

NOVEMBRO 2018
Revista Semestral

nº 8

Propriedades intelectuais

IN MEMORIAM

- Professor Georges Bonnet
Jean-Christophe Gelloux
- Raymond T. Nimmer (1944-2018)
– obituário e uma memória pessoal
Luís Renato Xavier

DOCTRINA

- O destino dos direitos (marcas, desenhos e modelos, denominações de origem e variedades vegetais) concedidos antes do Brexit
Jean-Christophe Gelloux
- Brexit e Propriedade Industrial – A Proteção dos direitos e os aspetos jurisdicionais
Edouard Teppe

- Direitos intelectuais em modo pós-Brexit: que vadias Britânicas?
Alan Samuel

- A questão da partilha de valor na proposta de diretiva sobre direito de autor no mercado único digital
Vitor Castro Rosa

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

- Direito da propriedade industrial
Pedro Sousa e Silva
Luís Nogueira dos Santos

CAETAS DA LUSOFONIA

- Carta de Angola
Vitor Palma Fidalgo
- Carta de Moçambique
Manuel Lopes Rocha

ATUALIDADE

- Primeira Jornada do Tribunal da Propriedade Intelectual



A questão da partilha de valor na proposta de diretiva sobre direito de autor no mercado único digital

VICTOR CASTRO ROSA
ADVOGADO, LISBOA

Enquadramento: o art. 13.º da Proposta de Diretiva de 14.09.2016

Importa refletir sobre o debate atualmente em curso na União Europeia (UE) acerca da reforma do Direito de Autor, nomeadamente, sobre a questão que tem gerado mais polémica, o chamado «*Value Gap*», (que poderemos traduzir como «diferencial de valor») que a Proposta de Diretiva relativa ao Direito de Autor no Mercado Único Digital pretende ajudar a resolver através da solução proposta no art. 13.º e respetivos Considerandos 37 a 39, com destaque para o 38.

O problema é conhecido: com o advento da digitalização, mudou radicalmente o panorama da atividade humana, sobretudo os padrões de consumo de produtos culturais. Tem surgido, nos últimos tempos, uma pluralidade de novos prestadores de serviços da sociedade da informação, *v.g.*, intermediários no estabelecimento de acesso à Internet, cuja relevância económica e mesmo social tem vindo a ser muito acentuada, ao ponto de se terem tornado imprescindíveis, e, a par destes, toda uma miríade de fornecedores de serviços de conteúdos digitais, quer profissionais (*digital service providers*) quer, por outro lado, as não menos relevantes redes sociais, que são poderosas plataformas de armazenamento e disponibilização de conteúdos gerados pelos próprios utilizadores, que estão a tornar-se cada vez mais importantes nas formas de interação social das novas gerações e a substituir mesmo os meios de comunicação social no seu tradicional papel de fornecedores de informação e entretenimento. É o advento da «Web 2.0» e dos «conteúdos gerados pelo utilizador» (UGC).

Destacam-se, por exemplo, entre os fornecedores de conteúdos profissionais, a *Amazon*, o *iTunes* (da *Apple*) o *Spotify*, o *Netflix*, o *Rdio* e o *Deezer*, entre muitos outros. As mais importantes redes sociais são, como é sabido, o *Facebook*, o *Tweeter*, o *YouTube* (da *Google*), o *Instagram* (do *Facebook*), a *Snapshot*, a *Soundcloud* e o *Daily Motion*, entre outras.

O volume de utilização destas aplicações tem crescido exponencialmente ao longo dos últimos anos, tendo o *Facebook*, por exemplo, atingido os 300 milhões de utilizadores por mês¹ só na Europa, sendo já a forma mais popular de acesso à música e mais de mil milhões de utilizadores por

mês a nível mundial, o que traduz um papel cada vez mais intenso na prestação de acesso a bens culturais, *v.g.*, videogramas musicais.

Já o número total de pessoas que usam o *YouTube*, por mês, é de 1,5 mil milhões, sendo que, a cada minuto são carregadas cerca de 400 horas de vídeo e 4 333 560 são visionados por minuto, gerando um rendimento anual de 4 mil milhões de dólares. Porém, em 10 anos, o total pago aos titulares de direitos foi de apenas 1250 mil milhões².

De acordo com o *Digital Music Report 2018* da IFPI³, em 2017, as plataformas em linha suportadas por publicidade tinham a esmagadora maioria da atividade de *streaming* de vídeo estimada de forma conservadora em mais de 1300 milhões de utilizadores⁴.

Os rendimentos pagos aos titulares de direitos por *streaming* de vídeo em 2017 nestes serviços de UGC não passaram dos 856 milhões de dólares US contrastando com os 5,6 mil milhões de dólares US gerados por uma base de utilizadores muito menor, com cerca de 272 milhões, dos serviços de subscrição pagos e suportados por publicidade que aplicam termos e condições justos desfavorecidos face às plataformas de UGC: como têm custos de aquisição de conteúdos superiores, estão em desvantagem competitiva



1. Fonte: Estudo da Roland Berger, 2015.

2. Fonte: <https://fortunelords.com/youtube-statistics/> e <https://www.statista.com/statistics/195140/new-user-generated-content-uploaded-by-users-per-minute/> [consultado a 27.10.2018].

3. Disponível em <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf> [consultado a 27.10.2018].

4. Número calculado com base nos dados publicados pelo YouTube, que declara 1,5 mil milhões de visitas por mês combinado com dados de consumo dos treze maiores mercados de música que indicam que 85% dos utilizadores procuraram obras musicais no último mês, somados aos utilizadores de música de outros serviços de *streaming* de vídeo, tais como *DailyMotion*, *Vimeo*, e *Vevo*.

Cfr. <https://youtube.googleblog.com/2017/06/updates-from-vidcon-more-users-more.html> [consultado a 27.10.2018] [<http://www.ifpi.org/music-consumerinsight-report.php>].

face às plataformas financiadas por publicidade e que se baseiam em conteúdos gerados pelos utilizadores (UGC).

Ou seja, os serviços de partilha de UGC geram aproximadamente 5% dos rendimentos totais do sector (17,3 mil milhões de dólares US) e menos de 1 dólar US por utilizador (0,67 dólares US).

A verdade é que, atualmente, são as plataformas de UGC que lideram o mercado no acesso a produtos culturais, sendo cada vez mais a primeira fonte de informação dos mais jovens⁵.

Sucede que, em regra, todos os criadores de conteúdos culturais são protegidos por direitos de autor e conexos, e os prestadores de serviços intermediários da sociedade da informação, sempre que atuam como promotores dos respetivos sítios eletrónicos («websites»), carecem de autorização formal por parte dos titulares desses direitos para disponibilizarem os respetivos conteúdos ao público através da Internet, atividade económica que lhes permite gerar lucros com a venda de publicidade e de subscrições. O problema está na desproporcionalidade dessas receitas face à ínfima parte que chega aos produtores/criadores artísticos e agentes culturais, que investem tempo, dinheiro e criatividade em produtos que depois são disponibilizados sem a sua autorização.

Acresce que, devido ao funcionamento complexo da Internet, foi necessário consagrar na lei algumas salvaguardas destinadas a proteger os prestadores intermediários, de forma a incentivar esta atividade, sem a qual não é possível manter as infraestruturas em funcionamento, devido aos riscos inerentes à disponibilização de «espaço» para alojamento e partilha de conteúdos de terceiros (os utilizadores), cuja origem, natureza e regularidade não podem naturalmente assumir⁶.

Esta é a origem do chamado «*Safe Harbour*», baseado na legislação dos EUA, o famoso *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) que corresponde ao Título 17 do *United States Code*, o qual prevê que os prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação (acesso, transporte, «*caching*», «*hosting*» ou até serviços de referência ou motores de busca) possam beneficiar de uma isenção de responsabilidade por atos ilícitos praticados por terceiros seus clientes/utilizadores dos seus serviços, sempre que se encontrem reunidas determinadas condições.

Porém, não serão abrangidos por essa isenção os prestadores de serviços que, designadamente:

- Não se limitem a prestar serviços de transporte ou de armazenamento de informação;
- Se destinem a colocar grandes quantidades de conteúdos à disposição do público;
- Organizem os meios para o acesso do público a esses conteúdos;
- Desenvolvam e ofereçam motores de busca específicos;
- Desenvolvam e ofereçam aplicações informáticas que permitam aos consumidores verem e ouvirem esses conteúdos;
- Procurem desenvolver e maximizar a respetiva audiência, e
- Procurem monetizar/rentabilizar os conteúdos através de estratégias publicitárias.

A questão da desigualdade na partilha do valor é um problema específico do Direito de Autor em ambiente digital e requer uma solução típica do Direito de Autor e dos

Direitos Conexos: não é um problema para o Direito do Comércio Eletrónico, das Comunicações Eletrónicas ou da Concorrência. Também não passa por uma revisão das Diretivas *InfoSoc*⁷ e *Enforcement*⁸.

Terá de ser uma nova Diretiva a clarificar que esses prestadores intermediários de serviços:

- a) Tornam o conteúdo disponível para o público;
- b) Não podem invocar a isenção de responsabilidade («*Safe Harbour*»).

Vale a pena, a este propósito, determo-nos um pouco na discussão da Proposta de Diretiva sobre Direito de Autor no Mercado Único Digital, na medida em que será dessa discussão, e da solução que vier a ser adotada, que nascerá o enquadramento futuro do licenciamento digital jusautorai.

