

# PROCURA-SE: CORAGEM POLÍTICA PARA REFORMAR O CÓDIGO DE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

*Por* Patrícia Akester(\*)

## *SUMÁRIO:*

**1. Introdução.** **2. Uma manta de retalhos.** **3. A cópia pirata.** **3.1.** As exceções e limitações. **3.2.** A licitude de origem. **3.3.** A orientação do TJUE neste campo. **3.4.** Consequências. **4. O registo da obra.** **4.1.** O imperativo internacional. **4.2.** A lei doméstica. **4.3.** Incumprimento da norma internacional. **5. As medidas tecnológicas de protecção do direito de autor.** **5.1.** Quadro normativo internacional. **5.2.** A Directiva sobre a Sociedade da Informação. **5.3.** O art. 217.º do CDADC de 1985. **5.4.** O art. 221.º do CDADC de 1985. **5.5.** Conclusão. **6. A Directiva Mercado Único Digital.** **7. Epílogo.**

## **1. Introdução**

Publiquei recentemente a segunda edição do meu Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado (Editora Almedina, 2019) o que me obrigou, naturalmente, a ler, a examinar cuidadosamente e a fornecer o meu entendimento sobre cada artigo dessa lei. Cheguei à conclusão de que o nosso Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC 1985) requer vigorosa e urgente reforma e elencarei cinco razões, a título de exemplo, que me levam a fazer tal afirmação.

---

(\*) Fundadora, Gabinete de Propriedade Intelectual/Intellectual Property Office (GPI/IPO) Associate, CIPIL, University of Cambridge.

## 2. Uma manta de retalhos

Em Portugal, a publicação do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos monta a 1985<sup>(1)</sup>. Sucede que, ao longo dos anos, o Código foi alvo de múltiplas alterações que visaram adaptar a legislação interna à legislação comunitária, nem sempre de forma muito coerente<sup>(2)</sup>.

Infelizmente, directivas houve que foram transplantadas para tal diploma<sup>(3)</sup> e outras que foram implementadas através de diplomas autónomos<sup>(4)</sup>.

Mesmo as Directivas que foram transplantadas para o Código, nem sempre o foram de forma integral, havendo, pois, que ter em conta tanto o preceituado no Código como no diploma que opera a implementação em causa. Por exemplo, tendo o art. 67.º (2) do CDADC de 1985 esclarecido que a garantia das vantagens patrimoniais resultantes da exploração da obra constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da pro-

---

(1) Para melhor entendimento da evolução histórica do direito de autor em Portugal, *vide* VISCONDE DE CARNAXIDE, *Tratado da Propriedade Literária e Artística*, Porto, 1918, pp. 15-30; L. F. REBELLO, *Garret, Herculano e a Propriedade Literária*, SPA/Publicações D. Quixote, 1999; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 39-50.

(2) *Vide* P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 283-378.

(3) Por exemplo, a Directiva sobre a Sociedade de Informação. Directiva 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 (Dir. 2001/29/CE). *Vide* P. AKESTER, «Implementation of the InfoSoc Directive in Portugal», *Entertainment Law Review*, 16:1, 2005, p. 7; P. AKESTER, *Portugal*, in B. Lindner e T. Shapiro (coordenadores), *Copyright in the Information Society: A Guide to National Implementation of the EC Directive*, Edward Elgar, 2.ª ed, 2019; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 339-358.

(4) Por exemplo, a Directiva sobre os Programas de Computador. Directiva do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (Dir. 2009/24/CE, versão codificada, que foi transposta pelo Decreto-Lei 252/94. Decreto-Lei 252/94, de 20 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei 334/97, de 27 de Novembro, texto consolidado. *Vide* B. CZARNOTA e R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe: a Guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991; T. Dreier, «The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs», *European Intellectual Property Review*, 9, 1991, p. 319; J. M. A. BERKENS e G.O. M. ALKEMADE, «Software Protection: Life After the Directive», *European Intellectual Property Review*, 12, 1991, p. 476; J. HUET e J. GINSBURG, «Computer programs in Europe: A comparative analysis of the 1991 EEC Software Directive», *Columbia Journal of Transnational Law*, 30, 1992, p. 327; P. CORDEIRO e M. LOPES ROCHA, *Protecção jurídica do software*, Edições Cosmos, 1995; E. R. KROKER, «The Computer Directive and the Balance of Rights», *European Intellectual Property Review*, 5, 1997, p. 247; R. SAAVEDRA, *A Protecção Jurídica do Software e a Internet*, Sociedade Portuguesa de Autores, Publicações/D. Quixote, 1998; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 287-298.

