

A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA (UE) 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

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão()*

SUMÁRIO:

1. Generalidades. 2. A Directiva (UE) 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. 2.1. O processo de aprovação da Directiva. **2.2.** O âmbito de aplicação da Directiva. **2.3.** As novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras e outro material protegido. **2.4.** O novo direito do editor de publicações de imprensa. **2.5.** A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede. **2.6.** A remuneração justa dos autores e artistas intérpretes ou executantes. **3. Análise da Proposta de Lei 114/XIV/3.ª de transposição da Directiva. 3.1.** Generalidades. **3.2.** A introdução das novas excepções e limitações. **3.3.** O direito conexo do editor de imprensa. **3.4.** A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. **3.5.** O direito à remuneração justa e equitativa. **4. Conclusão.**

1. Generalidades

O tema que iremos examinar neste artigo prende-se com a transposição da Directiva relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital

(*) Doutor e Agregado em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado e Jurisconsulto. Bastonário da Ordem dos Advogados.

(MUD ou DSM na versão inglesa), ou seja a Directiva (UE) 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 Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

O prazo para a transposição desta Directiva terminava no passado dia 7 de Junho, o que infelizmente não veio a ser cumprido pelo Governo. Efectivamente, este apresentou no Parlamento uma proposta de autorização legislativa no passado dia 28 de Setembro, que no entanto substituiu a 7 de Outubro, convertendo esse pedido numa proposta de lei, que é assim a Proposta de Lei 114/XIV/3. Devendo ter sido votada na generalidade em 22 de Outubro, acabou por baixar à Comissão de Cultura e Comunicação sem votação, estando neste momento em apreciação pública até ao próximo dia 21 de Novembro. A anunciada intenção do Presidente da República de dissolver o Parlamento arrisca-se, no entanto, a demorar ainda mais esta transposição, que já se encontra bastante atrasada.

No âmbito deste artigo, começaremos por fazer uma análise dos principais aspectos da Directiva 2019/790, após o que nos debruçaremos sobre as soluções constantes do diploma de transposição.

2. A Directiva (UE) 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

2.1. O processo de aprovação da Directiva

A Directiva (UE) 2019/790 enquadra-se no âmbito da *Estratégia da Comissão Europeia para o Mercado Único Digital na Europa*, apresentada pela Comunicação da Comissão de 6 de Maio de 2015 [COM(2015) 192 final]. Nessa Estratégia a Comissão Europeia já propunha a criação de um quadro regulamentar adequado à finalidade aplicável a plataformas e a intermediários e o combate aos conteúdos ilegais na internet⁽¹⁾. Posteriormente, através da Comunicação *Rumo a um quadro de direitos de autor mais moderno e mais europeu*, de 9 de Dezembro de 2015 [COM(2015)

⁽¹⁾ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, COM (2015) 192, final, p. 12, ss.

626 final], a Comissão manifestou a intenção de alterar o quadro jurídico da protecção dos direitos de autor contra infracções à escala comercial, bem como de proceder a uma avaliação aprofundada da actuação das plataformas de internet⁽²⁾.

Posteriormente, em 14 de Setembro de 2016, a Comissão apresentou uma proposta de Directiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital, a qual foi sujeita a uma primeira votação no Parlamento Europeu em Setembro de 2018. A proposta foi em seguida objecto de negociações entre Outubro de 2018 e Fevereiro de 2019, as quais motivaram um intenso e polémico debate público, especialmente sobre os novos deveres das plataformas de internet (art. 13.º, agora art. 17.º da Directiva) e o novo direito do editor de publicações de imprensa (art. 11.º, agora art. 15.º da Directiva). Neste âmbito chegaram a surgir petições, cartas abertas⁽³⁾ e manifestações, colocando em confronto aqueles que defendiam que a Directiva iria conduzir a uma limitação da liberdade de expressão na internet e os que sustentavam ser esta a forma adequada de proteger os direitos de autor no ambiente digital. Tal não impediu o texto de vir a ser aprovado, primeiro no Parlamento Europeu em 26 de Março de 2019, e depois no Conselho a 15 de Abril, ainda que seis Estados-Membros tenham votado contra, apresentando declarações de voto e propostas de interpretação dos aspectos mais controversos. O texto viria a ser publicado dois dias depois, tornando-se assim a Directiva (UE) 2019/790, de 14 de Abril⁽⁴⁾.

A polémica não ficaria, porém, encerrada, dado que a República da Polónia apresentou no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através do processo C-401/19, instaurado contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, um recurso de anulação desta Directiva onde a título principal, se pede que o TJUE anule o art. 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, da Directiva e, a título subsidiário, que anule este art. 17.º na sua totalidade. A fundamentação do recurso assenta na consideração de que esta disposição, ao impor aos prestadores de serviços de internet obrigações de monitorização dos conteúdos que os utilizadores dos seus servi-

⁽²⁾ COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Rumo a um quadro de direitos de autor mais moderno e europeu*, COM (2015) 626, final, p. 13.

⁽³⁾ Entre estas cartas abertas salienta-se o manifesto dos académicos contra o novo direito do editor de publicações de imprensa, datado de 24 de Abril de 2018, acessível em <<https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right>>.

