em proporção do valor do preço (n.º 1) e a da fixação prévia do montante a aplicar (n.º 3).

Já não tendo em conta esta ordem de aspetos sobre o funcionamento da “taxa”, outros pontos merecem a nossa atenção, de seguida.

Em relação à lista de beneficiários da compensação, a Lei 62/98 prevê no artigo 2.º que é constituída pelos “autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos”. Este número parece alargar o leque de beneficiários, previsto pelo artigo 76.º 1.º b) do CDADC, que atribui a “remuneração” equitativa ao autor, bem como ao editor no “âmbito analógico”.

Em matéria de escolher os produtos sobre os quais a quantia extra incidirá, o legislador tem de observar um critério essencial.

Os bens em causa têm de ser aptos a reproduzir e a armazenar obras e materiais protegidos, ainda que não o façam exclusivamente. Se não servirem esse fim não tem cabimento no âmbito deste instituto. Por uma razão simples, o que justifica a “taxa” é o pagamento da compensação pela “exceção” da cópia privada. Se o objeto não tem a capacidade para servir a reprodução (de obra protegida), não há prejuízo possível por cópia que mereça a proteção dos interesses patrimoniais dos titulares de direitos de autor e conexos, por esta via.

E o legislador deverá ter, mais uma vez, em conta “as circunstâncias especiais de cada caso”. Isto é, as capacidades de reprodução e de memória de cada instrumento.

Veja-se o seguinte exemplo:

Os equipamentos digitais com memória interna afetam espaço, necessariamente, a *software* para o funcionamento do próprio equipamento. É programa que não pode ser apagado da memória¹³⁹. Forçosamente, há pelo menos este “espaço”, que não será certamente usado para o armazenamento de conteúdo protegido. Ou seja, daí não será possível resultar prejuízo para o titular e a compensação equitativa deve conter-se.

Quanto às isenções, o que diz a lei?

O artigo 4.º contempla os organismos de comunicação audiovisual ou produtores de fonogramas e de videogramas que comprem os aparelhos e suportes “taxados”, sempre que os utilizem para as suas próprias produções. Do mesmo modo, se isentam os organismos que os utilizem, com a finalidade exclusiva de auxílio a pessoas portadoras de diminuição física visual ou auditiva. O artigo 4.º n.º 1 remata excepcionando do pagamento as entidades de carácter cultural, sem fins lucrativos, para uso em projetos de relevante interesse público. Mas quanto à última categoria de isentos, dependente ainda de despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura.

Os contemplados devem apresentar no acto de compra desses bens, uma declaração emitida pela AGECOP, atestando a verificação de alguma das situações de isenção previstas (artigo 4º n.º 2).

Visto isto, neste aspeto do regime, é preciso refletir sobre o seguinte.

¹³⁹ Posição relatada em notícia disponível em: <http://www.deco.proteste.pt/tecnologia/tablets-computadores/noticia/copia-privada-projeto-de-lei-confunde-direito-com-pirataria>.

Dada a utilização livre sobre a qual assenta este sistema, o legislador vai ter de certificar-se que afasta do pagamento da “taxa”, os consumidores dos aparelhos e suportes que não os empregarão, ao menos, manifestamente, nos termos do artigo 75º n.º 2 a) do CDADC.

Uma vez mais aqui, o acórdão *Padawan* é uma incontornável referência.

Diz a decisão que é justificado cobrar a pessoa singular que adquira o bem visado pelo *levy*, mesmo que, efetivamente, esta pessoa não venha a reproduzir obra ou outro material protegido, porque se presume que o consumidor gozará das plenas capacidades e funcionalidades associadas ao objeto em questão, entre as quais se encontra a reprodução de obras e conteúdos protegidos.

Assim, certo é que o ato lesivo que dá causa à compensação é o da reprodução para uso privado levada a cabo por pessoa física.

Pelo que a lei dos EM deve possibilitar uma distinta aplicação da “taxa”. E, uma das soluções avançadas nessa decisão é a de isentar um leque de pessoas coletivas e físicas que “manifestamente” está fora da situação prevista pelo artigo 75.º n.º 2 *in fine* do CDADC.

