

## A Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa da Directiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação

1. A Lei n° 50/2004, de 24 de Agosto, procedeu à transposição para a ordem interna portuguesa da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho n° 2001/29/CE, de 22 de Maio de 2001, e introduziu alterações à lei n° 62/98, de 1 de Setembro, que regula a matéria da cópia privada, ajustando-a às regras da directiva para o ambiente digital.

A transposição ocorreu com atraso relativamente ao prazo estabelecido na directiva comunitária (22 de Dezembro de 2002), facto que determinou a interposição pela Comissão Europeia de uma acção judicial por incumprimento no Tribunal de Justiça contra o Estado Português, à semelhança do verificado com outros Estados membros, a qual foi entretanto declarada extinta com a publicação da indicada lei.

2. Em rigor, o que estava em causa não era tão somente a transposição da directiva para a ordem interna, mas igualmente a adaptação da legislação portuguesa ao estabelecido nos dois tratados da OMPI de 1996 – os tratados “Internet” -, uma vez que a directiva europeia não procedeu à harmonização de toda a matéria contida nos referidos tratados, designadamente no domínio do direito moral e da definição de alguns conceitos existentes nos mencionados tratados. Apesar de estes não terem ainda sido ratificados por Portugal, o certo é que faz pleno sentido que, em vista da próxima ratificação, a legislação interna se adaptasse já às disposições dos citados instrumentos jurídicos multilaterais. Existe, aliás, uma deliberação do Conselho da União Europeia no sentido de a futura ratificação ter lugar em conjunto pelos Estados membros, sendo curioso mencionar o facto de alguns dos Estados que recentemente aderiram à União terem já ratificado os tratados. No caso português, isso implicou dotar o art° 176° do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) de uma nova redacção, em ordem a actualizar as definições estabelecidas para conceitos aplicáveis em especial aos direitos conexos (fonograma, cópia, reprodução, organismo de radiodifusão).

Além disso, deu-se nova redacção aos art°s 180° e 182° do CDADC para melhorar o regime estatuído para as faculdades de direito moral

reconhecidas aos artistas e às suas prestações, sonoras e audiovisuais, compatibilizando-o com o estabelecido nos tratados da OMPI.

3. O legislador português, em face da necessidade de proceder à transposição da directiva, entendeu, em sede de metodologia, operar mediante a inclusão das normas jurídicas no corpo mesmo do CDADC, em vez de criar um diploma avulso.

A técnica jurídica de inserir no próprio código, sempre que possível, as normas decorrentes do trabalho de transposição das directivas comunitárias, é uma opção que se considera mais adequada e válida, em ordem a assegurar uma maior segurança, congruência, clareza e lógica ao sistema jurídico. A produção de diplomas avulsos – como ocorreu com a transposição das directivas sobre a protecção dos programas de computador e das bases de dados – é um procedimento excepcional, a ser utilizado quando razões de ordem doutrinal, legislativa, material ou outra o justifiquem ou até o imponham como o “modus operandi” mais adequado e legítimo.

4. No momento de se proceder à transposição de uma directiva de alcance e importância tão significativa como esta – a mais horizontal no âmbito do direito de autor – e no decorrer do debate público que teve lugar previamente à aprovação e publicação da lei, algumas vozes sugeriram que se aproveitasse a ocasião para se avançar com a introdução de uma mais profunda revisão do CDADC, ou mesmo a elaboração de um novo código ou ainda, hipótese mais radical, a criação de um “Código Geral da Informática” que reunisse matérias variadas hoje dispersas pela propriedade intelectual, pelo comércio electrónico, pelo direito da informática, pelas telecomunicações e outros domínios. A ideia de aproveitar o momento para lançar uma profunda reforma legislativa era estimulante, mas corria seriamente o risco de ser vista como um “projecto teórico”.

