

Propriedades intelectuais

DOCTRINA

★ *Tax Google v. Canon ABEB:*
uma reforma descentralizada
Rodrigo Romero Rodríguez-Cano

★ *Fair Use na União Europeia*
(ou as exceções do Copyright Woe)
Tim Renda

★ *A impressão 3D e os direitos*
de propriedade intelectual – 1/1 Peter
Gardner Le Goff
Audé Vitéz-Albertini

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

★ *Direito de autor*
António H. Gomes
Victor Castro Rosa

★ *Direito da propriedade industrial*
António Andrade
João Paulo Meloche

CARTAS DA LUSOFONIA

Carta de Carlos Vende
Germine Goulao

★ *Carta de Marcos*
Gonçalo Cabral

★ *Carta de Moisés*
Tito Sáenz

ACTUALIDADE

★ *Atividade e Protocolo entre os Direitos*
e a GEIOPIC/CEIA

★ *Novas normas de direito de autor*

Direito de autor

ANTÓNIO H. GASPAR

ADVOGADO

VÍTOR CASTRO ROSA

ADVOGADO

■ Direitos Autor/Conexos – Internet – Providência Cautelar – The Pirate Bay – Prestadores intermediários de serviços em rede – Colisão direitos – Bloqueio acesso a *websites* com conteúdo ilícito

• Tribunal da Propriedade Intelectual
2.º Juízo. Proc. n.º 153/14.0YHLSB, 169605

CONCLUSÃO-24-02-2015

=CLS=

“Audiogest – Associação Para a Gestão e Distribuição de Direitos” “GEDIPE – Associação para a Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores”, ambas, Associações de Utilidade Pública, intentaram a presente providência cautelar ao abrigo do disposto no artigo 210-G do CDA-DC, contra: “Ar Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações”, S.A.; “Cabovisão – Televisão por Cabo”, S.A.; “Onitecom – Infocomunicações”, S.A.; “Pt – Comunicações”, S.A.; “Tmn – Telecomunicações Móveis Nacionais”, S.A.; (esta última, denominada agora “MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia”, S.A.); Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais”, S.A.; “Zon Tv Cabo Açoreana”, S.A.; “Zon Tv Cabo Madeirense”, S.A.; “Zon Tv Cabo Portugal”, S.A.; “Optimus – Comunicações”, S.A. (estas duas últimas, denominadas agora “Nos Comunicações”, S.A.), pedindo que seja decretado o bloqueio de acesso, aos clientes destas, dos domínios e subdomínios do site “*The Pirate Bay*”, bem como dos seus respetivos IP, Mirrors ou Proxys conhecidos, que exibam aquela página e que identifica, bem como numa sanção pecuniária compulsória no valor de € 1 000,00 por cada dia de violação do decidido.

Para sustentarem as suas pretensões, alegam em síntese que: são associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, registadas junto do IGAC e que se encontram mandatadas para representar os produtores de fonogramas e videogramas em matéria de cobranças de direitos; as Requeridas são fornecedores de serviços para a Internet, que permitem o acesso à mesma, agregando a ele outros serviços relacionados, tais como, *emails*, “alojamento de *sites*” ou “*blogs*”, entre outros; de entre tais conteúdos e serviços online que permitem a colocação, difusão e partilha pelos utilizadores dos mesmos, encontra-se o *website* “*The Pirate Bay*”, alojado em parte incerta, cerca de 35 milhões de usuários em vários países, de onde o utilizador poderá efetuar *downloads* de ficheiros *torrent*; cerca de 63 mil internautas

portugueses visitam, diariamente, o *website* “*The Pirate Bay*”; através deste *website*, são, de forma habitual e continuada, colocados à disposição do público, tais ficheiros que contêm fonogramas, videogramas e obras cinematográficas e audiovisuais, protegidas por direitos de autor e conexos, cuja gestão pertence às Requerentes, sem qualquer autorização ou pagamento; interpelou as requeridas para cessarem a remover de forma imediata o acesso, dos utilizadores em rede, a tal *website*, nada tendo estas feito.

★

As requeridas “Cabovisão – Televisão por Cabo”, S.A.; “Onitecom – Infocomunicações”, S.A.; “Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais”, S.A.; “Nos Comunicações”, S.A.; “Pt – Comunicações”, S.A.; “MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia”, S.A.; “Zon Tv Cabo Açoreana”, S.A.; e, “Zon Tv Cabo Madeirense”, S.A., apresentaram oposição de forma válida, alegando fundamentalmente e no essencial que: na generalidade as partilhas de ficheiros não são ilícitas, não tendo as entidades de alojamento qualquer controlo sobre os conteúdos partilhados, que não são em si alojados pelas mesmas entidades; têm apenas a qualidade de meras prestadoras de serviços de acesso à rede Internet (não incluindo serviços de armazenagem, no caso dos conteúdos em causa); a pretensão das Requerentes é desmesurada, na medida em que iria afetar os serviços de acesso a toda a rede Internet, causar impacto negativo na qualidade da prestação destes serviços, acarretar custos gigantescos na estrutura dos prestadores de acesso à rede em todo o mundo, e reduzir o universo de conteúdos acessíveis em rede; as medidas pedidas são completamente ineficazes, pois os referidos conteúdos muito facilmente serão alojados em outros servidores, ou sob outro endereço IP ou sob outro DNS; não existe um justo equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual, em causa e a liberdade de empresa, o direito de proteção de dados pessoais, a liberdade de receber ou enviar informações e a liberdade de expressão; não existe no estado atual da técnica nenhuma medida de bloqueio que seja completamente eficaz; o barramento de endereços IP barra o acesso não só ao conteúdo de algum *website* visado, como ainda barra o acesso a todos os demais conteúdos e *websites* alojados no mesmo endereço IP, assim podendo abranger conteúdos e *websites* lícitos e reduzindo o número de IP disponíveis para utilização; sobrecarrega a rede e prejudica a respetiva utilização por parte dos internautas em geral; a implementação das medidas em causa envolveria custos muito avultados para as requeridas; os barramentos pretendidos afetam os serviços

de acesso a toda a rede Internet podem causar impacto negativo na qualidade da prestação dos serviços a todos os utilizadores (ou seja, como exceções de direito material, as requeridas defendem que, não têm qualquer responsabilidade pelos conteúdos em causa e que as medidas peticionadas: não têm qualquer eficácia; não são proporcionais e são invasivas, pois além dos *sites* visados afetam e prejudicam terceiros; e implicam grandes custos).

★

Após notificação para o efeito as requeintes apresentaram em articulado as respostas às exceções levantadas pelas requeridas.

★

Face a acordo obtido entre as requeintes e a requerida “Ar Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações”, S.A., foi declarada a inutilidade superveniente da lide quanto a esta.

★

Foi realizada audiência de inquirição de testemunhas nos termos e para os efeitos nos artigos 294.º, 295.º e 367.º, n.º 1, do Código do Processo Civil.

★

Fixo aos presentes autos o valor de € 30 000,01 (artigo 306.º do Código do Processo Civil).

★

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade da matéria, da hierarquia e do território. O processo é o próprio e não enferma de nulidades que invalidem todo o processado.

★

Várias das requeridas vieram alegar a ilegitimidade das requeintes (“Pt” e “Meo”), ou de ambos (“Nos”, “Onitecom”, “Cabovisão”, “Zon Madeirense” e “Zon Açoreana”).

Relativamente às requeintes, as razões invocadas são em síntese, que as mesmas não demonstram ou não apresentam factos suficientes para provarem que representam os titulares dos direitos pretensamente violados, ou que não sabem se tal corresponde à verdade. Quanto às requeridas, as razões fundam-se essencialmente na circunstância de as mesmas não se considerarem “intermediários” no processo de violação dos direitos em causa por serem meramente prestadores de serviços de acesso à Internet, não prestando serviços de alojamento a quaisquer dos *sites* em causa e não detendo qualquer poder sobre a disponibilização ou gestão dos endereços de IP, pelo que deveriam ser os titulares dos referidos serviços de alojamento ou os titulares dos referidos *sites* os aqui demandados. Embora esta não seja propriamente uma questão de legitimidade formal, desde já se diga que as entidades que disponibilizam serviços de acesso à Internet não podem deixar de ser considerados como intermediários, designadamente, na aceção do artigo 227.º do CDADC “[...] visto que o fornecedor de acesso à Internet está necessariamente implicado na transmissão de um ato ilícito através da Internet, entre um dos seus clientes e um terceiro, porquanto, ao facultar o acesso à rede de Internet, torna possível essa transmissão [...] um fornecedor de acesso à Internet, que permite aos seus clientes aceder a material protegido, que um terceiro colocou à disposição do público na Internet, é um intermediário cujos serviços são utilizados para violar um direito de autor ou um direito conexo [...] A referida conclusão não é posta em causa pela objecção de

que é necessário, para que o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 seja aplicável, que haja uma relação contratual entre o fornecedor de acesso à Internet e a pessoa que violou um direito de autor ou um direito conexo” (Ac. do TJUE, Processo C-314/12, de 27/03/2014)^{1/2}.

Noutro âmbito, a legitimidade processual é uma qualidade adjetiva da parte processual definível como a titularidade, ativa ou passiva, de um conteúdo assente num interesse em agir para a prossecução ou contestação de um determinado objeto inicial do processo (cf. Teixeira de Sousa, *BMJ* n.º 292.º, p. 92). Representa assim, a posição da parte em relação a certo processo em concreto, melhor, em relação a certo objeto do processo, à matéria que nesse processo se trata, à questão de que esse processo se ocupa. É uma posição de autor e réu em relação ao objeto do processo, qualidade que justifica que possa aquele autor ou aquele réu, ocupar-se em juízo desse objeto do processo. É no artigo 30.º do Código de Processo Civil que se estabelece o conceito de legitimidade singular das partes. Tal como no campo do direito material, há que aferir, em regra, pela titularidade dos interesses em jogo (no processo), isto é, como se refere nos n.ºs 1 e 2 do atual artigo 30.º do CPC, pelo interesse direto (e não indireto ou derivado) em demandar, exprimido pela vantagem jurídica que resultará para o autor da procedência da ação, e pelo interesse direto em contradizer, exprimido pela desvantagem jurídica que resultará para o réu da sua perda (ou, considerando o caso julgado material formado pela absolvição do pedido, pela vantagem jurídica dela resultante para o réu). Foi já com a redação dada ao n.º 3 do então artigo 26.º do Código de Processo Civil pelo DL 180/96, de 25 de dezembro, que pôs fim a largos anos de divergências doutrinárias, estabeleceu-se como meio subsidiário de determinar o interesse direto em demandar, que são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida tal como é configurada pelo autor. Este artigo mantém-se no NCPC (artigo 30.º). Assim, interessa pois apenas saber quem são os sujeitos da relação material controvertida e já não se essa relação existe ou não, pois tal questão é já uma questão de mérito que cabe apenas conhecer noutra fase do processo.

Ora, ao invés do que várias das requeridas vêm referir, não está aqui em causa a responsabilização das mesmas por qualquer violação mas apenas se às mesmas, como titulares do veículo (ou melhor, de uma parte da cadeia que constituiu o veículo) usado pelos violadores, podem ser impostas obrigações de tomarem medidas da sua parte que possam interromper tal cadeia no caso dos clientes a quem disponibilizam os serviços de acesso à Internet. E, tal como as requeintes configuram a ação, defendendo que os violadores usam, entre o mais, os serviços das requeridas para



1. <http://curia.europa.eu>.

2. No mesmo sentido vd. Despacho do TJUE de 19/02/2009, proferido no processo C-557/07. “Um fornecedor de acesso, que se limita a proporcionar aos utilizadores acesso à Internet, sem propor outros serviços, como os serviços de correio eletrónico e de descarregamento ou partilha de ficheiros, nem fiscalizar, de direito ou de facto, o serviço utilizado, deve ser considerado um «intermediário», na aceção do artigo 8.º, n.º 3, da Directiva 2001/29”. *loc. cit.*

consumarem a violação e que estas podem tomar medidas que o evitem, dúvidas não restam da legitimidade destas para serem demandas. Se tal corresponde ou não à verdade já é uma questão de mérito que, em caso negativo, poderá levar à absolvição do pedido e não da instância, como seria o caso da ilegitimidade. O mesmo se diga da legitimidade das requerentes, pois estas arrogam-se representantes dos titulares dos direitos violados e demonstram ser associações constituídas e registadas junto do IGAC, ou seja, de acordo com a sua configuração dos autos têm efetivamente interesse em demandar, não relevando para tal se os factos já alegados ou a prova já efetuada é suficiente para provar o que sustentam, até porque tal só a final se poderá ser cabalmente apreciado.

Assim, de acordo com a relação controvertida tal como é configurada pelas requerentes, não só as mesmas têm interesse em demandar como as requeridas têm interesse em contradizer, pelo que dúvidas não restam que ambas são partes legítimas nos autos, o que se declara.

★

Não existem outras nulidades, exceções ou quaisquer questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa e que cumpra agora conhecer.

★

O litígio em presença resume-se essencialmente às questões; da representatividade das requerentes; da violação dos direitos de propriedade intelectual dos seus representados consubstanciado na partilha e distribuição pela Internet de cópias não autorizadas de fonogramas, videogramas e obras cinematográficas e audiovisuais, protegidas por direitos de autor e conexos, cuja gestão pertence às requerentes; se as medidas peticionadas, a serem aplicadas, não terão eficácia, não se apresentando como proporcionais, pois além dos *sites* visados afetam e prejudicam terceiros e o tráfego normal da Internet e implicam grandes custos para as requeridas, sendo estas as questões que interessa apurar.

★

Fundamentação – Matéria de facto provada:

Face à prova produzida nos autos, decide o Tribunal ao abrigo do disposto nos artigos 295.º, 607.º e 608.º do Código do Processo Civil, tomar como indiciariamente provados os seguintes factos, com interesse para a decisão da causa:

1. A Requerente Audiogest, foi constituída por escritura pública lavrada no 12.º Cartório Notarial de Lisboa, em 26 de novembro de 2002.
2. A Requerente Gedipe, foi constituída por escritura pública lavrada no 16.º Cartório Notarial de Lisboa, em 16 de janeiro de 1998.
3. Ambas Requerentes se encontram registadas na “Inspeção-Geral das Atividades Culturais” (IGAC).
4. A Audiogest é uma entidade de gestão coletiva que se encontra mandatada para representar Produtores Fonográficos/Videográficos em matérias relacionadas com o licenciamento e cobrança de direitos.
5. A Gedipe é uma entidade de gestão coletiva que se encontra mandatada para representar Produtores Cinematográficos, Videográficos e Produtores Independentes de Televisão, em matérias relacionadas com o licenciamento e cobrança de direitos.
6. Nas suas respetivas atividades de licenciamento e cobrança de direitos de autor e conexos, as Requerentes, representam repertório nacional e estrangeiro.

7. No que concerne ao repertório estrangeiro, a sua inclusão decorre do licenciamento a companhias nacionais associadas das Requerentes e dos mandatos de representação às mesmas emitidos por entidades estrangeiras e de acordos celebrados pelas Requerentes com estas e com as suas congéneres estrangeiras.
8. As Requerentes licenciam a utilização por parte dos interessados, da quase totalidade do repertório, quer da música gravada, nacional ou estrangeira, comercializada e utilizada em Portugal, quer de obras cinematográficas e audiovisuais, em todo o mundo, particularmente na área da retransmissão por cabo ou meios similares de retransmissão de programas de televisão.
9. A remuneração cobrada a produtores, artistas, intérpretes e executantes, é dividida entre produtores e artistas, sendo a parcela devida a estes últimos entregue à GDA.
10. As Requeridas são prestadores de serviços de Internet, provedores de acesso (Internet Service Provider – ISP), agregando a ele outros serviços relacionados, tais como, “*emails*”, “*alojamento de sites*” ou “*blogs*”, entre outros, permitindo o acesso e a circulação de conteúdos aos seus clientes.
11. As Requeridas representam mais de 95% do mercado de conexão à Internet em Portugal.
12. De entre tais conteúdos e serviços *online* que permitem a colocação, difusão e partilha pelos utilizadores dos mesmos, encontra-se o *website* “The Pirate Bay”.
13. Este *website* tem cerca de 35 milhões de usuários.
14. Sendo o 144.º *website* da Internet mais acedido em termos globais e, em Portugal, é o 57.º *website* mais acedido pelos internautas.
15. O mesmo funciona como um indexador de ficheiros *torrent*, através de um *software* de partilha de conteúdos entre computadores (*software* P2P).
16. O “The Pirate Bay” aloja nos seus servidores pequenos ficheiros apelidados de “*torrents*”, num total de mais de 5 milhões de ficheiros, que funcionam analogamente a “*hiperlinks*”, ou seja, apontam o caminho para onde se encontram os ficheiros propriamente ditos.
17. Na transmissão de ficheiros *peer to peer*, quando o utilizador faz *download*, ou importação de conteúdos, está simultaneamente a fazer o *upload* ou exportação de conteúdos, de outras partes do ficheiro que já transferiu para o seu computador, permitindo assim a todos os utilizadores da rede recolherem partes do ficheiro tendo em vista obtê-lo na sua integralidade.
18. No *website* “The Pirate Bay”, o utilizador poderá efetuar *downloads* de ficheiros *torrent*, mediante uma pesquisa e filtragem do tipo de conteúdo que deseja pesquisar.
19. Da listagem de ficheiros *torrent* disponíveis no *website*, ao utilizador basta selecionar a hiperligação, com o nome do ficheiro *torrent* desejado, e o mesmo é fixado no seu computador, bastando, posteriormente, ao utilizador, para concluir o *download*, abrir o ficheiro *torrent* através de um programa específico disponível na Internet, como indicado no *website* “The Pirate Bay”.

20. Do mesmo modo, o utilizador do mesmo *website* poderá criar um ficheiro *torrent* a partir de um qualquer ficheiro que esteja fixado no seu computador e efetuar o *upload* deste para aquele.
22. No dia 22 de abril de 2014, estavam a ser colocados à disposição do público, fonogramas, nomeadamente:

Música (Álbuns/ <i>Singles</i>)	Artista	Produtora
Nos fiançais France/Portugal	Tony Carreira	Sony Music France
25 anos	Tony Carreira	Farol Música
Essencial	Tony Carreira	Farol Música
O Mesmo de Sempre	Tony Carreira	Farol Música
20 Anos (Best Of 20 Anos de Canções)	Tony Carreira	Espacial
Midnight Memories	One Direction	Sony Music Portugal
Take Me Home	One Direction	Sony Music Portugal
Up all Night	One Direction	Sony Music Portugal
Story of My Life	One Direction	Sony Music Portugal
One Way or Another (Teenage Kicks)	One Direction	Sony Music Portugal
Best Song Ever	One Direction	Sony Music Portugal
What Makes You Beautiful	One Direction	Sony Music Portugal
Kiss You	One Direction	Sony Music Portugal
Live While We're Young	One Direction	Sony Music Portugal
One Thing	One Direction	Sony Music Portugal
The 2nd Law (Deluxe Edition)	Muse	Warner Music Portugal
The 2nd Law	Muse	Warner Music Portugal
Showbiz	Muse	Warner Music Portugal
Origin of Symmetry	Muse	Warner Music Portugal
Absolution	Muse	Warner Music Portugal
Black Holes and Revelations	Muse	Warner Music Portugal
The Resistance	Muse	Warner Music Portugal
Haarp	Muse	Warner Music Portugal
Hullabaloo Soundtrack	Muse	Warner Music Portugal
Live at Rome Olympic Stadium	Muse	Warner Music Portugal
The Madness	Muse	Warner Music Portugal

23. E ainda:

Música (Álbuns/ <i>Singles</i>)	Artista	Label	Produtora
Viagens	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Tempo	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Silêncio	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Momento	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Luz	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Longe	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal
Contramão	Pedro Abrunhosa	Boom Studios	Universal Music Portugal
Eu Estou Aqui (CDS)	Pedro Abrunhosa	Polydor	Universal Music Portugal

24. No dia 10 de abril de 2014, estavam a ser colocadas à disposição do público, obras audiovisuais (filmes), nomeadamente:

Título	Ano	Produtor
Gravidade (“Gravity”)	2013	Esperanto Filmoj
007: Skyfall (“Skyfall”)	2012	Columbia Pictures Industries
12 Anos Escravo (“12 Years a Slave”)	2013	River Road Entertainment
Lovelace	2013	Millennium Films

25. Os produtores fonográficos e cinematográficos referidos em 22., 23. e 24., com exceção da Sony Music France, são associados das Requerentes.
26. A colocação referida em 22., 23. e 24., ocorre sem autorização dos produtores e editores ou dos seus representantes e sem ser paga qualquer remuneração às Requerentes, estando acessível a qualquer utilizador de Internet no nosso país.
27. O “The Pirate Bay” recebe mais de 7 milhões de visitas diárias.
28. Sendo que 0,9% desse tráfego tem origem no nosso país, o que corresponde a cerca de 63 mil internautas portugueses visitarem, diariamente, o *website* “The Pirate Bay”.
29. Anualmente, mais de 10 milhões de *downloads* são efetuados por internautas portugueses através de *torrents* procurados e descarregados via “The Pirate Bay”.
30. Em 25 de fevereiro de 2014, as requerentes enviaram às requeridas as cartas cujas cópias constam de fls. 131 a 160 dos autos, nos exatos termos que aí constam.
31. Bloqueado um determinado acesso, tal não impede que os mesmos conteúdos sejam colocados à disposição do público pelas mesmas entidades através de outros sítios, rapidamente divulgados na Internet e localizáveis por motores de busca.
32. As formas de bloqueio de acesso requeridas destinadas a impedir o acesso a sítios na Internet são ultrapassáveis ou contornáveis, de tal forma que os conteúdos ou a informação de um sítio continua a estar acessível.
33. Um cibernauta poder aceder, por exemplo, a uma música com direitos protegidos, não lhe basta uma mera pesquisa no *The Pirate Bay* para obter os conteúdos pretendidos.
34. Este utilizador terá de instalar no seu PC uma aplicação de *Bittorrent* sem a qual não terá acesso aos conteúdos pretendidos, só lhe é normalmente permitido fazer o *download* se, em “troca”, disponibilizar outros (ou o mesmo) conteúdos, ou seja, se fizer *uploads* na rede P2P dos *torrents* e não nos serviços do *The Pirate Bay*.
35. A gama de endereçamento usada pelo *Pirate Bay*, i.e., 194.71.107.0/24 tinha origem no AS51040 que pertence ao *Pirate Bay* (informação retirada do RIPE NCC).
36. Os operadores que dão conectividade ao AS51040 (*Pirate Bay*) eram o AS197595 que pertence ao operador Obenetwork da Suécia e o AS131279 que pertence ao operador Star-KP da Coreia do Norte (informação retirada do RIPE NCC e APNIC), sendo que neste momento, só está ativo o da Obenetwork.
37. Os IP 194.71.107.15; 194.71.107.18; 194.71.107.19; 194.71.107.27; e, 91.121.194.115:82, são geridos pelo *The Pirate Bay* mas disponibilizados pela entidade RIPE NCC – a qual é uma das cinco entidades registadoras da Internet (RIR) que aloca recursos da Internet, presta serviços de registo e atividades de coordenação e suporte ao funcionamento da Internet a nível mundial.
38. A gama de endereçamento 194.71.107.0/24 (onde se incluem os endereços IP identificados na PI) tem origem no AS51040 que pertence ao *Piratpartiet*.
39. Os operadores que forneciam a conectividade, *peering* direto ao *The Pirate Bay*, são os seguintes: Obenetwork AB, operador de origem sueca, com a morada: Box 1342 172 27 Sundbyberg Sweden; Serious Tubes Networks, operador de origem sueca cuja morada se encontra disponível no respetivo *site*; STAR-KP – operador de origem coreana; e, relativamente ao IP 91.121.194.115, o operador francês OVH, sendo que atualmente, só o da Obnetwork se encontra ativo.
40. Os disponibilizadores dos endereços de IP, ou os operadores que prestam serviço de *peering* direto ao *The Pirate Bay*, são os únicos que podem tomar medidas de bloqueio, quanto aos IP, que afete unicamente os *sites* em causa.
41. De forma genérica existem atualmente várias formas de bloqueio, seja através da colocação de Filtros URL, de Bloqueio do IP e/ou através de filtragem de DNS.
42. O cliente que decida fazer algo parecido a um PROXY/VPN (para fora de Portugal), consegue de forma simples aceder e ir buscar os ficheiros para fazer os mesmos *downloads* após a implementação do bloqueio.
43. A aplicação de medidas de bloqueio implicam a afetação de recursos humanos pelos ISP.
44. A imposição dos bloqueios aos IP nos termos requeridos, implicará igualmente o bloqueio de todos os conteúdos de todos os *sites* a ele associados.
45. A filtragem de tráfego de/para os domínios identificados, a ser implementada através de bloqueio dos endereços IP, fará com que se implemente uma filtragem de cerca de 980 domínios, estando a grande maioria deles associados a *sites* sem qualquer ligação a atividade do *The Pirate Bay*.
46. Os sistemas de partilha de ficheiros, também designados usualmente sistemas *peer-to-peer* (P2P), assentam numa arquitetura de rede que permite a comunicação direta entre uma multiplicidade de computadores de idêntico estatuto (*peers*).