Portanto, a aplicação da “taxa” de forma indistinta é desconforme com o direito da União neste domínio. O *levy* deve ser afastado, quando seja manifesto que quem adquire não reproduzirá obras para uso privado, a partir do instrumento de reprodução, como é o caso da aquisição dos bens visados por empresas.

Em linha com o exposto, deteta-se uma anomalia no sistema jurídico português¹⁴⁰. É que face à lei, a “taxa” por cópia privada atual, aplica-se, cegamente, a todos os adquirentes dos produtos visados¹⁴¹, o que é desconforme com a razão de ser da compensação equitativa e com o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia referido.

Dito de outra forma, não decorre da lei em vigor uma ligação direta, que se afigura necessária, entre o limite da cópia privada e o instituto da compensação equitativa,

¹⁴⁰ Perfilhando a posição do autor DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 31.

¹⁴¹ À exceção dos grupos de isentos vistos.

e, em sequência disso, a figura pode facilmente ser confundida com um imposto “cuja receita reverte para particulares”¹⁴².

8. Análise da Proposta de Lei n.º 246/XII e de alguns casos comunitários

Em 2010, tinha já sido feita uma proposta de alteração à lei em vigor, no sentido de alargar a leque de instrumentos que acolhem o valor da “taxa”¹⁴³.

O que denota, que já há algum tempo o legislador vem sentindo a necessidade de alterar alguns aspetos. E, certamente, movido por algumas razões indicadas no ponto crítico que anteriormente se expôs. Porém, essa tentativa saiu gorada.

No passado ano, o atual Governo promoveu a Proposta de Lei n.º 246/XII, tentando levar a cabo uma modificação ao esquema legal.

Através do seu artigo 2.º, pretende dar nova redação aos iniciais quatro artigos da Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.

A primeira novidade, que se destaca, será a da ampliação do âmbito da “taxa” por cópia privada a suportes digitais mais recentes e a equipamentos digitais.

Relativamente aos equipamentos e suportes analógicos, a proposta de lei pretende continuar a inclui-los. Mas o valor das suas “taxas” deverá ser progressivamente menor, porque em função do que também já se sustentou, o prejuízo resultante daqueles será possivelmente reduzido pelo desuso em que caíram esses meios.

Por outro lado, a proposta que recai sobre o artigo n.º 3 inova porque, a chegar a lei, vai estreitar a expressão “compensação equitativa” no ordenamento jurídico português. Uma sugestão que o projeto de lei anterior já continha¹⁴⁴.

¹⁴² No mesmo sentido e também sobre a explicação do mecanismo da compensação *vide* CLÁUDIA TRABUCO, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006, pp-520-539.

¹⁴³ O projeto n.º 118/XII proposto pelo anterior executivo, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734d5445344c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl118-XII.doc&Inline=true>.

¹⁴⁴ No artigo 2.º do mesmo projeto n.º 118/XII.

A redação daquela norma revela que a quantia, de que se faz menção no artigo n.º 2, tem a natureza de compensação equitativa “em ordem a compensar adequadamente os titulares de direitos dos danos patrimoniais sofridos com a prática da cópia privada”. O que está de acordo com jurisprudência comunitária¹⁴⁵ e é de saudar.

Os dispostos no artigo 3.º n.ºs 2 e 3 dizem respeito à reprografia e além de não serem oportunos neste estudo, a proposta não sugere novidades quanto a eles.

Já quanto ao número 4 do artigo n.º 3, o impulso legislativo recorre a nova técnica, fixando o montante do valor a incluir nos preços por tabela anexa ao projeto, quer para equipamentos e aparelhos, quer para suportes.

A novidade prende-se com os aparelhos de fixação e reprodução. É que quanto a estes produtos, segundo o artigo 3.º n.º 1 da Lei n.º 62/98, ainda em vigor, o valor a incluir equivale a 3% do preço de venda estabelecido pelos respetivos fabricantes e importadores, antes de aplicado o I.V.A, não estando previsto por tabela.