tecção legal, o art. 68.º (1) do CDADC de 1985 avança que essa exploração pode ser feita «por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser». Trata-se de uma fórmula aberta e flexível que permite o ajustamento, *inter alia*, em função da evolução tecnológica. Em seguida, dispõe o art. 68.º (2) do CDADC de 1985, exemplificativamente, sobre os diversos modos de exploração da obra, estatuidando que assiste ao autor, entre outros, o direito exclusivo de executar (ou autorizar a execução por terceiro) certos actos. Mas a protecção advinda do art. 68.º (2) do CDADC de 1985 é complementada pelos seguintes diplomas:

- Decreto-Lei 252/94, de 20 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei 334/97, de 27 de Novembro, que procedeu à transposição da Directiva sobre os Programas de Computador (**direito de dispor do programa de computador**);
- Decreto-Lei 332/97 de 27 de Novembro, alterado pelas Leis 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que procedeu à transposição da Directiva sobre o Aluguer e o Comodato (**direitos de aluguer e de comodato**);
- Decreto-Lei 333/97, de 27 de Novembro, que procedeu à transposição da Directiva sobre a Radiodifusão por Satélite e a Retransmissão por Cabo (**direitos de transmissão por satélite e de retransmissão por cabo**); e
- Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, que procedeu à transposição da Directiva sobre as Bases de Dados (**direito de dispor da base de dados**).

Ou seja, o art. 68.º (2) do Código confere certos direitos ao autor, mas os direitos do autor não se esgotam nesse artigo. Há que ter em conta diplomas avulsos que subsistem à margem do Código e que estabelecem, por exemplo, o direito de dispor do programa de computador, direitos de aluguer e de comodato, direitos de transmissão por satélite e de retransmissão por cabo e o direito de dispor da base de dados.

Esta manta de retalhos que rege o Direito de Autor dificulta uma interpretação clara e coesa do quadro normativo jusautorais, que já de si tutela matéria complexa.

### 3. A cópia pirata

#### 3.1. As exceções e limitações

A outorga do direito de autor é acompanhada de exceções e limitações a esse direito, as quais consistem em preceitos integrados, nas leis de direito de autor, que restringem o direito de explorar a obra<sup>(5)</sup>. Tais restrições têm como premissa o papel fundamental das obras literárias e artísticas no plano do estudo, da instrução e do saber. É dessa função de foro cultural e social desempenhada pelas obras literárias e artísticas que deriva a colocação de restrições aos direitos exclusivos dos autores, com vista a facilitar o acesso à educação, à cultura e ao conhecimento.

As utilizações livres e as licenças de natureza compulsória configuraram-se como as restrições mais significativas. As utilizações livres das obras, nos termos estabelecidos pela lei, são, em regra, gratuitas embora possam estar sujeitas a uma remuneração equitativa, enquanto das licenças compulsórias advém, por norma, para o autor, o direito de obter essa remuneração equitativa que é fixada na falta de acordo entre as partes pela autoridade competente<sup>(6)</sup>.

Grosso modo, existem três categorias de exceções e limitações: (i) as que salvuardam, fundamentalmente, os direitos do indivíduo (autorizando, por exemplo, a reprodução para uso privado e não comercial), (ii) as que tutelam interesses de cariz comercial (tolerando, por exemplo, a descompilação de programas de computador para efeitos de interoperabilidade) e (iii) as que se destinam a promover a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum (permitindo, por exemplo, que certas entidades, como bibliotecas, arquivos, museus e estabelecimentos de ensino executem certos actos).

#### *A cópia privada*

No que toca às exceções e limitações que incidem apenas sobre o direito à reprodução, o art. 5.º (2) (a)-(b) da Directiva sobre a Sociedade da

---

<sup>(5)</sup> C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention*, OMPI, 1978, parágrafos 9.6-9.13; S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, parágrafos 13.03-13.37; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 117-132.

<sup>(6)</sup> Organização Mundial da Propriedade Intelectual, *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, OMPI, 1978, p. 144.