47. A adesão a estes sistemas de partilha é feita pela instalação de programas de computador específicos que permitem converter ficheiros de conteúdos num formato comum para fácil e rápida transmissão entre os computadores (*peers*) ligados ao sistema de partilha.
48. Estes sistemas de partilha de ficheiros podem assumir configurações muito distintas, sendo que os atuais assentam numa estrutura descentralizada que dispensa a intervenção de intermediários na própria atividade de partilha dos ficheiros, uma vez que esta é operada diretamente entre os computadores (*peers*) de cada utilizador desse sistema.
49. Os conteúdos a partilhar encontram-se alojados nos próprios computadores (*peers*) dos utilizadores dos sistemas de partilha e são transmitidos diretamente entre esses computadores, não havendo o alojamento desses conteúdos em servidores de qualquer intermediário.
50. Os sistemas de partilha de ficheiros podem e são utilizados, para partilha de conteúdos que não são protegidos por direitos de autor e direitos conexos ou que, sendo protegidos por estes direitos, são disponibilizados com autorização dos seus titulares ou por estes.
51. Os estudos da “Harvard Business School”, intitulado “P2P Impact on Record Music Sales”, cuja tradução se encontra a fls. 696 a 700, refere-se, entre o mais, que: “No caso da música gravada, pelo menos, o enfraquecimento da proteção de PI não aparece como um fator que tenha influenciado marcadamente os proprietários e pode constituir uma forma de reforço de bem-estar através do aumento do consumo” e, nas conclusões do estudo desenvolvido pela “The American Assembly”, intitulado “Media Piracy in Emerging Economies”, cuja tradução se encontra a fls. 708 a 715, refere-se, nomeadamente que: “A cópia e partilha de ficheiros *online* são na sua maioria complementares à aquisição legal, e não fortes substitutos da mesma”.
52. O bloqueamento do acesso aos domínios, subdomínios, *mirrors* ou *proxys* permite que os utilizadores, mesmo sem grandes conhecimentos técnicos, contornem essa medida e continuem a aceder ao conteúdo do *website*, se conhecerem o endereço IP do mesmo ou se alterarem as definições de forma a utilizar outros servidores de DNS, que não sejam geridos pelas Requeridas (por exemplo, utilizando os servidores de DNS da Google).
53. Os próprios fornecedores dos conteúdos em causa conseguem facilmente contornar esse barramento, alterando o DNS ou implementando alterações mínimas no acesso a esse DNS, sendo que estas alterações são rapidamente conhecidas pelos utilizadores, nomeadamente através de motores de pesquisa, como o Google e o Bing, que assim acolherão essas alterações e passarão a aceder aos novos DNS sem qualquer barramento.
54. Com facilidade, embora menor que relativamente aos DNS, é possível contornar os bloqueios dos IP.
55. O barramento de endereços IP barra o acesso não só ao conteúdo de algum *website* visado como ainda barra o acesso a todos os demais conteúdos e *websites* alojados no mesmo endereço IP (o chamado *overblocking effect*).
56. O estudo realizado pelo “Institute for Information Law”, intitulado “File Sharing 2012”, cuja cópia da tradução consta de fls. 793 a 829 concluiu, entre o mais que: “Por outras palavras, o bloqueio não teve qualquer impacto em mais de três quartos dos clientes dos fornecedores de serviço de Internet acima mencionados” (referindo-se ao bloqueio de *The Pirate Bay*, e a dois fornecedores de acesso holandeses).
57. No dia 4 de fevereiro de 2015, os IPs: 194.71.107.15; 194.71.107.18; 194.71.107.19; 194.71.107.27; e, 91.121.194.115:82, já não permitiam o acesso ao *The Pirate Bay*.
58. No mesmo dia, os únicos DNS dos alegados pelas requerentes que ainda permitiam o acesso ao *The Pirate Bay*, diretamente ou através de redirecionamento eram: *thepiratebay.org*; *www.thepiratebay.org*; *thepiratebay.com*; *thepiratebay.net*; *thepiratebay.se*; *piratebay.org*; *piratebay.net*; *www.thepiratebay.com*; *www.thepiratebay.net*; *www.thepiratebay.se*; *ikwilthepiratebay.org*; *www.piratebay.org*; *www.piratebay.net*; *tpb.partipirate.org*; *pirateproxy.net*; *tpb.me*; *kuiken.co*; *dieroschtibay.org*; *bayproxy.org*; *tpb.cryptocloud.ca*; *proxie.co.uk*; *come.in*; *proxybay.net*; *tpb.ninja.so*; *proxy.rickmartensen.nl*; *malaysiabay.org*; *lanunbay.org*; *tpb.dbpotato.net*; *pirateproxy.se*; *pirateshore.org*.
59. A partilha de ficheiros pode ser efetuada na Internet por outras vias ou por outros *sites* de P2P.

Com possível interesse para a decisão da causa não se provou: a existência ou teor do relatório da “TNO” (Organização da Holanda para Pesquisa Científica Aplicada), datado de 26 de junho de 2008; que o número total de *downloads* realizados via “The Pirate Bay” esteja atualmente em cerca dos 25 mil milhões; o estudo da MPAA (Motion Picture Association of America) ou seu teor; que o *The Pirate Bay* arrecade mais de 1 milhão e 200 mil coroas suecas em publicidade por ano; que só a entidade RIPE NCC possa poderá retirar à *The Pirate Bay* o espaço de endereçamento que lhes atribuiu; que em comparação com os prestadores de serviços de armazenagem, as ferramentas ao dispor dos prestadores de serviços de acesso envolvem custos muito superiores, quer em termos de afetação de recursos humanos quer em termos de recursos materiais e procedimentos envolvidos, e têm impacto no próprio funcionamento da rede e na qualidade dos serviços disponibilizados; que o barramento de endereços IP reduz substancialmente o universo dos conteúdos disponíveis em rede, eliminando endereços IP que não voltarão a ser utilizados; que a implementação dos bloqueios envolva custos avultados ou a dedicação de recursos humanos e materiais substanciais a essa implementação, durante todo o tempo em que se mantivessem tais medidas, obrigando à gestão e manutenção de listas de sítios bloqueados que os sistemas têm de controlar e verificar constantemente, o que sobrecarrega a rede e prejudica a respetiva utilização por parte dos internautas em geral; que a implementação das medidas requeridas exija uma sobrecarga de procedimentos sobre a rede podendo deteriorar a qualidade dos serviços de acesso, atrasando o acesso a determinados conteúdos ou fazendo-os chegar aos utilizadores com menor qualidade de som ou imagem.

Fundamentação de facto:

Estes factos foram considerados provados ou não provados, face à apreciação dos depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência, conjugados e concatenados com os documentos juntos aos autos, CD e de fls. 56 a 167, 301 a 419, 422 a 548, 696 a 696 a 779, 785 a 790, 793 a 875, 881 a 1052 e 1282.

Os factos 1 a 7 ficaram desde logo provados com a junção dos documentos de fls. 66 a 68 (Cópias do Diário da República e certidões emitidas pela IGAC). Com efeito, tais documentos confirmam a constituição das requeridas, o seu registo no IGAC bem como o constante nos seus Estatutos, onde constam, designadamente, a prossecução do seu objecto e os seus associados por via directa e através de acordos celebrados separadamente, designadamente, com a AGICOA. Tudo documentos autênticos (os factos de 4 a 7 e ainda os 8, 9 e 11, foram também confirmados pela testemunha António Santos, como mais à frente referiremos).

A testemunha Eduardo Simões, ex-funcionário da Audiogest, e que participou no processo de preparação da apresentação dos presentes autos pelas requerentes, fez uma descrição geral dos procedimentos adotados, tendo ainda, designadamente, confirmado que os produtores mencionados pelas requerentes são efetivamente representados por estas, com a exceção da “Sony-France” bem como que a partilha desses conteúdos causa prejuízos às produtoras.

A testemunha Carlos Eugénio, licenciado em informática e gestão desde 1995, confirmou essencialmente a existência do *site* “The Pirate Bay”, a forma como o mesmo atua e permite a partilha de ficheiros, alguns números envolvidos nesse tipo de partilha, bem como o funcionamento do sistema de “*torrents*”. Confirmou igualmente a forma como são habitualmente colocados à disposição dos internautas ficheiros que permitem a partilha de obras cujos direitos de autor e produtores pertencem a representados pelas requerentes, sem qualquer autorização, entre eles os que constam das listas que as requerentes elaboraram e que, entre outros, estavam a ser disponibilizadas nos dias 10 e 22 de abril de 2014. Referiu ainda que o custo dos eventuais bloqueios dos *sites* não seria significativo, tendo confirmado igualmente que quando participou na referida preparação dos autos, os IP e DNS referidos na PI, permitiam e eram usados para partilha de obras cujos direitos de autor e conexos pertencem a representados das requerentes. Não confirmou no entanto, por não o ter constatado pessoalmente, que a descarga anual de cerca de 10 milhões de *downloads* fossem todas ou essencialmente de obras que carecessem de autorização não concedida pelos seus titulares. De referir que os factos referidos por esta testemunha foram por ela mesmo pessoalmente constatados e que teve um testemunho bastante objetivo.

A testemunha Carmem Pinto, Gestora de Contas da produtora “Universal”, referiu essencialmente a existência de ficheiros de obras de que a “Universal” é produtora à disposição no *Pirate Bay* para partilha, que nunca autorizaram tal partilha, e que constatava tal facto quase todos os meses em buscas que efetua regularmente na Internet. Mais falou sobre os prejuízos que tal partilha causam à produtora e artistas referindo mesmo que, para além doutros fatores, tal teve o resultado de queda do mercado e de a “Universal”

em Portugal, ter passado de 30 funcionários que a empresa tinha, para apenas 20.

A testemunha Nuno Pereira, Advogado e ex-presidente da “ACAPOR”, participou em estudos ativos sobre o *The Pirate Bay* entre 2009-2012. Referiu essencialmente que naquela altura o referido *site* se mantinha sempre no “TOP” dos mais visitados entre o 15.º e o 18.º lugar, aproximadamente, e que as partilhas eram sempre na ordem dos milhões. De realçar o facto mencionado de que no referido *site* determinados filmes eram disponibilizados para partilha ainda antes da sua estreia, e que na loja de aluguer de filmes que a testemunha foi proprietária, os clientes referiam muitas vezes entre eles que já tinham os filmes tirados do “*Pirate Bay*” e assim não os alugavam, o que causaria prejuízos consideráveis não só às produtoras mas a outros negócios, tendo contribuído para a quase extinção daquele tipo de lojas, implicando uma perda de cerca de sete milhões de espetadores nas salas de cinema no nosso país desde 2007.

As testemunhas Luís Pacheco, Engenheiro Eletrotécnico há cerca de 15 anos e funcionário da “Cabovisão”, e Filipe Rebelo, Engenheiro Informático há cerca de 14 anos e funcionário da Onitelecom, confirmaram essencialmente os factos de ordem técnica alegados pelas requeridas Cabovisão/Onitelecom, designadamente a forma de funcionamento do P2P, a identificação dos operadores e entidades que dão suporte ao funcionamento do *Pirate Bay*. De realçar que nenhuma das testemunhas confirmou que os bloqueios tenham grandes despesas de implementação, mas apenas que implicam a afetação de recursos de pessoal. Ficou também claro destes depoimentos que, enquanto o eventual bloqueio de IP bloqueia igualmente todos os *sites* a ele associados, que conforme foi referido chegam a estar associados a um IP cerca de 80 *sites* diferentes de ordem tão diversa como religiosos, comerciais entre outros (sendo esta a normalidade dos casos uma vez que os detentores dos IP, tentam aproveitar ao máximo as capacidades dos mesmos) por seu turno, o bloqueio de DNS apenas bloqueia o *site* em causa. Também foi referido que o bloqueio, mesmo pelas RR. Cabovisão/Onitelecom, tanto pode ser efetuado pelos IP como pelos DNS. Foi ainda confirmado a facilidade com que os internautas podem aceder aos mesmos conteúdos mesmo após os bloqueios (menos fácil quando se trata de IP), contornando os *sites* ou IP bloqueados e acedendo por outros. Noutra vertente, a testemunha Filipe afirmou que os IP cujo bloqueio se pede nos autos já não estão ativos para o *The Pirate Bay*, havendo notícias dos servidores terem sido apreendidos pelas autoridades suecas, sendo que dos DNS em causa nos autos apenas 30 se mantêm ativos, tendo exibido uma lista com os mesmos. Também só pode confirmar como estando ainda em funcionamento atualmente, o servidor da Obnetwork. O Tribunal determinou a junção aos autos duma lista que a testemunha tinha elaborado relativa aos DNS ainda ativos no dia 4 passado, pelas 17h00. (As requerentes, após prazo concedido para o efeito, aceitaram que efetivamente o referido pela testemunha correspondia à verdade.)

A testemunha António Santos, Diretor-geral da requerente Gedipe, entre o mais, confirmou os factos relativos às requerentes quanto às suas atividades e modo de atuação, confirmando desde logo o constante nos factos 4, 5, 6, 7, 8 e 9, bem como o 11, pois tal é o que consta no *site* da

(DL n.º 16/2008, de 1/04 – republicação). Dispõe o n.º 1 do artigo 210.º-G deste diploma: “Sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos, pode o tribunal, a pedido do requerente, decretar as providências adequadas a: a) Inibir qualquer violação iminente; ou b) Proibir a continuação da violação.” No restante que não estiver especialmente regulado nesta lei rege o regime previsto no Código do Processo Civil (artigo 211.º-B do mesmo código). O n.º 2 do mesmo preceito legal estatui que o requerente deve demonstrar que é titular de direito de autor ou de direitos conexos, ou que está autorizado a utilizá-los, e que se verifica ou está iminente uma violação. Por seu turno, o artigo 210.º-H, n.º 2, do CDADC estabelece que “sempre que haja violação, atual ou iminente, de direitos de autor ou de direitos conexos, pode o tribunal, a pedido do interessado, ordenar a apreensão dos bens que suspeite violarem esses direitos, bem como dos instrumentos que sirvam essencialmente para a prática do ilícito”, sendo que o seu n.º 3 prescreve que, para efeitos do disposto naquele n.º 2, o tribunal exige que o requerente forneça todos os elementos de prova razoavelmente disponíveis para demonstrar que é titular do direito de autor ou dos direitos conexos, ou que está autorizado a utilizá-lo, e que se verifica ou está iminente uma violação.

Os procedimentos cautelares não especificados previstos nos artigos 362.º ss. do Código do Processo Civil, dependem da concorrência dos seguintes pressupostos: 1. *Pressupostos positivos*: a) *Fumus boni iuris* – aparência do direito, i.e., probabilidade séria da existência do direito invocado pela requerente; b) *Periculum in mora* – fundado receio de que, na pendência de uma ação, esse direito sofra lesão grave e de difícil reparação; c) Adequação da providência requerida à situação de lesão iminente; d) Inaplicabilidade de qualquer uma das outras providências cautelares previstas no CPC. 2. *Um requisito negativo*: a) prejuízo resultante da providência não seja superior ao dano que com ela se pretende evitar (cf. Ac. da RL de 19/07/2010, proc. 5387/09.7TVLSB.L1-2 em www.dgsi.pt). No entanto, conforme se refere ainda no referido aresto, tem sido entendimento jurisprudencial pacífico, no âmbito do procedimento cautelar não especificado previsto agora no artigo 362.º do CPC, visa-se assegurar a efetividade de direitos ameaçados. Ao invés, as providências cautelares previstas no artigo 210.º-G do Código de Direitos de Autor e de Direitos Conexos visam duas situações diferenciadas. Por um lado, a violação de direito de autor ou de direitos conexos, estando, portanto, já concretizada a lesão desse direito. Por outro lado, situação em que não ocorreu ainda a lesão, mas existe o fundado receio da ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável desse direito de autor ou de direitos conexos. Vejam-se ainda os Acs. da RC de 09/12/2008 (proc. 3419/08.5TBVIS.C1); de 17/11/2009 (proc. 1201/09.1TBMGR.C1) e da RL de 10/02/2009 (proc. 2974/2008.4TVLSB.L1-7), todos em www.dgsi.pt. No caso em apreço, estamos perante um procedimento cautelar concretamente previsto no artigo 210.º-G, do CDADC. Trata-se de matéria que resulta da transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva 2004/48/CE (comumente conhecida por “Directiva Enforcement”), que se destinou a harmonizar as medidas relativamente à aplicação efetiva dos direitos de propriedade

intelectual na UE (artigo 9.º), assegurando e reforçando a proteção dos direitos de autor e conexos.

Face a esta conjunção de normas, a presente providência depende então genericamente de dois ou três requisitos (conforme a lesão já se estar a concretizar ou tal ainda não tenha ocorrido): a titularidade do requerente de um direito de propriedade intelectual; a violação efetiva ou iminente desse direito; e que essa violação seja suscetível de causar lesão grave e dificilmente reparável. Da referida conjugação das disposições legais se retira que no caso vertente o legislador dispensou a necessidade de verificação do fundado receio de ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável, uma vez que estamos perante um caso em que a lesão já se concretizou ou está a ser concretizada, mantendo-se apenas o terceiro requisito para o caso da lesão ainda não se ter verificado. “[...] em situações de lesão já concretizada, o decretamento das medidas cautelares não depende da apreciação da sua gravidade ou das dificuldades da sua reparação” (Ac. da RL de 10/02/2009, proc. 2974/2008.4TVLSB.L1-7, em www.dgsi.pt). “Presumindo-se que o legislador se expressou em termos gramaticalmente correctos, não existe modo de fazer depender o acesso às medidas cautelares comuns, em situações de violação já verificada, da especial qualificação dos danos causados, o desdobramento do referido preceito acaba por revelar que as providências cautelares podem ser decretadas” (A. S. Abrantes Geraldès – Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual, CEJ)⁴. “O disposto no art. 387.º, n.º 2, do CPC, que estabelece, para efeitos do indeferimento da providência, a ponderação dos prejuízos que a providência pode determinar na esfera do requerido, não se aplica ao procedimento cautelar que especificamente tutela os direitos de propriedade intelectual”⁵. Trata-se de uma conclusão que se encontra muito bem fundamentada no referido escrito e que aqui nos dispensamos de repetir.

As requerentes vêm alegar que representam os titulares dos direitos e que os mesmos estão a ser violados, sendo que para tal são utilizados os serviços disponibilizados pelas requeridas. Ora, tenha-se em conta de que os direitos de autor são desde logo protegidos pela nossa lei fundamental (artigo 42.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), estando consagrada e defendida “a criação intelectual, artística e científica, compreendendo o direito à invenção, produção e divulgação da obra literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor”. A lei ordinária desenvolve tal protecção, nomeadamente, no CDAC. Determina-se assim nos n.ºs 1, 4 e 5 do artigo 176.º do CDADC que: “As prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão são protegidas nos termos deste título. [...] Fonograma é o registo resultante da fixação, em suporte material, de sons provenientes de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons. Videograma é o registo resultante da fixação, em suporte material, de imagens, acompanhadas ou não de sons,



4. <http://www.trl.mj.pt/PDF/Procedimentos%20cautelares%20em%20direitos%20de%20propriedade%20industrial%20e%20direitos%20de%20autor.pdf>.

5. *Idem*, pp. 25/26.

bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais.” Decorre ainda do artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC, que “Carecem também de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário.”