A Proposta da Comissão Europeia, de 14.09.2016⁹, avança com uma solução para a referida desigualdade na partilha de valor, assente, sobretudo, no papel daqueles, de entre os prestadores de serviços da sociedade da informação, que armazenem e facultem ao público o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregado pelos seus utilizadores.

A proposta trata diretamente da questão no art. 13.^o Pretende-se, no fundo, reequilibrar a balança de interesses entre os titulares de direitos exclusivos (que são, na prática, apropriados por toda a comunidade), por um lado, e os utilizadores das obras e demais materiais protegidos, por outro.

A obrigação que se propõe fazer cair sobre estes prestadores de serviços consiste em «*adotar medidas que assegurem o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos relativos à utilização das suas obras ou outro material protegido*»¹⁰ (ou seja, assegurar o licenciamento dos conteúdos disponibilizados em rede) ou que impeçam a colocação à disposição de obras ou outro material protegido, identificados pelos titulares de direitos, sempre em cooperação com estes últimos.

5. Newman, N. Kalogeropoulos, A. (2017), *Mapping Online News Discovery for Computer Users in the UK*, Reuters Institute for the Study of Journalism University of Oxford, p. 7.

6. Nesse sentido, parece-nos ser muito difícil de equacionar, pelo menos a curto prazo, a alternativa que propõe, por exemplo, Angelopoulos, C. (2017), *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, CIPIL University of Cambridge, p. 45.

7. Diretiva 2001/29/CE do PE e do Conselho de 22.05.2001 sobre Direito de Autor na Sociedade da Informação disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/legislacao-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

8. Diretiva 2004/48/CE, do PE e do Conselho de 29.04.2004 sobre o respeito dos Direitos de Propriedade Intelectual disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/legislacao-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

9. Disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-593-PT-F1-1.PDF> [consultado a 27.10.2018].

10. Texto retirado da Proposta da Comissão para o corpo do art. 13.^o

É extremamente importante que a futura Diretiva forneça indicações claras sobre as circunstâncias em que um prestador intermediário de serviços da sociedade da informação deixa de poder ser considerado como prestador de armazenamento passivo ou neutral, para passar a poder ser visto como parte ativa no processo e, como tal, a poder ser responsabilizado pela licitude da atividade.

Nesse sentido, a Comissão propõe, no Considerando 38, que seja verificada a extensão do papel desempenhado pelo operador da plataforma, sendo que, se for um papel suficientemente ativo, nomeadamente, mediante a otimização da apresentação do conteúdo gerado pelo utilizador ou mediante a promoção do mesmo, independentemente dos meios utilizados, o operador não será considerado um mero prestador do serviço de armazenamento¹¹ e será sujeito a certas obrigações.

Por seu turno, as medidas a adotar pelos prestadores abrangidos nessa definição deverão ser adequadas e proporcionais, exemplificando-se com as tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdos, devendo ainda os prestadores de serviços facultar aos titulares de direitos informações adequadas sobre o funcionamento e a implantação dessas medidas e sobre o reconhecimento e utilização das obras e outro material protegido por direitos de autor e conexos.

Adicionalmente, os Estados-membros deverão assegurar-se de que os prestadores de serviços abrangidos estabelecem mecanismos de reclamação e recurso por parte dos utilizadores, em caso de litígio sobre as medidas aplicadas pelos prestadores desses serviços.

Por último, prevê-se que os Estados-membros favoreçam, sempre que adequado, a cooperação entre os prestadores de serviços abrangidos e os titulares de direitos, através de diálogo entre as partes interessadas com vista à definição de «best practices» tais como tecnologias adequadas e proporcionadas ao reconhecimento de conteúdos, tendo em conta, entre outros, a natureza dos serviços, a disponibilidade das tecnologias e a sua eficácia à luz da evolução tecnológica.

A Comissão Europeia parece ter finalmente reconhecido o papel insubstituível e imprescindível dos prestadores de serviços de armazenagem e disponibilização ao público de conteúdos protegidos por direitos de autor e conexos ao regular funcionamento do mercado de licenciamento justautor e rendeu-se à evidência da necessidade imperiosa do contributo da tecnologia para a prevenção da pirataria digital, levando-nos a concluir, parafraseando Charles Clarke, que também para a Comissão Europeia «a resposta à máquina está na [própria] máquina».

As críticas injustas à Proposta da CE e algumas propostas de melhoria em discussão:

Acerca da Proposta do art. 13.º e de Considerando 38, têm vindo a lume diversas vozes críticas, as quais questionam, fundamentalmente, a sua compatibilidade com direitos fundamentais tais como a Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade, consagrados na Carta Europeia de Direitos Fundamentais.

Será justa a invocação da Liberdade de Expressão quando se trata de uma apropriação indevida da propriedade de outrem? Deverão ser convocados os direitos de privacidade

e outros similares apenas para defender atos de pirataria? Deverão os titulares de direitos de autor e conexos abdicar da exploração comercial das respetivas criações intelectuais? Deverá a Internet funcionar como um verdadeiro domínio público? Ou deverá a Liberdade de Expressão ser harmonizada com os direitos de propriedade intelectual de forma a que possam ambos preservar a respetiva essência?

Cite-se a este propósito, o Professor Reto Hilthy do *Max Plank Institute*¹², que levantou várias objeções à proposta, nomeadamente, as seguintes:

1. Falta de segurança nas definições e demasiada latitude dos conceitos indeterminados;
2. Incompatibilidade com os artigos 12.º, 14.º e 15.º da Diretiva Comércio Eletrónico¹³;
3. Ameaça à Liberdade de Expressão e de Informação (art. 11.º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais).

Quanto à falta de definição de certos conceitos-chave, o Autor afirma que é difícil encontrar pontos de contacto com a Diretiva Comércio Eletrónico, em particular quanto ao escopo de aplicação da nova Diretiva, e determinar quais abrangentes deverão ser as chamadas plataformas digitais.

No que diz respeito à Carta de Direitos Fundamentais, o problema está, para este Professor, no risco de bloqueio de conteúdos relacionados com opiniões políticas ou paródias [exceção prevista no art. 5.º, n.º 3(k), da Diretiva *InfoSoc*], devendo a decisão sobre a admissibilidade ou não deste tipo de conteúdos continuar a pertencer aos tribunais (invoca a este respeito o acórdão TJUE *Scarlet Extended v. Sabam*), bem como o risco de abuso por parte de concorrentes desleais, redundando em prejuízo, não apenas para os titulares de direitos mas também para o mercado. O Professor questiona por exemplo a importância do conceito de «grandes quantidades» de conteúdos disponibilizados e se apenas são abrangidas as plataformas comerciais (v.g., *You Tube*) ou também as não comerciais (v.g., a *Wikipedia*).

11. Trata-se de um critério fundado na jurisprudência do TJUE, mais propriamente no acórdão *L'Oréal et al. v. eBay Int.*, Proc. n.º C-324/09, de 12.07.2011 que estabelece uma proibição de invocação da isenção de responsabilidade quando o prestador desempenha um papel ativo, i.e., «quando presta uma assistência que consiste em otimizar a apresentação das propostas de venda em causa ou em as promover» e também quando «tiver tido conhecimento de factos ou de circunstâncias com base nos quais um operador económico diligente devesse conhecer a ilicitude das propostas de venda em causa e, caso deles tenha tido conhecimento, não tiver atuado com diligência em conformidade com o n.º 1, alínea b), do referido artigo 14.º».

12. Disponível em http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Answers_Article_13_2017_Hilthy_Moscon-rev-18_9.pdf [consultado a 27.10.2018].

13. Diretiva 2000/31/CE do PE e do Conselho de 8 de junho relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0031> [consultado a 27.10.2018].

Alerta ainda para o conceito mais lato de prestadores de serviços intermediários da Sociedade da Informação, constante do art. 14.º da Diretiva Comércio Eletrónico, com a consequência de que poderão ficar abrangidos pela isenção de responsabilidade, e, consequentemente, não estar obrigados a licenciar quaisquer direitos.

Sendo certo que o Considerando 38 da Proposta de Diretiva determina a aplicabilidade simultânea do art. 14.º da DCE e do art. 13.º da Proposta de Diretiva, o Professor levanta dúvidas sobre a compatibilidade entre as duas, não sendo aplicável o princípio *«lex specialis derogat legi generali»*.

Sugere, por isso, uma abordagem alternativa, assente na especificação da responsabilidade dos prestadores de serviços, na harmonização dos procedimentos de *«notice and take down»*, na introdução de um *«procedimento de contranotificação»*, na implementação de uma exceção obrigatória para a exploração privada e não comercial que não afete a exploração normal das obras, no estabelecimento de uma remuneração obrigatória por parte dos fornecedores de plataformas e na simplificação dos mecanismos de licenciamento transeuropeus.

Os mesmos argumentos são expressos por outros académicos tais como Martin Husovec¹⁴, a Associação *Communia*¹⁵ e a Professora Cristina Angelopoulos¹⁶.