Informação foi implementado pelo art. 75.º (2) (a) do CDADC de 1985, que autoriza:

- A reprografia, isto é, a reprodução de obra, para fins exclusivamente privados, em papel (ou suporte similar), realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica (ou processo com resultados semelhantes), com excepção das partituras; e
- A cópia privada, ou seja, a reprodução em qualquer meio, analógico ou digital, realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais (quer directos, quer indirectos).

Consequentemente, a cópia privada é hoje aplicável tanto ao campo do analógico como do digital.

### 3.2. A licitude de origem

Ainda na sequência da implementação da Directiva sobre a Sociedade da Informação no ordenamento jurídico nacional, o conceito de licitude de origem foi introduzido no art. 75.º (3) do CDADC de 1985, preceito esse que autoriza, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução, a distribuição de exemplares desde que licitamente reproduzidos. Isto é, fez-se depender a legalidade da distribuição dos exemplares da licitude da sua reprodução.

Visto que o art. 68.º do CDADC de 1985 circunscreve o direito de distribuição ao âmbito dos exemplares tangíveis, deve concluir-se que o requisito da licitude de origem não se aplica ao digital.

Uma vez que a única referência ao conceito de «licitude de origem» se circunscreve ao art. 75.º (3) do CDADC de 1985, não sendo essa licitude exigida no âmbito da cópia privada, legitima-se a execução de cópias a partir de cópias ilícitas, isto é, a partir de cópias que não tenham sido, por sua vez, reproduzidas licitamente – como frequentemente sucede quando são feitos downloads através dos sistemas Peer to Peer ou P2P<sup>(7)</sup>.

Tal conclusão apenas pode ser afastada, casuisticamente, mediante o recurso à chamada *regra dos três passos*, constante do art. 75.º (4) do CDADC de 1985, em casos em que a aplicação da excepção atinja a explo-

---

(7) Vide P. AKESTER, «Copyright and the P2P Challenge», *European Intellectual Property Review*, 3, 2005, p. 106.

ração normal da obra ou cause um prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor<sup>(8)</sup>.

### 3.3. A orientação do TJUE neste campo

Segundo o TJUE o regime de cópia privada doméstico não pode ser considerado conforme ao Direito da União Europeia, devendo o art. 5.º (2) (b) da Directiva sobre a Sociedade da Informação ser interpretado no sentido de que não abrange a cópia privada efectuada a partir de uma fonte ilícita<sup>(9)</sup>.

Declarou aquele Tribunal que o art. 5.º (2) (b) da Directiva sobre a Sociedade da Informação proíbe os titulares de direitos de invocarem os seus direitos no âmbito da feitura de cópias privadas das suas obras, mas não os manda tolerar violações dos seus direitos quando tais violações acompanham a realização dessas cópias.

Salientou, o TJUE, que as legislações dos Estados Membros devem distinguir em função da natureza lícita ou ilícita da fonte a partir da qual é efectuada uma reprodução para uso privado, sob pena de violarem certos requisitos estabelecidos no art. 5.º (5) da Directiva sobre a Sociedade da Informação.

De acordo com aquele Tribunal, «admitir que essas reproduções possam ser efectuadas a partir de uma fonte ilícita fomentaria a circulação de obras contrafeitas ou pirateadas, diminuindo assim necessariamente o volume das vendas ou de outras transacções legais relativas às obras protegidas, pelo que prejudicaria a sua exploração normal», sendo que «tal seria susceptível de provocar (...) um prejuízo injustificado aos titulares do direito de autor»<sup>(10)</sup>.

---

(8) Vide M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, Kluwer Law International, 2004; Organização Mundial do Comércio, *Report of the Panel established under Article 6 of the Dispute Settlement Understanding and Article 64 (1) of the TRIPS Agreement: United States. Section 110 (5) of the US Copyright Act*, in *Dispute Settlement Reports*, Cambridge University Press, 2008.

(9) *ACI Adam BV e outros v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, Acórdão do TJUE, Processo C-435/12, 10 de Abril de 2014.

(10) *ACI Adam BV e outros v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, Acórdão do TJUE, Processo C-435/12, 10 de Abril de 2014, 39-40.

### 3.4. Consequências

A questão não é metafísica, tendo consequências práticas. A lei portuguesa legítima, por exemplo, downloads através de sistemas Peer to Peer ou P2P, como os sistemas Kazaa, Limewire, BearShare, Morpheus e Acquisition, que estabelecem conexão a redes como a rede Gnutella, permitindo o acesso a outros sistemas e a partilha de cópias piratas.