Noutra vertente, estabelece o artigo 72.º do mesmo código que: “Os poderes relativos à gestão do direito de autor podem ser exercidos pelo seu titular ou por intermédio de representante deste devidamente habilitado”, mencionando-se no artigo 73.º que “1. As associações e organismos nacionais ou estrangeiros constituídos para gestão do direito de autor desempenham essa função como representantes dos respectivos titulares, *resultando a representação da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços*. 2. As associações ou organismos referidos no n.º 1 têm capacidade judiciária para intervir civil e criminalmente em defesa dos interesses e direitos legítimos dos seus representados em matéria de direito de autor, sem prejuízo da intervenção de mandatário expressamente constituído pelos interessados” (destacado nosso). Embora tratando-se de disposição legal destinada aos autores, a mesma é plenamente aplicável aos titulares dos direitos conexos, por se tratar de forma de exercício dos direitos. Com efeito, tal decorre diretamente do disposto no artigo 192.º do CDAC: “As disposições sobre os modos de exercício dos direitos de autor aplicam-se no que couber aos modos de exercício dos direitos conexos.” Aliás, só assim se pode compreender o facto da Lei n.º 60/98, de 1/09, se referir expressamente às “entidades legalmente existentes que representam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores, os produtores fonográficos e os videográficos” (artigo 5.º, n.º 1), ou a referência da Lei n.º 83/2001 a “atribuições das entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos, adiante designadas por entidades” (artigo 1.º), pelo que não se vislumbra qualquer outra interpretação possível.

Ora, quanto à probabilidade séria da existência do direito das requerentes, ela mostra-se clara de acordo com os factos provados. Com efeito, as requerentes representam e estão mandatadas para licenciar grande parte do repertório, quer da música gravada, nacional ou estrangeira, comercializada e utilizada em Portugal, bem como das obras cinematográficas e audiovisuais, onde se incluem os produtores cinematográficos, fonográficos, videográficos e os produtores independentes de televisão, em matérias relacionadas com o licenciamento e cobrança de direitos, estando devidamente registadas junto do IGAC. Por outro lado, pelo menos várias destas obras estão a ser disponibilizadas livremente na Internet para quem pretender efetuar o respetivo *download* (existindo sempre alguém que faça o correspondente *upload*), ficando assim com as referidas obras sem obter qualquer autorização ou pagar qualquer remuneração aos titulares dos direitos das mesmas e, conforme decorre dos

artigos 178.º e 184.º do CDADC, o licenciamento ou autorização é exigido nas situações como aquela que nos ocupa, conforme decorre, nomeadamente, do n.º 4 do artigo 184.º acima mencionado.

A reprodução em causa “[...] 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” (n.º 7 do artigo 176.º do CDADC), é manifestamente “pública”. Com efeito, a redação dos artigos 178.º, n.º 1, e 184.º, n.º 2, do CDADC, foi introduzida pela Lei n.º 50/04, de 24 de agosto, a qual transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação. No artigo desta Diretiva refere-se desde logo que “Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido [...]”. “Os Estados-Membros devem prever que os artistas intérpretes ou executantes tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a fixação das suas prestações [...] Os Estados-Membros devem prever um direito que garanta, não só o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, mas também a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados” (artigos 7.º e 8.º da Diretiva n.º 2006/115/CE). No caso em apreço as obras são efetivamente colocadas acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido através dum processo técnico sendo que qualquer pessoa tem acesso desde que tenha uma ligação à Internet e, como é consabido, a acessibilidade na Internet é disponibilizada a muitos milhões de pessoas de forma indiscriminada. Não se vê assim como defender que a partilha em causa se trata de um uso privado, não assumindo qualquer relevância o facto dos ficheiros que contêm as obras não se encontrarem armazenados em servidores mas sim em computadores pessoais dos concretos divulgadores. Aliás, essa acessibilidade só é possível utilizando os programas que se encontram nos referidos servidores. “Ora, esse efeito preventivo pressupõe que os titulares de um direito de autor ou de um direito conexo possam reagir sem terem de provar que os clientes de um fornecedor de acesso à Internet efetivamente consultam material protegido, colocado à disposição do público sem o consentimento dos referidos titulares [...] deve concluir-se que um ato de colocação à disposição do público de material protegido num sítio da Internet sem o consentimento dos titulares dos respetivos direitos viola os direitos de autor e os direitos conexos” (Ac. do TJUE, proferido no Processo C-314/12, de 27/03/2014, cit.)⁶.



6. No mesmo sentido, v.g.: Menezes Leitão – *Direito de Autor*, 2011, p. 347.

Por outro lado, as requerentes têm como objeto a gestão dos direitos patrimoniais que lhes sejam confiados em relação a todas ou a algumas categorias de obras, prestações e outros bens protegidos (Lei n.º 83/2001), estando tendo a sua constituição e Estatutos sido publicados no *Diário da República* e estando devidamente registados junto do IGAC (artigo 74.º, do CDADC), pelo que se encontram legitimadas, nos termos dos respectivos estatutos e da lei aplicável, a exercer os direitos confiados à sua gestão e a exigir o seu efetivo cumprimento por parte de terceiros, mediante o recurso às vias administrativas e judiciais (artigos 3.º, 6.º e 9.º da referida Lei).

Apesar do que se demonstrou, haverá ainda que ponderar se as medidas preconizadas, face à sua natureza, são adequadas, equilibradas ou proporcionais à defesa dos direitos em causa, ou mesmo se são eficazes. Com efeito, as medidas a adotar deverão sempre estar condicionadas a um justo equilíbrio, proporcionalidade e a garantir os direitos dos outros utilizadores legítimos da Internet, bem como, tecnicamente possíveis e que não representem um sacrifício desproporcionado para os operadores de acesso da Internet. Com efeito, desde logo na Diretiva n.º 2000/31/CE, de 8/06/2000 (do Parlamento e do Conselho), relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre Comércio Eletrónico), já se estabelece que a mesma “é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de proteção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação” (n.º 3 do artigo 1.º). É assim que conforme já se decidiu no Ac. do TJ (UE), de 29/01/2008, processo C-275/06⁷, no qual se apreciava a violação de direitos de autor através da Internet “[...] Porém, o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas diretivas, zelem porque seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição dessas diretivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas diretivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade”. Noutra decisão o TJUE⁸ deixou claro que apesar de ser conforme ao direito comunitário o decretamento de medidas que tentem impedir a violação de direitos de propriedade intelectual, as mesmas apenas poderão ser tomadas “[...] desde que, por um lado, as medidas tomadas não impeçam desnecessariamente os utilizadores da Internet de acederem lícitamente às informações disponíveis e, por outro, essas medidas tenham o efeito de impedir ou, pelo menos, de tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e de desencorajar seriamente os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços do destinatário dessa mesma injunção de consultar esse material, colocado à sua disposição em violação do direito

da propriedade intelectual [...]”. Neste aresto também se defende que quaisquer medidas a implementar pelos fornecedores de acesso não deverão ser concretamente impostas aos mesmos mas sim ser por eles escolhidas dentro das mais adequadas a tentar impedir a violação sem prejudicar os restantes utentes ou a liberdade de circulação dos restantes conteúdos, ou seja, tomar as medidas mais equilibradas dentro do estado da técnica adequado aos seus sistemas de funcionamento e que tenham sempre em conta a eficácia, a adequação e o equilíbrio das mesmas tendo em conta e ponderando os direitos de terceiros⁹.

No caso vertente, as requerentes pretendem determinadas medidas técnicas concretas com vista ao impedimento de acesso aos clientes das requeridas dos *sites* em causa com o bloqueio, dos domínios e subdomínios, bem como dos seus respetivos IP, Mirrors ou Proxys. No entanto, como as requeridas (ISP) são demandadas nos presentes autos, a questão das medidas concretas peticionadas foi alvo de contraditório com as mesmas que sobre elas puderam pronunciar-se e se pronunciaram efetivamente, pelo que no nosso caso nada obsta a que sejam concretizadas as medidas a aplicar. As três técnicas mais comumente usadas para estes bloqueios são: através dos referidos domínios (Domain Name System – DNS – *v.g.*, berkeley.com); através dos referidos endereços de IP (Internet Protocol – *v.g.*, 10.16.250.206); e, através do URL (Uniform Resource Locator – *v.g.*, <http://www.berkeley.com>). Existe outra técnica independente que consiste na inspeção de pacotes (leve ou profunda) que permite examinar a rede com mais detalhe, podendo a profunda ser usada igualmente para efetuar o bloqueio de URL, conhecido como um método híbrido “DPI-based URL blocking”, tendo esta, no entanto, custos superiores às primeiras¹⁰.

Conforme se provou os IP além de suportarem os *sites* em causa também suportam vários outros *sites* completamente legítimos e de diversa índole, nomeadamente, comerciais ou religiosos, podendo chegar a suportar cerca de 80 *sites* diferentes cada IP. No caso em apreço estão em causa as redes de partilha baseadas em tecnologia denominada P2P. Uma rede *peer-to-peer* é um meio transparente de troca de conteúdos, independente, descentralizado e munido de



7. <http://curia.europa.eu>.

8. Processo C-314/12, de 27/03/2014, *cit.* Aqui estava exatamente em causa um *site* da Internet que colocava obras cinematográficas à disposição do público, sem o consentimento dos titulares de um direito conexo com o direito de autor e um despacho judicial, proferido contra um fornecedor de acesso à Internet, de proibição de facultar aos seus clientes o acesso a um sítio da Internet (referências constantes dos descritores do próprio aresto)

9. (sublinhado nosso). Trata-se de questão que até agora tem merecido decisões divergentes entre diversos países da UE, podendo consultar-se a referência a várias delas, por exemplo, no Reino Unido, na Bélgica, Áustria e Dinamarca, em: Dr Faye Fangfei Wang, *op. cit. infra*, pp. 8 ss.

10. Cf. Dr Faye Fangfei Wang, Senior Lecturer in Law Brunel University, London – *Site-blocking Orders in the EU: Justifications and Feasibility*, pg. 1/2; 14th Annual Intellectual Property Scholars Conference (IPSC), Boalt Hall School of Law, University of California, Berkeley, August 7-8, 2014. Disponível em https://www.law.berkeley.edu/files/Wang_Faye_Fangfei_IPSC_paper_2014.pdf (tradução livre nossa).

funções de busca e de descarga avançadas¹¹, ou uma partilha de ficheiros informáticos resultante de uma ligação em rede de vários computadores pessoais, a qual dispensa a ligação a um servidor central em virtude de aproveitar a memória, a velocidade e os recursos de todos os computadores ligados em rede. A circunstância quanto ao bloqueio de *sites* legítimos é, quanto a nós, de extrema importância uma vez que atinge a livre partilha de informação legítima sendo que a Internet é hoje o principal veículo de partilha de ideias e de afirmação e garantia do direito universal de liberdade de expressão. O Conselho da União Europeia já estabeleceu linhas de orientação relativamente a esta questão nas quais se refere expressamente¹² ao confronto entre a liberdade de expressão na Internet e os direitos de autor “Restringir a liberdade de expressão, a fim de proteger os direitos de propriedade intelectual: Bloqueio o acesso a *sites* com base na proteção de direitos autorais pode constituir uma desproporcional restrição da liberdade de opinião e de expressão [...]” devem ser previstos por lei, clara e acessível a todos (princípio da segurança jurídica, previsibilidade e transparência); devem seguir um dos fins de para proteger os direitos ou a reputação das demais pessoas, a segurança nacional, a ordem pública ou saúde pública ou moral (princípio da legitimidade); devem ser comprovadamente como necessário e usando os meios menos restritivos e necessários condizentes com o objetivo (princípios da necessidade e da proporcionalidade)¹³. Trata-se aliás do desenvolvimento do que já se encontra estabelecido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴, em matéria de proteção dos direitos individuais de liberdade, privacidade, proteção dos dados pessoais e da liberdade de expressão e informação (artigos 6.º, 7.º, 8.º e 11.º), devendo qualquer restrição ter sempre em conta estes valores, a necessidade e a proporcionalidade (artigo 52.º da Carta). Também o Tribunal dos Direitos do Homem já se pronunciou sobre as medidas de bloqueio de acesso à Internet que acabem por atingir terceiros, no sentido em que qualquer bloqueio terá de ter em conta os direitos dos restantes usuários, mesmo num caso de prática de crimes através da Internet, como era o caso em apreciação “Os tribunais devem ter em conta o facto de que tal medida tornaria grandes quantidades de informação inacessível, afetando diretamente os direitos de usuários de Internet e ter um efeito colateral significativo”¹⁵ (haverá também que ter sempre presente o artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem)¹⁶.

No processo C-70/10, de 24/11/2011¹⁷, o TJUE decidiu que à luz das exigências resultantes da proteção dos direitos fundamentais aplicáveis, a legislação europeia deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma medida inibitória que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de *software* «peer-to-peer», que se aplica indistintamente a toda a sua clientela com carácter preventivo, exclusivamente a expensas suas, e sem limitação no tempo, capaz de identificar na rede desse fornecedor a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor. Neste

âmbito, entre o mais, pode-se consultar a “Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e a Internet”, tomada por várias organizações internacionais – a ONU, a OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe), OAS (Organization of American States) e, ACHPR (African Commission on Human and Peoples’ Rights) –, na qual se estabeleceu que as medidas de bloqueio de *sites* da Internet são equivalentes à proibição de um jornal ou emissora só se justificando em casos de muita gravidade como a proteção contra o abuso sexual de crianças “O bloqueio obrigatório de *sites* inteiros, endereços IP, portas, protocolos de rede ou tipos de usos (como as redes sociais) é uma medida extrema – análoga à proibição de um jornal ou emissora – que só pode ser justificada, em conformidade com padrões internacionais, por exemplo, sempre que necessário para proteger as crianças contra o abuso sexual”¹⁸.

O bloqueio de nomes de domínio ou a suspensão de *sites* é uma medida extrema, muito problemática do ponto de vista dos direitos humanos. As principais preocupações quanto à compatibilidade destas medidas com as normas de direitos humanos incluem o carácter desproporcionado destas medidas: enquanto tais medidas podem ter um objetivo legítimo, por exemplo para proteger as crianças e os menores, acaba por levar muitas vezes ao bloqueio de conteúdo legítimo¹⁹. O bloqueio dos *sites* através de ações sobre os

11. Descrição efetuada pelo perito no Caso C-70/10 do TJUE (Conclusões do Advogado Geral de 14/04/2011). <http://curia.europa.eu> (descrição alternativa às que se deram como provadas).

12. Menezes Leitão – *Direito de Autor*, 2011, p. 346.

13. Cf. Council of the European Union – *EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline*; Foreign Affairs, Council meeting, Brussels, 12 May 2014 (tradução livre nossa). Disponível em: http://eeas.europa.eu/delegations/documents/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf.

14. Jornal Oficial C 83/391, de 30/03/2010. Também disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>.

15. Press Release, issued by the Registrar of the Court: ECHR 458 (2012).

16. 18.12.2012, (tradução livre nossa), disponível em: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fwebservices%2Fcontent%2Fpdf%2F003-4202780-4985142&ei=Is-IVJuKEsivU63sgZgL&usq=AFQjCNElsry4AkhTqoZfWBUfjQmLUCEZIA>.

17. “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Este artigo tem de ser sempre interpretado de forma restritiva no que concerne às suas eventuais limitações perante outros direitos (Human Rights Committee, Draft General Comment No. 34, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34/CRP.2 (2010)).

18. <http://curia.europa.eu>.

19. Nesta Declaração também se reconhece o valor do acesso à Internet como valor da liberdade de expressão “A concretização do direito à liberdade de expressão impõe uma obrigação aos Estados para promover o acesso universal à Internet. O acesso à Internet também é necessário promover o respeito a outros direitos, como o direito à educação, à saúde e ao trabalho, o direito de reunião e de associação, bem como o direito a eleições livres” (tradução livre nossa). Disponível em: <http://www.osce.org/fom/78309?download=true>.

19. Article 19 – *Freedom of expression and ICTs: Overview of international standards*. Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/37380/FoE-and-ICTs.pdf>.

IP é, como já dissemos, o mais problemático, pois além de bloquear o acesso a determinado *site* que se pretende atingir, bloqueia ainda uma multiplicidade de outros *sites* cuja legitimidade não se discute. Por outro lado, conforme observou o Advogado Geral no Caso C-70/10 do TJUE²⁰ um endereço IP pode ser qualificado como um dado pessoal, na medida em que pode permitir a identificação de uma pessoa, através da referência a um número de identificação ou a qualquer outro elemento que seja próprio dessa pessoa. “Assim, questão que se coloca não é tanto saber qual é o estatuto jurídico dos endereços IP, mas sim determinar em que condições e para que efeitos podem os mesmos ser recolhidos, em que condições se pode proceder ao seu cancelamento e ao tratamento de dados pessoais daí resultante, ou ainda em que condições pode ser exigido que se proceda à sua recolha ou ao seu cancelamento.” Uma injunção como a que está em causa no processo principal impõe ao respetivo destinatário uma obrigação que restringe a livre utilização dos recursos que este tem à sua disposição, porquanto o obriga a tomar medidas suscetíveis de representar, para ele, um custo, de ter um impacto considerável na organização das suas atividades ou de exigir soluções técnicas difíceis e complexas²¹, “a este respeito, as medidas tomadas pelo fornecedor de acesso à Internet devem ser estritamente delimitadas, no sentido de que devem servir para pôr termo à violação do direito de autor ou de um direito conexo cometida por um terceiro, sem que sejam afetados os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços desse fornecedor para aceder legalmente a informações. Caso contrário, a ingerência do referido fornecedor na liberdade de informação dos referidos utilizadores mostra-se injustificada atendendo ao objetivo prosseguido²². Não podemos também esquecer que as aqui requeridas não têm qualquer responsabilidade pela violação dos direitos em causa, sendo que os meros fornecedores de acesso à Internet, que apenas facultam o acesso à rede “é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas” (artigo 14, n.º 1, do DL n.º 7/2004^{23/24}).

Quanto aos alegados prejuízos causados pela partilha dos ficheiros em causa, também haverá desde logo que mencionar que está por demonstrar, com um nível aceitável de certeza que, apreciado do ponto de vista global e em termos temporais amplos, a referida partilha cause efetivos prejuízos materiais aos titulares de direitos sobre as mesmas. Com efeito, muitos têm sido os estudos internacionais²⁵ efetuados acerca de tais implicações e diversas têm sido igualmente as suas conclusões. Num estudo de grande qualidade e de excelente fundamentação efetuado em 2009, pela Universidade de Amsterdão, que deu origem ao Relatório “TNO” de 18 de fevereiro de 2009²⁶, destinado exatamente a identificar os efeitos a curto e longo prazo, económicos e culturais, da partilha na Internet de arquivos de música, filmes e jogos, analisa-se, entre o mais, as posições de vários outros estudos e autores, constatando-se que existem opiniões que propugnam que existem perdas económicas para os titulares dos direitos, opiniões que concluem que o efeito da partilha é completamente neutro, ou seja, nem implica perdas nem proveitos para os mesmos titulares e opiniões que entendem e concluem igualmente que as partilhas não só não implicam perdas como ainda são benéficas economicamente para os mesmos titulares uma vez que estimulam as vendas das obras legítimas²⁷. Por sua vez, o estudo em causa acaba por

concluir que é muito difícil estabelecer uma relação direta entre a partilha de arquivos e comportamento de compra dos consumidores, sendo virtualmente impossível de medir os eventuais danos causados por essa partilha²⁸. Seja como for, certo é que os titulares dos direitos se sentem prejudicados e sustentam terem prejuízos e, por outro lado, que a atividade de partilha de obras sem autorização dos titulares dos direitos é sempre ilícita, devendo ainda ter-se em consideração os direitos morais dos autores, intérpretes e artistas.

O TJUE já reforçou que qualquer medida de proteção dos direitos de propriedade intelectual não poderá deixar de ter em conta as restantes normas e princípios de direito comunitário, pelo que não deixando os órgãos jurisdicionais nacionais competentes de ter o poder-dever de aplicar as medidas que se impuserem em matéria de proteção dos direitos da propriedade intelectual “Estas medidas inibitórias devem ser efetivas, proporcionadas, dissuasivas e não devem criar obstáculos ao comércio legítimo”²⁹.

Noutra vertente, e porque tal também foi alegado por uma das requeridas, não poderemos deixar de referir que efetivamente uma boa parte dos ficheiros disponíveis e descarregados via partilha P2P se encontram inutilizados total ou parcialmente e, muitas das vezes, são introduzidos propositadamente pelos próprios titulares dos direitos, pelo que as estatísticas de partilha não podem deixar de ser consideradas sempre tendo em atenção esta circunstância. Contudo, “o efeito da poluição na rede P2P tem potencial para quadruplicar o tráfego P2P”³⁰, “a título de exemplo na rede



20. Conclusões de 14/04/2011, em: <http://curia.europa.eu>.

21. Ac. do TJUE, Processo C-314/12, cit.

22. *Idem*.

23. Trata-se aliás, da transposição do artigo 12.º da Diretiva n.º 2000/31/CE, de 8/06/2000 – JO L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

24. No mesmo sentido *vd.* a “Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e a Internet” (ONU, OSCE, OAS e ACHPR) cit., “Ninguém que simplesmente forneça serviços técnicos da Internet, tais como o fornecimento de acesso, ou busca, ou a transmissão ou o armazenamento de informações, deverá ser responsabilizada por conteúdos gerados por outros”.

25. Não é conhecido qualquer estudo do género relativo ao nosso país em concreto.

26. Natali Helberger, *et al.*, Amsterdam Law School Legal Studies Research – *Ups and Downs Economic and Cultural Effects of file sharing on Music, Film and Games*. Comissionado pelos Ministérios da Educação, da Cultura e da Ciência, Assuntos Económicos e Justiça, da Holanda. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350451, ou http://www.seo.nl/uploads/media/200902a_Ups_and_downs_Economic_and_cultural_effects_of_file_sharing_on_music_film_and_games_01.pdf. (constatámos não ser possível aceder diretamente a este documento pelos URL indicados, pelo que o mesmo deverá ser acedido por um dos links apresentados pelo motor de busca pelo Google, através do título do relatório).

27. *Idem*, pp. 92-100.

28. *Idem*, p. 122.

29. Ac. proferido no processo C-324/09, de 12/07/2011. Disponível em: <http://curia.europa.eu>.

30. Uichin Lee, *et al.* – *Understanding Pollution Dynamics in P2P File Sharing*. Department of Computer Science – University of California, Los Angeles; Department of Electrical Engineering and Computer Science Korea Advanced Institute of Science and Technology (tradução nossa). Disponível em: <http://iptps06.cs.ucsb.edu/papers/Lee-pollution06.pdf>.