Por um lado, o prazo de transposição da directiva era reconhecidamente curto, como a experiência veio confirmar; por outro, havia o sério risco de aumentar a tensão do debate público, e isto, numa matéria que é atravessada por clivagens teóricas e interesses muito divergentes e contraditórios.

Finalmente, era notório que os Estados mais desenvolvidos tecnológica e economicamente, não tinham ainda sedimentado a sua legislação no sentido por alguns reclamado. Por estas razões, o legislador português escolheu um caminho seguro, ainda que pouco inovatório, limitando as modificações na lei ao quase estritamente necessário. O facto de a harmonização comunitária ainda se encontrar em curso de realização e o paradigma tecnológico não se encontrar estabilizado, talvez aconselhe uma certa prudência na abordagem do processo legislativo de recepção nacional das regras comunitárias.

5. É sabido que o trabalho de transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional constitui um desafio delicado. A directiva é um acto normativo mediante o qual é fixado ao Estado membro um resultado que deve ser alcançado no interesse comum, deixando-se no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios considerados adequados; há pois o reconhecimento de uma margem de liberdade ao destinatário da directiva, no momento de se operar a sua transposição para a ordem nacional. A expectativa é que esse trabalho não redunde numa espécie de mera cópia da directiva, embora por vezes se caia nessa tentação, seja porque o articulado na prática não consinta os tais espaços de liberdade, seja porque o legislador se mostra pouco criativo ou menos atento às próprias realidades nacionais.

Há ainda que considerar, ao nível hermenêutico, a necessidade de a interpretação do texto balizar e diferenciar a leitura do que nele é “normativamente explícito” da leitura “implícita”, conquanto ambas admissíveis, se respeitarem o horizonte da interpretação autêntica.

No caso da directiva em causa, esse esforço de interpretação é especialmente convocado para a análise do seu artº 5º - a norma que respeita às limitações e excepções.

Para além do catálogo exaustivo presente no instrumento comunitário, parece legítimo considerar a possibilidade de dilucidar situações não

explicitamente referenciadas no texto, mas que respeitam a sua letra e espírito e plasmá-las no texto da lei nacional. O procedimento é arriscado, pois há sempre a possibilidade de exceder o âmbito de compreensão da norma, incorrendo o Estado na eventual acusação de incumprimento por deficiente transposição do diploma comunitário, o que pode originar leituras divergentes por parte da Comissão Europeia, situação que se vai tornando usual.

Isto, sem esquecer a luta que se desenrola à volta da elaboração dos textos, traduzida no surgimento de pretensões contraditórias dos diversos interesses em presença e que, amiúde, originam um contexto adverso à ponderação de leituras mais criativas do texto da directiva. Daí que o legislador se tenha mostrado cauteloso na abordagem das potencialidades inscritas na directiva, no momento da sua transposição. O resultado é que o texto de “recepção nacional” acompanha de perto o texto comunitário, sem grandes ousadias interpretativas. Algumas divergências notórias que aqui e ali são visíveis, resultam muitas vezes do facto de a lei constituir usualmente um “texto compromissório”, em busca de um consenso alargado entre interesses divergentes. E aquilo que é verdade para a lei em geral, é-o em especial em sede de propriedade intelectual. A atitude de compromisso na feitura da lei é por vezes a causa da existência de debilidades técnicas no tratamento da matéria nela contida.

6. No plano substantivo das faculdades de direito patrimonial reconhecidas aos titulares de direitos de autor e conexos, a directiva harmonizou o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público e o direito de distribuição, sem esquecer o novo direito de colocação à disposição do público. Fê-lo, como é sabido, a partir de perspectivas mais amplas (direito de reprodução) do que as que estão presentes nos tratados da OMPI.

Apesar de ter sido colocado no artigo da directiva (artº 3º) relativo ao direito de comunicação ao público, o direito de colocação à disposição do público, a verdade é que o texto comunitário não quis resolver a querela doutrinária sobre a qualificação jurídica do novo direito. O legislador português, de forma prudente e neutral, limitou-se a incluir o enunciado destas faculdades no artº 68º do Código, sob a epígrafe de “formas de utilização”. O preceito foi acrescentado de um número onde se esclarece a velha questão do esgotamento do direito de distribuição, com a expressa adopção do esgotamento regional (comunitário).