Uma das críticas mais frequentes à Proposta da CE incide sobre uma alegada falta de precisão conceptual. É manifesto que certos conceitos indeterminados, tais como o recorte dos prestadores de serviços sujeitos a tais obrigações, carecem de uma melhor concretização, a começar pela noção de *«grandes quantidades de conteúdos»* sendo que, no que toca à compatibilidade com os conceitos da Diretiva Comércio Eletrónico (DCE), é o próprio Considerando 38 da Proposta de Diretiva que refere que, por um lado, os prestadores de serviços isentos de responsabilidade pelo art. 14.º da DCE *não estão obrigados a celebrar acordos de licenciamento* com os titulares de direitos; por outro lado, mesmo esses prestadores de serviços estarão *obrigados a adotar medidas adequadas* e proporcionadas tais como a aplicação de tecnologias eficazes de reconhecimento de conteúdos, como decorre igualmente do Considerando 39 da Proposta de Diretiva. Assim, deverão estes prestadores de serviços:

- a) Solicitar e receber dos titulares de direitos os dados necessários à identificação de conteúdos protegidos;
- b) Fornecer aos titulares de direitos as informações necessárias relativamente às tecnologias implementadas e a forma como são utilizadas e a taxa de sucesso no reconhecimento de conteúdos protegidos, a fim de permitir a avaliação da sua adequação e da utilização de conteúdos a coberto de acordos de licenciamento (transparência «tecnológica»);
- c) Fornecer aos titulares de direitos as informações necessárias para que estes possam avaliar o valor económico dos respetivos direitos (transparência «comercial»).

Adiante se dará conta de um novo conceito de prestadores de serviços a recortar sobre o de *prestadores intermediários da Sociedade da Informação* apenas para efeitos desta nova Diretiva.

De facto, o recorte da Proposta de Diretiva não diz respeito a *todos* os prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação abrangidos pela definição da DCE e da Diretiva 98/48/CE, que altera a Diretiva 98/34/

/CE, em que o conceito foi definido pela primeira vez, nem sequer se equiparando ao conceito de prestadores de serviços de armazenamento¹⁷.

Nada de novo, se pensarmos que todos os prestadores de serviços da sociedade da informação, isentos ou não de responsabilidade, já estão obrigados a cooperação com os titulares de direitos, ao abrigo do disposto nos artigos 8.º, n.º 3, da Diretiva *InfoSoc*, e 11.º da Diretiva *Enforcement*.

O Parlamento Europeu (PE) procurou corrigir e melhorar o texto da Proposta da Comissão e neste momento importa comparar os textos do PE com os do Conselho Europeu¹⁸, nomeadamente, na definição mais rigorosa dos operadores abrangidos: no intuito de clarificar conceitos, propõe-se agora um aditamento de um parágrafo 4b ao art. 2.º da Proposta de Diretiva (Definições), com a seguinte redação: *«prestador de serviço de partilha de conteúdos em linha» consiste num serviço da sociedade da informação que tem, entre os seus principais propósitos, partilhar e facultar ao público uma quantidade significativa de obras protegidas pelo direito de autor ou outros materiais protegidos carregados pelos utilizadores, os quais são otimizados e promovidos pelo serviço com finalidades lucrativas.*

*Microempresas e pequenas empresas, na aceção da Recomendação 2003/361/CE e serviços que operam sem finalidades comerciais tais como enciclopédias, e prestadores de serviços em linha, em que o conteúdo é carregado com autorização de todos os titulares de direitos envolvidos, tais como repositórios científicos ou educativos, não serão considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos na aceção da presente Diretiva. Prestadores de serviços em nuvem para utilização individual que não fornecem acesso direto ao público, plataformas de desenvolvimento de programas informáticos de fonte aberta, e mercados em linha cuja atividade principal é a venda retalhista em linha de bens físicos, não devem ser considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos na aceção da presente Diretiva*¹⁹.

A Proposta do Conselho para a definição destes prestadores de serviços é substancialmente idêntica e apenas varia na expressa exclusão dos prestadores de serviços em nuvem (*«cloud»*) às empresas para utilização interna, ou seja, sem acesso do público aos conteúdos aí armazenados.



14. «Compromising (on) the Digital Single Market? A Quick Look at the Estonian Presidency Proposal(s) on Art 13», Kluwer Copyright Blog.

15. Disponível em <https://www.communia-association.org/2017/09/14/updated-position-paper-article-13-remains-terrible-idea-needs-deleted/> [consultado a 26-10-2018].

16. Cfr. nota 6 *supra*.

17. Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de julho de 1998 que altera a Diretiva 98/34/CE relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31998L0048> [consultado a 26.10.2018].

18. Comparação entre o PE (P8-TA-PROV(2018) 0337 A8-0245/2018 e o do Conselho 9134/18.

19. Tradução não oficial.

Mas a partir daqui, os textos do PE e do Conselho divergem bastante, quer na forma quer na substância, constatando-se que a Proposta do PE é bastante mais simples, afirmativa e operacional do que a Proposta pelo Conselho, que inclui um certo número de variáveis que tornam tudo menos que certa a efetiva responsabilização destes prestadores, frustrando, em grande medida, os objetivos da própria Diretiva.

Senão, vejamos:

O texto do PE afirma taxativamente que os prestadores de serviços de conteúdos praticam atos de comunicação ao público, pelo que deverão concluir acordos de licenciamento com os titulares de direitos, os quais deverão ser justos e apropriados (aqui não refere a proporcionalidade), mas salvaguarda a aplicação dos art.ºs 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva *InfoSoc*, deixando o TJUE livre para alargar e aplicar o conceito de comunicação ao público, como tem feito ao longo dos últimos anos; estas licenças deverão abranger a responsabilidade pelas obras carregadas pelos respetivos utilizadores, de acordo com os termos e condições estabelecidos nesses acordos de licenciamento.

Já o Conselho não salvaguarda outras aplicações do art. 3.º da Diretiva *InfoSoc* e restringe os atos de comunicação ao público ou colocação à disposição do público aos casos em que o prestador dá acesso a conteúdos protegidos carregados por terceiros. Nesses casos, deverá o prestador do serviço de partilha de conteúdos obter a devida autorização dos titulares de direitos ou, *caso não a obtenha*, deverá prevenir a disponibilidade daquela(s) obra(s) no respetivo serviço, incluindo através da aplicação de medidas eficazes e proporcionadas para esse fim, sem prejuízo da aplicação das exceções e limitações previstas na lei da UE. Esta licença deverá abranger os atos de carregamento por parte dos utilizadores quando não atuem no âmbito de uma atividade comercial. O texto não adianta razões para os casos em que a licença pode não ser obtida.

O texto do Conselho salvaguarda a aplicação do regime «*Safe Harbour*» do art. 14.º da DCE, mas apenas *fora do âmbito do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (ou seja, continuará a ser aplicável à difamação, à responsabilidade civil, ao «*cyberbullying*» ou a atos de criminalidade informática, entre outros). Quanto a atos de comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras e outros materiais protegidos por Direitos de Autor e Direitos Conexos, não deverá aplicar-se a exclusão de responsabilidade do art. 14.º da DCE aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos, *sempre que os praticarem*, ou seja, não afirma, sequer, que tal aconteça!

Não obstante, na ausência de autorização jusautorai o Conselho prevê que na ausência de autorização jusautorai, os Estados-membros deverão prever uma exclusão de responsabilidade para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos desde que estes (a) demonstrem que desenvolveram os seus melhores esforços para impedir a disponibilização de obras específicas ou outros materiais protegidos através da implementação de medidas eficazes e proporcionadas, obras e materiais específicos identificados pelos titulares de direitos e para os quais estes últimos tenham fornecido ao prestador a informação relevante e necessária para a aplicação dessas medidas e (b) mediante notificação pelos titulares de direitos sobre as obras e outros materiais

protegidos, tenham agido de forma expedita para remover ou impedir o acesso a essas obras e materiais e demonstrem ter empregue os melhores esforços para impedir a futura disponibilização dos mesmos conteúdos através das medidas eficazes e proporcionadas referidas na alínea (a). Estas medidas deverão ser eficazes e proporcionadas, considerando os seguintes fatores:

- (i) A natureza e a dimensão do serviço, em particular se o serviço (de partilha) é prestado por uma micro ou pequena empresa, na aceção do Título I do Anexo à Recomendação da Comissão 2003/361/CE e considerando o respetivo público;
- (ii) A quantidade e o tipo de obras ou outro material protegido carregado pelos utilizadores dos serviços;
- (iii) A disponibilidade e o custo das medidas, bem como a sua eficácia à luz do desenvolvimento tecnológico em linha com as melhores práticas da indústria referidas no n.º 8 (do art. 13.º).

Ou seja, volta a verificar-se, na prática, a aplicação do «*Safe Harbour*»!

Por outro lado, o texto do PE permite aos titulares de direitos *não licenciar* e, nesse caso, obriga ambas as partes a *cooperar de boa-fé* para evitar que os conteúdos sejam disponibilizados nos respetivos serviços, sem prejuízo para os conteúdos legais e para as exceções aos direitos exclusivos. Exige a implementação de mecanismos de queixa e compensação, céleres e sujeitos a revisão humana, e de resolução alternativa de litígios para os casos em que a cooperação conduza à remoção injustificada de conteúdos (legais). Os titulares de direitos devem justificar as respetivas decisões de forma razoável, evitando arquivar as queixas de forma arbitrária. Além disso, de acordo com as Diretivas 95/46/CE e 2002/58/CE e o RGPD, a cooperação não poderá conduzir à identificação dos utilizadores individuais nem ao processamento dos respetivos dados pessoais. Os utilizadores deverão ter acesso a um órgão independente para a resolução de litígios, bem como ao tribunal ou a outra autoridade judicial para determinar os casos de exceções e limitações ao direito exclusivo.