KaZaA, um dos dos sistemas P2P populares conclui-se que mais de 76,8% de 1 816 663 versões da canção *My Band* estão poluídos³¹. Esta “poluição”, resulta em boa parte da introdução pelos detentores de direitos autorais de determinados ficheiros (filme, música ou título de *software*), “envenenados”, injetando um grande número dos mesmos na rede *peer-to-peer*, para reduzir a disponibilidade de materiais com direitos autorais nos referidos arquivos³². No entanto, também esta circunstância não afasta o facto dos referidos ficheiros serem efetivamente partilhados e uma parte significativa dos mesmos não se encontrar “poluída”.

Do que ficou dito se conclui, de mais relevante, que as medidas concretas de bloqueio de IP pedidas pelas requerentes, uma vez que além de impedirem a partilha dos conteúdos protegidos por direitos de autor também bloqueiam e impedem outros *sites* vedando que os utilizadores de poderem usar para acesso, divulgação ou partilha de conteúdos legítimos, aliada às restantes circunstâncias analisadas, extravasam quanto a nós o equilíbrio e proporcionalidade que se impõem em medidas limitativas da circulação da informação e, portanto, da liberdade de expressão³³. De qualquer forma, apesar de termos pretendido deixar claro a nossa posição sobre o bloqueio de IP, tendo-se apurado que os IP cujo bloqueio se peticionou já não permitem o acesso ao *The Pirate Bay*, a questão quanto aos mesmos sempre seria de considerar como de inutilidade superveniente.

Apesar do que se disse, não podemos no entanto deixar de atender ao facto de que a ilicitude da partilha e a violação dos direitos dos titulares dos respetivos direitos existe e que se impõe num Estado de direito que se tomem medidas de proteção desses direitos, embora se imponha igualmente que tais medidas sejam apenas as necessárias e as que atinjam de forma menos invasiva possível os direitos de terceiros. Veja-se que, de forma global, se estima que 28% (cerca de um em cada quatro internautas), acedam a serviços não autorizados numa base mensal e, cerca de metade destes fazem-no através das redes *peer-to-peer* (P2P), sendo que “os inquéritos realizados entendem de forma consistente que a pirataria prejudica o incentivo para obter música usando modelos pagos legítimos e deprime os gastos, mesmo entre os consumidores dispostos a comprar música”³⁴. Os direitos de autor e conexos são igualmente direitos que merecem proteção jurídica e têm igualmente tutela na lei ordinária e constitucional, conforme já referimos *supra*. Do que ficou analisado e embora entendamos que o bloqueio de IP extravasa o equilíbrio entre os direitos em confronto, parece resultar da matéria adquirida nos autos que o bloqueio apenas dos DNS (domínios e subdomínios do *site* “The Pirate Bay”), se apresenta como uma solução muito menos invasiva e muito menos passível de causar danos ou prejudicar terceiros e, portanto, mais equilibrada. É certo que não ficou demonstrado que os *sites* em causa sirvam exclusivamente para partilha de obras protegidas sem autorização dos titulares (embora se indiciasse que pelo menos em boa parte assim será), mas também não se demonstrou ou indiciou o contrário. Por outro lado, e não menos importante, é o facto dos *sites* em causa não conterem alojados em si mesmos os materiais a partilhar, mas apenas servirem de sustentação a essa partilha. Isto quer dizer que qualquer bloqueio a esses DNS que impeça a sua utilização não irá provocar qualquer perda de qualquer eventual material lícito para nenhum utilizador,

pois tais ficheiros manter-se-ão nos computadores ou servidores onde estiverem alojados sem qualquer prejuízo para aqueles, sendo que os seus titulares os poderão continuar a partilhar se assim o entenderem por outras vias que estão à disposição na Internet. Assim, entendemos que relativamente ao bloqueio dos DNS não se verifica a desproporcionalidade que se nos apresenta relativamente aos IP, sendo o meio menos restritivo, necessário, equilibrado, adequado e condizente com o objetivo que se pretende – impedir a partilha ilegítima de obras protegidas por direitos de autor e conexos (princípios da necessidade e da proporcionalidade, conforme referido nas “EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline”, do Conselho da União Europeia de 12/05/2014, *cit.*).

Vejamos agora a questão também levantada pelas requeridas quanto à eficácia das medidas pedidas pelas requerentes e se tal poderá afastar a adequação do bloqueio do DNS. Conforme se demonstrou, qualquer das medidas de bloqueio peticionadas apenas tem um efeito limitado quanto à sua abrangência e quanto ao período temporal de aplicação. Com efeito, face a um eventual barramento dos domínios ou IP, estando os titulares dos servidores como os utilizadores com relativa facilidade contornam tal efeito, passando a aceder aos mesmos conteúdos através doutros DNS e/ou IP³⁵. Ora, nos termos do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004: “1. Os Estados-Membros devem estabelecer as medidas, procedimentos e recursos necessários para assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual abrangidos pela presente diretiva. Essas medidas, procedimentos e recursos devem ser justos e equitativos, não devendo ser desnecessariamente complexos ou onerosos, comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos injustificados. 2. As medidas, procedimentos e recursos também devem ser eficazes, proporcionados e dissuasivos e aplicados de forma a evitar que se criem obstáculos ao comércio lícito e a prever salvaguardas contra os abusos”. A questão da eficácia não pode ser desligada igualmente da questão da proporcionalidade e equidade também referida na disposição legal referida, pois, se as medidas tem como efeito o de prejudicarem os utilizadores da Internet em geral



31. *Idem*.

32. Cf. Nicolas Christin, *et al.* – *Content Availability, Pollution and Poisoning in File Sharing Peer-to-Peer Networks*. (Berkeley University) 2005 (tradução nossa). Disponível em: <http://p2pecon.berkeley.edu/pub/CWC-EC05.pdf>.

33. “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

34. Cf. IFPI – Digital Music Report 2012, (tradução livre nossa). disponível em: <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2012.pdf>.

35. Tem-se observado que as políticas de bloqueio são ineficazes, dada a rápida reaparição e fácil evasão de conteúdo bloqueado ou filtrado, e tendo também em conta a carga financeira que implica o bloqueio aos ISP e consumidores. Article 19 – *Freedom of expression and ICTs: Overview of international standards. cit.*

e em acréscimo prejudicam desrazoavelmente as requeridas (ISP) acabando, depois de provocar os referidos efeitos nefastos, por não terem qualquer efeito prático na proteção dos direitos que se pretendem proteger, dúvidas não restam de que tal poderá ter como resultado que as mesmas se tornem desproporcionais ou não equitativas. No entanto, desde logo se constata que apesar de ter sido alegado, não se demonstrou que a execução das medidas de bloqueio de DNS impliquem despesas ou alocações de recursos significativas, mas apenas os recursos humanos simples para efetuar a ação técnica necessária, não nos parecendo que tal seja um sacrifício para as requeridas e muito menos que tal necessidade tenha relevância para o seu funcionamento, até porque estas têm igualmente que cumprir inúmeras outras regras e imposições legais e administrativas que implicam custos e recursos muito mais significativos, ou seja, tratam-se de ações que se enquadram perfeitamente nas normais obrigações legais dos operadores e que sempre terão de fazer parte integrante do seu negócio.

Porque algumas requeridas a ele tanto se referiram, não podemos deixar de apreciar aqui igualmente a decisão do Tribunal de Recurso de Haia. Com efeito, após análise à aplicação das medidas de bloqueio (idênticas às aqui peticionadas e pedidas igualmente para o *site The Pirate Bay*), o Tribunal revogou a decisão do Tribunal de primeira instância e levantou os bloqueios que haviam sido determinados por este, por entender que as medidas haviam sido ineficazes e tendo concluído que as medidas solicitadas de bloqueio estão em conflito com a exigência de proporcionalidade e eficácia das mesmas³⁶. Com efeito, a estrutura da Internet permite que os bloqueios de IP sejam contornados sem a necessidade dos utilizadores da Internet terem grandes conhecimentos tecnológicos³⁷. Um estudo feito por pesquisadores da Universidade de Amsterdão sobre a eficácia do bloqueio do “The Pirate Bay”, ordenado pelo tribunal em um caso concreto³⁸, mostra que o bloqueio determinado não teve um efeito significativo sobre a quantidade de tráfego na Holanda. A pesquisa da Universidade de Amsterdão fez a mesma amostragem, no período logo após o bloqueio, no entanto, não encontraram nenhuma alteração significativa dos dados após o bloqueio ter entrado em vigor³⁹. Na Irlanda, por exemplo, noutro caso, o tribunal fundamentado sobre esta questão que o uso de tal medida “levaria inevitavelmente à infração no direito de comunicação através da Internet”, não determinou as medidas de bloqueio solicitadas⁴⁰.

Entendemos no entanto que a apreciação da eficácia não deve apenas centrar-se no número de ligações que se reativam ou do tempo que o sistema leva a permitir que o acesso e a partilha ilícita se restabeleça, até porque relativamente aos DNS bloqueados as medidas são eficazes e definitivas no impedimento das infrações⁴¹. Por outro lado, tal circunstância não tem sido impedimento do decretamento de bloqueios em vários outros países (embora tal tema se assumia como uma discussão global e já tenha sido alvo de discussão e decisões em inúmeros países em vários pontos do Globo, entendemos que só se justifica aqui alguma referência à jurisprudência europeia). Vejamos então alguns outros entendimentos pertinentes quanto à questão da eficácia. Na Bélgica, em setembro de 2011, o Tribunal de Recurso de Antuérpia ordenou ISP Belgacom e Telenet para bloquear o

acesso ao “The Pirate Bay” por meio de bloqueio do serviço de nomes de domínio. Dados da “comScore” mostra que este reduziu a audiência do serviço por 84% entre agosto e novembro de 2011. Na Itália, ISP foram obrigados a bloquear o acesso ao “The Pirate Bay” em fevereiro de 2010 (na época, o maior site de *torrent* na Itália), tendo o uso do serviço caído drasticamente e estando em 2012 (data do relatório em citação) ainda baixo por 74%. Em abril de 2011, os ISP também foram condenados a bloquear o “btjunkie”, outro grande *site* de *torrent* na Itália. O uso do serviço caiu em 80%. Na Dinamarca, o Supremo Tribunal de Justiça exigiu ISP para bloquear o acesso ao “The Pirate Bay” em 2010. Medidas de bloqueio também foram introduzidas em 2011 na Áustria e Finlândia, exigindo ISP para bloquear o acesso ao “The Pirate Bay” ou outros *sites* similares. No Reino Unido, em outubro de 2011, a Suprema Corte ordenou o líder ISP “BT” para bloquear serviço não autorizado “Newzbin2”⁴². Entre janeiro de 2012 e julho de 2013, os países europeus onde as ordens de bloqueio foram determinadas viram o uso do “BitTorrent” cair 11%, enquanto os países europeus onde tal não ocorreu assistiram a um



36. Ac. do Tribunal de Recurso de Haia, de 28/01/2014; Processo n.º 200.105.418-01; Processo em 1.ª instância ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549. Disponível no *site* oficial e na língua original em: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GH-DHA:2014:88>. Não se trata, naturalmente, ao invés das interpretações efetuadas pelo TJUE, de decisão que possa impor qualquer conformação para o nosso direito, mas não deixa de apresentar alguns argumentos pertinentes.

37. N. Aquilina, S. Strass – *The legality of online blocking measures*, E-Commerce Law Reports, volume 12 issue 03, 2012, pp. 20–23, *apud* N. Falot – Copyright protection in the digital age: IP-blocking – Master Thesis Law and Technology, Tilburg University. Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=128476> (tradução livre nossa).

38. Refere-se aqui ao processo: ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549, que estamos a apreciar.

39. N. Falot. *op. cit.*, p. 17.

40. Unreported decision of Mr. Justice Charlton on 11th of October 2010 in the case EMI Records (Ireland) Limited, Sony Music Entertainment Ireland Limited, Universal Music Ireland Limited. *Apud* N. Falot. *op. cit.* p. 26. (também alegado pela requerida PT, que juntou cópia em inglês e respectiva tradução – veja-se, no entanto, que Hig Court não significa Supreme Court, ou Supremo Tribunal, conforme é traduzido no documento junto. Com efeito “Supremo Tribunal” é “Supreme Court”, sendo o “High Court” um Tribunal com competência para determinados casos, à semelhança dos antigos Tribunais de Círculo ou Varas – veja-se a distinção em: <http://www.courts.ie/courts.ie/library3.nsf/pagecurrent/2D2779D5D7A9FEAB80256D8700504F7B?opendocument&l=en>). Já um caso no Reino Unido – High Court Case n.º: HC10C04385, 28 July 2011, [2011] EWHC 1981 (Ch), ruling Mr. Justice Arnold, foi reconhecida a liberdade de informação dos assinantes do ISP, mas entendido que a mesma não implicava o impedimento da ordem de bloqueio. *Idem*, p. 27.

41. Aliás, que se saiba e até hoje não foi possível tomar medidas que pudessem impedir definitivamente a partilha de ficheiros ilegais, incluindo a própria apreensão dos servidores, sendo sabido e noticiado que tal já foi por diversas vezes efetuado pelas autoridades de alguns países onde os mesmos se encontravam. Vejam-se as ações noticiadas de apreensão de vários servidores pelas autoridades suecas, que provocou o desaparecimento de muitos *sites* do Pirate Bay, sendo que, conforme afirmado pelas testemunhas, os mesmos conteúdos já começaram a ser disponibilizados na Internet pelo Pirate Bay através de novos *sites* e usando novos métodos de alojamento.

42. Cf. IFI – Digital Music Report 2012, *cit.*

aumento de uso de “BitTorrent” em 15%. O efeito foi particularmente acentuado em dois países, Itália e Reino Unido, onde o maior número de serviços ilegais foram bloqueados. Na Itália, o tráfego “BitTorrent” diminuiu 13% em 2013 e no Reino Unido o mesmo tráfego diminuiu 20% em relação ao mesmo período⁴³.

Noutra vertente, também não podem ser desconsiderados os efeitos laterais dos bloqueios, nomeadamente, os efeitos morais e pedagógicos sobre os utilizadores, pois ao ver bloqueado o acesso às obras tomarão maior consciência de que estarão a praticar ou a contribuir para a prática de um ato ilícito e legalmente perseguido. Com efeito, se a prática é reiterada ao longo de anos de forma livre e não sancionada e se as autoridades também não tomam qualquer atitude com base da premissa de que não vale a pena, os utilizadores terão natural tendência a interiorizar um sentimento de que a atividade é lícita ou tolerada. Num estudo efetuado na Alemanha mostra-se que as medidas de *enforcement* têm vindo a ganhar aceitação entre a população alemã, em que cada vez mais usuários da Internet acabam por alterar os hábitos de *downloads* de origem ilegal para *downloads* ou *streaming* a partir de fontes legais. A mesma pesquisa mostra que, atualmente, 97% do grupo de estudo⁴⁴ percebe que o *download* ou *upload* de conteúdos de obras com proteção de direitos autorais em redes de partilha de arquivos é uma violação da lei de direitos de autor. A pesquisa mostra igualmente que a consciência dentro da comunidade alemã aumentou, o que é um dos efeitos detentores de direitos autorais que procuram atingir com as medidas de *enforcement*⁴⁵. Assim, apesar das medidas serem relativamente fáceis de contornar não se pode entender que não tenham eficácia suficiente para que simplesmente não sejam decretadas, mantendo-se a permissão dos comportamentos ilícitos sem ser tomada qualquer ação. Assim, por ser a medida mais adequada e equilibrada determinar-se-á o bloqueio dos domínios e subdomínios em causa através de filtragem de DNS. Face ao que se demonstrou, a medida incidirá apenas sobre os *sites* que ainda se encontram em atividade, face à clara inutilidade superveniente da lide quanto aos restantes.

As requeridas insurgiram-se ainda contra a aplicação de qualquer sanção pecuniária compulsória nos termos peticionados pelas requerentes por, essencialmente, entenderem que não têm qualquer responsabilidade na divulgação dos conteúdos violadores dos direitos dos representados das requerentes. Nos termos do n.º 1 do artigo 829.º-A do Código Civil: “Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.” Mais especificamente, prevê o artigo 210.º-G, n.º 4, do CDADC, que o tribunal decreta, mesmo oficiosamente, uma sanção pecuniária compulsória com vista a assegurar a execução das providências previstas no n.º 1 do mesmo preceito legal. A sanção pecuniária compulsória destina-se a constranger o devedor a obedecer ao que lhe foi imposto, determinando-o a realizar o cumprimento devido e no qual foi condenado. O legislador confinou a sanção pecuniária compulsória às obrigações de carácter pessoal (obrigações de carácter *intuitu*

personae cuja realização requer a intervenção do próprio devedor, insubstituível por outrem), fazendo dela um processo subsidiário, aplicável onde a execução específica não tenha lugar. O seu fim não é o de indemnizar o credor, mas o de triunfar da sua resistência ou do seu desleixo para cumprir⁴⁶. Assim, o facto das requeridas não terem responsabilidade na prática dos factos relativos à partilha (que, aliás, ninguém lhes imputa), não releva para o facto de, ficando obrigadas a cumprir uma determinação judicial, a possam não cumprir ou não possam ficar sujeitas a sanções acessórias por essa violação. Não estamos a falar de qualquer sanção pelo facto de terem qualquer responsabilidade nos conteúdos em causa mas sim de serem responsabilizadas caso não cumpram uma determinação judicial e, só e apenas neste caso as mesmas poderão estar sujeitas a tal sanção. Veja-se que esta sanção não funciona como indemnização, pois não se destina a indemnizar o credor pelos prejuízos que o eventual inadimplemento da prestação lhe venha a causar, mas sim como meio de coerção, destinado fundamentalmente a compelir o devedor à realização da prestação devida, devendo ser aptas a assegurar a efetividade da tutela jurisdiccional com vista a inibir a violação do direito, assim neutralizando o prejuízo que pode derivar para o requerente da duração da demanda, impondo-se a aplicação de medidas proporcionadas, mas simultaneamente dissuasivas de futuras condutas abusivas⁴⁷. Não se vê assim qualquer óbice a que se determine nestes autos uma tal sanção, que se justifica face à posição das requeridas de que não têm qualquer obrigação de bloquear os *sites* por não terem responsabilidade nos seus conteúdos. No caso concreto, as requerentes sugerem que o valor seja fixado em € 1 000,00 diários. Ora, ponderando que efetivamente as requeridas representam a quase totalidade do mercado de conexão à Internet no nosso país mas também tendo em conta que as mesmas não tem responsabilidade nos conteúdos partilhados, sendo apenas prestadores de acesso, entendemos que se mostra adequada e suficiente a fixação de uma tal sanção no montante de € 250,00 por cada dia de incumprimento das medidas cautelares decididas.

Decisão:

Face a tudo o que ficou exposto, e nos termos das invocadas normas legais, julga-se parcialmente procedente a presente providência e, consequentemente:



43. Cf. IFI – Digital Music Report 2014. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf>.

44. Pesquisa realizada entre 10 000 pessoas representando de 63,6 milhões de alemães com idades entre 10 e mais anos. Para validar as suas conclusões, outra pesquisa foi realizada entre 3 000 pessoas representativa de 46, milhões de alemães *online* com idades superiores 14 anos.

45. IFPI, Survey on Digital Content Usage 2012. *Apud* N. Falot – *Copyright protection in the digital age: IP-blocking*, cit. p. 16.

46. Calvão da Silva – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 410 e 450.

47. Cf. Ac. da RL de 31/10/2013, Proc. 254/13.2YHLSB-A.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt.

1. Determina-se que as requeridas procedam ao bloqueio do acesso, através de filtragem por DNS dos domínios e subdomínios: thepiratebay.org; www.thepiratebay.org; thepiratebay.com; thepiratebay.net; thepiratebay.se; piratebay.org; piratebay.net; www.thepiratebay.com; www.thepiratebay.net; www.thepiratebay.se; ikwilthepiratebay.org; www.piratebay.org; www.piratebay.net; tpb.partipirate.org; pirateproxy.net; tpb.me; kuiken.co; dierschtibay.org; bayproxy.org; tpb.cryptocloud.ca; proxy.co.uk; come.in; proxybay.net; tpb.ninja.so; proxy.rickmartensen.nl; malaysiabay.org; lanunbay.org; tpb.dbpotato.net; pirateproxy.se; pirateshore.org.
2. Condena-se cada uma das requeridas no pagamento, por cada dia que violem o decidido em 1., no montante de € 2 500,00, a título de sanção pecuniária compulsória;
3. Absolvem-se as requeridas do restante peticionado.

★

Taxas de justiça a cargo das requerentes e requeridas a atender no processo principal (artigo 539.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Processo Civil), estando no entanto as requerentes delas isentas [artigo 4.º, n.º 1, alínea f) do RCP].

★

Notifique.
Lisboa, d.s.

Comentário

Na senda de outras recentes decisões contra a denominada “pirataria digital”, consubstanciada na utilização não autorizada de obras e/ou prestações intelectuais, disponibilizadas, de forma ilegítima, na *World Wide Web*, foi proferida, em 1.º instância, pelo Tribunal da Propriedade Intelectual, doravante TPI (2.º Juízo), a decisão de bloqueio de acesso, através de filtragem por DNS¹, de trinta domínios e subdomínios do famoso *website* “The Pirate Bay”.

Trata-se de uma decisão inédita e histórica na jurisprudência nacional. Na realidade, nunca em Portugal havia sido intentada uma providência cautelar no sentido do bloqueio de acesso, através dos prestadores intermediários de serviços de simples transporte (*mere conduit*)², doravante ISP, contra tal *website* de partilha de ficheiros³. Circunstância aliás, que já havia sido seguida em diversos países, quer europeus (como a Itália, Bélgica, Holanda, Suécia, Alemanha, Reino Unido, Dinamarca, entre outros) quer não europeus (como Índia, Indonésia, Malásia, Coreia do Sul, entre outros). Deste modo, também nestes países, os ISP, foram condenados, nomeadamente, a bloquear o acesso aos seus clientes dos domínios e subdomínios do “The Pirate Bay”, bem como dos seus respectivos IP⁴.