⁽⁴⁾ Cf. sobre o processo de aprovação da Directiva JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, na *EIPR* 1 (2020), pp. 28-41 (28-29) e NUNO SOUSA E SILVA, “Subsídios para a transposição da Directiva 2019/790”, na *RDI* 1/2020, pp. 245-272 (246-247).

ços colocam em linha, a fim de prevenir o carregamento das obras e material protegido, atenta contra a liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos serviços de partilha, garantida no art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Neste processo intervieram em apoio do Parlamento Europeu e do Conselho, não só a Comissão Europeia, mas também o Reino de Espanha, a República Francesa e a República Portuguesa, não tendo esta última, no entanto, ao contrário dos outros intervenientes, apresentado qualquer articulado de intervenção.

O pedido de anulação apresentado neste processo levou a que o Governo Português, na sua Proposta de Lei, admitisse a possibilidade de o TJUE dar razão à Polónia, o que tornaria necessário alterar o diploma de transposição da Directiva. Não nos parece, porém, que tal venha a suceder, uma vez que, segundo as conclusões do Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, publicadas no passado dia 15 de Julho, o art. 17.º da Directiva, é compatível com a liberdade de expressão e comunicação garantida pelo art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais. No seu entender, o legislador da União pode, respeitando a liberdade de expressão, impor certas obrigações de monitorização e filtragem aos intermediários de serviços de internet, desde que estabeleça garantias suficientes para minimizar o impacto nessa liberdade, o que sucede no art. 17.º da Directiva. Sabendo-se que, embora não sejam vinculativas para o TJUE, as conclusões do Advogado-Geral costumam ser seguidas em cerca de 80% de acórdãos, é assim de prever a rejeição deste recurso⁽⁵⁾.

Entretanto, no passado dia 4 de Junho, apenas três dias antes de terminar o prazo de transposição da Directiva, a Comissão Europeia resolveu publicar uma comunicação estabelecendo orientações sobre o art. 17.º da Directiva 2019/790. Nessa comunicação, a Comissão Europeia refere expressamente que “embora o presente documento não seja juridicamente vinculativo, foi formalmente adotado pela Comissão sobre a forma de uma comunicação e dá cumprimento ao mandato conferido à Comissão pelo legislador da União, nos termos do art. 17.º, n.º 10”⁽⁶⁾. A verdade é que difi-

⁽⁵⁾ Estas conclusões encontram-se disponíveis em <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-401/19>>. Saliencia-se, no entanto, que nos n.ºs 211, ss., o Advogado-Geral não deixa de considerar que ,devido à importância para a liberdade de expressão, as soluções práticas para bloquear os conteúdos têm que ser definidas de forma transparente sob a supervisão das autoridades públicas, para o que salienta a importância do diálogo da Comissão com as partes interessadas, previsto no art. 17.º, n.º 10 da Directiva.

⁽⁶⁾ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Orientações sobre o artigo 17.º da Directiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital*, COM (2021) 288 final, p. 1.

cilmente se pode encontrar no art. 17.º, n.º 10 uma autorização para a Comissão indicar aos Estados-Membros a forma como devem transpor a Directiva, sendo isso o que em termos práticos nos parece resultar dessas orientações.

No entanto, mesmo perante os grandes percalços do processo de transposição desta Directiva, a Comissão Europeia não deixou, no passado dia 26 de Julho, de instaurar procedimentos de infracção contra 23 dos 27 Estados-Membros, incluindo naturalmente Portugal, por não lhe terem comunicado como transpuseram a Directiva ou apenas o terem feito parcialmente⁽⁷⁾.

2.2. O âmbito de aplicação da Directiva

O art. 1.º da Directiva indica-nos que a mesma estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável aos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno, tendo em conta, em especial, as utilizações digitais e transfronteiriças de conteúdos protegidos. Para além disso, a Directiva estabelece regras em matéria de excepções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como regras destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido. A Directiva deixa, porém, intactas as anteriores directivas comunitárias relativas ao direito de autor, com excepção das Directivas 96/9/CE, relativa às bases de dados, e 2001/29/CE, relativa ao direito de autor na sociedade de informação, que são objecto de pequenas alterações (cf. art. 24.º Directiva 2019/790).

2.3. As novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras e outro material protegido

Apesar de pretender estabelecer um regime de maior protecção aos direitos de autor, a Directiva acaba por estabelecer novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras ou outro material protegido, incluindo as bases de dados. Assim, os Estados-Membros são obrigados a consagrar excepções e limitações relativas à prospecção de textos e

(7) Cf. a notícia “Bruxelas abre infracção contra Portugal por não comunicar regras de direitos de autor”, em PÚBLICO 26/7/2021, disponível em <<https://www.publico.pt/2021/07/26/culturaipsilon/noticia/bruxelas-abre-infraccao-portugal-nao-comunicar-regras-direitos-autor-1971827>>.

dados para fins de investigação científica (art. 3.º), à prospecção de textos e dados não reservados pelos seus titulares de forma adequada (art. 4.º), à utilização de obras e outro material protegido em actividades pedagógicas digitais e transfronteiriças (art. 5.º), bem como permitir a realização de cópias para efeitos de conservação do património cultural pelas instituições responsáveis pelo mesmo (art. 6.º). A prospecção de textos e dados é definida no art. 2.º, al. 2) como “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros”. Por sua vez o art. 2.º al. 3) define como instituição responsável pelo património cultural “uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro”.