## 4. O registo da obra

### 4.1. O imperativo internacional

A nível internacional, a Convenção de Berna<sup>(11)</sup> assenta em certas regras fundamentais, uma das quais consiste na concessão de protecção independentemente do cumprimento de quaisquer requisitos formais. Com efeito, de acordo com o art. 5.º (2) da Convenção de Berna, «o gozo e o exercício destes direitos não estão subordinados a qualquer formalidade».

Enquanto a Convenção de Berna impede a exigência de quaisquer formalidades como requisito de protecção, a Convenção Universal sobre Direito de Autor<sup>(12)</sup> exige o seu cumprimento, considerando, contudo, satisfeitas quaisquer formalidades exigidas pela legislação interna de um

---

<sup>(11)</sup> Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas, 1886, acto de Paris, 1971. Vide C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention*, OMPI, 1978; J. CAVALLI, *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, Imprimeries Réunies, 1986; A. BOGSCH, «The First Hundred Years of the Berne Convention», *Copyright*, 22, 1986, p. 322; M. STOJANOVIC, «Quel avenir pour la Convention de Berne?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 130, 1986, p. 3; E. ULMER, «One Hundred Years of the Berne Convention», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 17: 6, 1986, p. 707; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986*, Kluwer, 1987; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part I», *European Intellectual Property Review*, 7, 1988, p. 197; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part II», *European Intellectual Property Review*, 9, 1988, p. 267; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part III», *European Intellectual Property Review*, 2, 1989, p. 58; S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 381-394.

<sup>(12)</sup> Artigo III (1) da Convenção Universal sobre Direito de Autor. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 395-398.

Estado Contratante se todos os exemplares da obra apresentarem o símbolo © acompanhado do nome do titular de direitos e da indicação do ano da sua primeira publicação.

Dada a aplicação generalizada da Convenção de Berna, o cumprimento de formalidades como condição de protecção apenas é exigido como condição de protecção por um pequeno número de países, número esse que diminui à medida que aumenta a aderência ao Acordo TRIPS<sup>(13)</sup>, o qual impõe, neste campo, a observância do disposto na Convenção de Berna.

Refira-se que os Estados Unidos, na sequência da sua adesão tardia à Convenção de Berna aboliram, com grande relutância, a exigência do cumprimento de formalidades para subsistência de protecção autoral, tendo mantido, não obstante, o sistema de registo, de depósito e de *copyright notice* para outros efeitos. Por exemplo, o registo é requisito indispensável para a interposição de uma acção judicial em relação a obras norte-americanas e a ausência de depósito é punível com multa<sup>(14)</sup>.

#### 4.2. A lei doméstica

Na senda do art. 5.º (2) da Convenção de Berna, o art. 12.º do CDADC de 1985, estabelece que a protecção autoral é reconhecida independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade.

Em conformidade com o art. 5.º (2) da Convenção de Berna e com o art. 12.º do CDADC 1985, dita o art. 213.º desse diploma que a protecção autoral não depende do preenchimento de qualquer formalidade, incluindo o registo.

Todavia, esta norma geral encontra-se sujeita a algumas excepções, podendo em certos casos o registo ter carácter constitutivo e afastando-se, então, a lei doméstica do referido art. 5.º (2) da Convenção de Berna.

---

<sup>(13)</sup> TRIPS. Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, Marraquexe, 1994. Vide C.M. CORREA, «TRIPS, Copyright and Related Rights», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 25: 4, 1994, p. 543; M.A. HAMILTON, «TRIPS: Imperialistic, Outdated and Overprotective», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, 29, p. 613; D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*, 3.ª ed., Sweet e Maxwell, 2008; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 405-412.

<sup>(14)</sup> Vide Secções 401-412, Copyright Act of 1976 and Related Laws Contained in Chapter 17 of the United States Code.



Com efeito, há que interpretar os arts. 214.º a 216.º do CDADC de 1985 à luz do DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro, Registo de Obras Literárias e Artísticas, uma vez que este último diploma atribui efeito constitutivo aos factos previstos em tais artigos.

O DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro tomou como premissa que o registo é, em regra, facultativo, sem prejuízo, segundo o art. 213.º do CDADC de 1985, «do disposto no artigo seguinte», tendo concluído que o legislador havia pretendido atribuir efeito constitutivo não apenas aos factos elencados no art. 214.º do CDADC de 1985 mas também, ao disposto nos arts. 215.º e 216.º do CDADC de 1985.