Também prevê o PE que sejam desencadeados diálogos, definidas as melhores práticas e emitidas orientações («*guidance*») para assegurar o funcionamento dos acordos de licenciamento. Essas orientações deverão ter em conta os direitos fundamentais, o uso de exceções e limitações, assegurando que o encargo sobre as pequenas empresas se mantém apropriado e que o bloqueio automático de conteúdos é evitado.

Adicionalmente, o PE propõe um art. 13a sobre o recurso a mecanismos alternativos de resolução de litígios, a implementação de um órgão imparcial com essa finalidade, e um art. 13b sobre a utilização de conteúdos protegidos por serviços da sociedade de informação que fornecem referenciamento de imagens (indexadores de fotografias, filmes ou obras audiovisuais). Trata-se de uma norma que, pela primeira vez, alarga o âmbito das obrigações impostas aos prestadores de serviços da Sociedade de Informação aos motores de busca, obrigando-os a licenciarem os seus serviços de indexação junto dos titulares de direitos que assim o requeiram, de forma a assegurar uma justa remuneração, a qual poderá ser gerida por uma entidade de gestão coletiva.

A proposta introduz uma nova definição, no art. 2.º n.º 4d, em que «*serviço automático de referência de imagens é qualquer serviço em linha que reproduza ou coloque à disposição do público para fins de indexação e referência, obras gráficas ou artísticas ou fotográficas agregadas de forma automática através de serviços em linha de um terceiro*»²⁰.

Importa, aliás, referir que as mais recentes Decisões do TJUE em matéria do direito de comunicação ao público²¹ apontam, ao que tudo indica, para que os fornecedores de motores de busca, enquanto serviços profissionais de referência com finalidades lucrativas, devam conhecer a licitude ou ilicitude dos conteúdos cujo acesso facultam aos respetivos utilizadores.

Já o Conselho propõe uma regulamentação mais detalhada deste diálogo entre os prestadores de serviço de partilha de conteúdos, os utilizadores e os titulares de direitos, determinando que a cooperação terá lugar de forma diligente por forma a assegurar o funcionamento eficaz ao longo do tempo das medidas acima referidas, na alínea a) do ponto 4 do art. 13.º da redação proposta.

Os prestadores de serviços facultarão aos titulares de direitos, a seu pedido, informação adequada sobre o funcionamento destas medidas, para permitir a avaliação da sua eficácia, em particular, informação sobre o tipo de medidas utilizadas e, quando sejam concluídos acordos de licenciamento, informações sobre as utilizações contidas nesses mesmos acordos.

Adicionalmente, ao invés de uma referência à obrigação de acordar sobre [um conjunto de] boas práticas, considerando os direitos fundamentais, as exceções e limitações e a dimensão da operadora do serviço, o Conselho propõe que as medidas referidas na alínea a) do n.º 4 do art. 13.º sejam implementadas pelo prestador do serviço, sem prejuízo da possibilidade dos utilizadores beneficiarem das exceções e limitações ao direito de autor. Para esse efeito, o prestador do serviço deverá implementar um mecanismo de queixas e compensações, disponível para os utilizadores em caso de litígio sobre a aplicação das referidas medidas aos respetivos conteúdos. As queixas deverão ser processadas em conjunto com os titulares de direitos, dentro de um período de tempo razoável. Estes últimos deverão justificar adequadamente as razões para os pedidos de remoção ou bloqueio de acesso às respetivas obras ou outros materiais protegidos. Os Estados-membros deverão esforçar-se por implementar órgãos independentes para decidir as queixas relativas à aplicação das medidas referidas na alínea a) do n.º 4 do art. 13.º

Por último, a Proposta do Conselho acrescenta a obrigação de os Estados-membros encorajarem o diálogo entre interessados com vista à definição de boas práticas no tocante às referidas medidas e de se esforçarem por estabelecer mecanismos que facilitem a avaliação da eficácia e proporcionalidade destas medidas, devendo informar regularmente a Comissão Europeia. Esta deverá emitir orientações sobre a matéria, em consulta com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos, os titulares de direitos e outros interessados relevantes, considerando os resultados dos diálogos e os mecanismos nacionais existentes.

Compatibilização entre a Proposta de Diretiva, os Direitos Fundamentais da Carta e a DCE

Nas duas versões atualmente em confronto, do PE e do Conselho, parece ultrapassada a restrição conceptual que se pensava subordinar o regime de responsabilização dos prestadores de serviços da Sociedade da Informação ao «*Safe Harbour*» constante do art. 14.º da DCE e à proibição absoluta aos Estados-membros de estabelecerem qualquer tipo de monitorização ou filtragem geral, decorrente do art. 15.º da mesma DCE, como se esta tivesse força supralegal ou constitucional.

Qualquer das duas propostas atualmente em discussão deixa claro que se trata de implementar um regime específico, uma «*lex specialis*» face ao carácter geral e abstrato do regime decorrente da DCE. No entanto, importa dissipar todas as dúvidas acerca da admissibilidade dessa solução face aos direitos fundamentais plasmados na Carta Social Europeia e demonstrar a legitimidade da solução encontrada, mesmo em comparação com o regime resultante dos artigos 14.º e 15.º da DCE.

Na nossa análise, os alertas da comunidade académica são bem-vindos no sentido de ser clarificada a forma de compatibilizar com o art. 15.º da DCE o regime propugnado para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos nesta Proposta de Diretiva. Essa clarificação deverá assentar no critério decorrente do Considerando 47 desta última, que é, aliás, o argumento da Comissão Europeia, distinguindo entre monitorização genérica, que envolve uma obrigação proativa de busca de conteúdos não autorizados, e monitorização específica, que ocorre em determinados casos concretos, a pedido dos próprios titulares de direitos, casos esses que deverão ser devidamente assinalados e identificados, permitindo ao prestador do serviço atuar de forma preventiva de modo a não permitir que esses conteúdos voltem a ser ilegalmente disponibilizados.

Trata-se, a nosso ver, de restituir aos seus titulares legítimos o *direito exclusivo de colocação à disposição do público de obras e materiais protegidos por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido*.

A proposta não implica uma violação da DCE, nomeadamente do respetivo art. 15.º, n.º 1, essencialmente, porque as tecnologias de reconhecimento efetivo a que se refere [as medidas eficazes e proporcionais do n.º 4 (a)] *não envolvem uma quebra de privacidade nem equivalem a um mandato de busca indiscriminado* por iniciativa do prestador intermediário



20. Tradução não oficial.

21. Cf. o acórdão proferido no Processo n.º C-160/15, no dia 08.09.2016 (*GS MEDIA BV v SANOMA et al.*), e, mais recentemente, o acórdão TJUE de 14.06.2017, Proc. n.º C-610/15 (*Stichting Brein v Ziggo BV e XS4All Internet BV*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

de serviços a toda a Internet em ordem a determinar quais os conteúdos armazenados que são protegidos, como era, *v.g.*, o caso julgado pelo TJUE em 16.12.2012²².

Trata-se apenas de um mecanismo necessário à implementação do referido direito exclusivo de colocação à disposição, que se encontra protegido pelo direito de autor e direitos conexos, ou seja, pertence a alguém que, de facto, terá deixado previamente claro, na condição de titular desse direito, que não autoriza essa colocação à disposição para certas e determinadas obras devidamente identificadas.

Ou seja: trata-se de procurar impedir que determinadas obras e materiais protegidos, *previamente assinalados pelos respetivos titulares como não autorizados* como objeto de partilha na Internet, sejam colocados à disposição do público, através dos serviços de partilha de conteúdos, ou voltem a sê-lo após terem sido objeto de uma primeira operação de remoção ou bloqueio de acesso.

Na verdade, não se pode erigir a proibição de monitorização genérica num dogma insuperável que impede a utilização, pelos titulares de direitos, de todo o tipo de tecnologias de pesquisa por conteúdos *devidamente identificados* através de metadados, os quais são mesmo protegidos por lei como forma de auxiliar a gestão de direitos em ambiente digital (art. 6.º da Diretiva *InfoSoc*).

Parece-nos que a base para o estabelecimento de obrigações a cargo dos mais importantes prestadores de serviços de alojamento e oferta de conteúdos – tais como a de cooperar o mais possível com os titulares de direitos mediante a utilização de tecnologias de reconhecimento de conteúdo eficazes, bem como reportar sobre a utilização em linha de tais obras e outros materiais protegidos – é a presunção de que *são aqueles, precisamente, os que mais beneficiam das formas atuais de consumo de conteúdos*. Para além de serem os únicos que podem impedir de forma eficaz e rápida a disseminação ilegal dos mesmos conteúdos. Ninguém mais pode fazê-lo, de facto.

Daí a teoria do diferencial de valor, que nos parece genericamente correta, e da responsabilização.