O art. 7.º, n.º 1, proíbe que sejam estabelecidas disposições contratuais contrárias às excepções e limitações previstas nos arts. 3.º, 5.º e 6.º, apenas as admitindo consequentemente em relação às previstas no art. 4.º. No entanto, o n.º 2 do art. 7.º ressalva a aplicação do art. 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29/CE relativa à regra dos três passos, bem como do primeiro, terceiro e quinto subparágrafos do art. 6.º, n.º 4, da mesma Directiva, relativa à protecção das medidas de carácter tecnológico.

2.4. O novo direito do editor de publicações de imprensa

Uma das principais inovações da Directiva 2019/790, prevista no seu art. 15.º, é a imposição aos Estados-Membros da obrigação de reconhecer aos editores de publicações de imprensa neles estabelecidos os direitos exclusivos de autorização ou proibição de reprodução e de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, previstos no art. 2.º e 3.º, n.º 2 da Directiva 2001/29/CE, relativamente à utilização em rede das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade de informação. Estes direitos não se aplicam, no entanto, à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais nem abrangem a utilização de hiperligações nem a utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa. Consequentemente actos como a partilha de um link de uma notícia nas redes sociais não estarão abrangidos por esta disposição⁽⁸⁾.

(8) Neste sentido, NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 260.

As publicações de imprensa surgem definidas no art. 2.º, 4) da Directiva, salientando-se que são expressamente excluídas do seu âmbito as publicações periódicas com fins científicos e académicos, como as revistas científicas.

A justificação para a criação deste novo direito do editor de publicações de imprensa é apresentada nos considerandos (54) e (55) da Directiva. Segundo os mesmos, a vasta disponibilidade de publicações de imprensa em rede deu origem à emergência de novos serviços, como os agregadores de notícias ou os serviços de monitorização dos meios de comunicação social (*clipping*), para os quais a reutilização de publicações de imprensa constitui uma parte importante dos seus modelos de negócio e uma fonte de receitas. Os editores de publicações de imprensa têm tido, porém, problemas com a concessão de licenças relativas à utilização das suas publicações aos fornecedores desses tipos de serviços, o que torna mais difícil recuperarem os seus investimentos. Entendeu-se, por isso, ser necessário o estabelecimento de uma contribuição financeira por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação para assegurar a sustentabilidade financeira do sector da edição, o que agora se assegura através do estabelecimento de direitos conexos aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em rede por prestadores de serviços da sociedade da informação.

O art. 15.º, n.º 2, da Directiva 2019/790 explica, no entanto, que este novo direito conexo não prejudica os direitos de autor incidentes sobre as obras e outro material protegido que integre uma publicação de imprensa nem pode ser invocado contra os autores e outros titulares de direitos, não podendo privá-los da possibilidade de exploração das suas obras e material protegido. Os autores das obras integradas numa publicação de imprensa têm ainda direito a receber uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa obtenham pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade de informação (art. 15.º, n.º 5 da Directiva 2019/790). Lamentavelmente a Directiva não define, no entanto, em que consiste essa “parte adequada das receitas”.

O novo direito conexo não abrange as publicações de imprensa publicadas antes de 6 de Junho de 2019 e caduca no prazo de dois anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte àquele em que ocorreu a publicação de imprensa (art. 15.º, n.º 4, da Directiva 2019/790).

2.5. A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede

Um outro aspecto importante da Directiva, e talvez o mais polémico de todos, é o estabelecimento, no seu art. 17.º, de uma responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede quando seja disponibilizado ao público o acesso a obras ou outro material protegido nas suas plataformas, com a consequente exclusão de aplicação neste caso da exclusão de responsabilidade (*safe harbour*) dos serviços de armazenagem que se encontra estabelecida no art. 14.º da Directiva do Comércio Electrónico (Directiva 2000/31/CE) em relação à armazenagem em servidor, a qual deixa de ser aplicada a estas situações (art. 17.º, n.º 3, da Directiva).

A explicação dada para esta inovação resulta das queixas da indústria de conteúdos musicais que desde 2015 sustenta que plataformas como o *YouTube* aproveitam a exclusão da responsabilidade resultante da armazenagem para pagar aos titulares de direitos um valor muito inferior às receitas que obtêm pela partilha desses conteúdos em rede, gerando assim uma lacuna de valor (*value gap*) em comparação com as plataformas de *streaming* de músicas, como o *Spotify*. De acordo com esta posição, o facto de o *YouTube* e o *Spotify* serem legalmente tratados de forma diferente distorce o mercado de música digital, levando à perda de receitas por parte dos titulares de direitos. A Directiva pretende assim eliminar essa lacuna de valor através da responsabilização das plataformas de armazenagem pelo pagamento dos direitos de autor, em termos idênticos às plataformas de *streaming*, o que levaria o *YouTube* a ter que renegociar as suas licenças em termos mais favoráveis à indústria musical⁽⁹⁾. É, no entanto, duvidoso qual será o impacto desta alteração na livre utilização da internet como ferramenta de comunicação, tal como hoje a entendemos, em virtude de se abrir o precedente de responsabilizar uma plataforma de internet por conteúdos que lá são colocados pelos seus utilizadores.