Por outro lado, a proposta permitirá um alargamento do campo de isenções por via da redação que propõe ao atual artigo n.º 4. O que é de apoiar. Assim, a proposta de lei visa incluir pessoas coletivas e físicas que adquirem os bens de reprodução enquanto profissionais.

Pelo que, estarão isentas do pagamento da compensação, as pessoas singulares relativamente a “suportes especialmente destinados a gravação de imagens ou outro tipo de obras para uso exclusivo no âmbito da atividade profissional do seu setor, designadamente na atividade de fotógrafo, designer, arquiteto ou engenheiro” (alínea d)).

Note-se que a palavra “designadamente” sugere uma tipicidade aberta. Por aqui, se pode depreender que a presunção de que o bem servirá a reprodução de obra para uso privado é ilidível.

Outra destruição dessa presunção chega pela alínea e), quando os aparelhos, dispositivos ou suportes estejam destinados exclusivamente a fins clínicos, atividade da justiça e segurança interna.

¹⁴⁵ De acordo com o Processo C467/08 relativo ao acórdão *Padawan SL vs. SGAE*, o TJUE refere-se a uma compensação equitativa, reforçando a ideia de que é essa a terminologia a aplicar.

Para usufruir da isenção, os visados devem requerer junto da AGE COP a declaração que comprove tanto o respetivo objeto de atividade como que se verifica uma das hipóteses consagradas (artigo n.º 4 n.º 2 a) e b) do articulado proposto).

A Proposta de Lei n.º 246/XII contém, ainda, um aditamento à Lei n.º 62/98, através da introdução do artigo 5.º-A, pelo qual estabelece uma “contribuição para o desenvolvimento da atividade Cultural”.

A norma prevê que, em cada ano civil, caso, o resultado da cobrança feita pela AGE COP seja superior a 15 milhões de euros, o montante superior a esse valor constitui receita própria do Fundo de Fomento Cultural. A proposta não especifica o que deva ser desenvolvido por esse Fundo, a não ser que se prenderá a caráter cultural.

Poderá questionar-se se tal preceito não acabará por atribuir à compensação equitativa, a finalidade de interesse público, que o Tribunal Constitucional no acórdão apontou. E, conseqüentemente, se não descaracterizará a compensação como figura assente numa relação jurídico-privada e como contrapartida da cópia privada.

E de outro modo, questionar-se-á se este mecanismo pode, dentro dos limites impostos pelo direito da União Europeia, cumprir uma finalidade semelhante.

Sobre esse aspeto, também o Tribunal das Comunidades proferiu uma decisão no acórdão *Austro Mechana vs Amazon*¹⁴⁶. No seu entender, as legislações nacionais podem empregar parte das receitas colhidas, a título de compensação equitativa, numa via indireta que satisfaça os interesses dos titulares.

De forma clara, o Tribunal sustenta que os EM gozam de uma margem de apreciação na forma como compõem esta matéria e, por isso, não estão obrigados a atribuir a totalidade da receita da compensação equitativa por uma via direta aos titulares, pelo que não é proibido atribuir parte dessa receita sob a forma de uma compensação indireta. E é indireta, na medida em que continua a beneficiar os titulares, “por intermédio de instituições sociais e culturais”. Esta situação, segundo o TJUE “não obsta ao fato de a compensação “dever ser vista como contrapartida do prejuízo” em razão da “exceção da cópia privada”.

¹⁴⁶ O processo C-521/11, disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139407&pageIndex=0&doclang=PT>

Assim, a proposta de lei parece que poderá estar de acordo com a Diretiva 2001/29/CE, à luz da interpretação feita pelo TJUE nesta matéria, desde que o Fundo de Fomento Cultural financie atividades culturais ou sociais do interesse dos titulares. E ainda se poderá argumentar que não prejudica a premissa de que a compensação deva ser contrapartida da cópia privada.