A preocupação da Comissão Europeia com a harmonização legislativa a esse respeito está igualmente patente na recente Comunicação sobre responsabilidade de plataformas em linha²³, a qual assume claramente que *«no domínio do direito de autor, o reconhecimento automático de conteúdos tem-se mostrado eficaz desde há vários anos»*²⁴ encorajando mesmo as plataformas em linha a *«colocar todos os meios para detetar, limitar e eliminar de maneira proativa os conteúdos ilícitos em linha»* e a *«reforçar a cooperação e o investimento no domínio das tecnologias de deteção automática, bem como a recorrer a estas tecnologias»*.

As posições académicas extremamente críticas face ao art. 13.º e ao Considerando 38 da Proposta de Diretiva que têm vindo a ser ouvidas desde há pouco mais de um ano, concentraram-se no argumento de que as tecnologias de reconhecimento são uma forma de monitorização genérica e, portanto, incompatíveis com a proibição constante do art. 15.º, n.º 1, da DCE.

Tal como já tivemos a oportunidade de tentar esclarecer, num artigo intitulado *«Digital piracy and intellectual property infringement: role, liability and obligations of Internet service providers. The evolution of European case-law»*²⁵, o que o Tribunal de Justiça Europeu rejeitou foi uma *obrigação genérica* para os prestadores de serviços intermediários da Sociedade da

Informação prevenirem ativamente *todas as infrações ao direito de autor*, através de uma pesquisa ativa por obras videográficas ou musicais protegidas por direitos de autor *de forma indiscriminada*, mas não teve a intenção de questionar uma resposta atempada e específica por parte dos prestadores, de cada vez que um titular de direitos ou um seu representante o notifica sobre *uma infração concreta* aos respetivos direitos de autor: este tipo de notificação implica que o prestador deixa de poder invocar uma isenção de responsabilidade, de acordo com os artigos 12.º a 14.º da DCE sem tomar qualquer tipo de iniciativa, em virtude do facto de ganhar consciência do que se passa. Veja-se, por exemplo, os Considerandos 42 e 46 da DCE sobre os limites da isenção de responsabilidade.

Por outras palavras, na DCE, os prestadores de serviços em causa apenas ficarão isentos de responsabilidade *até ao momento em que tomam consciência de que terceiros, nomeadamente os utilizadores dos respetivos serviços, estão a cometer infrações ao direito de autor*. A partir desse momento, aquela isenção passa a depender do comportamento que adotarem, mas, em qualquer caso, não continuarão a ser *«infratores inocentes»*. É claro que, quando decidem remover o conteúdo ou desligar alguns utilizadores por comportamento ilícito reiterado, continuarão a poder qualificar-se para a isenção de responsabilidade, e parece ser precisamente isto que os prestadores de serviços querem, a julgar pela reação positiva que a ICT²⁶ teve à referida Comunicação da CE.

Quais são os argumentos mais fortes dos opositores ao art. 13.º e ao Considerando 38?

Em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça Europeu determinou que os prestadores não podem ser compelidos pelos Estados-membros a efetuar filtragem *ex ante*, em virtude do art. 15.º DCE:

O TJUE emitiu a sua decisão fundamental sobre esta matéria em 24.11.2011²⁷, afirmando que *«as Diretivas 2000/31, 2001/29 e 2004/48, lidas conjuntamente e interpretadas à luz dos requisitos decorrentes da proteção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um prestador intermediário de serviços de armazenamento de dados a instalação do sistema de filtragem controvertido»*.



22. Processo n.º C-360/10 (*SABAM v NETLOG NV*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

23. COM(2017) 555 final «Combater o conteúdo ilícito em linha – Por uma maior responsabilidade das plataformas em linha» disponível em inglês em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-555-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> e em francês em http://www.cdep.ro/afaceri_europene/CE/2017/COM_2017_555_FR_ACTE_f.pdf [consultados a 27.10.2018].

24. *Idem*, p. 14.

25. Cfr. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.ºs 14-15, Ano IV, abril/setembro, 2013, Ed. IDEFF, AdC, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 337 e ss.

26. Indústria de Comunicações e Tecnologia.

27. Proc. n.º C-70/10 (*Scarlet Extended SA, v SABAM*), Parágrafo 29 disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

Eis o que o Tribunal considerou como sistema de monitorização geral ou filtragem *ex ante*: «— um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços, particularmente as que envolvem o uso 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»²⁸.

O Tribunal também afirmou que uma obrigação de monitorização geral seria incompatível com o art. 3.º da Diretiva 2004/48, que enuncia que as medidas referidas nesta diretiva devem ser equitativas e proporcionadas e não devem ser excessivamente onerosas²⁹ e que a referida medida «correria o risco de violar a liberdade de informação, dado que esse sistema poderia não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito»³⁰.

Mas a verdade é que apenas é vedada aos Estados-membros a imposição aos prestadores de serviços de «uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem» ou «uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes» (art. 15.º, n.º 1, da DCE). Isto não coloca em causa a óbvia necessidade de os prestadores cooperarem com os titulares de direitos que proativamente indicarem as obras e outros materiais protegidos relativamente aos quais detetarem infrações, até para que os prestadores possam removê-las ou impedir o acesso às mesmas (*apud* art. 8.º, n.º 3, da Diretiva InfoSoc e art. 11.º da Diretiva Enforcement). Pelo que o regime destas Diretivas tem forçosamente de se aplicar.

Além do mais, transparece dos acórdãos do TJUE acima referidos que a maior preocupação do Tribunal é relativa à liberdade de prosseguir a respetiva atividade, no interesse dos prestadores de serviços, e, em relação aos utilizadores finais, o direito de receber ou partilhar informações³¹.

Numa decisão subsequente, de 16.02.2012, o Tribunal retoma os mesmos argumentos, desta vez em relação a uma rede social em que a todos os utilizadores era concedida a oportunidade de usarem, através do respetivo perfil, obras do reportório musical e audiovisual da SABAM, sem o consentimento desta e sem que a prestadora do serviço (NETLOG) pagasse quaisquer direitos à SABAM. O Tribunal acrescentou uma preocupação especial pela possibilidade de a NETLOG processar dados pessoais sem dar satisfação às previsões legais relativas à proteção de dados pessoais e da confidencialidade das comunicações³².

Não obstante, nessa decisão, o Tribunal chamou a atenção para que «decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a competência atribuída aos órgãos jurisdicionais nacionais em conformidade com estas disposições deve permitir que estes ordenem aos referidos intermediários que adotem medidas que visem não apenas pôr termo às violações já cometidas aos direitos de propriedade intelectual através dos seus serviços da sociedade da informação mas também prevenir novas violações (v. acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, Colet., p. I-11959, n.º 31)».

O Tribunal entende que «a instalação deste sistema de filtragem implicaria:

— que o prestador de serviços de armazenamento de dados identificasse desde logo, no conjunto dos ficheiros armazenados nos seus servidores por todos os utilizadores dos seus serviços, os ficheiros suscetíveis de conter obras sobre as quais os titulares dos direitos de propriedade intelectual alegam deter direitos

— que determinasse, em seguida, quais desses ficheiros eram armazenados e disponibilizados ao público ilicitamente e

— que procedesse, finalmente, ao bloqueio da disponibilização de ficheiros que considerasse ilícitos.

37. Assim, esta vigilância preventiva exigiria uma observação ativa dos ficheiros armazenados pelos utilizadores junto do prestador de serviços de armazenamento de dados e diria respeito tanto à quase totalidade das informações assim armazenadas como ao conjunto dos utilizadores dos serviços desse prestador (v., por analogia, acórdão *Scarlet Extended*, já referido, n.º 39).

[...]

45. Ora, no processo principal, a medida inibitória que ordena a instalação do sistema de filtragem controvertido implica a vigilância, no interesse dos referidos titulares, da totalidade ou da maior parte das informações armazenadas junto do prestador de serviços de armazenamento em causa, sendo essa vigilância, além disso, ilimitada no tempo, visando toda e qualquer violação futura e pressupondo-se que deva proteger não só as obras existentes mas também as obras futuras que ainda não foram criadas no momento da instalação do referido sistema.

46. Deste modo, esta medida inibitória implicaria uma violação caracterizada da liberdade de empresa do prestador de serviços de armazenamento de dados, uma vez que o obrigaria a instalar um sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente a expensas suas, o que de resto seria contrário às condições previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48, que determina que as medidas para assegurar o respeito dos direitos de propriedade intelectual não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas (v., por analogia, acórdão *Scarlet Extended*, já referido, n.º 48).

Mais uma vez, o Tribunal aparenta estar preocupado, essencialmente, com a latitude e potencial carácter invasivo de uma obrigação de filtragem, que transformaria o prestador intermediário de serviços numa espécie de polícia dos direitos de autor, com o potencial custo elevado de tal medida para o prestador do serviço, tornando-a desproporcionada face ao objetivo prosseguido.

O Tribunal decidiu que «a medida inibitória que ordena a instalação do sistema de filtragem controvertido implicaria, por um lado, a identificação, a análise sistemática e o tratamento das informações relativas aos perfis criados na rede social pelos utilizadores da mesma, sendo as informações relativas a esses perfis consideradas

28. *Idem*, Parágrafo 29.

29. *Ibidem*, Parágrafo 36.

30. *Ibidem*, Parágrafo 52.

31. *Ibidem*, Parágrafos 48 e 53.

32. Proc. n.º C-360/10 (*SABAM v NETLOG*), parágrafos 34-38, 43-51 disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

dados protegidos de carácter pessoal, uma vez que permitem, em princípio, a identificação dos referidos utilizadores [...]»³³.