Pois bem, a decisão ora proferida baseia-se, especificamente, no disposto no artigo 210.º-G do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC), nomeadamente, no disposto no seu número 3⁵, o qual resultou da transposição para o ordenamento jurídico nacional da 2.ª parte do artigo 11.º da Directiva Comunitária n.º 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 (denominada, na prática, Directiva Enforcement, relativa ao respeito dos direitos de Propriedade Intelectual)⁶, a qual concretiza o

disposto no artigo 8.º, 3, da Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001 (denominada Directiva da Sociedade de Informação, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação), que, por sua vez, completou o regime da Directiva 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000 (denominada Directiva do Comércio Electrónico, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico no mercado interno)⁷.

Várias e complexas questões jurídicas (após fixação da matéria de facto em questão) se deparavam na esfera de decisão do Tribunal no sentido de proferir uma decisão em face do peticionado pelas aí Requerentes.

Desde logo, atendendo ao facto de tal procedimento cautelar ter do lado passivo os ISP, “operadoras de Internet”⁸, ou seja, fornecedores de serviços para a Internet, que



1. Trata-se de uma sequência de nomes, separados por pontos, pertencente ao sistema de domínio (*domain name system*) – vide definição in. Patrícia AKESTER, *O direito de Autor e os desafios da tecnologia digital*, Princípio, 2004, pág. 204.

2. Quanto à definição dos mesmos, dispõe o artigo 14.º do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro (Lei do Comércio Electrónico) que aquele será “o prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a actividade de transmissão de informações em rede, ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários”.

3. Através de *software* de partilha de conteúdos entre computadores (*software* P2P – Transferência de ficheiros *peer to peer*, que corresponde a uma partilha de ficheiros informáticos que resulta da ligação em rede de vários computadores pessoais e que dispensa a ligação a um servidor central em virtude de aproveitar a memória, a velocidade e os recursos de todos os computadores ligados em rede).

4. Endereço IP, corresponde a uma morada constituída por 32 bits, contendo uma porção respeitante à rede e outra respeitante ao computador central, que é atribuída a cada computador central que acede à Internet – vide definição in. Patrícia Akester, *O direito de Autor e os desafios da tecnologia digital*, ob. cit., pág. 204.

5. O qual dispõe que “3. As providências previstas no n.º 1 podem também ser decretadas contra qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de autor ou direitos conexos, nos termos do artigo 227.º”.

6. Que prescreve que “Os Estados-Membros devem garantir igualmente que os titulares dos direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo do n.º 3 do artigo 8.º da Directiva 2001/29/CE”.

7. Note-se que, como a este propósito bem nota Vítor CASTRO ROSA, no comentário à sentença do Tribunal de Propriedade Intelectual (2.º Juízo), Proc. 344/13.1YHLSB, de 27.02.2014, no número 2 da presente Revista “Propriedades Intelectuais”, págs. 51-52, “Recorde-se que estas duas Directivas foram pensadas para entrar em vigor em simultâneo, o que acabou por não suceder, mas todos estes normativos se completam”.

8. Noção empregue por CARNEIRO DA FRADA, in. «Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos», *Direito da Sociedade de Informação*, APDI, Vol. II, Coimbra Editora, págs. 7 a 32.

permitem o acesso à mesma, circunstância inédita entre nós, bem como a circunstância de os mesmos poderem ser considerados como “intermediários” no sentido empregue no artigo 210.º-G.3 do CDADC.

Por outro lado, e perante a comprovação indiciária da violação dos direitos de autor e conexos invocados naquele, cabia ao tribunal ponderar se as medidas peticionadas em tal procedimento judicial se mostravam, em face da sua particular natureza, “adequadas, equilibradas, proporcionais à defesa dos direitos em causa, ou mesmo se são eficazes”. Como a este propósito se sustenta na sentença, sobre a qual incide o presente e breve comentário, “com efeito, as medidas a adoptar deverão sempre estar condicionadas a um justo equilíbrio, proporcionalidade e a garantir os direitos dos outros utilizadores legítimos da Internet, bem como, tecnicamente possíveis e que não representem um sacrifício desproporcionado para os operadores de acesso da Internet”.

Sobre tais aspectos, muita tinta já correu, não só através das inúmeras decisões jurisprudenciais proferidas nos diversos países (*supra* aludidos), as quais maioritariamente se mostraram favoráveis aos detentores e/ou representantes dos titulares de direitos de autor e conexos⁹, no sentido do bloqueio de *websites*, como o “The Pirate Bay”, de partilha e colocação à disposição do público de obras e prestações intelectuais não autorizadas por aqueles – e desse modo ilegais –, como também, em variadíssimas oportunidades, o Tribunal de Justiça (TJUE) teve já oportunidade de se pronunciar sobre as mesmas. Por outro lado, multiplicam-se os estudos jurídico-sociológicos sobre os prejuízos que a utilização não autorizada de tais obras e/ou prestações, no ambiente digital, provoca na “indústria criativa”¹⁰, bem como o impacto de tais medidas de bloqueio nas actividades de partilha de ficheiros na Internet e, bem assim, junto das populações, tendo em conta as realidades económicas e sociais de cada país¹², ainda sobre os sinais de inversão, a que assistimos nos presentes dias, no que ao consumo de tais bens/prestações intelectuais diz respeito, nomeadamente quanto à opção pela via legal em detrimento da ilegal, mormente através de outras plataformas como o *streaming*.

Algumas questões jurídicas essenciais

a. O papel dos prestadores de serviços enquanto intermediários

Como se referiu, um dos elementos que permite atribuir carácter inédito à decisão do TPI, ora em análise, prende-se com a circunstância de no procedimento cautelar, *in casu*, no seu lado passivo constarem os prestadores de serviços de Internet [Internet Service Provider – ISP].

Pois bem, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica nacional, a Directiva 2000/31/CE – Directiva sobre o Comércio Electrónico –, aí enquadra os diferentes prestadores intermediários de serviços¹³, entre os quais se encontram os de simples transporte (*mere conduit*)¹⁴. Deste modo, estes últimos, facultam o acesso à rede, aos conteúdos aí disponibilizados, prosseguindo apenas a actividade de transmissão de informações em rede.

Ora, tais ISP, encontram-se, como determinado legalmente, “isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas” (art. 14.º do *supra* aludido diploma legal), bem como “não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância” (art. 12.º do mesmo diploma legal). Contudo, tal quadro de responsabilidade não os isenta de sobre os mesmos recair um conjunto de deveres gerais de actuação (art. 13.º do mesmo diploma legal), comuns a todos os prestadores intermediários de serviços. Efectivamente, sob os mesmos impende um conjunto de obrigações de colaboração quanto à preservação de prova e à cessação de uma determinada infracção ou violação de direitos, nomeadamente, no sentido de acatar determinações se um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção¹⁵.



9. Recentemente, ao arpejo da tendência que vinha sendo seguida de forma uniforme em todos os países, quer europeus quer não europeus, em que tais questões chegaram aos Tribunais, tais ordens judiciais de bloqueio começaram a ter retrocessos, somando-se (poucas) decisões que, quer por motivos de impossibilidade legal, face às legislações nacionais ainda insuficientemente adaptadas e preparadas para a era digital em que vivemos, como também face a interrogações sobre a eficácia e proporcionalidade de tais medidas quanto aos objectivos com as mesmas pretendidos, levaram a que aquelas aí não sejam decretadas. Numa análise mais detalhada de tais decisões e a sua proveniência, vide VÍTOR CASTRO ROSA, in: “Comentário à sentença do TPI, Proc. 344/13.1YHLSB, de 27.02.2014”, ob. cit., págs. 58-59.

10. Vide a este propósito VÍTOR CASTRO ROSA, in: “Comentário à sentença do TPI, Proc. 344/13.1YHLSB, de 27.02.2014”, ob. cit., págs. 48-49.

11. A este propósito, veja-se o estudo efectuado pela Universidade de Amsterdão, efectuado em 2009, o qual originou o Relatório “TNO” de 18.02.2009, denominado “Ups and Downs: Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games”, disponível em <http://www.seo.nl/en/page/article/ups-and-downs-economische-en-culturele-gevolgen-van-file-sharing-voor-muziek-film-en-games/>

12. Vd. estudo realizado pelo Institute for Information Law, intitulado File Sharing 2012, disponível em http://www.ivir.nl/publications/poort/Filesharing_2012.pdf.

13. De acordo com artigo 4.º, número 5, daquele diploma legal, «“Prestadores intermediários de serviços em rede” são os que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviços».

14. Vide nota 2 *supra*.

15. Cfr. artigo 12.º, 3, da Directiva sobre o Comércio Electrónico. Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 13.º, d), do Decreto-Lei n.º 7/2004 que cabe-lhes a obrigação de “cumprir pontualmente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infracção, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação”. No mesmo sentido, previa já a Directiva n.º 2000/31/CE (“Directiva sobre o Comércio Electrónico”) no quadragésimo quinto considerando que “A delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consentir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a preservação ou a cessação de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas”, bem como a Directiva n.º 2001/29/CE, *supra* aludida, a qual, nos termos do seu considerando quinquagésimo nono, dispõe que “... sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede actos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os actos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º

Na realidade, previa-se já nas Directivas Comunitárias, nomeadamente na “Directiva sobre o Comércio Electrónico” e na “Directiva Enforcement” que a delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços não afecta a possibilidade de sobre os mesmos impenderem medidas inibitórias de diversa natureza¹⁶, encontrando-se na disponibilidade dos titulares de direitos de autor e conexos a possibilidade de requerer uma injunção contra *um intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar os direitos de propriedade industrial do titular*¹⁷, ficando, posteriormente, a cargo de cada Estado-Membro definir as regras e condições relativas a tais injunções.

Do mesmo modo, decorre da jurisprudência do TJUE que, no respeito pelo Direito da União, os Estados-Membros deverão garantir que os titulares de direitos de autor ou conexos possam solicitar uma injunção contra intermediários – fornecedor de serviços de Internet – para que estes bloqueiem aos seus clientes o acesso a um sítio na Internet que viole aqueles direitos. Na realidade, a jurisprudência comunitária consolidou tal questão¹⁸. A competência atribuída aos órgãos jurisdicionais nacionais em conformidade com as disposições plasmadas nas Directivas Comunitárias deve permitir que estes ordenem aos intermediários que adoptem medidas que visem não apenas fazer cessar as violações cometidas aos direitos de propriedade intelectual, mas, igualmente, prevenir novas violações (v.g., o acórdão de 12 de Julho de 2011, L’Oréal SA e o.¹⁹). Aliás, como, igualmente, se sustenta na jurisprudência do TJUE, tal conclusão não se mostra infirmada “... pela objecção de que é necessário, para que o artigo 8.º, n.º 3, da Directiva 2001/29 seja aplicável, que haja uma relação contratual entre o fornecedor de acesso à Internet e a pessoa que violou um direito de autor ou um direito conexo. Com efeito, não decorre da letra do referido artigo 8.º, n.º 3, nem de nenhuma outra disposição da Directiva 2001/29 que se exija uma relação particular entre a pessoa que viola um direito de autor ou um direito conexo e o intermediário. Por outro lado, esta exigência também não pode ser deduzida dos objectivos prosseguidos por esta directiva, uma vez que admitir essa exigência reduziria a protecção jurídica reconhecida aos titulares de direitos em causa, quando o objectivo da referida directiva, conforme resulta designadamente do seu considerando 9, é precisamente o de lhes garantir um elevado nível de protecção”²⁰.

Pois bem, como se aludiu, o legislador nacional regulou tal questão no artigo 210.º-G.3 do CDADC, o qual, de acordo com o defendido doutrinariamente, entre nós²¹, se mostrou uma solução verdadeiramente inovadora. Aliás, posição esta que é, igualmente, sustentada pela demais doutrina nacional, a qual, de forma inequívoca e sem prejuízo da desresponsabilização dos ISP, admite que podem ser impostos aos mesmos, mormente aos de transporte, um conjunto de deveres de agir, entre os quais o acatamento de injunções impostas por autoridade judicial ou administrativa no sentido de prevenir ou pôr termo a uma determinada e concreta infracção, como seja a violação de direitos de autor e conexos²².

Daí decorrendo que a estipulação legal (art. 210.º-G.3 do CDADC) ao referir “qualquer intermediário” aí enquadra qualquer tipo de intermediário de serviços, como sejam os de simples transporte. Circunstância, aliás, que não poderia deixar de ser, desde logo, em conformidade com o teor literal do aludido normativo legal e, bem assim, em

correspondência e coerência normativa com o disposto nas demais normas legais, *supra* aludidas, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que, como se disse, transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva sobre o Comércio Electrónico. Deste modo, tais ISP podem, assim, ser alvo de providências cautelares, como a ora em causa, caso os seus serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de autor e/ou direitos conexos. Efectivamente, os mesmos – a ligação que estabelece entre o seu cliente e o “website ilícito” – poderão ser utilizados por terceiros para a violação de Direitos de Autor e Direitos Conexos, nomeadamente, através da descarga não autorizada de milhões de obras/prestações protegidas.



16. Vide especialmente, cfr. exposto, o quadragésimo quinto considerando da Directiva sobre o Comércio Electrónico no qual se dispõe que entre essas medidas inibitórias “podem consentir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a preservação ou a cessação de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas”.

17. Considerando 23 da Directiva n.º 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril. No mesmo sentido, o artigo 9.º, 1.ª, a), *in fine*, do diploma *supra* aludido, que dispõe que “pode igualmente ser decretada uma medida inibitória, nas mesmas condições, contra qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por um terceiro para violar direitos de propriedade intelectual”.

18. Veja-se, entre outros, a este propósito, Comunicado de Imprensa (conclusões do Advogado Geral), junto do TJUE, n.º 149/13 (disponível em www.curia.europa.eu) no qual se dispõe que “Já foi esclarecido que os fornecedores de acesso são, por princípio, considerados intermediários nesta acepção e, por conseguinte, destinatários desta injunção, que vise não apenas fazer cessar as violações já cometidas mas também prevenir novas violações” – negrito nosso –, bem como, o recente Acórdão do TJUE “UPC Telekabel”, de 27 de março de 2014 – Processo C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, disponível em www.curia.europa.eu – no qual se sustenta que “visto que o fornecedor de acesso à Internet está necessariamente implicado na transmissão de um ato ilícito através da Internet, entre um dos seus clientes e um terceiro, porquanto, ao facultar o acesso à rede de Internet, torna possível essa transmissão (v., neste sentido, despacho de 19 de fevereiro de 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, C-557/07, Colet. P. I-1227, n.º 44), há que considerar que um fornecedor de acesso à Internet [...] que permite aos seus clientes aceder a material protegido, que um terceiro colocou à disposição do público na Internet, é um intermediário cujos serviços são utilizados para violar um direito de autor ou um direito conexo, na aceção do artigo 8.º, n.º 3, da Directiva 2001/29”. Indo, aliás, no mesmo sentido, o Despacho do TJUE, de 19 de Fevereiro de 2009, LSG Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, C-557/07 e Acórdão do TJUE de 24 de Novembro de 2011, Scarlet Extended, C-70/10 e ainda o Comunicado de Imprensa n.º 126/11 (disponíveis em www.curia.europa.eu).

19. Processo C-324/09, Colect., p. I-6011, n.º 131 e igualmente disponível em www.curia.europa.eu

20. Cfr. Acórdão UPC Telekabel, aludido na nota 18.

21. Cfr. Manuel Lopes Rocha, Miguel Lourenço Carretas, Paula Marinho da Silva, Isabel Sarsfield Rodrigues e João Marcelino, in *Tribunal da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2012, pág. 63.

Assim, ao serem adoptadas tais medidas, em nada se viola quer o princípio da irresponsabilidade (pelos conteúdos que circulam na Internet) de tais ISP, quer o princípio da neutralidade da rede. Com as mesmas, como resulta aliás da legislação aplicável, da doutrina e jurisprudência que sobre tais matérias se debruçou, tais princípios não sequer são “beliscados”.

b. Colisão de direitos e proporcionalidade das medidas

Outra questão delicada que este processo judicial colocava prende-se com a circunstância do bloqueio de *websites* poder atingir a livre partilha de informação legítima, colocando em causa a liberdade de expressão, bem como a segurança dos internautas, a qual se encontra relacionada com questões de privacidade e protecção de dados.

Pois bem, sobre tal circunstância, nomeadamente sobre o confronto entre a liberdade de expressão na Internet *vs.* a protecção dos direitos de propriedade intelectual²³ no que toca particularmente ao bloqueio de *sites* com vista a tal protecção, o modo restrito, necessário e proporcional como tal poderá/deverá ocorrer já foi estabelecido, enquanto linha de orientação, pelo Conselho da União Europeia²⁴. Encontramos, igualmente, tais preocupações na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em matéria de protecção de direitos individuais²⁵.

Por outro lado, a própria jurisprudência europeia tem-se pronunciado sobre tal circunstância, demonstrando assim o particular cuidado com que tais questões, caso a caso, têm de ser analisadas, face à sua particular sensibilidade e vulnerabilidade. Na realidade, o TJUE, no Acórdão Scarlet Extended²⁶, decidiu que tendo em conta a protecção de direitos fundamentais aplicáveis, a legislação europeia, mormente a decorrente das Directivas, deve ser lida e interpretada no sentido “*de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem de todas as comunicações electrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software «peer-to-peer»; que se aplica indistintamente a toda a sua clientela; com carácter preventivo; exclusivamente a expensas suas; e sem limitação no tempo; capaz de identificar na rede desse fornecedor a circulação de ficheiros electrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objectivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor*”.

Deste modo, resulta assim que efectivamente não se mostra compatível com a necessária ponderação entre direitos fundamentais dos intervenientes (por um lado o direito fundamental do titular do direito de autor e conexo e por outro a liberdade de empresa do fornecedor e a liberdade de expressão e do direito de informação em geral) uma proibição geral e sem impor medidas concretas a um fornecedor de acesso. Ora, tendo em atenção tais considerandos, com a adopção de medidas cirúrgicas (concretas e específicas), bem definidas e determinadas, ao contrário de uma intervenção genérica e generalizada sobre a *world wide web*, sem critério ou delimitação, manter-se-á assim a livre circulação de serviços, em nada interferindo com o funcionamento do mercado interno ou com o acesso à rede e à sua eficácia, nem tão-pouco determinando uma redução substancial

dos conteúdos disponíveis. Tais medidas de bloqueio, assim aplicadas, vão ao encontro do plasmado na jurisprudência do TJUE, uma vez que, as mesmas visam apenas e de forma delimitada “*pôr termo à violação do direito de autor ou de um direito conexo cometida por um terceiro, sem que sejam afectados os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços desse fornecedor para aceder legalmente a informações*” [v.g., Acórdão UPC Telekabel, de 27 de março de 2014²⁷]. Conclui-se assim neste aresto que “*os direitos fundamentais consagrados pelo direito da União devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que, através de uma injunção decretada por um juiz, um fornecedor de acesso à Internet seja proibido de facultar aos seus clientes o acesso a um sítio Internet em que é colocado em linha material protegido, sem a autorização dos titulares de direitos...*”.

22. Entre a doutrina nacional, Pedro Gonçalves (in «Regulação Pública de Conteúdos na Internet em Portugal – Contributo para a compreensão da designada “Solução provisória de litígios” pela Administração Pública no âmbito do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro», Direito da Sociedade de Informação (APDI), Volume VII, Coimbra Editora, 2008, pág. 117) o qual sustenta que «os prestadores intermediários de serviços têm “para com as entidades competentes” o dever de cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou a pôr termo a uma infracção, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a conteúdos [artigo 13.º, -c)]. Esta competência impositiva indirectamente fixada, aparece, depois protegida pelo disposto no artigo 37.º/2-c), que tipifica como contra-ordenação o não cumprimento da determinação da autoridade competente», Cláudia Trabuco (in “Conteúdos Ilícitos e Responsabilidade dos Prestadores de Serviços nas redes digitais”, Direito da Sociedade de Informação (APDI), Volume VII, Coimbra Editora, 2008, págs. 487 e ss.), a qual defende que mesmo que “a mera transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço, quer a actividade que consiste em facultar o acesso a uma rede de comunicações”, não resulte, nos termos do disposto no art. 14.º do Decreto-Lei 7/2004, de 07 de Janeiro, na responsabilização do prestador intermediário de serviços em rede, verificadas as condições aí previstas “essa desresponsabilização não implica, contudo, que não possam ser impostos sobre estes prestadores de determinados deveres de agir, nomeadamente quando, como vimos, mediante um pedido feito por autoridade judicial ou administrativa, deles seja esperado que previnam ou ponham termo a uma infracção concreta”, João Fachana (in *A Responsabilidade Civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Almedina, 2012, pág. 123) o qual defende que, poder-se-á, actualmente “exigir que o intermediário de mero transporte ou de acesso cesse a transmissão ou acesso a determinado conteúdo se for para isso notificado através das entidades administrativas ou judiciais próprias, nos termos das obrigações gerais que impendem sobre os intermediários, em especial nos termos do disposto na alínea c) do artigo 13.º do RJCE” e Patrícia Akester (in *O direito de Autor e os desafios da tecnologia digital*, ob. cit., pág. 129).

23. Tal como a liberdade de expressão, também os direitos de autor e conexos merecem protecção jurídica e consagração constitucional, sendo que, “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º/2 da Constituição da República Portuguesa).

24. Cfr. Council of the European Union- EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline FOREIGN AFFAIRS Council meeting Brussels, 12 May 2014, in: http://eeas.europa.eu/delegations/documents/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf.

25. Vide artigos 6.º, 7.º, 8.º, 11.º, 52.º – Jornal Oficial C 83/391, de 30/03/2010, in: <http://eur-lex.europa.eu>.

26. Vide nota 18 *supra*.

27. Vide nota 18 *supra*.

Do mesmo modo, o Tribunal dos Direitos do Homem²⁸, igualmente, se pronunciou sobre a adopção de medidas de bloqueio de acesso à Internet que possam atingir terceiros, no sentido de que tais bloqueios têm necessariamente de ter em consideração os direitos dos demais utilizadores da *World Wide Web*.