O prestador de serviços de conteúdos em linha é definido no art. 2.º, n.º 6, da Directiva como sendo “o prestador de serviços da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade sig-

⁽⁹⁾ Cf. ANNEMARIE BRIDY “The Price of Closing the ‘Value Gap’: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform”, em *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 22, pp. 323-358 (325-327), que a pp. 325 afirma: “The text of the DSM Directive nowhere mentions YouTube, but anyone versed in the political economy of digital copyright knows that article 17 was designed specifically to make YouTube pay. The important question in the wake of Article 17’s adoption is who else will pay and in what ways”.

nificativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos”. Esta definição é extremamente complexa e por isso os seus diversos elementos foram objecto de uma concretização pela Comissão nas suas *Orientações sobre o artigo 17.*⁽¹⁰⁾.

Esta disposição refere ainda que não são considerados como tais “as enciclopédias em linha sem fins lucrativos, os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Directiva (UE) 2018/1972 e os mercados em linha, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso”.

Uma vez que o art. 17.º, n.º 1, estabelece que estas plataformas de internet realizam um acto de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da Directiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, as mesmas podem vir a ser responsabilizadas pelo surgimento nas suas plataformas de conteúdos protegidos (cf. art. 17.º, n.º 4, proémio).

Existem, no entanto, apenas duas formas de estes prestadores de serviços elidirem a sua responsabilidade: a primeira corresponde à obtenção de uma autorização, enquanto que a segunda se prende com uma nova exclusão de responsabilidade (*safe harbour*) que a Directiva instituiu.

Em relação à obtenção de autorização, o art. 17.º, n.º 2, da Directiva, prevê a possibilidade de o prestador de serviços obter uma autorização, designadamente através da celebração de um acordo de concessão de licenças, o qual pode corresponder a um acordo voluntário ou a um acordo de concessão de licenças colectivas com efeitos alargados, como o que está previsto no art. 12.º da Directiva. Nesse caso, essa autorização abrangerá também os actos realizados pelos utilizadores de serviços, desde que estes não actuem com carácter comercial ou a sua actividade não gere receitas significativas. A obtenção de autorização pode ser, no entanto, difícil de obter, até porque, como se explicita no considerando (62), “uma vez que a liberdade contratual não deverá ser afetada por essas disposições, os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças”. Nas suas *Observações sobre o artigo 17.º*, a Comissão Europeia exemplifica,

(10) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 3, ss.

porém, com as hipóteses de autorização ser concedida pelos titulares de direitos em troca de dados ou atividades promocionais, resultar de uma licença *Creative Commons*, ou ser dada aquando do carregamento ou partilha dos conteúdos pelos seus titulares⁽¹¹⁾.

Em relação à nova exclusão de responsabilidade, a mesma encontra-se prevista no art. 17.º, n.º 4, da Directiva, que permite excluir a responsabilidade dos prestadores de serviços se estes demonstrarem que: “a) Enviaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)”. Uma vez que será materialmente impossível obter uma autorização para todos os conteúdos colocados na plataforma, será manifestamente a esta exclusão de responsabilidade que as plataformas irão normalmente recorrer.

A obrigação estabelecida na alínea a), segundo as *Orientações sobre o artigo 17.º* da Comissão Europeia, deve considerar-se cumprida “quando um prestador de serviços contacta um titular de direitos, mas este se recusa a entrar em negociações para conceder uma autorização para os seus conteúdos, ou rejeita ofertas razoáveis feitas de boa fé (...). No entanto, de modo a não ser responsável se os conteúdos não autorizados estiverem disponíveis no seu serviço, o prestador de serviços ainda terá que demonstrar que enviou melhores esforços para efeitos do art. 17.º, n.º 4, alíneas b) e c)”⁽¹²⁾.

O considerando (66) da Directiva procura explicar o conteúdo destas obrigações, salientando-se a referência a que “as obrigações estabelecidas na presente diretiva não deverão levar os Estados-Membros a imporem uma obrigação geral de monitorização”, conforme expressamente determina o n.º 8 do art. 17.º da Directiva, não sendo assim derogado o regime estabelecido no art. 15.º da Directiva do Comércio Electrónico (Directiva 2000/31/CE). Tem sido, no entanto, salientado que a aplicação deste sistema exige a utilização de tecnologias, estabelecendo filtros de acesso a

(11) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 7.

(12) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 11.

conteúdos protegidos, o que acabará por conduzir a uma obrigação de monitorização⁽¹³⁾. Na verdade, é manifesto que esta obrigação não poderá ser cumprida sem o recurso à inteligência artificial.

A Directiva procura, no entanto, atenuar o rigor deste novo regime através da referência no n.º 5 do art. 17.º ao princípio da proporcionalidade, devendo para isso em conta, entre outros, os seguintes elementos: *a)* o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e *b)* a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços. Da mesma forma, a parte final do considerando (66) refere que os prestadores de serviços não deverão ser responsabilizados se os titulares de direitos não lhes fornecerem as informações relevantes e necessárias sobre as suas obras e outro material protegido ou não os notificarem para o bloqueio ou remoção dos mesmos.