Resulta do art. 214.º do CDADC de 1985 que o registo é necessário para efectividade da protecção legal no que toca ao título da obra não publicada e aos títulos dos jornais e outras publicações periódicas, o art. 215.º do CDADC de 1985 elenca factos que se encontram sujeitos a registo, incluindo os que «importem constituição, transmissão, oneração, alienação, modificação ou extinção do direito de autor» e decorre do art. 216.º do CDADC de 1985 que o nome literário ou artístico pode ser registado em benefício do criador de obra anteriormente registada, para mero efeito da publicação do seu uso.

Como referido supra há que interpretar os arts. 214.º a 216.º do CDADC de 1985 à luz do DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro, Registo de Obras Literárias e Artísticas, diploma esse que atribui efeito constitutivo aos factos previstos em tais artigos.

### 4.3. Incumprimento da norma internacional

Note-se que a interpretação subjacente a tal Decreto Lei não coloca dificuldades em geral, gerando, todavia, uma questão crucial que se prende com a constituição do direito de autor.

À sombra da Convenção de Berna a constituição do direito de autor não pode estar sujeita a registo, isto é, o direito de autor tem de emergir com o mero acto de criação da obra (quer se trate de um livro, de uma peça musical ou teatral, de um filme, de um programa de computador ou de uma base de dados).

Ao exigir o registo como condição de protecção a nossa lei afasta-se da Convenção de Berna, exigência essa que tem de ser eliminada para que se ponha termo a tal violação da lei internacional.

## 5. As medidas tecnológicas de protecção do direito de autor

### 5.1. Quadro normativo internacional

A tecnologia digital trouxe consigo novas modalidades de violação de direitos, permitindo a execução de actos ilícitos em grande escala, com enorme facilidade e rapidez, e praticamente com ausência de custos. Constatados os desafios resultantes da tecnologia digital e os prejuízos daí advenientes para as indústrias culturais, estas recorreram às medidas tecnológicas para impedir ou restringir o acesso e/ou a reprodução de conteúdos sem autorização. Para evitar que essas medidas tecnológicas fossem neutralizadas impunemente, consagrou-se legislação internacional, regional e nacional contra a neutralização dessas medidas<sup>(15)</sup>.

No plano internacional, a protecção das medidas tecnológicas foi consagrada, pela primeira vez nos Tratados OMPI de 1996<sup>(16)</sup>; no art. 11.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e no art. 18.º do Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

### 5.2. A Directiva sobre a Sociedade da Informação

Na União Europeia, as obrigações respeitantes às medidas tecnológicas decorrentes dos Tratados da OMPI foram implementadas através do art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação<sup>(17)</sup>, artigo esse que

---

<sup>(15)</sup> Vide D. S. MARKS, B. H. TURNBULL, «Technical protection measures: the intersection of technology, law and commercial licences», *European Intellectual Property Review*, 2000, p. 198.

<sup>(16)</sup> Tratado da OMPI sobre Direito de Autor. Tratado da OMPI sobre direito de autor, Genebra, 1996 e Tratado da OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas, Genebra, 1996. Vide M. FLINT, «WIPO Diplomatic Conference — Bern Convention meets the new technologies», *Copyright World*, 66, 1997, p. 9; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, «The New WIPO Treaties: a First Resume», *European Intellectual Property Review*, 4, 1997, p. 171; H. ROSENBLATT, «The WIPO Diplomatic Conference, The Birth of Two New Treaties», *Computer Law e Security Review*, 13: 5, 1997, p. 307; T.C. VINJE, «The New WIPO Copyright Treaty: a Happy Result in Geneva», *European Intellectual Property Review*, 5, 1997, p. 230; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, «The WIPO Treaties 1996 — Ready to Come into Force», *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 199; M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2000; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths, 2002; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 413-430.

<sup>(17)</sup> Vide P. AKESTER, *A Practical Guide do Digital Copyright Law*, Sweet e Maxwell, 2008, parágrafos 6.01-6.209; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 209-221.

proíbe a neutralização de «medidas tecnológicas eficazes», bem como as actividades (incluindo o fabrico, a distribuição de dispositivos ou componentes e as prestações de serviços) que sejam promovidas para neutralizar a protecção em causa.