Convém, em nosso entender, aditar um elemento de razoabilidade a isto. Não é definida a percentagem da receita que pode ser aplicada indiretamente, pois o TJUE fala apenas de “uma parte”. À luz da teleologia inerente ao instituto da compensação equitativa pode, no entanto, apontar -se no sentido em que essa parte não deva ser substancial.

Por isso, a proposta de lei não estando à partida desconforme com a interpretação feita pelo TJUE não pode concluir que qualquer percentagem destinada a esta via indireta de compensação dos titulares será admissível. No entanto, parece-nos que este aspeto carecerá de mais concretizações por parte das instâncias comunitárias.

Finalmente, em anexo¹⁴⁷ ao projeto, constam as tabelas com os valores do *levy* pretendidos.

É ainda frágil sustentar que estes serão os montantes com que os utilizadores e os titulares possam contar, uma vez que no momento em que estamos, este articulado ainda não foi aprovado na especialidade.

Porém, ao que tudo indica, o valor máximo da “taxa” será, à partida, de 15 euros¹⁴⁸.

A título de exemplo, os valores que constam neste projeto incidem sobre: telemóveis com capacidade de memória de 8GB que incluirão o valor de 0,96 euros; um *tablet* com capacidade de memória de 16 GB que incluirá 1,92 euros; 4 euros no tocante a computador ou disco externo com 1 TB de capacidade e um cartão de memória ou pen/USB com 16 GB incluirá 0,256 euros a título de compensação equitativa.

¹⁴⁷ Mais sobre a tabela de preços, consulte-se:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a51324c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl246-XII.doc&Inline=true>

¹⁴⁸ Segundo o comunicado do Governo, noticiado em:

<http://pplware.sapo.pt/sapo/sapo-informacao/lei-da-copia-privada-taxa-maxima-sera-de-15e/>.

O documento traz novidades importantes e diga-se que promoveu um debate alargado na sociedade civil, tendo sido por alguns cidadãos altamente contestado¹⁴⁹.

9. O futuro do *levy*

Algumas vozes têm indicado, o artigo 5.º n.º 2 b) da Diretiva 2001/29/CE pretendeu iniciar um processo - intitulado “phasing-out”- de eliminação da aplicação do *levy* em relação à cópia privada digital¹⁵⁰.

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

Há, porém, autores que defendem que essa não é a intenção do preceito¹⁵¹ e que o *levy* não estaria por aí comprometido.

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

De um lado a compensação equitativa, que geralmente se manifesta na “taxa” por cópia privada, a incidir sobre *hardware*, cujo pressuposto é o da insusceptibilidade do controlo individual da cópia¹⁵². Do outro, o controlo direto sobre as utilizações, ao abrigo de uma gestão individualizada de direitos, proporcionada por meios e medidas tecnológicas de proteção.

¹⁴⁹ Alguns cidadãos iniciaram uma petição contra a entrada em vigor da alteração à lei. <http://www.peticaopublica.com/pview.aspx?pi=impedir-pl246>

¹⁵⁰ J. REINBOTHE, ‘The Legal Framework for Digital Rights Management’, Digital Rights Management Workshop, Brussels, February 2002, p. 28. Expressão que parece indicar que, a longo prazo, o impulso comunitário visa a extinção do *levy*. Mas isto é discutível. Cfr. também J.SAMMADDA, ‘Technical Measures, Private Copying and Levies: Perspectives on Implementation’, in Tenth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, Fordham University School of Law, April, 2002 pp. 4–5.

¹⁵¹ Cfr. SEVERINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics”, 2008, p. 357.

¹⁵² Neste sentido cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 15.

Por nossa parte, é de identificar um caráter ambivalente da Diretiva 2001/29¹⁵³. Ou seja, concluímos que o diploma terá querido recusar-se a optar por um ou outro sistemas, mostrando-se dividido entre “a imposição de um limite relativo às cópias privadas, acompanhado de um direito a uma compensação” e “um sistema de controlo destes titulares sobre o acesso e utilização da obra por via do emprego de medidas tecnológicas de proteção”¹⁵⁴.