A Directiva estabelece ainda, no termos do art. 17.º, n.º 6, um regime mais benéfico para os novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de euros, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, apenas os obrigando a demonstrar que envidaram todos os esforços para obter uma autorização e actuar com diligência, após a recepção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido ou de remover os mesmos dos seus sítios Internet. Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objecto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias. Embora se pretenda por esta via proteger as *startups*, com os requisitos apertados que tem, este regime mais benéfico aplicar-se-á, no entanto, a muitas poucas plataformas e durante um período muito limitado.

O art. 17.º, n.º 7, estabelece ainda que o regime da Directiva não pode prejudicar o acesso a obras e material que não violem os direitos de autor,

(13) Cf. JOÃO PEDRO QUINTAIS, na *EIPR* 1 (2020), p. 39. NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 266, considera mesmo que a Directiva “faz uma homenagem ao surrealista belga René Magritte, ao dizer que a obrigação de filtragem que decorre (lógica e necessariamente) dos deveres enunciados nas alíneas *b)* e *c)* do art. 17.º/4 não constitui uma obrigação geral de monitorização”.

bem como as faculdade de citação, crítica, análise e utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. Nas suas *Observações*, a Comissão Europeia reforça a injuntividade desta regra, salientando que “as exceções ou limitações previstas na Diretiva 2001/29/CE são de carácter opcional e dirigidas a qualquer utilizador e, no caso da citação, crítica e análise, estão sujeitas à aplicação de condições específicas. Em contrapartida, as exceções e limitações específicas previstas no art. 17.º, n.º 7, são de aplicação obrigatória para os Estados-Membros, aplicam-se especificamente e apenas ao ambiente em linha e a todos os utilizadores quando carregam e disponibilizam conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha, e não existem outras condições para a sua aplicação”⁽¹⁴⁾.

O art. 17.º, n.º 9, determina que os Estados-Membros devam assegurar mecanismos de reclamação e recurso eficazes e rápidos em caso de litígios sobre o bloqueio de conteúdos, assegurando que nestes casos a decisão é sujeita a controlo humano. Efectivamente, sabendo-se que o bloqueio dos conteúdos protegidos assenta essencialmente na utilização de tecnologia de filtragem e que nenhuma tecnologia é neste momento absolutamente segura nesse âmbito, torna-se necessário que a reclamação e o recurso sejam objecto de decisão humana, sem o que os mesmos serão ineficazes. A Comissão explicita, porém, nas suas *Observações* que os conteúdos devem manter-se bloqueados até à decisão humana, salvo no caso de conteúdos que manifestamente não infringem o art. 17.º, n.º 7⁽¹⁵⁾.

Apesar de o n.º 9 prever a obrigatoriedade de as plataformas estabelecerem mecanismos de reclamação em caso de bloqueio indevido, e o recurso a meios alternativos de resolução de litígios, é manifesto que passará a ser difícil continuar a exercer estas faculdades nestas plataformas.

2.6. A remuneração justa dos autores e artistas intérpretes ou executantes

Outra das inovações efectuadas pela Directiva 2019/790/UE diz respeito à imposição no art. 18.º que os Estados-Membros assegurem que os autores e artistas intérpretes ou executantes recebam uma remuneração adequada e proporcionada sempre que concedam uma licença ou transfiram os seus direitos sobre uma obra ou outro material protegido para efei-

(14) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 21.

(15) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 28.

tos de exploração. Deixa-se, no entanto, aos próprios Estados-Membros a possibilidade de utilizar diferentes mecanismos para o efeito, os quais devem ter em conta o princípio da liberdade contratual e um equilíbrio justo de direitos e interesses.

Segundo explica a Directiva no considerando (73) a fixação da remuneração deve tomar por referência o “valor económico real ou potencial dos direitos objeto de licença ou transferência, tendo em conta a contribuição do autor ou do artista intérprete ou executante para o conjunto da obra ou de outro material protegido e todas as demais circunstâncias do caso, tais como as práticas de mercado ou a exploração efetiva do trabalho”, sendo que o “pagamento de um montante fixo também pode constituir uma remuneração proporcionada, mas não deverá ser a regra”. Competirá aos Estados-Membros “definir livremente casos específicos para a aplicação de montantes fixos, atendendo às especificidades de cada setor”, podendo ainda recorrer para a fixação da remuneração a “diferentes mecanismos existentes ou recentemente introduzidos, que poderão incluir a negociação coletiva e outros mecanismos, desde que tais mecanismos respeitem o direito da União aplicável”.

A Directiva 2019/790/UE é, no entanto, mais concreta relativamente à imposição no art. 19.º em benefício dos titulares de direitos de uma obrigação de transparência (*rectius* de informação anual) por parte das entidades licenciadas relativamente à exploração das suas obras e prestações, incluindo as receitas geradas e a remuneração devida.

Essa obrigação de informação é instrumental relativamente a dois direitos instituídos pela Directiva: o direito de modificação contratual (art. 29.º) e o direito de revogação do contrato (art. 22.º). Salienta-se que a Directiva prevê a aplicação de meios de resolução alternativa de litígios em relação à obrigação de informação e ao direito de modificação contratual, mas não em relação ao direito de revogação (art. 21.º).