Estas decisões, adotadas com um âmbito tão alargado, parecem, à primeira vista, ter subitamente esquecido e descartado todas as empenhadas promessas constantes da Diretiva *InfoSoc* relativamente ao «admirável mundo novo» das Medidas de Proteção Tecnológica (MPT, nomeadamente os DRM ou «*Digital Rights Management*») e da Informação para a Gestão de Direitos, que obviamente exigem a instalação de um *software* de reconhecimento, como requisito prévio de toda a utilização em linha das obras protegidas por direito de autor e conexos, permitindo a identificação e comunicação aos seus legítimos titulares, através da Internet.

Com efeito, o Considerando 47 da Diretiva *InfoSoc* proclamou que «o desenvolvimento tecnológico permitirá aos titulares dos direitos utilizar medidas de carácter tecnológico destinadas a impedir ou restringir atos não autorizados pelos titulares do direito de autor, de direitos conexos ou do direito sui generis em bases de dados».

O Considerando 55 acrescentou que «o desenvolvimento tecnológico facilitará a distribuição das obras, em especial em redes, e tal implicará que os titulares dos direitos tenham de identificar melhor a obra ou outro material, o autor ou qualquer outro titular de direitos relativamente a essa obra ou material, e prestar informações acerca dos termos de utilização da obra ou outro material, no sentido de facilitar a gestão dos direitos a eles atinentes. Os titulares de direitos devem ser incentivados a utilizar marcações indicando, para além das informações atrás referidas, nomeadamente a sua autorização ao introduzirem em redes obras ou qualquer outro material».

Ademais, num estudo sobre a implementação e os efeitos da Diretiva *InfoSoc* encomendado pelo *Institute for Information Law*, da Universidade de Amsterdão, em fevereiro de 2007 (apesar do «*disclaimer*» inicial rejeitando qualquer correspondência direta com a posição oficial da CE), é referido que para a CE «o principal propósito da disposição relativa à proteção legal das MPT foi o de servir de suporte à introdução em larga escala, pelo sector privado, da gestão eletrónica dos direitos de autor e dos sistemas de proteção. Uma vez desenvolvidos, estes sistemas dependeriam da implementação de medidas que dispensassem proteção legal em relação a atos tais como a fraude, violação ou manipulação destes sistemas»³⁴.

Duas das mais comuns formas de MPT são as marcas de água («*watermarking*») e as impressões digitais («*fingerprinting*») permitindo que utilizações ilícitas possam ser inversamente sequenciadas até à origem (por exemplo, quando um ficheiro é descoberto em distribuição gratuita nas redes *peer to peer*).

Portanto, e para começar, não nos parece fazer qualquer sentido que o legislador comunitário se tenha empenhado com tanto esforço numa Diretiva para proteger as MPT (em especial as DRM) e no encorajamento aos titulares de direitos para aderirem massivamente a estas novas formas de sequenciar obras, uma vez carregadas na Internet aberta, apenas para ter o Tribunal de Justiça Europeu a afirmar que não podem existir medidas cautelares a requerer aos prestadores intermediários de serviços que instalem um mecanismo de filtragem «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».

Em segundo lugar, nenhuma daquelas decisões negligencia o facto de, uma vez comunicada a infração ao prestador intermediário de serviços, existir um dever de prevenir futuras reincidências, e daí uma derrogação à necessidade de efetuar notificações subsequentes em nome do titular dos direitos: a isto chama-se «*Notice and Stay Down*». É disso que se trata na Proposta do art. 13.º, que, nas atuais versões, se liberta em definitivo da tutela opressiva dos artigos 14.º e 15.º da DCE.

Em terceiro lugar, transpira daquelas decisões uma preocupação dominante pela saúde económica dos prestadores intermediários de serviços, e a respetiva capacidade para evitar custos desproporcionais, algo que poderia, provavelmente, ser reavaliado à luz do avanço tecnológico e de novas aplicações a correr em *software* livre.

Em quarto lugar, se é certo que aquelas decisões estão direcionadas à prevenção da intromissão na privacidade e no direito de partilhar e receber comunicações, isto deverá ser lido em compatibilidade com os direitos de terceiros tais como os titulares de direito de autor e direitos conexos: não existe um direito de receber e partilhar conteúdos protegidos em infração a estes direitos de propriedade intelectual, e as palavras do Tribunal não podem ser interpretadas dessa forma. Tudo o que o Tribunal quer proteger é a liberdade de comunicar legalmente, e isto não impediu o Tribunal de dizer, por exemplo, no recente acórdão *BREIN v ZIGGO* e *XS4ALL* que a partilha de ficheiros *peer to peer* requer uma autorização prévia, uma vez que se qualifica como um ato de comunicação ao público³⁵.

Concluimos que o Tribunal Europeu poderá ter expressado de forma empolada o que queria realmente dizer com estas decisões. Ao que parece, o que o TJUE rejeitou, em ambos os casos, foi um pedido de que os prestadores intermediários de serviços instalassem um *software complicado, de elevado custo, em permanência, a expensas próprias*, o que colocaria em risco a respetiva liberdade de conduzir o seu negócio da forma como entendessem. Por outras palavras, isto significa que esta restrição não se aplicaria, por exemplo, a um *software padronizado* de proteção à propriedade intelectual, especialmente se os próprios titulares de direitos, ou alguns dos respetivos representantes, estivessem, por exemplo, disponíveis para distribuir esse *software* gratuitamente, na expectativa de que o seu uso se generalizasse, potenciando a respetiva eficácia.

Assim, supondo que o *software* se encontra disponível a custo zero ou a baixo custo, já não seria uma «*obrigação insustentável*» para os prestadores intermediários de serviços. O tema dos custos tem também de ser visto com base na evolução tecnológica, e o que era, à data, um *software* complicado e caro poderá agora ser um *software* padronizado e de baixo custo, a cargo dos ISP.

33. *Idem*, Parágrafo 49.

34. GUIBAULT, L., *et al.*, 2007, p. 71.

35. Acórdão de 14.06.2017 proferido no Proc. n.º C-610/15, parágrafos 19-20 e 39 disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

Além do mais, a realidade atual mudou bastante na forma como o sistema jurídico olha para os prestadores intermediários de serviços e a partilha com estes últimos dos custos do «*Enforcement*» já não é nenhum tabu, tendo em vista a economia da Internet. Recorde-se, por exemplo, a decisão da *Cour de Cassation* de 06.07.2017³⁶, de acordo com a qual os prestadores intermediários de serviços são, de todos os intervenientes na cadeia de valor, os que se encontram em melhores condições para suportarem os custos da efetivação do Direito de Autor e dos Direitos Conexos³⁷.

Existe também uma consciência crescente de que os prestadores intermediários de serviços não são todos iguais, e, se aqueles que são meros agentes neutrais e passivos do processo de comunicação têm o direito de invocar a isenção de responsabilidade, já a maioria dos que estão numa atividade de distribuição de conteúdos em linha são promotores muito ativos de infrações e, presumivelmente, terão consciência desse facto, uma vez que fornecem os meios e incentivam a prática, sem serem legalmente obrigados a certificar-se de que as devidas autorizações existem.

Os artigos 12.º e 13.º da mesma DCE confirmam que os prestadores intermediários de serviços não são responsáveis pela armazenagem automática, intermédia e transitória da informação, enquanto, nos casos previstos no art. 14.º, a importância do automatismo na recolha ou apresentação da informação pode variar. Isto é patente no Processo Google France³⁸. O Tribunal concluiu que, em ordem a determinar se a responsabilidade de um prestador do serviço de motor de busca poderia ser abrangida pela isenção do art. 14.º da DCE, deverá examinar-se o quão neutral, puramente técnico, automático e passivo é o respetivo comportamento, implicando dois requisitos: a falta de conhecimento e a falta de controlo dos dados armazenados.

No processo *Google*, o TJUE observou que este prestador de serviço, graças ao *software* desenvolvido por si, sujeita os dados submetidos pelos seus anunciantes a um processo de organização, de acordo com o qual a publicidade é apresentada com uma ordem específica, sob o controlo da própria *Google*, de acordo, nomeadamente, com a contrapartida paga pelos anunciantes pela exibição dos respetivos anúncios. Deste modo, a atividade da *Google* é muito mais do que uma mera atividade técnica, automática e passiva.

De facto, a proibição europeia de qualquer tipo de monitorização preventiva abriu um problema legal enorme, que ainda permanece de muito difícil resolução, nomeadamente, como lidar com a constante renovação do carregamento das mesmas obras sob um nome de ficheiro distinto, com um «*hashtag*» ligeiramente diferente ou para um URL diverso, como poderá ser confirmado, por exemplo, pela jurisprudência francesa³⁹.

O art. 13.º e o Considerando 38 são um passo na direção certa, uma vez que representam o uso de ferramentas fornecidas pela tecnologia para combater um problema criado pela tecnologia. Fará sentido continuar a recusar aos titulares de direitos o uso de tecnologias de prevenção de ilícitos, com base numa defesa absoluta da privacidade, deixando-os sem forma de defenderem os seus direitos, mesmo quando verificam que os mesmos estão a ser frequentemente violados?