Não é de estranhar esta indecisão, pois não é obrigatório que os EM prevejam a “exceção” da cópia privada, sendo-lhe apenas permitido exercer essa faculdade, segundo o teor literal do artigo 5.º n.º 2.º da Diretiva 2001/29/CE. Além disto, a conclusão, no projeto inicial desta diretiva, preconizava a implementação, quanto ao âmbito digital, de modelos alternativos ao *levy* que passassem pelo controlo tecnológico das cópias a ser exercido diretamente pelos titulares, apontando para uma substituição do *levy* e não para uma convivência com ele¹⁵⁵.

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

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

¹⁵³ No mesmo sentido cfr. CLÁUDIA TRABUCO, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, 2007, p. 51. Obra disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Trabuco.pdf.

¹⁵⁴ CLÁUDIA TRABUCO, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, 2007, p. 51. Obra disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Trabuco.pdf.

¹⁵⁵ Cfr. BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT and SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report, Amsterdam”, 2003 pp. 41-42. Neste ponto, os autores expõem um excerto do memorando de explicação sobre a proposta da Diretiva, numa fase inicial.

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

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

Num outro sentido vai o entendimento de DUSOLLIER. Para esta autora, a questão, antes de mais, estaria mal feita. Não decorreria o duplo pagamento, argumenta, porquanto a quantia diretamente atribuída por utilizações corresponderia a uma remuneração de um direito ao titular, por um uso determinado, enquanto que a compensação seria um valor ressarcitório¹⁵⁶.

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

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

Porém, parece que a compensação equitativa terá de continuar a verificar-se relativamente aos prejuízos resultantes de cópias analógicas, pois o controlo direto dirige-se sobretudo ao ambiente digital¹⁵⁷. Naturalmente que a compensação equitativa a ser atribuída ao titular deverá ser menor quando recorre a medidas tecnológicas de proteção e quando adquire remuneração direta pelas utilizações da obra.

¹⁵⁶ *Vide*, SEVERINE DUSOLLIER, “Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics”, 2008, p. 358.

¹⁵⁷ Pelo menos quando não for mínimo. No caso de prejuízo mínimo já se viu que não há lugar a compensação.

Parece-nos adequado convocar o enquadramento que foi feito ao uso privado e reclamar uma ponderação de interesses constitucionalmente relevantes com os quais a livre cópia privada, em nosso entender, se relaciona ou confronta¹⁵⁸. Ou seja, os novos modelos não parecem resultar de uma ponderação entre os interesses dos titulares e os dos utilizadores, tais como os da liberdade de criação cultural, da propriedade privada, os da aprendizagem, os da expressão, os de informar e de ser informado. Assim, em vez de uma ponderação, parece ter lugar uma consideração de unilateral de interesses. O mesmo é dizer, que só os interesses dos titulares aparentam ser tidos em conta.

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

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

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

Em favor desta autonomia privada, reconhece-se a possibilidade de existência de licenças que podem oferecer condições mais vantajosas do que as que teriam lugar no caso do *levy* obrigatório por cópia, na medida em que podem ser estabelecidas utilizações mais dilatadas ou mais satisfatórias para os interesses de ambas as partes¹⁵⁹.

Não será de todo errado dizer que o que é cada vez mais popular entre os consumidores/utilizadores não passa já pelo *hardware*, mas antes ocorre num lugar intangível: o dos conteúdos trocados, reproduzidos e acedidos *online*¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Esta matéria convoca o exposto no enquadramento do uso privado avançado *supra*.

¹⁵⁹ Segundo ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, January, Brussels, 2012, p. 5.

¹⁶⁰ ANTÓNIO VITORINO, *ob. cit. supra*, p. 5. Por exemplo, através do protocolo de acesso ao conteúdo protegido e o do armazenamento nas memórias dos aparelhos do utilizador.

Tendo em conta as potencialidades das alternativas viáveis que se apresentam diante dos titulares, não parece pois que, ao menos, não se possa fazer uma reflexão. Porque as coisas estão a mudar. Consubstanciará esta nova realidade tecnológica um “prolongamento natural dos direitos exclusivos”¹⁶¹? Se o livre arbítrio pautar a decisão sobre os valores das remunerações pela livre cópia privada, parece-nos plausível concluir afirmativamente.