Não obstante a protecção jurídica conferida contra a neutralização de medidas tecnológicas, os Estados Membros devem promover, segundo o mesmo preceito, medidas voluntárias tomadas pelos titulares de direitos de modo a garantir o funcionamento de certas excepções ou limitações (que denominaremos de «excepções ou limitações privilegiadas»).

A directiva não elucida devidamente o conceito de «medidas voluntárias», pressupondo-se que tais medidas possam incluir a disponibilização ao beneficiário de uma excepção ou limitação privilegiada, de uma cópia descodificada da obra em causa ou de uma chave de descodificação.

O art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade da Informação elenca de forma clara e taxativa o leque de excepções ou limitações privilegiadas:

- A reprodução, em papel ou suporte semelhante, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes;
- Os actos específicos de reprodução, praticados por bibliotecas, por estabelecimentos de ensino, por museus acessíveis ao público ou por arquivos;
- As gravações efémeras de obras realizadas por organismos de radiodifusão;
- As reproduções de transmissões radiofónicas, efectuadas por instituições sociais, tais como hospitais ou prisões;
- A utilização, unicamente com fins de ilustração, para efeitos de ensino ou de investigação científica;
- A utilização a favor de pessoas portadoras de deficiências; e
- A utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais.

Ou seja, prevendo o art. 5.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação vinte e uma excepções e limitações, o art. 6.º (4) apenas acautela o funcionamento de sete. Consequentemente, as excepções e limitações que não são ressalvadas pelo art. 6.º (4) podem ser neutralizadas, livremente, através da utilização de medidas tecnológicas.

Verificada a ausência de intervenção dos titulares de direitos, a intervenção dos Estados Membros surge, a título subsidiário, sob a forma de medidas adequadas. Note-se que a directiva não define o conceito de «medidas adequadas», havendo uma mera referência, no quinquagésimo primeiro considerando, à «alteração de uma medida de carácter tecnológico implementada» ou a «outros meios».

#### *A lei doméstica*

Até há pouco tempo o Estado português seguia a lei comunitária. Sucede que o Código foi alterado há cerca de 2 anos por certa lei: a Lei 36/2017, de 2 de Junho, que garantiu o exercício dos direitos dos beneficiários das utilizações livres de obras (Lei 36/2017), permitindo a neutralização dessas medidas bem para além do que é autorizado pelo art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação. Senão vejamos.

### **5.3. O art. 217.º do CDADC de 1985**

Em cumprimento do art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação, o art. 217.º (1) do CDADC de 1985, tutela os titulares de direitos de autor e conexos, bem como do direito *sui generis* em bases de dados (mas não dos programas de computador) contra a neutralização de qualquer «medida eficaz de carácter tecnológico».

Em seguida, o art. 217.º (2) do CDADC de 1985 estabelece o conceito de «medidas de carácter tecnológico».

Na sua anterior redacção entendia a lei por «medidas de carácter tecnológico» toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, não devendo considerar-se como tais:

- a) um protocolo;
- b) um formato;
- c) um algoritmo;
- d) um método de criptografia, de codificação ou de transformação.

A actual redacção, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, não classifica nem tutela como medidas tecnológicas aquelas

que impeçam ou restrinjam as utilizações livres previstas no art. 75.º (2), no art. 81.º, do art. 152.º (4) e do art. 189.º (1) do CDADC de 1985.

Pretende o legislador que as medidas de carácter tecnológico não constituam um obstáculo ao exercício pelos beneficiários das utilizações livres, em geral<sup>(18)</sup>.

Sendo certo que esta alteração legislativa pode ser vista como uma «medida adequada» à sombra do art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação (*vide supra*), é também verdade que o preceito comunitário elenca, de forma taxativa o leque de excepções ou limitações cujo funcionamento deve ser garantido.

*Conclui-se, pois, que a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985 vai para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas as que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

#### 5.4. O art. 221.º do CDADC de 1985

O art. 221.º do CDADC de 1985 trata da interacção entre as medidas tecnológicas e as excepções e limitações, matéria que a nível comunitário é regida pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade da Informação, o qual prevê, *inter alia*, que os titulares de direitos tomem medidas voluntárias para garantir a convivência harmoniosa entre as mesmas.