Deverá, portanto, existir uma nova interpretação do tema da compatibilidade entre o art. 13.º da Proposta e o

art. 15.º, n.º 1, da DCE ou, conforme agora decorre das propostas em discussão, uma clara *autonomização do regime da violação de Direitos de Autor e Conexos* face ao regime geral.

Deste modo, uma vez que um titular de direitos, ou alguém em seu nome, como seu legítimo representante, instaure uma medida cautelar dirigida a um prestador (agora na categoria recortada de *serviços de partilha de conteúdos*) com vista à remoção ou bloqueio de conteúdos protegidos, que tenham sido ilegalmente carregados na Internet, o prestador de serviços deverá ser capaz de não só remover mas também «etiquetar» esse conteúdo, de modo a que o mesmo não volte a ser carregado vezes e vezes sem conta, exigindo uma notificação de cada vez que acontecer, o que a evidência mostra ser um número ilimitado de vezes.

Caso se entenda essa filtragem subsequente a uma primeira notificação como ilegal, por violação do art. 15.º, n.º 1, DCE, então isto equivale a considerar nulo e vazio de sentido o direito exclusivo de colocação à disposição, reconhecido pelo art. 3.º, n.º 2, da Diretiva *InfoSoc* e tornando eficaz pelos artigos 8.º, n.º 3, daquela Diretiva, e 11.º da Diretiva «*Enforcement*».

Por outras palavras, para evitar o inconveniente menor de exigir aos prestadores de serviços que adotem *software* de identificação de conteúdos padronizado, o qual poderia prevenir o carregamento ilegal generalizado de conteúdos ilegais na Internet, em violação do direito exclusivo de colocação à disposição, exige-se aos titulares de direitos que sejam eles próprios os polícias da Internet, à caça das miríades de descarregamentos ilegais, com ferramentas que são muito menos confiáveis e rigorosas do que as acima referidas, também destinadas à identificação de conteúdos. Tudo isto onera ainda mais os titulares de direitos, que já são as maiores vítimas!

Vejamos, por exemplo, o que acontece (ou, pelo menos, acontecia até há pouco) com o *YouTube*:



36. Acórdão n.º 909 du 6 juillet 2017 (16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595) – *Cour de Cassation* – *Première chambre civile* – ECLI:FR:C-CASS:2017:C100909. Cfr. também o *High Court of Ireland* no Proc. Sony Music Entertainment (Ireland) Ltd., Universal Music Ireland Ltd e Warner Music Ireland Ltd v UPC Communications Ireland Ltd [2016] IECA 231.

37. Segundo o *Tribunal de Cassation* de Paris, «uma parte que deve fazer valer os seus direitos na justiça não tem de suportar as despesas ligadas ao restabelecimento dos seus direitos» (tradução livre).

38. Acórdão TJUE de 23.03.2010 proferido nos Processos conjuntos C-236/08 a C-238/08 (*Google France S.A.R.L. and Google Inc. v. Louis Vuitton Malettier SA, Viaticum S.A. and others*). disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

39. Cfr. acórdãos da *Cour de Cassation Civile*, 12.07.2012 (Processos *Bac films and The factory v. Google France*, e *Mr. X and Press Agencies v. Google Images*) entre muitos outros.

De acordo com a carta aberta de Maria Schneider (endereçada aos «titulares de direitos e a uma indústria musical pronta para renegociar com um Monstro»)⁴⁰, «o Content ID do YouTube também não é a resposta, porquanto tem sido reservado a um número restrito de titulares de direitos e, basicamente, ainda é pirataria disfarçada». No entanto, o «Audible Magic» encontra-se disponível a um preço muito razoável para qualquer empresa que queira oferecer o bloqueio de carregamentos ilegais. E no Audible Magic, os titulares do conteúdo poderão carregar os seus conteúdos livremente. A Apple criou agora o «iTunes Match» e o Facebook está a desenvolver a sua própria tecnologia, pelo que é óbvio que a tecnologia de impressões digitais se tornou uma «medida técnica padrão». «As impressões digitais são uma tecnologia que é agora muito acessível [...] e, apesar de a isenção do DMCA exigir ao YouTube (e a todas as empresas da Internet que também permitem o carregamento de conteúdos por parte do público) que use a tecnologia de impressões digitais disponível, ninguém está a efetivar a aplicação dessa lei. Já é tempo.»

Outro argumento que tem sido constantemente repetido contra a proposta do art. 13.º é a sua alegada desproporcionalidade em relação às exceções legítimas de paródia ou citação. Aqui, o argumento é o de que uma filtragem automática não é sensível às exceções e limitações pelo que haveria um bloqueio desnecessário de conteúdos legítimos, em prejuízo dos utilizadores. Este seria o resultado de um excesso de bloqueios («overblocking») ou de filtragem («overfiltering»).

Neste momento, ambas as redações propostas dedicam particular atenção à efetivação das exceções e limitações através de órgãos independentes, orientações, intervenção humana, resolução alternativa de litígios, justificação de decisões, mecanismos de recurso e compensação.

Porém, ainda que assim não fosse, o argumento não colhe, por ser demasiado enviesado a favor dos utilizadores; se tentarmos pensar na Internet como um centro comercial ou supermercado onde todos os produtos podem ser retirados das prateleiras gratuitamente e em que a única forma de implementar a efetivação do pagamento é a instalação de um alarme na porta ou várias barreiras à saída, equipadas com sensores, o argumento é o mesmo do que dizer que estes alarmes terão de ficar permanentemente desligados porque alguns consumidores têm o direito de adquirir os produtos sem pagar, beneficiando de um tratamento excepcional, evitando dissabores a estes consumidores pelo disparo dos alarmes em falso. Isto, obviamente, torna-se a causa de abusos – é da natureza humana – ao passo que a solução apropriada seria justificar cada disparo do alarme.

Por que razão deverão ser os titulares de direitos, na sua condição de beneficiários exclusivos do direito de colocação à disposição, a ter de tolerar um direito global de carregar as respetivas obras ou outros materiais protegidos, apenas para evitar o inconveniente menor de os utilizadores que reclamam o benefício de alguma exceção ou limitação terem de provar essa legitimidade para poderem «passar» pelos filtros?

Por outras palavras, se o direito exclusivo de colocação à disposição é a regra, e a paródia ou citação a exceção, por que razão deverão os mecanismos supletivos favorecer estas últimas e obrigar os titulares do primeiro a travar uma ilimitada e previsivelmente ineficaz caça aos infratores? Não será isso a negação do próprio direito exclusivo? A inversão da presunção legal?

Parece, de facto, que a Internet virou as regras do mundo analógico de pernas para o ar, e agora transformou-se numa espécie de domínio público, no qual todas as pessoas têm o direito de carregar e partilhar conteúdos livre e gratuitamente, com o mundo inteiro, se assim o pretenderem, e depois ficará a cargo dos titulares do assim chamado direito exclusivo de colocação à disposição uma guerra sem quartel e antecipadamente perdida, pela preservação dos seus direitos contra um gigante tentacular que nunca se deixa derrotar, ressurgindo mais forte a cada golpe.

Certamente que o legislador europeu não terá querido reconhecer o direito de colocação à disposição como direito exclusivo e conferir proteção legal às MPT e aos sistemas de DRM que permitem a identificação das obras e outros materiais protegidos no ambiente digital, apenas para permitir a sua violação generalizada, eliminando a possibilidade de filtragem «ex ante», a qual parece ser a única forma efetiva de lidar com o carregamento generalizado de conteúdos na rede.

O único requisito é que se proceda a um reequilíbrio do Direito de Autor e Direitos Conexos face aos direitos dos utilizadores, no mercado, o que quer dizer que depende dos operadores das plataformas a instalação de sistemas tecnológicos que tornem esses direitos efetivos, restabelecendo o direito exclusivo de «carregamento», sem prejuízo das exceções e limitações legítimas, que poderão ser justificadas por aqueles que reclamam os respetivos benefícios, mediante a certificação por terceiros, de acordo com as condições de utilização dos prestadores intermediários dos serviços ou mesmo em diálogo com os titulares de direitos, tornado possível pelo «disparo do alarme». Não faz sentido é desligar todos os alarmes para evitar falsos positivos.

Neste sentido, a ALAI, que já havia emitido uma primeira resolução sobre o tema do «diferencial de valor» («value gap») em 18.02.2017⁴¹, veio depois complementar o seu entendimento com uma nova resolução, datada de 16.10.2017⁴², a qual responde, de forma lapidar, às questões levantadas por alguns Estados junto dos serviços jurídicos do Conselho, relativamente à compatibilidade do art. 13.º e do Considerando 38 com alguns direitos fundamentais e, em especial, com o art. 15.º, n.º 1, da DCE: «Quanto à questão da compatibilidade do art. 13.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, a ALAI considera que os legisladores [nacionais] têm, em geral, uma margem de apreciação bastante importante sobre a forma como entendem conciliar os diferentes direitos fundamentais consagrados pela referida Carta e nada indica que a apreciação



40. Disponível em <http://musicanswers.org/content-id/> [consultado em 27.10.2018].

41. Disponível em <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170218-value-gap-fr.pdf> [consultado em 27.10.2018].

42. Disponível em <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/171016-alai-reflexions-complementaires-value-gap.pdf> [consultado em 27.10.2018].

constante do art. 13.º esteja em contradição com a mesma. Pelo contrário, a Proposta da Comissão é um instrumento útil para restabelecer o justo equilíbrio, igualmente buscado pelo TJUE, entre os direitos fundamentais dos autores e dos outros direitos fundamentais enumerados na questão.»