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

Receamos o risco de, no plano digital e *online*, tudo ficar incluído no controlo do acesso, do uso, da distribuição de informação e de conhecimento, hoje possível por estas novidades tecnológicas¹⁶².

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

Por esta razão, tem-se defendido a utilidade de mecanismos tecnológicos capazes de preservar a privacidade de quem utiliza as obras na plataforma digital. São conhecidas por *Privacy-enhancing Technologies (PET)*, passando por ferramentas que visam garantir a privacidade dos utilizadores, na medida em que previnem que a sua informação pessoal seja processada por *DRM*¹⁶³. E de entre as existentes, há já “ferramentas” que possibilitam aos utilizadores manter o seu anonimato pela escolha de um pseudónimo, pelo qual estabelecem relações com os titulares.

¹⁶¹ Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, pp 623 e seguintes.

¹⁶² RUTH OKEDJII, “International Copyright System: Exceptions, Limitations and Public Interest Considerations for Developing Countries”, 2006, p.10.

¹⁶³ Sobre este assunto vide BERNT HUGENHOLTZ, BERNT HUGENHOLTZ, LUCIE GUIBAULT and SJOERD VAN GEFFEN, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report”, Amsterdam, 2003, p. 33.

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

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

Por outro lado, dadas as particularidades que já vimos, alguns autores sugerem que o legislador tenha em conta a realidade tecnológica no momento em que determina o *levy*. Isto é, quando decide sobre quais os equipamentos e os suportes a abranger pelo *levy*, argumentam que o legislador não deve o deve expandi-lo para os objetos digitais, porque, em princípio, se consideraria mínimo o prejuízo possível decorrente da cópia privada digital¹⁶⁴.

Como estes modelos de gestão individualizada não conhecem, para já, ainda uma promoção suficientemente alargada e desenvolvida, não consideramos que a ordem jurídica portuguesa, pelas razões que apresentámos em momentos anteriores, deva continuar a excluir os equipamentos e suportes digitais do âmbito da compensação equitativa¹⁶⁵.

REINBOTHE sustenta mesmo que a escolha, entre um e outro sistemas, deverá ser feita pelo mercado, de acordo com a vontade dos titulares¹⁶⁶.

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

Da nossa parte, aponta-se no sentido de uma rejeição de um direito de exclusivo absoluto dos titulares sobre as obras, em razão de isso poder “eclipsar” a utilização livre¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Idem* p. 37.

¹⁶⁵ Na mesma orientação *vide* ANTÓNIO VITORINO, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, *January, Brussels, 2012*, p. 2. O autor argumenta mesmo que o “phasing out” do *levy* no futuro imediato constituiria um “big-bang” pouco aconselhável.

¹⁶⁶ JÖRG REINBOTHE, *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtstrichtlinie in deutsches Recht*, ZUM 46, n.º 1, 2002, p.49.

¹⁶⁷ Neste sentido cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, 2008, p. 632.

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

10. Outras dúvidas sobre a compensação equitativa no CDADC

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

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

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

Como dissemos em considerações anteriores, as normas que se prendem com o instituto da compensação não estabelecem, expressamente, o critério exigido pela Diretiva 2001/29/CE a respeito da aplicação das medidas tecnológicas de proteção. Isto é, o nível de compensação deverá variar inversamente ao nível de proteção que os titulares decidam aplicar às suas obras ou prestações protegidas.

Não seria absurdo propor uma alteração legislativa, no sentido de absorver o comando comunitário acabado de mencionar¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Apesar de não se reconhecer que seja uma omissão crassa, por aplicação do princípio da interpretação conforme com o direito comunitário, resultará para o ordenamento jurídico português essa orientação quanto à determinação da compensação equitativa nos casos em que os titulares apliquem medidas tecnológicas de proteção nas obras.