Na sua anterior redacção afirmava o art. 221.º (1) do CDADC de 1985 que as medidas eficazes de carácter tecnológico não deviam constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nos arts. 75.º (2) (a), (e), (f), (i), (n), (p), (q), (r), (s) e (t), 81.º (b), 152.º (4) e 189.º (1) (a), (c), (d), e (e).

*A actual redacção, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, é ainda mais abrangente, havendo que concluir, como se fez em relação ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985, que também aqui a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 vai*

---

<sup>(18)</sup> Resposta pedido de parecer/contributos sobre os Projectos de Lei 406/XIII2 (GPBE) e 4523/XI112 (GPPCP), Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Cultura, 29 de Julho de 2013.

*muito para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas das que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

Passando ao art. 221.º (3) do CDADC de 1985, que também releva neste contexto, na sua anterior redacção, estabelecia este preceito de forma inovadora que perante a ausência das «mediadas voluntárias» (referidas no art. 221.º (2) do CDADC de 1985 na sua anterior redacção), se uma medida eficaz de carácter tecnológico impedisse ou restringisse o uso ou a fruição de uma excepção ou limitação por parte de um beneficiário que tivesse legalmente acesso ao bem protegido, o lesado podia solicitar à Inspeção-Geral das Actividades Culturais o acesso aos meios depositados.

A actual redacção do art. 221.º (2) do CDADC de 1985, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, abandona a referência à Inspeção-Geral das Actividades Culturais e ao referido recurso a meios depositados junto de tal entidade.

Afirma, sim, não tutelar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico que impeça ou restrinja o uso ou a fruição livre de uma obra por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido ou que tenha sido aplicada sem autorização do titular de direitos de autor ou de direitos conexos.

*A actual redacção pode ser vista como uma «medida adequada» à sombra do art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, mas mais uma vez há que concluir, como se fez em relação ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985, que também aqui a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 vai para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas as que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

## 5.5. Conclusão

A tutela das medidas tecnológicas gerou alguma controvérsia ao nível da sociedade civil, por se ter verificado que, por um lado, essas medidas podem impedir o beneficiário de uma excepção ou limitação de beneficiar

da mesma ou vedar aos membros do público o acesso a obras e a prestações ainda que estas se encontrem no domínio público e, por outro lado, encontrando-se tais medidas tecnológicas tuteladas pela lei a sua neutralização será punida ainda que as medidas em causa tenham os referidos efeitos indesejáveis<sup>(19)</sup>.

Respondendo às preocupações dos últimos anos no que toca aos possíveis efeitos secundários da protecção das medidas eficazes de carácter tecnológico, dita a Declaração Acordada Relativamente ao art. 15.º do Tratado de Pequim, que nada neste artigo impede que uma das Partes Contratantes proceda à adopção de medidas eficazes e necessárias para garantir que um beneficiário possa desfrutar de excepções e limitações previstas na legislação nacional dessa Parte Contratante, em conformidade com o art. 13.º, quando (i) se verifique a aplicação de medidas tecnológicas a uma prestação audiovisual, (ii) o beneficiário de uma excepção ou limitação tenha acesso legítimo a tal prestação e (iii) os titulares de direitos em causa não tomem medidas apropriadas e eficazes para permitir que o beneficiário possa gozar dessa excepção ou limitação.

À sombra desta declaração uma Parte Contratante poderá permitir, em circunstâncias restritas, a neutralização de uma medida tecnológica aplicada de acordo com o art. 15.º, quando tal medida impeça o gozo de uma excepção ou limitação no âmbito de uma prestação audiovisual por quem tenha acesso legítimo à mesma.

Acrescenta a Declaração Acordada Relativamente ao art. 15.º do Tratado de Pequim que as obrigações previstas nesse preceito não são aplicáveis às prestações que não são tuteladas ou cuja protecção já expirou.

Consequentemente, podem ser aplicadas medidas tecnológicas a prestações audiovisuais que não merecem tutela autoral ou cuja tutela já expirou, mas a neutralização dessas medidas não será penalizada pela lei. Legítima é, pois, a neutralização de medidas tecnológicas aplicadas a prestações que não são tuteladas ou cuja protecção já expirou. Caso contrário, prolongar-se-ia a longevidade da protecção da prestação audiovisual em causa, por meio de medidas tecnológicas, quando a própria lei já

---

(19) Vide S. DUSOLLIER, «Exception's and technological measures in the European Copyright Directive of 2001 — an empty promise», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 34, 2003, p. 62; T. FOGED, «US v. EU anti-circumvention legislation: preserving the public's privileges in the digital age?», *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 525; P. AKESTER, «Technological accommodation of conflicts between DRM and freedom of expression: the first empirical assessment», Social Science Research Network, 2009 e P. AKESTER, «The Impact of Digital Rights Management on Freedom of Expression — the First Empirical Assessment», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1, 2010, p. 31.

não oferece protecção — cenário que tem vindo a ser denominado de *digital lock up*.