Reconhecendo novamente a pertinência da questão do «value gap» face à desigualdade existente, a ALAI conclui que a tomada de medidas «tais como» o recurso a técnicas de reconhecimento de conteúdos, será fruto de um diálogo com os titulares de direitos e que as mesmas deverão ser apropriadas e proporcionais, de acordo com o art. 13.º, não obstante não existir conflito possível com os direitos fundamentais.

Quanto à segunda questão, sobre a eventual conveniência de modificar, unicamente para efeitos de direito de autor, a aplicação horizontal do art. 14.º da DCE, a ALAI sublinha que o art. 13.º (e o Considerando 38) não o pretende(m) fazer, mas sim clarificar a interpretação conforme à jurisprudência do TJUE no que diz respeito à situação visada pelo art. 13.º, ao precisar as condições em que um prestador intermediário de serviços passará a ser considerado como tendo um papel ativo, para efeito de sujeição às obrigações propostas no art. 13.º, em linha com a jurisprudência do TJUE, nomeadamente o acórdão *L'Oréal v eBay*⁴³, evitando a confusão com o critério de conhecimento [das infrações] que tem sido aplicado por alguns tribunais nacionais. Essa clarificação é bem-vinda e não representa uma alteração relativamente ao atual *status quo*.

Quanto à terceira questão, relativa à alegada incompatibilidade com o art. 15.º da DCE, a ALAI remete para a respetiva resolução anterior sobre esta matéria, parte IV, n.º 3, que explica de forma mais detalhada que *não existe qualquer conflito entre o art. 13.º da Proposta e o art. 15.º, n.º 1, da DCE* porque só as medidas apropriadas e proporcionais de natureza individualizada ou específica, e não geral, deverão ser tomadas, sendo certo que são já parcialmente implementadas.

A compatibilização é assegurada pelo facto de as medidas em causa deverem ser consideradas como «direcionadas» e não gerais. Trata-se das medidas «apropriadas e proporcionais» que o TJUE aceita como suscetíveis de imposição aos prestadores intermediários de serviços, deixando a estes últimos a liberdade de escolha após ter admitido o princípio da sujeição às mesmas.

Relativamente à quarta questão, sobre a qualificação como ato de comunicação ao público da mera disponibilização de obras e outros materiais protegidos, a ALAI recorda que o TJUE tem vindo a afirmar sucessivamente, e em conformidade com o direito internacional subjacente, que o direito de colocação à disposição se aplica ao simples facto de *permitir o acesso* e não exige, necessariamente, um *ato de transmissão*, como foi igualmente sublinhado na resolução anterior da ALAI, parte IV, n.º 2. Desta forma, a proposta do art. 13.º não pretende substituir a jurisprudência do TJUE mas corresponde à *interpretação decorrente do TJUE em diversos processos*, até posteriores à Proposta⁴⁴, no que diz respeito ao sítio eletrónico *The Pirate Bay*, cujos responsáveis são considerados infratores.

Com efeito, na referida resolução, a ALAI congratulou-se pela clarificação interpretativa da CE face às numerosas divergências interpretativas sobre o conceito de

«comunicação ao público» considerando virtuosa a construção da CE, quer quanto ao critério de distinção dos prestadores intermediários ativos/passivos quer quanto às obrigações aplicáveis a estes últimos enquanto facilitadores de acesso a conteúdos, mesmo o licenciamento, que deverá ficar na parte dispositiva.

Certamente que também as novas propostas de redação serão consideradas em linha com esta posição, uma vez que permitem a responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos fora do regime do «*Safe Harbour*» em estreita colaboração com os titulares de direitos.

Em conclusão, parece-nos que há muitas formas de contornar os argumentos dos que pretendem cristalizar no tempo o estatuto de proteção (em rigor, impunidade) que tem permitido aos principais protagonistas do mercado de conteúdos prosperar de forma exponencial e esmagar em absoluto os titulares de direitos, precisamente porque estes são fracos perante tais gigantes. Como afirmou Henri Lacordaire «*Entre o forte e fraco [...] é a liberdade que oprime e a lei que liberta*».

Eis a razão pela qual a futura lei deve confirmar a possibilidade do uso das tecnologias de reconhecimento de conteúdos protegidos, como forma de restituir aos autores e aos titulares de outros direitos o poder de controlo sobre o destino das respetivas obras e outros materiais protegidos, consagrando obrigações de colaboração a cargo dos prestadores intermediários de serviços, repondo o equilíbrio abalado pela Internet, e interpretando o sentimento comum.

A nosso ver, trata-se agora de propor uma alteração legislativa que forçará uma nova orientação jurisprudencial, ao criar um regime especial para o direito de autor e conexos – como, de resto, já existe para a prevenção de outros crimes de maior gravidade, como a pornografia infantil⁴⁵ e para crimes contra a segurança das populações⁴⁶, ou, no mínimo, sempre equivale a adotar uma interpretação restritiva da proibição de monitorização geral constante do art. 15.º, n.º 1, da DCE.

As duas propostas de texto diferem, sobretudo, no grau de assertividade, simplificação de procedimentos e «exigências garantísticas», ou seja, o texto do Conselho é muito mais complexo e tem muito mais probabilidade de resultar



43. Acórdão TJUE de 12.07.2011 no Proc. n.º C-342/09 (*L'Oréal SA et al. v eBay International AG et al.*) disponível em <https://www.gedipe.org/web-site/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

44. Acórdão TJUE de 14.06.2017 no Proc. n.º C-610/15 (*Stichting Brein v Ziggo BV e XS4All Internet BV*) disponível em <https://www.gedipe.org/web-site/atividade/jurisprudencia-relevante.html> [consultado a 27.10.2018].

45. Cfr., por ex., os arts. 15.º, n.º 4, e 25.º da Diretiva 2011/92/UE do PE e do Conselho de 13.12.2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

46. Cfr. o art. 21.º da Proposta de Diretiva relativa à luta contra o terrorismo e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho.

na exclusão absoluta de responsabilidade por parte dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos, bastando a estes últimos darem cumprimento a uma obrigação de *melhores esforços* que acaba por ser ainda menos exigente do que o regime do art. 14.º da DCE para excluir aquela responsabilidade, o que não se compreende nem pode aceitar-se, tendo em conta a especificidade dos Direitos de Autor e Conexos e a frequência com que são detetadas situações de infração aos mesmos. Parece-nos muito mais assertivo e apropriado o texto do PE, o qual não deixa de acautelar aspetos fundamentais tais como as exceções e limitações, os direitos fundamentais, as melhores práticas e a necessidade de dotar a aplicação de certeza jurídica, através da emissão de orientações (*guidance*). Mas o aspeto fundamental da Proposta do PE assenta na clara definição de uma obrigação de licenciamento, mesmo a cargo de certos motores de busca cujos resultados sejam obras gráficas, artísticas ou fotográficas (o que abrange as audiovisuais), cujo âmbito deverá cobrir os carregamentos efetuados pelos utilizadores do serviço, admitindo-se que os próprios titulares de direitos não estejam interessados nesse licenciamento, o que substancia a verdadeira natureza do direito exclusivo. Caso contrário, restará apenas um direito à compensação.

Note-se que a Proposta do PE contempla ainda, adicionalmente, como art. 16a, um direito à revogação do consentimento prestado pelo titular de direitos a qualquer utilizador, sempre que considere existir uma ausência de exploração ou uma falha contínua na prestação de contas e sujeito a alguns requisitos em termos de duração e de modalidade (*v.g.*, pode terminar apenas o regime de exclusivo), com salvaguarda de justificação legítima e de acordos coletivos em contrário.

De qualquer modo, o aspeto mais cuidado das propostas parece ser o tratamento dado às medidas «eficazes e proporcionais» previstas no n.º 4 (a) do art. 13.º e é agora mais claro o paralelismo com a Diretiva *InfoSoc* que estabelece o regime aplicável às medidas de carácter tecnológico do art. 6.º da Diretiva *InfoSoc*, as quais são consideradas «eficazes» nos termos do respetivo n.º 3 e agora passarão a ter de passar pelo crivo da proporcionalidade para poderem ser implementadas.

Seja como for, o que não poderá é continuar a permitir-se que os infratores do direito de colocação à disposição que são persistentes, e conhecem bem as facilidades permitidas pelos avanços da tecnologia, continuem a prevalecer-se do estatuto de isenção dos prestadores intermediários de serviços que foi pensado para um contexto diferente⁴⁷. É hora de colocar a tecnologia ao serviço dos titulares de direitos, reequilibrando mais uma vez os pratos na balança do Direito de Autor.



47. Cfr. a este propósito o estudo recente «Economic Analysis of Safe Harbour Provisions», do Professor Stan Liebowitz, da Universidade do Texas, que o exame económico mais detalhado até à data de como os titulares de direitos de autor na música foram prejudicados pelas chamadas regras de «porto seguro» na legislação autoral, as quais se encontram ultrapassadas pela própria evolução dos negócios e da tecnologia. O estudo económico foi encomendado pela CISAC, a Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores. A CISAC é a principal rede mundial de sociedades de autores, com 239 sociedades membros em 123 países, representando mais de 4 milhões de criadores de música, audiovisual, teatro, literatura e arte visual.