Notas Conclusivas

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

O direito de reprodução do titular tem como limite a utilização livre da cópia para uso privado, prevista no artigo 75.º n.º 2, alínea b), *in fine* do CDADC, a qual desencadeia e justifica a atribuição ao titular de uma compensação equitativa. E esta restrição ao direito tem ainda de ser conforme com regra dos três passos.

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

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

Em relação à cópia privada, duas considerações são precisas.

Em primeiro lugar, assumimos que a cópia privada digital causa um maior impacto económico nos interesses do titular do que o que resulta da cópia por meios analógicos. E, além disto, sublinhamos a existência de medidas tecnológicas de proteção que permitem ao titular exercer um controlo efetivo sobre as reproduções da obra no âmbito digital.

Reconhecemos ainda, neste domínio, que o titular dispõe de modelos de gestão individualizada dos direitos, que se reconduzem ao fenómeno denominado *Digital Rights Management*, pelos quais se pode ver diretamente remunerado pelas utilizações das obras.

Partindo desta para o rol de conclusões que se seguem.

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

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

O conceito do “possível prejuízo”, pedra angular da compensação equitativa, deverá ser clarificado no quadro comunitário, porque tal indefinição projeta-se no regime da compensação. Consideramos que a Lei n.º 62/98 deve alargar o seu âmbito de aplicação aos equipamentos digitais e aos suportes digitais mais sofisticados, por forma a permitir que a utilização livre não provoque prejuízos injustificados ao titular, o que poderá representar o incumprimento da regra dos três passos. Além disso, o instituto deve ter em devida conta, que o prejuízo resultante da cópia analógica será menor.

Assumimos que a compensação tem de ser a contrapartida da utilização livre. Porém, acreditamos que a lei em vigor não assegura a ligação direta que entendemos necessária entre a “exceção” da cópia privada e a compensação equitativa. Pelo que sugerimos um alargamento do campo de isenções relativo ao não pagamento do *levy* a empresas e a pessoas físicas adquirentes dos produtos visados pela “taxa” para fins manifestamente alheios ao da cópia privada.

Em relação à convivência entre o *levy* e a gestão individualizada de direitos, verificamos a existência de duas lógicas ou vias distintas. A primeira assenta na insusceptibilidade do controlo das utilizações das obras e, além disto, na preservação de interesses que se prendem com a própria “exceção”. Por seu turno, à gestão eletrónica individualizada subjaz a suscetibilidade do controlo das utilizações das obras e a possibilidade de o titular obter por elas um pagamento direto. Mas notamos que poderá não ter em atenção os valores com que a primeira se preocupa. Em todo o caso, reconhecemos que os *Digital Rights Management* ganham cada vez mais popularidade e que poderão satisfazer as necessidades das partes. Nesta medida, cremos que no futuro não imediato poderá prevalecer a segunda, mas que para já ela não se encontra suficientemente desenvolvida. Reiteramos que o *levy* revela ainda todo o préstimo.

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

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

E concluímos do seguinte modo.

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

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1.^a Edição (*Reimpressão*), Coimbra Editora, 2012
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Função social do Direito Autoral e as limitações legais”, *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pr. Bruno Jorge Hammes*, Luís Gonzaga Silva Adolfo/Marcos Wachowitz (org.), Curitiba, Juruá, 2007, pp. 85-112
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?”, in AA. VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Jorge Miranda, Luís Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente (coord.), vol. I, Almedina, 2005, 787-795
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “A transposição da diretiva n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da Informação”, Vol. XLIII, 2002, *RFDL*, pp. 9 e segs
- AKESTER, Patrícia, *Direito de Autor nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Coimbra: Almedina, 2013
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa- Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2007
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Liberdade e Exclusivo na Constituição”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 222-223
- COSTA, José de Faria, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista”, in *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 143-177
- DUSOLLIER, Séverine e CAROLINA, Ker, “Private copy levies and technical protection of copying: the uneasy accommodation of two conflicting logics” in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Estelle Derclaye (org.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Inc, 2009, pp. 349-372.