Em relação ao direito de modificação contratual, o mesmo é previsto no art. 29.º, que permite a modificação do contrato sempre que a remuneração inicialmente acordada se revele desproporcionadamente baixa relativamente a todas as receitas pertinentes subsequentes decorrentes da exploração das obras ou prestações. Salienta-se que o considerando (78) da Directiva refere que estes é um direito de exercício individual pelo que não poderá ser utilizado pelas organizações de gestão colectiva, entidades de gestão independente ou outras entidades abrangidas pela Directiva 2014/26/UE para modificar os acordos que celebraram. Não obstante, essas entidades, desde que devidamente mandatadas, poderão “prestar assistência a um ou mais autores ou artistas intérpretes ou executantes em pedidos

de modificação contratual, tendo igualmente em conta, se for caso disso, os interesses de outros autores ou artistas intérpretes ou executantes”.

Já em relação ao direito de revogação contratual, o mesmo é previsto no art. 22.º, n.º 1, da Directiva, como um direito atribuído aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes, em caso de falta de exploração da obra ou outro material protegido. O art. 22.º, n.º 2, admite, no entanto, que os Estados-Membros possam prever disposições específicas neste âmbito para atender às especificidades de diferentes sectores e tipos de obras e prestações e para os casos de obras ou prestações realizadas por mais de um autor ou artista intérprete ou executantes. Para além disso, os Estados-Membros têm as faculdades de excluir obras ou outro material protegido do direito de revogação, impor um certo prazo para o seu exercício e estabelecer como alternativa a opção por pôr termo à exclusividade da licença. Os Estados-Membros devem ainda prever que a revogação só possa ser exercida após um período razoável de vigência do contrato e seja exigida uma notificação prévia que fixe um prazo razoável para essa exploração (art. 22.º, n.º 3).

3. Análise da Proposta de Lei 114/XIV/3.ª de transposição da Directiva

3.1. Generalidades

A propósito da transposição desta Directiva, NUNO SOUSA E SILVA escreveu: “Na transposição o legislador português pode escolher uma de quatro abordagens. A primeira será elaborar um novo Código, alterando a sistemática atual. A segunda consiste em fazer uma transposição cuidada (isto é atempada, com ponderação, estudo(s), técnica legislativa adequada e adaptação à realidade nacional aproveitando a oportunidade para corrigir erros do CDADC que estão há muito tempo identificados e alterar previsões que atualmente fazem pouco sentido. Como terceira hipótese poderá proceder apenas a uma transposição adequada, sem aproveitar a oportunidade para melhorar a lei como um todo. A última, indesejável (mas infelizmente habitual) é a transposição inconsciente, servil, que se limita a uma cópia atabalhoada dos artigos da Directiva; o que neste caso, tendo em conta a sua complexidade e as opções que permite aos Estados-Membros, será praticamente impossível”⁽¹⁶⁾.

(16) Cf. NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 249.

A transposição da Directiva efectuada pela Proposta de Lei 114/XIV/3.^a é efectuada mediante a alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e ainda à Lei 26/2015, de 14 de Abril que regula as entidades de gestão colectiva, e ao Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, relativo à protecção jurídica das bases de dados.

Na nossa opinião, essa Proposta de Lei corresponde à terceira hipótese de transposição acima referida. Teríamos preferido que tivesse sido aproveitada a oportunidade para melhorar o CDADC, à semelhança do que ocorreu na Alemanha, tendo a transposição sido efectuada através da *Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*, de 31 de Maio de 2021. Salienta-se que esta lei inclui no seu art. 3.º um extenso diploma autónomo destinado exclusivamente à transposição do art. 17.º da Directiva, a *Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz ou UhrDaG)*.

Em qualquer caso, é necessário referir que a Proposta corresponde a uma forma de transposição muito melhor do que a realizada em Espanha pelo Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de Novembro, que transpõe ao mesmo tempo e no mesmo diploma uma série de Directivas europeias, efectuando a transposição desta no seu Livro IV, arts. 66.º, ss.

Em relação às alterações ao CDADC, as principais inovações consistem na introdução das novas excepções e limitações, na criação de um novo direito conexo, que abrange o editor de imprensa, e na responsabilização daqueles que colocam que conteúdos protegidos nas plataformas de internet e ainda nas regras relativas à remuneração justa dos autores e artistas intérpretes e executantes.

Analisemos sucessivamente estas situações.

3.2. A introdução das novas excepções e limitações

Relativamente à introdução das novas excepções e limitações, o legislador optou por as introduzir no art. 75.º, n.º 2, CDADC e ainda a de acrescentar definições no n.º 6 do mesmo artigo. Sendo esta a solução mais óbvia, não deixamos de salientar que o artigo ficou extremamente pesado, com alíneas que já esgotam todas as letras do alfabeto, parecendo-nos mais coerente que se desdobrasse este artigo em vários, aliás na linha do que faz a própria Directiva.