Por outro lado, outra questão de extrema importância, do ponto de vista dos direitos humanos, prende-se com os eventuais efeitos que o bloqueio de acesso a um determinado *website* poderá ter nas questões de privacidade dos cibernautas e de protecção de dados. Tal circunstância encontra-se intimamente ligada, em particular, ao bloqueio de IP, os quais, para além de impedirem o acesso a um determinado *site* “ilegal”, poderão bloquear uma multiplicidade de outros perfeitamente legais (o denominado *overblocking effect*). Como a este propósito observou o Advogado Geral no caso *Scarlet Extended*, *supra* aludido, um endereço IP pode ser considerado como um dado pessoal na medida em que pode permitir a identificação de uma determinada pessoa. Contudo, um bloqueio, via DNS, de acesso a um determinado *website*, como o ora determinado “The Pirate Bay”, não colocará, em virtude de tal bloqueio e atendendo ao facto daquele se tratar de um *website* de partilha de ficheiros, em causa a identidade dos clientes dos ISP de mero transporte.

Aliás, como a este propósito lapidarmente se defende na decisão do “High Court” irlandês, datado de 24 de Junho de 2012 (a propósito do bloqueio do “The Pirate Bay”)²⁹, “o abuso de um serviço de Internet para furto de direitos de autor é uma questão grave do ponto de vista das regras gerais de direitos autorais [...] qualquer forma de bloqueio daquele cliente com base no prestador de serviços de Internet não acarreta incompatibilidades com a privacidade” – tradução nossa. Acresce que, nem mesmo a imposição de filtros viola de acordo com a jurisprudência do TJUE (*v.g.*, Acórdão *Scalet Extended*)³⁰ o direito à privacidade “na medida em que a imposição deste tipo de filtros em nada difere do *software* já existente de antivírus ou *anti-spam*, que, por serem meramente técnicos, não envolvem qualquer processo de identificação de informações pessoais, mas apenas a seriação de determinados conteúdos com base em palavras-chave previamente definidas”³¹.

c. Eficácia dos bloqueios

O legislador nacional, no art. 210.º-G do CDADC, determina que o Tribunal deve decretar as providências adequadas a, no caso concreto, proibir a continuação da violação, sendo certo que, não exemplifica, concretiza ou sequer sugere, qual(ais) a(s) medida(s) adequada(s) a inibir tal violação. Na realidade, a lei nacional é omissa nesse particular, sendo que a única imposição legal relativa a esta questão (determinação em concreto da medida adequada), é a que consta do número 7 do artigo 210.º-G do CDADC³². Deste modo, nesta matéria o legislador deixou inteiramente à ponderação do julgador a decisão quanto à determinação das medidas que podem ser, materialmente, aplicadas no que concerne ao impedimento ou suspensão da continuação do ilícito. Objectivamente, o único limite aqui imposto ao julgador em relação às medidas concretas a decretar destinadas a impedir a violação é o cumprimento do requisito da sua adequação e necessidade aos fins prosseguidos pela

providência. No fundo, devem ser decretadas as medidas que se revelem, no caso, adequadas e necessárias para assegurar quer o não início quer a continuação (como ocorreu, *in casu*) da violação ilícita de direitos de autor e conexos, o que implica, necessariamente, do julgador uma ponderação e um juízo criterioso sobre a natureza do direito violado e as concretas circunstâncias dessa³³. Assim sendo, a questão da eficácia dos bloqueios não poderá ser desligada das questões da proporcionalidade e equidade.

Ora, como é sabido, as (por força das) constantes e diversas ordens de bloqueio, nomeadamente do *website* “The Pirate Bay” nos diversos países³⁴, têm conhecido diversas técnicas para contornar os mesmos, como sejam o recurso aos denominados “*mirrors*” e “*proxy’s*”, entre outros, levando a que os defensores do acesso livre a tal *website* reiterem que o barramento do mesmo é facilmente contornado e ultrapassado, daí decorrendo a ineficácia de tais medidas³⁵.

Pois bem, uma medida concreta de bloqueio de um determinado *website* imposta a um fornecedor de acesso “*não é desde logo desproporcionada apenas porque requer um esforço considerável, embora possa facilmente ser contornada sem conhecimentos técnicos específicos*” [*v.g.*, Comunicado de Imprensa (conclusões do advogado-geral), junto do TJUE, n.º 149/13]³⁶.

28. Press Release, issued by the Registrar of the Court: ECHR 458 (2012)18.12.2012, in <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/003-4202780-4985142>. Vide igualmente, a este propósito, artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e bem assim, a “Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet” adoptada pelas ONU, OSCE (Organization for Security and Cooperation in Europe), OAS (Organization of American States) e ACHPR (African Commission on Human and People’s Rights), no âmbito da qual se reconhece o valor do acesso à Internet como valor de liberdade de expressão – in <http://www.osce.org/fom/78309?download=true>.

29. Processo EMI v. UPC, disponível em <http://www.scribd.com/doc/39104491/EMI-v-UPC>.

30. Datada de 24 de Novembro de 2011, Proc. C-70/10, disponível em www.curia-europa.eu – cfr. nota 18.

31. Cfr. João Fachana, in *A Responsabilidade Civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, ob. cit., pág. 150.

32. Aí se dispõe que “Na determinação das providências previstas neste artigo, deve o tribunal atender à natureza do direito de autor e dos direitos conexos, salvaguardando nomeadamente a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos”.

33. A este propósito, o TJUE, no Acórdão L’Oréal SA e o. – cfr. nota 19 – sustenta que “estas medidas inibitórias devem ser efectivas, proporcionais, dissuasivas e não devem criar obstáculos ao comércio legítimo”.

34. Para uma análise mais pormenorizada, veja-se Vítor Castro Rosa, in “Comentário à sentença do TPI, Proc. 344/13.1YHLSB, de 27.02.2014”, ob. cit., págs. 56-58.

35. Vide, a este propósito, estudo da Universidade de Amsterdão de J. van der Ham, H. Rood, C. Dumitru, R. Koning, N. Sijm, C. de Laat, “Review en herhaling BREIN steekproeven 7-9 april 2012”, disponível em <http://dare.uva.nl/document/2/107984>.

Na prática, que seja do conhecimento público, nenhuma medida de bloqueio tomada até hoje foi capaz de impedir, de forma definitiva, a partilha de ficheiros ilegais. Contudo, com o bloqueio, mormente via DNS, de acesso a endereços electrónicos que exibam determinada página, assegura-se que tais serviços de acesso à Internet não possam ser utilizados para esse efeito. Assegurando-se, consequentemente, que a colocação à disposição de tais obras/prestações, não ocorra mais, a título definitivo, através dos mesmos.

Acresce ainda que, naturalmente, com a adopção dos bloqueios de acesso em causa, tal fará, pelo menos com que diminua, efectivamente, o alcance de tais partilhas ilegais, pois determinará que o número de visitas a determinado *website* seja reduzido, cessando ou diminuindo assim as violações cometidas nos direitos de propriedade intelectual³⁷. Aliás, a este propósito, sustenta a jurisprudência do TJUE (Acórdão UPC Telekabel³⁸) que é previsível que tais bloqueios não culminem na interrupção total das violações de direitos de autor e conexos. Contudo, daí não resulta que a protecção dos mesmos através de tais medidas de bloqueio, para que se considere eficaz, tenha de ser assegurada de forma absoluta, mas tão-só que tais medidas adoptadas sejam “suficientemente eficazes para assegurar uma protecção efectiva do direito fundamental em questão”, ou seja, que permitam impedir ou tornar difícil as consultas a tais obras e/ou prestações protegidas, bem como desencorajar os utilizadores de recorrerem aos prestadores intermediários de serviços de transporte para tais efeitos. Nessa medida, os bloqueios determinados judicialmente, mormente via DNS, são medidas eficazes no impedimento de infracções.

Acresce que, os efeitos laterais que tais bloqueios podem ter sobre a própria consciência moral dos utilizadores, é uma circunstância a não descurar, nomeadamente o enraizar nas consciências que tais práticas – actividades de transmissão ilícita de ficheiros *peer to peer* – são ilícitas e punidas, entre nós, criminalmente, com molduras penais agravadas – crime de usurpação – as quais poderão conduzir efectivamente à aplicação de penas pesadas. Bem assim, como os efeitos pedagógicos que tais medidas podem conduzir não se mostram despididos e podem levar a alterações de práticas e hábitos de consumo, por parte de utilizadores, de *downloads* ilegais para *downloads* e *streaming* legais.

Por outro lado, não é pelo facto de se admitir como possível que tais bloqueios possam ser (de forma mais ou menos dificultada) ultrapassados por outra via que, só por esse motivo, nenhuma atitude seja tomada com vista a impedir a continuação da prática de um acto ilícito. Na realidade, não se pode entender que, por assim ser, nenhuma medida seja tomada, permitindo-se assim a manutenção de uma actividade ilícita e violadora de direitos intelectuais. Tal circunstância, aliás, corresponderia ao esvaziar das responsabilidades impostas ao Estado de Direito quanto à protecção de tais direitos, bem como ao esvaziar de sentido de todas as preocupações e objectivos pretendidos pelas Directivas Comunitárias com a previsão de adopção de medidas materiais e processuais que visem assegurar um “elevado nível de protecção [do direito de autor e direitos conexos] uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual”³⁹.

Deste modo, a decisão ora proferida pelo TPI, sendo histórica e inédita em Portugal, tendo em conta tudo o que

a propósito do bloqueio do “The Pirate Bay” se foi dizendo, escrevendo e decidindo, um pouco por todo o mundo, deverá ter o condão de alertar o legislador nacional para a necessidade de manter um constante acompanhamento de tais matérias de molde a adaptar a lei à realidade socioeconómica e cultural, face à evolução tecnológica aliada ao mundo digital em que vivemos.

Resumo:

O presente comentário incide sobre a decisão inédita proferida pelo Tribunal da Propriedade Intelectual que ordenou o bloqueio, em Portugal, do *website* “The Pirate Bay”. O mesmo procura, de forma breve, fazer um enquadramento do caso à luz e nos termos do CDADC, bem como analisar algumas das questões jurídicas essenciais com que a decisão judicial do mesmo se viu confrontada.

Abstrat:

The present commentary relates to the unprecedented decision of the Portuguese Intellectual Property Court, who ordered the blockade, in Portugal, of “The Pirate Bay” website. The same brief comment, aims to provide a case framework in the light of and in accordance with CDADC (Portuguese Copyright Code), as well, analyze some of the key legal issues with which the court decision was faced.



36. Podendo o destinatário da obrigação como se defende no Acórdão do TJUE (v.g., Acórdão UPC Telekabel, de 27 de Março de 2014 – vide nota 17 *supra*) “evitar, através de prova de que tomou todas as medidas razoáveis, as sanções pecuniárias destinadas a reprimir a violação da referida proibição” de molde a que o “destinatário dessa injunção não ser obrigado a fazer sacrifícios insuportáveis, o que parece ser justificado atendendo, designadamente, a que aquele não é responsável pela violação do direito fundamental de propriedade intelectual que provocou a decretação dessa injunção”.

37. Circunstância que se tem verificado quanto ao caso específico do “The Pirate Bay”, ocorrer nos países em que são decretados judicialmente bloqueios – vide Digital Music Reports, in <http://www.ifpi.org>.

38. Processo C-314/12 e datado de 27.03.2014, cfr. nota 18 *supra*, no qual se sustenta que “No que diz respeito ao direito de propriedade intelectual, importa referir desde logo que não se exclui que a execução de uma injunção como a que está em causa no processo principal não culmine na cessação total das violações do direito de propriedade intelectual das pessoas em questão [...] importa referir que não decorre de forma alguma do art. 17.º, n.º 2, da Carta [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia] que o direito de propriedade intelectual seja intangível e que a sua protecção deva, portanto, ser assegurada de forma absoluta (v. neste sentido, acórdão Scarlet Extended [...] assim sendo, as medidas tomadas pelo destinatário de uma injunção como a que está em causa no processo principal, para cumprimento da mesma, devem ser suficientemente eficazes para assegurar uma protecção efectiva do direito fundamental em questão, ou seja, devem ter o efeito de impedir ou, pelo menos, de tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e de desencorajar seriamente os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços do destinatário da injunção de consultar esse material, colocado à sua disposição em violação do referido direito fundamental”.

39. Cfr. considerando 9 da Directiva 2001/29/CE.

Resumê:

Le présente commentaire se concentre sur la décision sans précédent du Tribunal de la Propriété Intellectuelle portugaise qui a ordonné, au Portugal, le blocage du site web “The Pirate Bay”. Le même commentaire cherche à brièvement faire un cadre des cas à la lumière et sous CDADC (Code du droit d’auteur portugais) aussi bien que analyser certaines des questions juridiques essentiels avec lesquels la décision judiciaire a été confronté.

GONÇALO GIL BARREIROS

■ Direito de Autor – Comunicação ao Público – Receptores de televisão nos cafés –

• Tribunal da Propriedade Intelectual
1.º Juízo. Proc. n.º 33/12.4YHLSB, Página 1 de 20, 122817

CONCLUSÃO – 23-09-2014

=CLS=

I – Relatório

AUDIOGEST – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos, com sede na Avenida de Sidónio Pais, 20, r/c direito, 1050-120 Lisboa, veio propor a presente acção declarativa que segue a forma de processo ordinário, contra ESTUÁRIO RIO, LDA., com sede na Rua do Passeio do Neptuno, Loja 14, Santa Maria dos Olivais, 1900-188 Lisboa.

Nela pede a condenação da ré:

a) a reconhecer à autora o direito exclusivo de autorizar a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas no estabelecimento comercial que explora, denominado “Tertúlia da Marina”;

b) na proibição de utilizar/executar publicamente fonogramas/videogramas no referido estabelecimento comercial, enquanto não obtiver, junto da autora, a licença “Passmúsica”;

c) no pagamento da remuneração de acordo com a tabela tarifária da autora para 2007, por contrapartida do respectivo licenciamento “Passmúsica” e que actualmente se cifra em 641,21 euros, correspondente ao capital em dívida e juros de mora vencidos (541,37 euros + 99,84 euros), bem como dos juros de mora vincendos;

d) no pagamento à autora da quantia de 1 000,00 euros, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela conduta omissiva da ré;

e) no pagamento à autora da quantia de 1 000,00 euros, correspondente ao ressarcimento dos encargos suportados com a protecção dos direitos lesados pela ré, bem como com a investigação e cessação da sua conduta lesiva; e

f) no pagamento à autora da quantia diária de 30,00 euros, a título de sanção pecuniária compulsória pelo atraso na prática do facto positivo da ré.

Para tanto alega que é uma associação de gestão colectiva que se encontra mandatada para representar os produtores fonográficos em matéria de cobranças de direitos, estando também mandatada para efectuar a cobrança das remunerações devidas aos artistas intérpretes e executantes, através da emissão de uma licença com a referência “Passmúsica”, que identifica o licenciamento conjunto de direitos conexos dos artistas, intérpretes, executantes e produtores fonográficos.

A execução pública de fonogramas editados comercialmente, além de carecer de autorização dos respectivos produtores, confere a estes e aos artistas intérpretes e executantes o direito a receber uma remuneração equitativa.

O restaurante denominado “Tertúlia da Marina”, propriedade da ré e explorado pela mesma, é um estabelecimento comercial aberto ao público em que se procede à execução pública de fonogramas do repertório entregue à gestão da autora, sem a competente licença e autorização.

Durante a fiscalização que teve lugar no dia 09-11-2007, período em que o estabelecimento se encontrava aberto ao público, estava a ser efectuada a execução pública de fonogramas de produtoras associadas da autora.

Pese embora a carta enviada à ré, a autora não recebeu qualquer resposta por parte daquela, como jamais pagou qualquer remuneração equitativa em relação à referida actividade de execução pública de fonogramas.

A ré veio contestar, pugnando pela improcedência da acção.

Invoca, no essencial, que a música que se ouve no estabelecimento em questão é transmitida pela televisão aí existente, a qual se encontra sintonizada em canais estrangeiros que emitem música, sendo que estes canais já liquidaram os direitos de autor e direitos conexos para a exibição pública das suas emissões. Por outro lado, não recebeu a carta a que a autora se refere na petição inicial, pelo que não se pode considerar interpelada para efectuar o licenciamento em questão.

A autora veio responder à contestação, pronunciando-se quanto à matéria invocada pela ré que considerou configurar excepção.

Findos os articulados, foi proferido despacho saneador e procedeu-se à selecção da matéria de facto.

Realizou-se a audiência final, com obediência do legal formalismo, observando-se a tramitação prevista no Novo Código de Processo Civil (NCPC), por força do preceituado no artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2013, de 26-06, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 36/2013, de 12-08.

★

II – A instância mantém-se válida e regular, não existindo questões prévias de que cumpra conhecer.

★

III – Questões a decidir

Na presente acção cumpre apreciar e decidir as seguintes questões:

– se à autora assiste o direito exclusivo de autorizar a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas no estabelecimento explorado pela ré e, em consequência, se deve ser decretada a proibição de utilizar/executar publicamente fonogramas/videogramas no referido estabelecimento, enquanto não obtiver, junto da autora, a licença “Passmúsica”;

– se deve a ré ser condenada no pagamento da remuneração por contrapartida do respectivo licenciamento “Passmúsica”, relativo ao ano de 2007, na quantia atrás indicada;

– se deve a ré ser condenada a pagar à autora a quantia de 1 000,00 euros, a título de ressarcimento dos encargos suportados com a protecção dos direitos lesados pela mesma, bem como com a investigação e cessação da sua conduta lesiva;

– se deve a ré ser condenada a pagar à autora a quantia de 1 000,00 euros, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela sua conduta omissiva; e

– se deve a ré ser condenada no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória.

★

IV – Fundamentação

Os factos

São os seguintes os *factos provados*, com interesse para a decisão da causa:

1.- A autora foi constituída por escritura pública lavrada no 12.º Cartório Notarial de Lisboa, em 26 de Novembro de 2002.

2.- É uma associação sem fins lucrativos que representa os produtores fonográficos em matérias relacionadas com a autorização da utilização ou difusão, em espaços públicos ou abertos ao público, da sua música gravada ou dos seus vídeos musicais e com a cobrança das suas remunerações.

3.- Com objectivos semelhantes de gestão colectiva dos interesses dos artistas, intérpretes e executantes foi constituída a GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes e Executantes, CRL.

4.- A autora e a GDA, CRL, encontram-se registadas na Inspecção-Geral das Actividades Culturais.

5.- Em resultado dos acordos feitos com a GDA, CRL, a autora passou também a proceder à autorização e à cobrança das remunerações dos artistas, intérpretes e executantes.

6.- Esta actividade é presentemente desenvolvida pela autora, em parceria com a GDA, CRL, através da atribuição de uma autorização com a referência “Passmúsica”, que identifica a autorização conjunta dos artistas, intérpretes executantes e produtores fonográficos.

7.- Em resultado do acordado com a GDA, CRL, uma vez emitida a autorização, pela autora, a remuneração cobrada é dividida entre produtores e artistas, sendo a parte relativa aos artistas entregue à GDA, CRL.

8.- Caso a GDA, CRL, não represente um determinado artista, a parte relativa ao mesmo será devolvida ao produtor, que entregará então ao artista, nos termos individualmente acordados entre este e aquele.

9.- Na sua actividade de autorização e cobrança de remunerações de produtores e artistas, a autora representa o repertório nacional e estrangeiro e autoriza a utilização, por parte dos interessados, de cerca de 98% desse repertório de música gravada, nacional ou estrangeira, comercializada e utilizada em Portugal.

10.- O Bar denominado “Tertúlia da Marina”, sito na Rua Passeio do Neptuno, Loja 14, em Lisboa, é explorado pela ré.

11.- Este estabelecimento encontra-se aberto ao público e a funcionar diariamente.

12.- No estabelecimento existe uma televisão, marca Bang and Olufsen, que se encontra sintonizada em canais estrangeiros, como os de moda, Canal F (*fashion*), o qual emite muita música.

13.- No mesmo televisor passam também outros programas, como sejam as notícias dos canais nacionais, os jogos de futebol e os concursos.

14.- Em meados de 2007, a ré ouviu falar na TV sobre o tema do licenciamento “Passmúsica”.

15.- No dia 9 de Novembro de 2007, colaboradores da autora levaram a cabo acção de fiscalização e verificação

no estabelecimento “Tertúlia da Marina”, quando este se encontrava aberto ao público.

16.- Durante a fiscalização referida em 15, estava a ser utilizada música gravada, nomeadamente: a música *World Hold On*, do artista Bob Sinclair e da produtora Vidisco; e a música *Rise Up*, do artista Yves Larock e da produtora Vidisco.

17.- A produtora Vidisco é associada da autora.

18.- A autora fixa e publica os tarifários aplicáveis às várias categorias de direitos conexos e às suas diferentes formas de exploração, cobrados pela mesma, através do licenciamento identificado com a referência “Passmúsica”, encontrando-se todos os tarifários disponíveis no sítio <www.passmusica.pt>.

19.- Para o efeito, a autora tem fixada uma tabela para as categorias de direitos de televisão terrestre ou por cabo, rádio terrestre ou via Internet, execução ou comunicação pública.

20.- Na área da execução pública (utilização de música gravada em espaços abertos ao público) é fixado um tarifário, tendo em atenção a importância da música para a respectiva actividade, a área ou lotação do respectivo espaço, entre outros critérios.

21.- No caso concreto da ré, a actividade desenvolvida no estabelecimento “Tertúlia da Marina” refere-se a “Bares”.

22.- O referido estabelecimento tem uma lotação aproximada de 50 pessoas e encontra-se aberto ao público diariamente.

23.- A tarifa anual de execução pública de fonogramas aplicável a Bares, com as características referidas em 22, referente a 2007, é de 541,37 euros.

24.- A ré não obteve a autorização designada «Passmúsica» nem entregou qualquer quantia à autora.

25.- Foi enviada carta, em 21 de Novembro de 2007, a informá-la da necessidade de obter a respectiva licença e de pagar a remuneração devida pela utilização de música gravada e editada na actividade do mencionado estabelecimento.

26.- Nessa missiva consta a indicação de que no sítio <www.passmusica.pt> se encontram disponíveis os respectivos tarifários, mais se dizendo o seguinte: “Caso não obtenha imediatamente a licença passmúsica, não terá direito a qualquer *desconto/redução de Tarifários*. Se preencher o Formulário/Pedido de Licenciamento, declarando voluntariamente, nos próximos 5 dias, a utilização de música e os demais elementos necessários para o seu Licenciamento (e se pagar pontualmente o valor da factura respectiva) ainda poderá beneficiar de um desconto de, no mínimo, 15% (quinze por cento). Para regularizar a sua situação, envie-nos, *no prazo máximo de 5 dias*, o Formulário/Pedido de Licenciamento para o ano de 2007 que se encontra em anexo. Com base nesta informação, irá receber uma factura que, uma vez paga, constituirá a licença que o autorizará a continuar a utilizar música em público.”