- DUSOLLIER, Séverine “Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres”, *Création Information Communication*, Vol. 10, Bruxelles, Larcier, 2005
 - GEIGER, Christophe, “The Role of The Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society”, *e-Copyright Bulletin*, UNESCO, 2007
 - GONÇALVES, Nuno, “A transposição para a ordem jurídica portuguesa da diretiva”, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra Editora, 2006
 - GINSBURG, Jane C., “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions”, *Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies*, n.º 181, New York, Columbia Law School, 2001
 - GUIBAULT, Lucie, “Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d’auteur et la société de l’information”, 2003, *Cahiers de propriété intellectuelle*
 - HUGENHOLTZ, Bernt, GUIBAULT, Lucie and GEFFEN, Sjoerd van, “The Future of Levies in a Digital Environment: final report”, 2003, *IVIR*, pp. 1-71
 - HUGENHOLTZ, Bernt, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, Vol.11, 2000, *EIPR*
 - KOELMAN, Kamiel J., “The levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM”, 2005, *de toekomst van het auteursrecht, Bijdragen Symposium 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom*, pp. 1-12
- KOELMAN, Kamiel J., “A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological measures”, 2000, *EIPR*
- KOELMAN, Kamliel J., “Fixing the Three-step-test”, 2006/8, *EIPR*
 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011
 - LEMOS, Ronaldo “Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual”, v.1, n.º1, Maior, 2005, em *Direito GVI*

- OKEDJII, Ruth, “International Copyright System: Exceptions, Limitations and Public Interest Considerations for Developing Countries”, *United Nations Conference on Trade and Development*, n.15, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2006, pp. 1-52
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, “Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa”, 2013, *Revista da ABPI*- N.º 123- MAR/ABR
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, “Da Equidade (Fragmentos)”, *BFD*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, “Direito de Autor, liberdade electrónica e compensação equitativa”, *BFD*, 2005
- PINTO, Paulo Mota, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, vol. LXIX, *BFDUC*, 1993, pp. 540-54
- REBELLO, Luíz Francisco, *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos-Anotado*, 3.ª Edição, Âncora, Lisboa, 2002
- REINBOTHE, Jörg, “The Legal Framework for Digital Rights Management”, 2002, *Digital Rights Management Workshop, Brussels*
- REINBOTHE, Jörg, “Die Umsetzung der EU-Urheberrechtstrichtlinie in deutsches Recht”, nº 1, *ZUM*, 2002
- SAMMADDA, J., “Technical Measures, Private Copying and Levies: Perspectives on Implementation”, in *Tenth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy*, Fordham University School of Law, 2002
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1986

- TRABUCO, Cláudia, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006
- TRABUCO, Cláudia, “Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais”, 2007
- VICENTE, Dário Moura, “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o acórdão *Padawan* do Tribunal de Justiça da União Europeia” in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012
- VICENTE, Dário Moura, “Cópia privada e sociedade da informação”, no texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Cprivada.pdf
- VITORINO, António, “Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies”, Brussels, 2012, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional

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

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) em 21-10-2010, Processo n.º C-467/08.
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) em 11-7-2013, Processo n.º C- 521/11
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) em 10-4-2014, Processo n.º C-435/12

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

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

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça Alemão (BGH)

- O Acórdão do Bundesgerichtshof de 18-5-1955.
- O Acórdão do Bundesgerichtshof de 25-5-1964.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADPIC/TRIPS- Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio
- BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- CDADC- Código do Direito de Autor e Direitos Conexos
- Cons.-considerando
- Cfr.- conferir
- CRP- Constituição da República Portuguesa
- DSI- Direito da Sociedade da Informação
- DRM- Digital Rights Management
- Ed.- edição
- EIPR- European Intellectual Property Review
- EM-Estados-Membros
- IGAC- Inspeção-Geral das Atividades Culturais
- IVA- imposto de valor acrescentado
- MTP- Medidas Tecnológicas de Proteção
- MP- Ministério Público
- *Ob.cit.*- obra citada
- OMPI- Organização Mundial da Propriedade Intelectual
- RFDUL- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

GLOSSÁRIO

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

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

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

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

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

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

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

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