3.3. O direito conexo do editor de imprensa

O art. 15.º da Directiva estabelece uma protecção especial do editor de publicações de imprensa em relação à publicação dos seus conteúdos, o que a Proposta de Lei 114/XIV/3.^a, pretende transpor através do reconhecimento de um direito conexo ao editor de imprensa, sendo assim efectuada alterações aos arts. 176.º, 183.º, 185.º, 189.º e 192.º CDADC, bem como o aditamento dos arts. 188.º-A e 188.º-B ao CDADC. Esta solução parece-nos controversa. Em primeiro lugar, já tem sido reconhecido, quer por OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁷⁾, quer por nós próprios⁽¹⁸⁾, que os arts. 76.º, n.º 1, *a)*, *b)* e *c)* e 82.º do CDADC, implicam a qualificação do direito do editor em geral como direito conexo, pelo que não se vê razão para que a alteração do Código apenas contemple o editor de imprensa, *rectius* o editor de publicações de imprensa. Acresce que a definição de editor de imprensa, que consta do novo n.º 11 do art. 176.º, não prevista na Directiva ainda que baseada no seu considerando (55), é das mais infelizes que já vimos publicar num texto legislativo: “pessoa singular ou coletiva sob cuja iniciativa e responsabilidade é publicada a publicação de imprensa, incluindo, nomeadamente, as empresas jornalísticas, e prestadores de serviços como os editores de notícias e as agências noticiosas”.

Conforme acima se referiu, a Directiva não define “a parte apropriada das receitas” que neste caso é destinada aos autores. O art. 188.º-B concretiza, no entanto, os critérios de atribuição dessa retribuição, referindo mesmo que, caso o direito seja exercido através de uma entidade de gestão colectiva, será aplicável o disposto na Lei 26/2015, de 14 de Abril, em matéria de fixação de tarifários gerais, o que nos parece uma boa solução.

3.4. A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

O novo regime da responsabilização dos prestadores de serviços de conteúdos em linha é transposto na proposta de lei através de um aditamento ao CDADC de uma nova secção XI no capítulo III (*Das utilizações em especial*), com o título *Da utilização da obra por prestador de serviços*

⁽¹⁷⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 547-548.

⁽¹⁸⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 282, ss.

de partilha de conteúdos em linha, a qual abrange nada menos do que oito artigos, os arts. 175.º-A a 175.º-H, que se pode considerar que inovam bastante em relação ao art. 17.º da Directiva.

A primeira disposição, constante do art. 175.º-A limita-se a estabelecer no n.º 1 a definição de prestador de serviços de conteúdos em linha, e a referir quais os prestadores de serviços excluídos, em conformidade com a definição do art. 2.º, n.º 6, da Directiva. Esta disposição está em conformidade com as *Orientações sobre o artigo 17.º* emitidas pela Comissão Europeia que estabelece que na transposição os Estados-Membros devem incluir a definição de prestadores de serviços em linha e a lista de prestadores de serviços excluídos nos mesmos termos da Directiva. No entanto, a Comissão salienta ainda que os Estados-Membros devem especificar “à luz do considerando (62) que esta lista de prestadores de serviços excluídos não é exaustiva”, enquanto que o art. 175.º-A, n.º 2, nada diz sobre o carácter exemplificativo dos prestadores que indica. Para além disso, as *Orientações sobre o artigo 17.º* referem que “não há margem para os Estados-Membros irem além, ou seja, alargarem o âmbito de aplicação da definição ou reduzirem o seu âmbito”⁽¹⁹⁾. Ora, enquanto que a Directiva se referia à necessidade de o prestador de serviços organizar e promover a partilha com fins lucrativos, o art. 175.º-A, n.º 1, faz referência à finalidade de obter uma vantagem económica e comercial directa ou indirecta, o que não é exactamente a mesma coisa.

O art. 175.º-B, n.º 1, consagra a regra de que constitui um acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, a disponibilização ao público do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos carregados pelos utilizadores daqueles serviços. Esta formulação é feliz, dela resultando uma clara responsabilização dos prestadores de serviços pelo carregamento de obras e ou outros materiais protegidos efectuado pelos seus utilizadores. O art. 175.º-B, n.º 4, esclarece expressamente, em conformidade com a Directiva, a não aplicabilidade das limitações à responsabilidade dos prestadores intermediários previstas no art. 16.º do Decreto-Lei 7/2004, de 14 de Fevereiro, sem prejuízo da aplicabilidade de tais limitações a outras actividades desenvolvidas por aqueles prestadores de serviços.

Conforme se prevê na Directiva, a Proposta de Lei estabelece a necessidade de autorização dos titulares de direitos para a colocação nas

(19) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 4.

plataformas de internet de obras ou outros materiais protegidos (art. 175.º-B, n.º 2). Estabelece-se, no entanto, que, em caso de concessão de autorização ao prestador de serviços, essa autorização compreende os actos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores dos serviços se estes não agirem com carácter comercial, directo ou indirecto, ou se a sua actividade não gerar receitas significativas (art. 175.º-B, n.º 3). No entanto, o n.º 5 do art. 175.º-B ainda explicita a que não é prejudicada a utilização de obras ou outro material protegido por parte de utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que não violem direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente as utilizações abrangidas por uma excepção ou limitação.