27.- A autora suportou despesas com as tentativas gozadas de obter voluntariamente, da ré, o licenciamento “Passmúsica”.

★

Dos factos constantes da base instrutória, *não se provou*:

i.- Que a ré recebeu a carta enviada pela autora, em 21-11-2007 (facto 2 da base instrutória);

ii.- Que para exercer a gestão que lhe cumpre assegurar, a autora teve de suportar despesas com o recrutamento,

selecção e formação de colaboradores, bem como as despesas inerentes ao desenvolvimento da actividade de fiscalização que desenvolve (facto 3 da base instrutória);

iii.- Que as despesas que a autora efectuou em virtude da actuação da ré, referidas em 27 dos factos provados, ascenderam a 1 000,00 euros (facto 5 da base instrutória).

★

Motivação da decisão de facto

Em relação à *matéria de facto provada*, o Tribunal formou a sua convicção nos seguintes moldes:

– Facto 1 – Documento junto a fls.132 a 160 (cópia da certidão da escritura pública de constituição da autora).

– Facto 2 – Matéria assente, constante do ponto A do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 3 – Matéria assente, constante do ponto B do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 4 – Matéria assente, constante do ponto C do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 5 – Matéria assente, constante do ponto D do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 6 – Matéria assente, constante do ponto E do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 7 – Matéria assente, constante do ponto F do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 8 – Matéria assente, constante do ponto G do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 9 – Matéria assente, constante do ponto H do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 10 – Matéria assente, constante do ponto I do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 11 – Matéria assente, constante do ponto J do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 12 – Matéria assente, constante do ponto K do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 13 – Matéria assente, constante do ponto L do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 14 – Matéria assente, constante do ponto M do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 15 – Matéria assente, constante do ponto N do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 16 – Com base no depoimento da testemunha Rui Manuel Alves Barradas, delegado de licenciamento ao serviço da autora, no período compreendido entre Fevereiro de 2007 e Dezembro de 2008, sendo que após essa data passou a prestar serviços pontuais para a mesma. Conhece o estabelecimento da ré, tendo efectuado a visita de verificação no dia 09-11-2007, na qual detectou que a mesma passava música ambiente e ouviu as músicas indicadas no facto em apreço, entre outras. Explicou como procedeu à verificação que realizou, o que observou, no que respeita à música que se ouvia e às características do estabelecimento em causa e a informação que subsequentemente enviou ao departamento de licenciamento da autora, ao qual incumbia contactar a entidade exploradora do estabelecimento, enviando-lhe uma carta.

– Facto 17 – Matéria assente, constante do ponto O do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 18 – Matéria assente, constante do ponto P do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 19 – Matéria assente, constante do ponto Q do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 20 – Matéria assente, constante do ponto R do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 21 – Matéria assente, constante do ponto S do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 22 – Matéria assente, constante do ponto T do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 23 – Matéria assente, constante do ponto U do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 24 – Matéria assente, constante do ponto V do despacho de selecção da matéria de facto.

– Facto 25 – Com base no teor do documento junto a fls.58 a 60 (cópia da carta datada de 21-11-2007 e respectivo talão de registo) e no depoimento da testemunha João Filipe Duarte Rodrigues, assistente administrativo ao serviço da autora, desde Outubro de 2005, exercendo funções no respectivo departamento jurídico. Esta testemunha explicou a intervenção que os serviços administrativos da autora efectuam após a verificação de um estabelecimento, no âmbito da qual foi enviada a carta registada com aviso de recepção constante do documento atrás referido, sendo que não houve resposta da ré nem qualquer pedido de licenciamento. Neste contexto, a testemunha declarou não se recordar se o mencionado aviso de recepção assinado foi recebido pela autora. Enunciou ainda as despesas com encargos que a autora tem, com referência à utilização de música não licenciada detectada nos autos, embora não sabendo precisar o respectivo quantum.

– Facto 26 – Com base no teor do documento junto a fls.58 a 59 – cópia da carta datada de 21-11-2007 (cf. artigo 47.º da petição inicial, que dá por produzido o referido documento).

– Facto 27 – Com base no depoimento da testemunha João Filipe Duarte Rodrigues, pela razão de ciência atrás assinalada.

★

Em relação ao *facto não provado* indicado sob o ponto i., a testemunha João Filipe Duarte Rodrigues confirmou o envio da carta registada com aviso de recepção constante do documento junto a fls.58 a 60, mas não se recorda se a autora recebeu o referido aviso assinado. Ora, atendendo a que não foi junto documento comprovativo do recebimento, pela autora, do mencionado aviso e que o depoimento da testemunha não foi de molde a suprir, em sede probatória, a falta de tal elemento documental, o Tribunal concluiu no sentido da não demonstração do facto em referência.

Quanto aos factos não provados ii. e iii., não foi feita prova testemunhal, documental ou outra que conduzisse à sua demonstração, cingindo-se o depoimento da testemunha João Filipe Duarte Rodrigues à prova do facto 27.

★

O direito

A presente acção versa sobre os seguintes direitos conexos:

– O direito dos produtores de fonogramas ou de videogramas de autorizar a difusão dos mesmos por qualquer meio, incluindo a sua execução pública (artigo 184.º, n.º 2, do CDADC), e o direito a receber uma remuneração equitativa pela utilização, por qualquer forma de comunicação pública, de fonogramas ou videogramas editados comercialmente, ou de uma reprodução dos mesmos (n.º 3 do mesmo preceito).

– O direito dos artistas intérpretes ou executantes a receber uma remuneração equitativa, nos termos previstos no artigo 184.º, n.º 3, do CDADC.

A remuneração equitativa acima referida destina-se a ser dividida entre os produtores e os artistas, em partes iguais, salvo acordo em contrário (artigo 184.º, n.º 3, do CDADC).

Conforme resultou provado, a autora está autorizada a representar produtores fonográficos, encontrando-se também mandatada para promover o licenciamento e a cobrança das remunerações devidas aos artistas intérpretes ou executantes.

Neste contexto, em resultado dos acordos feitos com a GDA, CRL, a autora desenvolve a actividade de autorização e cobrança acima referida, através da atribuição de uma licença com a referência “Passmúsica”, que identifica a autorização conjunta dos artistas, intérpretes ou executantes e produtores fonográficos. Uma vez emitida a licença, a remuneração cobrada é dividida entre produtores e artistas, sendo a parte relativa aos artistas entregue à GDA, CRL. Caso a GDA, CRL, não represente um determinado artista, a parte relativa a este será devolvida ao produtor, que entregará então ao artista, nos termos individualmente acordados entre os dois.

A autora, enquanto entidade de gestão colectiva de direitos conexos, está sujeita às regras estabelecidas pela Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, que regula a constituição, organização, funcionamento e atribuições de tais entidades.

Segundo o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da citada Lei n.º 83/2001, as referidas entidades têm por objecto a gestão dos direitos patrimoniais que lhes sejam confiados em relação a todas ou a algumas categorias de obras, prestações e outros bens protegidos.

Por outro lado, o artigo 9.º do mesmo diploma dispõe que, obtido o competente registo (junto da IGAC – artigo 6.º), tais entidades estão legitimadas, nos termos dos respectivos estatutos e da lei aplicável, a exercer os direitos confiados à sua gestão e a exigir o seu efectivo cumprimento por parte de terceiros, mediante o recurso às vias administrativas e judiciais.

Assim, a autora, enquanto entidade de gestão colectiva, está legitimada a exercer os direitos de licenciamento e de cobrança de remunerações devidas a produtores e artistas executantes ou intérpretes de fonogramas e videogramas musicais.

Tais direitos de licenciamento e a uma remuneração equitativa decorrem precisamente dos direitos exclusivos dos produtores de fonogramas e videogramas, consagrados no citado artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC, o qual também consagra o direito dos artistas intérpretes ou executantes a uma remuneração equitativa (n.º 3 do mencionado preceito).

Nestes autos resultou apurado que no estabelecimento denominado “Tertúlia da Marina”, explorado pela ré, se procede à utilização de músicas gravadas e editadas que pertencem ao repertório que a autora representa, sendo que, no dia 9-11-2007, período em que o referido estabelecimento se encontrava aberto ao público, estava a ser efectuada a execução pública de música, nomeadamente a indicada sob o n.º 16 dos factos provados, de produtoras associadas da autora.

Apurou-se também que a ré não obteve a autorização designada “Passmúsica” nem entregou qualquer quantia à

autora para esse efeito. Ou seja, a ré não possui autorização dos produtores de fonogramas e videogramas musicais ou dos seus representantes, designadamente da autora, para proceder à execução ou comunicação pública, no referido estabelecimento, dos correspondentes fonogramas/videogramas musicais.

Ora, considerando que a ré carecia e carece de autorização dos produtores, ou da autora, que os representa, para a execução pública de música gravada e editada e que não possui tal autorização, a que acresce que não pagou qualquer quantia a título da remuneração devida àqueles e aos artistas intérpretes ou executantes, há que concluir que ocorreu uma violação do direito de exclusivo em apreço.

Importa aqui sublinhar que o apurado facto de que as músicas executadas no estabelecimento explorado pela ré (videogramas musicais) provêm da recepção, no aparelho de televisão ali existente, de canal televisivo que emite música, não deixa de constituir comunicação ao público ou execução pública, nos termos previstos no artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC.

Isto porque a utilização daquele aparelho permite disseminar a música pelo estabelecimento em causa e, deste modo, o público que o frequenta pode desfrutar da sua audição.

Trata-se, pois, de uma comunicação que extravasa o âmbito da simples recepção efectuada num contexto individual, privado ou familiar.

Uma vez que a ambientação musical que resulta de tal comunicação é susceptível de atrair clientes interessados, a transmissão assim efectuada repercute-se na frequência do estabelecimento e, por conseguinte, nos seus resultados económicos.

Esta conclusão inscreve-se claramente no alcance interpretativo a dar à citada disposição legal, enquanto norma resultante da transposição, para o ordenamento jurídico nacional, da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (cf. as alterações introduzidas ao mencionado artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, e subsequentemente, visando contemplar as novas realidades emergentes da Internet, na vertente de “colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto), em função do que se deverá levar em linha de conta o sentido que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vem dando aos conceitos de “execução pública” e “comunicação pública”, através da jurisprudência produzida em sede de decisão prejudicial.

É certo que, no plano nacional, a propósito do tipo de crime previsto e punido pelos artigos 149.º, 195.º e 197.º do CDADC, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão n.º 15/2013, tomou posição sobre o conceito de comunicação pública em matéria de direito de autor, tendo nesse aresto fixado jurisprudência no sentido de que “a aplicação, a um televisor, de aparelhos de ampliação do som, difundido por canal de televisão, em estabelecimento comercial, não configura uma nova utilização da obra transmitida, pelo que o seu uso não carece de autorização do autor da mesma, não integrando consequentemente essa prática o crime de usurpação”.

Contudo, o referido aresto uniformizador inscreve-se no âmbito criminal, mais concretamente a propósito dos elementos do referido tipo de crime de usurpação, sendo que a decisão de fixação não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, os quais têm o dever de fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão (artigo 445.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

Ora, o caso *sub judice* respeita, não ao ilícito criminal, mas ao direito de exclusivo dos produtores e ao direito a uma remuneração equitativa de que estes e os artistas intérpretes ou executantes são titulares.

Ou seja, estão aqui em causa interesses materiais ou patrimoniais dos produtores de fonogramas ou de videogramas musicais e bem assim dos artistas intérpretes ou executantes, cuja tutela se encontra consagrada no citado artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC.

E para tais casos vale o sentido interpretativo que o TJUE vem dando ao conceito de *comunicação ao público*, em arestos como o proferido no processo C-306/05.

Assim, conforme se assinalou nesse Acórdão do TJUE de 07-12-2006, “resulta do vigésimo terceiro considerando da Directiva 2001/29 que o conceito de comunicação ao público deve ser entendido em sentido amplo. Esta interpretação revela-se, por outro lado, indispensável para atingir o objectivo principal da referida directiva, que, como resulta dos seus nono e décimo considerandos, é instaurar um elevado nível de protecção dos autores, entre outros, que lhes permita receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, designadamente na sua comunicação ao público”.

No acórdão proferido em 15-03-2012 (processo C-135/10), que versou sobre direitos conexos dos produtores de fonogramas, o TJUE assinalou que a natureza essencialmente económica do direito a uma remuneração equitativa leva a que o conceito de comunicação ao público que a ele está inerente pressuponha igualmente um escopo de benefício ou vantagem, o que se verifica quando está em causa um estabelecimento como, por exemplo, um café-restaurante (cf. n.º 90 do citado acórdão, em que, invocando a jurisprudência firmada nos processos C-403/08 e 429/08, se diz que a “transmissão de obras radiodifundidas pelo operador de um café-restaurante é efectuada com o objectivo e é susceptível de se repercutir na frequência do estabelecimento e, finalmente, nos resultados económicos do mesmo”).

O meio utilizado pela ré em nada afecta, pois, a conclusão a que se chegou, de que a mesma procede à “execução pública” ou “comunicação pública”, para efeitos do citado artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC.

Assim, face ao exposto, dúvidas não restam que, verificando-se uma violação do exclusivo de exploração consagrada no citado artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC, os dois primeiros pedidos formulados pela autora merecem integral procedência.

Analise-se agora os demais pedidos formulados nesta acção.

Como decorrência da violação do direito de exclusivo acima referida, a pretensão que a autora deduz nos presentes autos inscreve-se no domínio da *responsabilidade civil aquiliana*, a qual assenta nos seguintes pressupostos: o facto ilícito, o dano, o nexo de causalidade entre aquele e este e a

imputação do facto à lesante (pelo menos a título de negligência – “mera culpa”).

Para além do regime geral previsto no artigo 483.º do Código Civil, em matéria indemnizatória o direito de autor e os direitos conexos passaram a gozar da tutela específica consagrada no artigo 211.º do CDADC, cuja redacção em vigor foi introduzida pela Lei n.º 16/2008, de 01-04, que procedeu à transposição para o ordenamento jurídico nacional da Directiva 2004/48/CE (“Directiva Enforcement”).

Contudo, face ao que resultou apurado nos presentes autos, a pretensão indemnizatória formulada pela autora tem apenas por base factos praticados no ano de 2007 (cf. factos 15 e 16), havendo assim que atender aos termos gerais da responsabilidade civil (cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, reimp., Coimbra Editora, 2012, p. 623), uma vez que na versão anterior à introduzida pela referida Lei n.º 16/2008 não havia no CDADC previsão geral do dever de indemnizar, nem um regime específico para a determinação do *quantum* indemnizatório (salvo referências pontuais, como sucedia com o artigo 210.º, na redacção dada pela Lei n.º 45/85, de 17-09).

Nos termos gerais, a obrigação de indemnizar compreende não só o prejuízo causado (dano emergente), como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (lucro cessante) – artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil.

Por outro lado, segundo o princípio geral consagrado no artigo 562.º do Código Civil, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Neste quadro, importa ainda atender ao nexo de causalidade definido no artigo 563.º do Código Civil: “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Ora, analisada a factualidade apurada, conclui-se que a ré, ao proceder à execução pública de videogramas musicais sem autorização e sem pagar a remuneração devida, levou a cabo uma actuação ilícita (por violar direitos alheios, *in casu*, o direito de exclusivo dos produtores fonográficos representados pela autora), culposa (pelo menos na modalidade de comportamento negligente, visto que agiu sem previamente se munir da competente autorização, que não podia desconhecer e lhe era exigível, face à actividade que desenvolve, ou seja, a exploração de estabelecimento comercial de restauração em que era utilizada música ambiente, a que acresce que a autora divulgou ao público em geral o licenciamento “Passmúsica”, através da campanha informativa que levou a cabo, do que a ré tomou conhecimento – cf. facto 14) e que provocou danos (pelo menos a remuneração que deixou de ingressar na esfera jurídica da autora, em consequência daquele comportamento ilícito), sendo estes um resultado causal da referida actuação ilícita.

Disto isto, importa então apreciar quais os danos que, neste contexto da responsabilidade por acto ilícito, devem ser indemnizados pela ré.

Pretende a autora que a ré seja condenada no pagamento da remuneração por contrapartida do licenciamento “Passmúsica”.

Tal remuneração tem por referência o tarifário anual de execução pública de fonogramas e videogramas fixado

pela autora, no âmbito do licenciamento “Passmúsica”, sendo que, no caso concreto, considerando as características e modo de funcionamento do estabelecimento da ré – um Bar –, bem como a importância da música para a respectiva actividade, a tarifa relativa ao ano de 2007 corresponde a 541,37 euros.

Atendendo aos princípios gerais acima enunciados e considerando que está em causa, neste particular, um prejuízo sofrido pelos produtores e artistas, correspondente às quantias que haviam de receber, em resultado do direito que lhes é reconhecido pelo artigo 184.º, n.º 3, do CDADC, dúvidas não há que a pretendida condenação no pagamento da remuneração por contrapartida do licenciamento “Passmúsica” deve proceder (assim, cf. Acórdãos da Relação do Porto de 27-01-2009 e da Relação de Évora de 29-03-2012, disponíveis na Internet em <<http://www.dgsi.pt>>).

A demandante pede ainda a condenação da ré no pagamento da quantia de 1 000,00 euros, correspondente ao *ressarcimento dos encargos suportados com a protecção dos direitos lesados pela mesma, bem como com a investigação e cessação da sua conduta lesiva*.

A este respeito, resulta da matéria assente que a autora suportou despesas com as tentativas goradas de obter voluntariamente, da ré, o licenciamento “Passmúsica” (cf. facto 26).

Considerando, contudo, o regime aplicável aos factos em análise, constante dos termos gerais plasmados nos artigos 562.º, 563.º e 564.º, todos do Código Civil, conclui-se que não existe nexo de causalidade bastante para se atender àqueles encargos e despesas, no cômputo da indemnização devida pela ré.

De onde resulta, pois, que a referida pretensão da autora deve improceder.

Analisemos, agora, a peticionada *indemnização por danos não patrimoniais*.

Conforme resulta do disposto no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, só deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo esta gravidade medida por um padrão objectivo, tendo em conta as circunstâncias do caso, em que relevam aspectos como o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado, as próprias circunstâncias da infracção e o grau de difusão ilícita da obra ou da prestação (artigos 494.º, 496.º, n.º 3, 562.º, 563.º, 564.º e 566.º, n.º 1, todos do Código Civil).

Por outro lado, nesta análise objectiva da dimensão do eventual dano não patrimonial, não será despidendo considerar que o quadro de direitos conexos que a lei reconhece aos produtores assume, todo ele, natureza patrimonial (cf. artigo 184.º do CDADC), não estando prevista a titularidade de direitos morais, ao contrário do que sucede com os artistas intérpretes ou executantes (cf. artigos 180.º, n.ºs 1 e 2, 182.º e 198.º do CDADC). Isto pese embora se admita, como princípio, que da violação de direitos patrimoniais possam advir danos morais (cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, p. 513, e José de Oliveira Ascensão, *op. cit.*, p. 624).

Ademais, tal como se sustenta no Acórdão da Relação do Porto de 27-01-2009, atrás referido, “o arbitramento de compensação por danos não patrimoniais apenas pode

operar relativamente ao lesado se este provar que sofreu graves afectações decorrentes da prática do facto ilícito, não sendo qualitativamente idóneo, curial e suficiente alegar-se que esta indemnização é necessária por razões de prevenção de futuras infracções e que se despende esforço em inúmeras acções judiciais que se instauram”.

Ora, analisados os factos provados no caso vertente, conclui-se que não existem elementos que sustentem que da conduta ilícita praticada pela ré tenham resultado para a autora danos não patrimoniais que mereçam a tutela do direito.

Assim, na ausência de tal factualidade a pretensão da autora deve também improceder nesta parte.

Cumpra agora apreciar a peticionada *sanção pecuniária compulsória* de 30,00 euros diários, pelo atraso na prática do facto positivo da ré, ou seja, no cumprimento da obrigação de obter a licença “Passmúsica”.

Quanto a este pedido, afigura-se-nos que o fim que se visa prosseguir com o mesmo se encontra suficientemente contemplado na condenação da ré no pagamento da remuneração devida pelo licenciamento “Passmúsica”, sendo que nada mais se provou que fundamente uma condenação que vá para além desse quadro (assim, cf. Acórdão da Relação do Porto de 27-01-2009, atrás citado).

Aliás, o pedido que a autora formula em segundo lugar, e que merece provimento, é no sentido da condenação da ré na proibição de utilizar/executar publicamente fonogramas/videogramas no seu estabelecimento comercial, enquanto não obtiver, junto da autora, a licença “Passmúsica”.

Logo, não vemos como uma sanção pecuniária pelo atraso na prática de facto positivo (licenciamento “Passmúsica”) possa estar associada à peticionada imposição de facto negativo (proibição de utilização ou execução pública de fonogramas/videogramas).

Deverá, assim, improceder a pretendida condenação da ré numa sanção pecuniária compulsória.

Por fim, no que respeita aos *juros de mora*, conforme se alcança da fundamentação de facto acima descrita, não ficou demonstrado que a ré tivesse recebido a carta enviada pela autora, em 21-11-2007, na qual informava a necessidade de obter a respectiva licença e pagar a remuneração devida pela utilização de música gravada e editada na actividade do seu estabelecimento e dava conhecer os procedimentos relativos ao pedido de licenciamento, pagamento a efectuar e prazos aplicáveis, bem como onde consultar o correspondente tarifário (cf. factos provados 25 e 26 e facto não provado i.).

Ora, atendendo a que não se provou a recepção da referida missiva, não se pode concluir que o seu teor tivesse chegado ao conhecimento da ré (cf. artigo 224.º do Código Civil), em função do que os juros de mora são devidos, não a contar daquela interpelação, mas a partir da data da citação, tal como prevê o artigo 805.º, n.º 3, segunda parte, do Código Civil.

Em suma, analisadas que estão todas as questões suscitadas no presente pleito, conclui-se que deve o mesmo ser julgado parcialmente procedente, nos termos acima enunciados.