7. Em matéria de limitações e excepções, a lei portuguesa, após debate público, veio a contemplar no artº 75º do Código a lista exaustiva e fechada prevista no artº 5º da Directiva. Salvo pequenas modificações de redacção, foi acolhida a totalidade das excepções e limitações, solução diversa da seguida pela maioria dos outros Estados membros. Porém, algumas particularidades merecem ser referidas:

- A única excepção obrigatória presente na directiva relativa ao direito de reprodução – os actos de reprodução temporária que sejam transitórios ou acessórios ( o browsing e o caching ) – foi acolhida na íntegra, com o esclarecimento adicional que são incluídos na excepção os actos que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com a legítima utilização da tecnologia conforme os bons usos reconhecidos pelo mercado, e em geral os processos meramente tecnológicos de transmissão. De alguma forma, o considerando 33 da directiva é assumido ao nível normativo. Tradicionalmente, os meros processos técnicos de transmissão estão excluídos da protecção conferida pelo direito de autor. O curioso é que esta tomada de posição do legislador português pode vir, a prazo, a ser contrariada, caso no eventual futuro tratado de protecção dos radiodifusores em curso de negociação no seio da OMPI, a protecção a conferir incida sobre o sinal que transporta o programa e não propriamente sobre a emissão deste, para ser objecto de recepção pelo público;
- A excepção da reprografia, vulgo fotocópia, é integrada no Código com uma amplitude inferior à prevista na directiva, uma vez que a reprodução da obra é lícita apenas para “fins exclusivamente privados”;
- A inclusão no corpo do artº 75º do teste (regra) dos 3 passos prevista na alínea 2) do artº 9º da Convenção de Berna, e incluída no nº 5 do artº 5º da Directiva. Em rigor, a sua expressa inscrição na lei não era necessária. De um modo claro passa também a ser uma regra de interpretação geral quanto ao uso das excepções e não apenas quanto à sua existência;
- A previsão de “remunerações equitativas” a atribuir aos titulares de direitos (limitações) e não a mera “compensação equitativa” prevista na directiva. A solução portuguesa, tradicional, segue na esteira da doutrina e legislação francesa, que insiste no vocábulo remuneração, noção mais ampla do que a

compensação, que exige a comprovação efectiva do dano, na senda da experiência anglo-saxónica, enquanto a visão francesa dá por comprovado “a priori” o efectivo dano;

- A consagração de um número no artº 75º, prevendo que é nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das excepções e limitações, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem nas respectivas formas de exercício, designadamente no que respeita aos montantes pecuniários das remunerações equitativas;

8. A cópia privada, quer no ambiente analógico quer digital, é admitida sempre que a reprodução por qualquer meio realizada de obras, o seja por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos; é uma formulação restritiva que vai ao encontro das pretensões expressas pelos titulares de direitos. A faculdade de utilização da cópia privada é acompanhada da previsão da aplicação de remunerações equitativas. Neste sentido, foi reformulado o teor da lei nº 62/98, de 1 de Setembro. Na fase final de tramitação do processo legislativo de transposição da directiva, foi publicado o acórdão nº 616/2003, do Tribunal Constitucional, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de normas do artº 3º da citada lei 62/98.

No essencial, o Tribunal Constitucional, num acórdão doutrinariamente controverso, veio declarar que as taxas criadas no âmbito da cópia privada deveriam ser objecto de tratamento similar às medidas fiscais e parafiscais, o que implica a sua criação por lei emanada do Parlamento. Deste modo, a determinação das remunerações equitativas não pode ser cometida a actos administrativos dos membros do Governo, antes ao diploma legislativo adequado, o que vai certamente implicar uma rigidez no sistema, quando se configure necessária a sua actualização, demorada por esta nova via. A lei veio manter a taxa de 3%, antes de IVA, sobre o valor do preço de venda ao público dos equipamentos que permitem a reprodução de obras e prestações, nada prevendo para os equipamentos digitais.