A Proposta de Lei estabelece ainda, nos mesmos termos da Directiva, no seu art. 175.º-C, n.º 1, os casos especiais de isenção de responsabilidade, em caso de falta de autorização, exigindo que para esse efeito os prestadores demonstrem cumulativamente que: *a)* Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; *b)* Efectuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do sector, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias; *c)* Agiram, de forma diligente, após recepção suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios de internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente de os titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objecto de notificação, nos termos da alínea anterior”. Lamentavelmente este texto, é muito mais complexo e rebuscado do que o que consta do art. 17.º, n.º 4, da Directiva, pelo que me parece que se ganharia em clareza se fosse utilizado antes este último texto. Aliás, o art. 175.º-C, n.º 2, ao estabelecer os elementos que devem ser tidos em conta para avaliar o cumprimento destas obrigações reproduz quase textualmente o art. 17.º, n.º 5, da Directiva.

Uma das questões que pode ser suscitada na transposição é ter-se usado na alínea *a)* do art. 175.º-C a expressão “todos os esforços”, enquanto que na alínea *b)* surge antes “os melhores esforços”. Na verdade é assim que igualmente surge na versão em língua portuguesa do art. 17.º, n.º 4, da Directiva, mas nas suas versões inglesa, francesa e espanhola, a expressão é a mesma nas duas alíneas: “*best efforts*”, “*les meilleurs*”

efforts”, “*los mayores esfuerzos*”. Parece que se deveria optar por uma única expressão e preferíamos que fosse utilizada a expressão “os melhores esforços”. Segundo refere a Comissão Europeia nas suas *Observações sobre o artigo 17.º*, “o conceito de «melhores esforços» não é definido e nenhuma referência é feita ao direito nacional, portanto, é um conceito autónomo do direito da UE e deve ser transposto pelos Estados-Membros de acordo com as presentes orientações e interpretado à luz da finalidade e dos objetivos do art. 17.º e do texto de todo o artigo”⁽²⁰⁾.

Também não nos parece feliz a solução encontrada para a transposição do regime mais benéfico para os novos prestadores de serviços constante do art. 175.º-D, que nos parece estabelecer uma redacção mais complexa do que a constante do art. 17.º, n.º 6, da Directiva. Temos aliás dúvidas na justificação da introdução do n.º 3 do art. 175.º-D, que constitui uma disposição não constante da Directiva.

Finalmente, no art. 175.º-F é estabelecido o procedimento de reclamação e reapreciação em relação a bloqueios indevidos, enquanto que o art. 175.º-G admite o recurso a centros de resolução alternativa de litígios. Temos, no entanto, bastantes dúvidas sobre se esta simples referência será suficiente para resolver estas questões, uma vez que normalmente os litígios são de muito reduzida dimensão, não sendo por isso os centros de arbitragens existentes muito idóneos para os abranger.

3.5. O direito à remuneração justa e equitativa

A transposição da Directiva em relação ao direito à remuneração justa e equitativa é efectuada pelo aditamento dos arts. 44.º-A e seguintes ao CDADC, em termos que não se afastam muito da Directiva.

É assim assegurado aos autores e artistas intérpretes e executantes o direito a receber uma remuneração adequada, proporcionada e equitativa (art. 44.º-A). Estabelece-se um dever de informação, por parte das entidades licenciadas relativamente à exploração das obras e prestações (art. 44.º-B). É estabelecido um direito de remuneração adicional, no caso de a remuneração se revelar desproporcionadamente baixa em relação às receitas da exploração (art. 44.º-C). Prevê-se igualmente um procedimento de resolução extrajudicial de litígios, em caso de exercício destes dois direitos (art. 44.º-D).

(20) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 9.

Onde a Proposta de Lei mais inova é no amplo desenvolvimento dado ao direito de revogação, previsto no art. 44.º-E, em que o legislador utiliza a permissão do art. 22.º, n.º 2, da Directiva de estabelecer disposições específicas sobre este direito.

É assim estabelecido que o direito de revogação só pode ser exercido passados cinco anos sobre a celebração do contrato ou decorrido um terço sobre a sua duração, consoante o que ocorra primeiro (art. 44.º-E, n.º 2), sendo que no caso de obras e prestações futuras, esse prazo se conta da conclusão da obra ou da realização da prestação (art. 44.º-E, n.º 3). O direito não é aplicável às obras videográficas, cinematográficas e produzidas por processo análogo à cinematografia (art. 44.º-E, n.º 4). Para além disso, e conforme determina a Directiva a lei obriga o autor ou artista intérprete ou executante a notificar primeiro a outra parte, dando-lhe o prazo de um ano para proceder à exploração (art. 44.º-E, n.º 5), exigindo que decorra esse prazo para que seja possível a revogação, permitindo ainda ao titular do direito a alternativa de pôr termo à exclusividade do contrato (art. 44.º-E, n.º 6). O art. 44.º-E, n.º 8, exclui, porém, o direito de revogação se a falta de exploração resulta de circunstâncias não imputáveis à parte.

4. Conclusão

De um modo geral, a Proposta de Lei 114/XIX/3.^a parece-nos uma forma adequada de transposição da Directiva (UE) 2019/790, ainda que nos pareça que em alguns aspectos a sua redacção poderia ser simplificada. Infelizmente, no entanto, já vamos com um atraso considerável em relação à transposição desta Directiva, pelo que será imperioso que o processo legislativo seja acelerado.