★

V – Decisão

Por todo o exposto, julga-se parcialmente procedente a presente acção e, em consequência, condena-se a ré ES-TUÁRIO RIO, LDA.:

a) a reconhecer à autora AUDIOGEST – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos o direito exclusivo de autorizar a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas no estabelecimento comercial que explora, denominado “Tertúlia da Marina”;

b) na proibição de utilizar/executar publicamente fonogramas/videogramas no *supra* referido estabelecimento comercial, enquanto não obtiver, junto da autora, a licença “Passmúsica”; e

c) a pagar à autora a remuneração de acordo com a tabela tarifária da mesma, para o ano de 2007, por contrapartida do respectivo licenciamento “Passmúsica”, no valor de 541,37 euros, bem como dos juros de mora vencidos e vincendos à taxa supletiva legal sucessivamente em vigor, desde a data da citação e até efectivo e integral pagamento.

Absolve-se a ré do demais peticionado pela autora.

Custas pela autora e pela ré, na proporção do decaimento, sendo que aquela está delas isenta (artigo 527.º, n.ºs 1 e 2, do NCPC).

Valor: o fixado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão proferido no recurso de apelação em separado.

Registe e notifique.

Lisboa, d.s.

(acto praticado em suporte informático, com aposição de assinatura electrónica)

Comentário

1. Introdução

Volvido mais de um ano após o Supremo Tribunal de Justiça ter consagrado, por via de harmonização jurisprudencial¹, a posição segundo a qual os estabelecimentos comerciais não necessitam de obter autorização, por parte dos autores e seus representantes, para a aplicação, a televisores, de colunas ou outro material destinado a ampliar e distribuir o som das emissões de radiodifusão, porquanto tal não consubstancia um novo processo de comunicação ao público, o Tribunal da Propriedade Intelectual (TPI) é chamado agora a decidir se a Audiogest² tem o direito exclusivo de autorizar a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas num estabelecimento comercial, mais concretamente num restaurante/bar.

1. Acórdão do STJ de 13.11.2013, publicado no *Diário da República* de 16.12.2013

Após a prolação do referido Acórdão do STJ, várias vezes críticas se levantaram contra a jurisprudência nele fixada³. De entre as críticas aventadas, ressaltam as que afirmam que o acórdão desrespeita o acervo comunitário, quer na vertente normativa⁴ quer na vertente jurisprudencial⁵, e bem assim aquelas que situam o cerne da discussão no binómio “recepção/comunicação”. No entender do STJ, a recepção deve ser livre e abrange todas aquelas situações de facto em que não existe uma modificação, por meios técnicos, na forma de recepção, em ordem a aproveitá-la para criar uma encenação que a mera recepção do programa radiodifundido não provocaria. Só nos casos em que a recepção seja convertida, ela própria, num espectáculo, organizado em estabelecimentos públicos, em torno de eventos desportivos ou musicais, haja ou não entradas pagas, mas publicitado, eventualmente com um arranjo ou decoração especial do espaço, tudo com vista à captação de uma audiência alargada, se abandona o plano da mera “recepção” e se entra no plano da “comunicação pública”, tendo o STJ recusado a subsunção da factualidade apurada a esse conceito. No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação do Porto⁶, em Novembro de 2014, em processo cível iniciado pela GDA e pela Audiogest visando (i) o reconhecimento do direito exclusivo destas entidades a autorizar a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas em estabelecimento comercial e (ii) a condenação do réu ao pagamento das remunerações devidas. Seguindo de perto a jurisprudência do STJ, considerou este Tribunal que apenas ocorre uma “reutilização da obra” se forem empregues meios técnicos que recriem de qualquer forma a difusão da obra, produzindo um espectáculo diferente do que é radiodifundido, não existindo, fora desses casos, uma obrigação de nova remuneração. Assim, também no âmbito dos direitos conexos, venceu a orientação jurisprudencial do STJ.

É neste panorama jurisprudencial que o Tribunal da Propriedade Intelectual é chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a utilização/execução pública de fonogramas/videogramas num estabelecimento público constitui um acto de “comunicação pública” que deva ser autorizado pelo produtor do fonograma/videograma (ou seus representantes) e, consequentemente, devidamente remunerado pelo utilizador.

2. Breve enquadramento das pretensões da Audiogest

As prestações dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas e de videogramas são protegidas nos termos do Título III do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (“CDADC”), conforme o preceituado no art. 176.º desse diploma.

Nos termos do art. 184.º, n.º 2, do CDADC, carecem de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a sua colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. Estabelece ainda o n.º 3 do mesmo preceito que quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma

de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa.

A matéria de facto apurada, no presente caso, pelo TPI não dista muito daquela que foi apreciada pelo STJ. Em ambos os casos foi constatada a difusão de conteúdos através de um aparelho de televisão num estabelecimento comercial, sem que os responsáveis pelo estabelecimento tivessem obtido autorização dos representantes dos autores, no primeiro caso e, no segundo caso, dos produtores de fonogramas/videogramas⁷.

Ressalvada a circunstância de a Sociedade Portuguesa de Autores ter decidido accionar a tutela penal, enquanto a Audiogest optou por recorrer à tutela cível, a questão crucial, em ambos os processos, situa-se na dilucidação do conceito de “comunicação ao público”.

3. Da decisão do Tribunal da Propriedade Intelectual

Destaca o Tribunal que, tendo ficado provado que as músicas executadas no bar explorado pela ré (videogramas musicais) “provêm da recepção, no aparelho de televisão

2. Na qualidade de associação de gestão colectiva que se encontra mandatada para representar os produtores fonográficos em matéria de cobrança de direitos, estando também mandatada para efectuar a cobrança das remunerações devidas aos intérpretes e executantes, através de uma licença com a referência “Passmúsica”, que identifica o licenciamento conjunto de direitos conexos dos artistas, intérpretes, executantes e produtores fonográficos.

3. Designadamente a Sociedade Portuguesa de Autores, Autora nesse processo. Em anotação crítica ao Acórdão do STJ de 13.11.2013 veja-se também Vítor Castro Rosa, *Propriedades Intelectuais*, n.º 1, Universidade Católica Editora, Junho 2014, pág. 55.

4. O enquadramento legislativo desta matéria em Portugal, estatuído no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, evoca o art. 11.º-bis da Convenção de Berna, uma norma internacional que vincula o Estado Português. Caberia, pois, ao STJ levar a cabo uma análise baseada na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na qual se faz expressamente a ligação das normas de Direito da União Europeia em causa (ou seja, o art. 3.º da Directiva 2001/29/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação) às normas de direito internacional nesta sede.

5. Desde pelo menos 2006 que o Tribunal de Justiça da União Europeia vem afirmando que a transmissão de uma obra por uma televisão – com ou sem altifalantes – num lugar público como um café ou restaurante, carece de autorização do autor.

6. Acórdão de 27 de Novembro de 2014, Processo 2299/11.8TJVNEP1, disponível em www.dgsi.pt

7. No caso apreciado pelo STJ constatou-se a existência de colunas autónomas, para difundir o som pelo estabelecimento. A inexistência de ampliação, no caso apreciado pelo TPI, em nada altera a essência da questão, que não reside na tecnologia de comunicação, mas no público que recebe a comunicação.

ali existente, de canal televisivo que emite música, [tal] não deixa de constituir comunicação ao público ou execução pública, nos termos previstos no artigo 184.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC”.

Afirma ainda o Tribunal, de forma cabal, que estamos perante “uma comunicação que extravasa o âmbito da simples recepção efetuada num contexto individual, privado ou familiar” e que esta comunicação é susceptível de atrair clientes interessados, repercutindo-se na frequência do estabelecimento e, por conseguinte, nos seus resultados económicos. Neste ponto, o TPI afasta-se da posição assumida pelo STJ, para quem apenas a conjugação de esforços no sentido de “criar um espectáculo” que capte uma audiência mais alargada do que a normal, permitirá qualificar a difusão dos conteúdos como uma “comunicação ao público”. O TPI, por seu turno, basta-se com a circunstância de haver uma “ambientação musical”, a qual considera susceptível, por si só, de fomentar uma maior afluência ao estabelecimento.

Em apoio da tese perfilhada o Tribunal invoca o sentido que o TJUE vem dando aos conceitos de “execução pública” e “comunicação pública” designadamente nos processos SGA/Rafael Hotels SA⁸, Del Corso⁹ e Premier League¹⁰.

Não obstante a forma clara e cristalina como subsume a factualidade apurada ao conceito de “comunicação ao público”, o TPI reconhece a existência de jurisprudência uniformizada, da qual se demarca.

Em primeiro lugar, o TPI justifica o seu afastamento do Acórdão do STJ, antes de mais, com fundamento na natureza criminal deste precedente. Compreende-se a posição do TPI, mas importa assinalar, com o devido respeito, que a jurisprudência comunitária não permite um tratamento diferenciado dos ilícitos penais. O reconhecimento da verificação de um ato de “comunicação ao público” impunha-se ao STJ do mesmo modo que se impõe numa ação cível, pois o tipo penal de crime de usurpação limita-se a remeter para as formas de utilização da obra previstas no CDADC, de entre as quais ressalta a “comunicação da obra em qualquer lugar público”.

Em segundo lugar, o TPI fundamenta a sua divergência argumentando que no caso *sub judice* estão em causa direitos materiais dos produtores de fonogramas/videogramas e bem assim dos artistas intérpretes ou executantes. Ora, crê-se que tanto a tutela cível como a tutela penal coincidem na finalidade de acautelar os interesses materiais ou patrimoniais dos titulares desses direitos, conforme o próprio STJ reconheceu no Acórdão 15/2013¹¹.

4. Conclusão

Considera-se que o Tribunal da Propriedade Intelectual andou bem ao subsumir a factualidade assente ao conceito de “comunicação pública” e, consequentemente, ao reconhecer à Audiogest o direito de autorizar a utilização/ execução pública de fonogramas/videogramas do seu portefólio de representados e ao condenar a Ré no pagamento da respectiva remuneração equitativa ao representante do produtor e artistas intérpretes ou executantes. Esta é a solução que lhe é imposta pela jurisprudência comunitária e aquela a que os tribunais portugueses, enquanto tribunais funcionalmente europeus, se encontram vinculados.

A bondade da sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual deixa contudo patente a existência de diferentes níveis de protecção, dentro do mesmo ordenamento jurídico, concedidos por um lado aos produtores de fonogramas/ videogramas e artistas intérpretes e executantes, e, por outro, aos autores. Porventura, até soprares novos ventos, terão os autores que prescindir da tutela penal que lhes é conferida pelo Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos¹² e tentar obter a sua sorte junto do Tribunal da Propriedade Intelectual.

INÊS DE CASTRO RUIVO
ADVOGADA



8. Processo C-306/05 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 2006

9. Processo C-135/10 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2012

10. Processo C-403/08 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2011

11. O STJ afirma expressamente que “Da leitura dos artigos 149.º, n.º 2, e 155.º, do CDADC resulta claro que com tais normativos se visa proteger os interesses, a defesa dos direitos pessoais e patrimoniais dos autores no que se refere às múltiplas utilizações das suas obras”.

12. A qual já foi (re)afirmada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 577/2011 (Processo n.º 415/11):

“A relevância que a tutela da propriedade intelectual assume na nossa ordem jurídica, tanto ao nível constitucional como ao nível internacional e europeu, conduz à conclusão de que se trata de bem jurídico dotado de especial significado. O que, aliado à constatação de um aumento significativo de violações à propriedade intelectual, normalmente associado a fenómenos de crime organizado e transfronteiriço, e com elevados prejuízos para as economias nacionais, actualmente tão fragilizadas, fornece ao legislador a legitimidade necessária para intervir na tutela da mesma por via da criminalização e da punição com as consequências jurídicas que lhe andam associadas, designadamente a previsão de penas privativas da liberdade e penas pecuniárias.”

■ Direito de Autor – Redactor – Ghost Writer – Direito Moral – Intransmissibilidade

O Ghost Writer Brasileiro

1. Síntese do Caso

Em 2007, o livro “O Doce Veneno do Escorpião” vendeu milhares de cópias no Brasil. Considerado um sucesso editorial, teve publicações em Espanha e Portugal e uma adaptação para o cinema em 2010.

O livro, narrado em primeira pessoa, conta a história de Raquel Pacheco, prostituta conhecida como *Bruna Surfistinha* que ganhou fama ao descrever os episódios com seus clientes em um *blog* na Internet.

O que até há pouco se desconhecia, é que o livro foi escrito – apenas ou também (há controvérsias) – pelo jornalista Jorge Roberto Tarquini, supostamente na condição de “*Ghost Writer*”.

O jornalista celebrou com a editora do livro contrato para “redacção” da obra, onde teria reconhecido que a titularidade dos direitos de autor pertencia exclusivamente à Raquel Pacheco. No entanto, no contrato, não estariam previstas as adaptações da obra em países estrangeiros e para o cinema.

Tais fatos levaram o jornalista a ajuizar acção indemnizatória, em que requereu: i) ser reconhecido como único e exclusivo titular do direito autoral da obra, para todos os fins de direito, inclusive perante os órgãos catalográficos oficiais; ii) condenar a Editora às sanções civis previstas pela Lei de Direitos Autorais brasileira pela tradução e publicação não autorizadas da obra em países estrangeiros¹; iii) condenar a Editora à reparação dos danos decorrentes da violação dos direitos patrimoniais e morais de autor.

O pedido foi julgado improcedente em primeira instância. Em sede de recurso de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença. O Jornalista, então, apresentou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violação de dispositivos de lei federal (condição para admissibilidade de referido recurso). Novamente, o jornalista teve a pretensão negada. A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi publicada no dia 19 de Fevereiro de 2015.²

No acórdão, o Superior Tribunal de Justiça destacou que “a posição assumida pelo autor da demanda na relação contractual que exsurgira entre editora, o autor e Raquel Pacheco, era de um prestador de serviços, tendo o demandante plena ciência de que a autoria do livro não seria a ele concedida e que o trabalho por ele desempenhado na compilação das histórias contadas e escritas pela personagem ‘Bruna Surfistinha’ seria remunerado na forma como previsto no referido acordo”.

Ao longo da decisão, foram destacados trechos da sentença, que descreve: “Não há dúvida de que a personagem e suas histórias, baseadas ou inspiradas em sua vida como prostituta, são criações exclusivas da ré Raquel, anteriores à publicação do livro. Como não criou a personagem e respectivas histórias, contadas ao autor ou redigidas pela própria ré em seu endereço virtual, antes da publicação do livro, ao autor coube tão-somente a tarefa de redigir o texto do livro com coesão, correcção gramatical e estilística e maior apelo comercial. A tarefa de redacção de histórias alheias relativas à personagem criada por outrem

não traduz qualquer desenvolvimento artístico, literário ou criativo. [...] O autor prestou serviços como redactor. O facto de o contrato cujo instrumento está a fls. 82/4 referir-se a cessão de direitos autorais não faz surgir direitos autorais onde direitos autorais não existem conforme regramento legal.”

E da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “[...] é importante esclarecer que o termo *Ghost writer* é uma expressão da língua inglesa que denomina o profissional especializado em prestar serviços de redacção de textos para pessoas que desejam transferir suas experiências de vida para um livro, mas carecem de tempo ou simplesmente não tem o dom da narrativa, o autor fantasma trabalha silenciosamente, pesquisando, organizando, seleccionando material, realizando entrevistas, enfim, escrevendo o texto, porém, não assina como autor da obra (extraído do texto ‘*Escrita Fantasma*’, de Rodrigo Alves. Matéria publicada em Abril/2003, pela Revista Veredas do Centro Cultural Banco do Brasil). [...] Logo, deduz-se que o contrato celebrado pelo apelante com a Editora visou à prestação do serviço de redacção que consistia predominantemente em organizar os factos e as histórias contadas pela apelada Raquel. Portanto, concluo que a autoria da obra de fato pertence exclusivamente à Apelada Raquel, não vislumbrando nenhuma violação a direitos morais e patrimoniais de autor ao apelado, conforme disposto na r. sentença que deve ser mantida em sua totalidade.”

Da leitura do texto do acórdão é possível perceber algumas interpretações controversas do ponto de vista do Direito de Autor brasileiro.

Note-se, apenas, que as considerações que faremos a seguir limitam-se às conclusões do acórdão, sem maior análise de todas as provas, informações e especificidades processuais do caso. De qualquer forma, o texto da decisão, por si só, permite suscitar duas questões: (i) a existência de actividade criativa e a atribuição de autoria ao redactor e (ii) a (perigosa) mitigação dos direitos morais do autor. Vejamos, sucintamente, cada uma delas.



1. A Lei de Direitos Autorais e Direitos Conexos do Brasil (Lei 9610/1998 de 19 Fevereiro), traz, em seu Título VII, as sanções às Violações dos Direitos Autorais. Os Artigos 101 à 108 tratam das sanções civis. Sem prejuízo da indemnização cabível, estão previstas medidas como: a apreensão dos exemplares reproduzidos, pagamento do preço pelos exemplares vendidos e inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos.

2. BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.387.242-SP (2012/0162477-2). Recorrente: Jorge Roberto Tarquini. Recorridos: Raquel Pacheco Machado de Araújo e Editora Original Ltda. 3.ª Turma. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 03.02.2015. Data da Publicação: DJe 19.02.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43091951&num_registro=201201624772&data=20150219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20.02.2015.

2. Redactor não é Autor?

Ao longo da decisão, por diversas vezes, os julgadores referem-se à actuação do redactor como um mero prestador de serviços, sem condição de fornecer qualquer contributo criativo para a obra.

Trata-se, com a devida vénia, de uma afirmação delicada.

As histórias e experiências foram, certamente, vividas pela personagem criada por Raquel Pacheco. Algumas, escritas por ela em seu *blog*. Mas a forma de compilá-las e transpô-las para o livro, de uma maneira interessante e comercialmente atractiva foram feitas, aparentemente, pelo redactor.

Trata-se de um exemplo clássico quando se fala em autoria: uma mesma história pode ser contacta de formas diferentes, a depender de quem a conta. De forma mais sucinta, mais extensa, menos romântica, mais trágica. As características da narração são transpostas por quem as coloca do papel e não por quem viveu os factos. Retirar dessa actividade a característica de criação subverte o sentido da actividade criativa, cuja protecção é a razão de ser do Direito de Autor.

E, ainda, se a autoria não for exclusiva, a possibilidade de reconhecimento de co-autoria não deveria ser, de todo o modo, afastada. Não parece que ao redactor tenha cabido tão-somente a tarefa de auxiliar Raquel Pacheco na produção da obra literária, revendo-a ou orientando sua escrita³. Tampouco parece ter atuado como um executor mecânico ou mero digitador, o que talvez, tornasse possível a total ausência de contributo criativo⁴. O facto é que o redactor parece ter atuado, efectivamente, como escritor contratado para criar uma narrativa, tanto é que, por meio de um contrato de prestação de serviços, “cedeu os direitos autorais”.

Curioso que o acórdão destaca que “O facto de o contrato referir-se a cessão de direitos autorais não faz surgir direitos autorais onde direitos autorais não existem conforme regramento legal”. Provavelmente por entender que a actividade do redactor não teve contributo criativo. No entanto, na sequência, fala que a tarefa envolve “redigir o texto do livro com coesão, correcção gramatical e estilística e maior apelo comercial” e o intitula “*Ghost Writer*”, que, nada mais é, um escritor.

3. Intransmissibilidade dos Direitos Morais de Autor

Aparentemente, a controvérsia do caso reside no facto de que a cessão feita pelo redactor não era tão ampla de forma a permitir as posteriores adaptações e publicações internacionais. O acórdão, ao assumir a ausência de autoria do redactor, parece não ter avançado sobre essa questão. Ocorre que ao reconhecer que o redactor actuou como “*Ghost Writer*”, o acórdão reconhece, sim, a existência de contributo criativo e, consequentemente, de elementos para o reconhecimento da autoria. E se há autoria, não se pode negar ao autor o direito moral de ser reconhecido como autor da obra.

Se as evidencias do próprio acórdão demonstram a existência de criação por parte do redactor, temos um problema que subverte a lógica do sistema de Direito de Autor adoptado pela lei brasileira: o sistema francês e da Convenção de Berna, que outorgam ao autor máxima protecção

e limita as convenções de disposição e exploração de direitos autorais.

Ao abrigo da lei brasileira, se não houver estipulação em contrário, a cessão é válida unicamente para o país em que se firmou o contrato; só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato e deve ser interpretada restritivamente. Assim, ausente a especificação das demais formas de utilização da obra, ausente cessão para tal fim.

O redactor aparentemente cedeu direitos patrimoniais em contracto, mas não todos. E, jamais, poderia, ao abrigo da lei brasileira, ter cedido direitos morais⁵.

4. E por fim...

A apreciação judicial feita do caso parece confundir-se em si mesma: fala em ausência de criação, mas reconhece o redactor como escritor. O problema é que, mesmo fantasma, o redactor foi autor. Direito que contratualmente pode dispor nos termos da lei brasileira, mas de forma limitada. Negar-lhe o reconhecimento da autoria, enquanto direito moral é, quiçá, um amargo engano e cria um perigoso precedente na jurisprudência brasileira.

JULIANA MARCONDES
ADVOGADA



3. Dispõe o Art. 15 § 1.º da Lei 9610/1998 de 19 Fevereiro. “Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.”

4. “Com efeito, na obra realizada sobre prestação de serviços, ou o autor libera-se sozinho na consecução da obra (obra de produção livre ou independente em que o encomendante apenas sugere o tema ou solicita a criação), ou o encomendante colabora em sua consecução (obra em colaboração), ou ainda dirige o trabalho do elaborador (obra dirigida: o verdadeiro autor é o encomendante, de sorte que o trabalho mecânico do elaborador nenhum direito lhe traz, a não ser a remuneração ajustada). No primeiro caso, ao criador pertencerão os direitos autorais de cunho moral, dependendo os patrimoniais dos termos do ajuste, entendendo-se o uso, em qualquer caso, restrito ao avençado, ou à finalidade precípua da obra. No segundo caso, os direitos pertencerão a ambos, em comunhão, enquanto, no último, o encomendante (que, na verdade, em casos raríssimos, pode reduzir a mero redactor ou executor mecânico, o elaborador) é o único titular dos direitos autorais.” BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 5. ed. rev., actual. e ampl. Por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, set. 2013. p.63.

5. O Art. 49 da Lei 9610/98 enumera os requisitos para a transmissão da cessão e determina que os direitos morais do autor são intransmissíveis: será sempre assegurado ao autor a titularidade sobre a obra (a atribuição de sua autoria), mesmo que tenha ocorrido a cessão dos direitos patrimoniais sobre ela incidentes.