O art. 7.º do Tratado de Marraquexe, de 2013, vai mais longe, ao impor a adopção, pelas Partes Contratantes, de medidas que garantam que a tutela jurídica contra a neutralização de medidas tecnológicas não impeça as pessoas com incapacidade visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso de beneficiar das excepções e limitações estabelecidas nesse Tratado.

No entanto, nem os Tratados OMPI sobre Direito de Autor e sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, nem a Directiva sobre a Sociedade da Informação permitem, por ora, a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 *supra* descrita.

E este incumprimento tem consequências práticas. Por exemplo, a Amazon e a Apple, utilizam medidas tecnológicas no campo dos E-Books (respectivamente, Mobipocket e FairPlay DRM) para impedir a cópia e a disseminação ilícitas de livros em formato digital e em Portugal, hoje, a eliminação dessas medidas tecnológicas é permitida, em geral, em violação da lei comunitária (que apenas tal autoriza em casos restritos).

## 6. A Directiva Mercado Único Digital

Por último, como sabemos, a famosa Directiva Mercado Único Digital<sup>(20)</sup> terá de ser transposta para o território nacional a breve trecho. O processo de transposição não será fácil porque a Directiva deixa múltiplos conceitos em aberto<sup>(21)</sup>.

Por exemplo:

- Que *prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha* são abrangidos pelo art. 13.º (art. 17.º de acordo com a nova numeração)?

---

<sup>(20)</sup> Directiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Directivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>(21)</sup> M. SENFLEBEN, «Bermuda Triangle — Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market», Social Science Research Network, 2019; A. SAVIN, «Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context, Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 19-35.



- Como se devem manifestar os *best efforts* das grandes plataformas no sentido de obterem autorização para uso de conteúdos protegidos pelo direito de autor?
- Em sede de medidas tecnológicas para evitar actos ilícitos nos sistemas das grandes plataformas, em que consistem *medidas adequadas e eficazes*?
- Em sede de medidas tecnológicas para evitar actos ilícitos nos sistemas das grandes plataformas, quando é que o processo é *demasiadamente oneroso em termos financeiros* para as grandes plataformas?
- No que respeita aos professores e alunos, em que circunstâncias concretas estão *facilmente disponíveis no mercado acordos de licenciamento adequados às necessidades e especificidades dos estabelecimentos de ensino*?
- No que toca a partilhas executadas online pelos utilizadores, em que se traduzem *proventos insignificantes*?
- No atinente à possibilidade de os utilizadores executarem hiperligações a notícias, a que montam *excertos curtos*?

O difícil processo de negociação, a intensa polémica e os constantes anúncios da iminente morte da Internet levaram à introdução, no texto eventualmente aprovado, de soluções de compromisso sob a forma de múltiplos conceitos vagos que agora carecem de estudo e de preenchimento a nível nacional.

## 7. Epílogo

Tendo em conta (i) que legislador doméstico terá de alterar a lei de direito de autor para efeitos de transposição da Directiva sobre o Direito de Autor no Mercado Único Digital para o território nacional, (ii) que temos hoje uma legislação de direito de autor que inclui, a nível básico, não apenas o Código, mas, também, diplomas avulsos, o que dificulta, por demais, uma interpretação clara e coesa de normas cruciais e (iii) o incumprimento de normas comunitárias e internacionais, urge reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos com coerência e absoluto respeito pelos preceitos comunitários e internacionais a que o Estado português se encontra obrigado.

Em suma, o Código é hoje uma manta de retalhos sem nexos e inclui violações da lei internacional e da lei comunitária que devem ser eliminadas. Impõe-se que o legislador proceda à urgente reforma do Código com coerência e com absoluto respeito pelos preceitos internacionais e comunitários a que o Estado português se encontra obrigado. Não basta a implementação da Directiva Mercado Único Digital para dotar o país de uma lei robusta e com sentido para esta área.

*Haja coragem!*