Em contrapartida, foi criada, em sede de reprografia, sempre que a utilização seja habitual e para servir o público mediante a prática de actos de comércio, uma remuneração correspondente a 3% do preço de venda ao público de fotocópias de obras, antes da aplicação do IVA, montante a ser gerido pela entidade de gestão colectiva já criada, a AGECOP.

A lei estabelece ainda o quadro dos suportes materiais virgens analógicos e digitais sobre que incidem remunerações a favor dos titulares de direitos.

9. Em matéria de titulares de direitos conexos, o legislador quase se limita a inserir no corpo dos artigos respectivos do Código o reconhecimento dos direitos constantes da directiva. A excepção, a verdadeira inovação, é a que se consagrou na nova redacção dada ao artº 178º que regula os direitos outorgados ao artista intérprete ou executante, ao prever-se que o novo direito de colocação à disposição do público das prestações – a interactividade própria do ambiente digital – só possa ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas (gestão colectiva obrigatória), que se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos. É uma disposição que alarga significativamente o âmbito da gestão colectiva, em termos pouco comuns e, naturalmente, controversos.

10. No domínio da protecção das medidas tecnológicas e da informação para a gestão electrónica de direitos e relativamente ao conjunto das definições, pode dizer-se que a lei portuguesa seguiu de perto a directiva. Contudo, verificam-se alguns aspectos que merecem destaque. Assim:

- a) A lei clarifica a noção de medidas de carácter tecnológico, ao excluir do seu âmbito de aplicação os protocolos, os formatos, algoritmos, bem como os métodos de criptografia, de codificação ou de transformação. O legislador, neste particular, não quis deixar à doutrina e à jurisprudência a dilucidação do problema;
- b) Verdadeiramente inovador face à directiva, é a previsão de que a aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso, é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador intelectual (nº 4 do artº 217º). Trata-se de uma norma que vai implicar especiais cuidados na celebração e revisão de contratos envolvendo os titulares de direitos e os utilizadores;
- c) Na relação complexa entre as excepções e as medidas técnicas de controlo de acesso e uso das obras e prestações, um verdadeiro quebra-cabeças não totalmente resolvido na própria directiva, a lei (artº 221º), em

ordem a proteger os legítimos interesses dos beneficiários das exceções, obriga os titulares de direitos a proceder ao depósito junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC) dos meios que permitam beneficiar das utilizações legalmente permitidas. E o lesado, impedido de aceder ao bem protegido, pode solicitar o acesso aos meios depositados à IGAC para o normal e legítimo exercício do direito;

d) Para a resolução dos conflitos nesta matéria, é competente a Comissão de Mediação e Arbitragem, criada pela lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, mas ainda na prática inexistente. A Comissão é formada por sete juristas, sendo seis indicados pelos diversos titulares de direitos, incluindo os consumidores. O presidente é nomeado por despacho do Primeiro-Ministro, sob proposta do Ministro da Cultura;

e) A neutralização das medidas técnicas é sancionada por normas gerais que estabelecem uma moldura prevendo penas de prisão até um ano, ou com pena de multa até 100 dias. A tentativa é punível com multa até 25 dias. A invocação do crime fica dependente de queixa do particular lesado, aspecto que pode limitar o sentido útil dos preceitos legais (art.ºs 218.º e 224.º) na perspectiva dos titulares de direitos. A criminalização das condutas neste específico domínio de actividade acompanha uma tendência internacional quase generalizada nos países mais desenvolvidos, preocupados com os fenómenos maciços de violação da propriedade intelectual, conquanto se manifestem reservas nos meios académicos e jurisdiccionais.

Lisboa, 9 de Dezembro de 2004

Nuno Gonçalves