

# Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na União Europeia

São Paulo, 02/12/2011

*Manuel David Masseno*

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

### Um *Pré-entendimento*:

- O Direito da Comunidade / União Europeia tendeu a estar à margem das questões penais
  - também em virtude do *Princípio das Competências por Atribuição* (Art.ºs 4.º n.º 1 e 5.º do TUE).
  - porém, houve alguns **antecedentes implícitos**:
    - **Diretiva 91/308/CEE** do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais**
    - **Diretiva 2002/90/CE** do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa à **definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares**
  - e um **expresso**:
    - **Diretiva 2008/99/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa à **protecção do ambiente através do direito penal**

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- Como quase sempre, **crucial foi a intervenção do Tribunal de Justiça:**
  - **Acórdão** do Tribunal de Justiça da UE, **de 13 de Setembro de 2005**, Processo C-176/03, Comissão / Conselho, muito polémico até...
- O passo seguinte deu-se com o **Tratado de Lisboa**, de 13 de Dezembro de 2007 / ***Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia***
  - “1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer **regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça** que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.” (Art.º 83.º)

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- **“2. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.” (Art.º 83.º)**
- **“A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma protecção efectiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União.” (Art.º 325 n.º 1)**

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- **Critérios Orientadores** (Comunicação da Comissão “Rumo a um recurso razoável ao direito penal para aplicar melhor as normas da UE e ajudar a proteger o dinheiro dos contribuintes”, de 21 de Setembro de 2011):
  - o direito penal deve manter-se sempre uma medida **de último recurso**;
  - as sanções penais são reservadas **aos crimes especialmente graves**;
  - as medidas de direito penal podem afectar os direitos fundamentais, pelo que a nova legislação **deve respeitar plenamente os direitos fundamentais** previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e na Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem;
  - Todas as decisões quanto ao tipo de medida ou sanção penal a adoptar devem ser acompanhadas de **provas factuais claras** e respeitar os princípios da **subsidiariedade** e da **proporcionalidade**.

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- “Sem prejuízo das medidas, procedimentos e recursos cíveis e administrativos previstos na presente diretiva, os Estados-Membros podem aplicar outras sanções adequadas em caso de violação de direitos de propriedade intelectual.”  
(Art.º 16.º Diretiva 2004/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (*Diretiva Enforcement*))

**Em síntese**, e como veremos:

- o **Direito da União Europeia** não impede os Estados-Membros de o fazerem, mas também **não aponta para uma proteção penal dos direitos intelectuais**

# I – O Direito Material

**“Com respeito aos direitos de propriedade intelectual deverá ser promovido ativamente o desenvolvimento dos mercados europeus de conteúdos digitais, mediante soluções práticas que promovam novos modelos de negocio, assim como com medidas concretas que reduzam a fragmentação do mercado para a reutilização e o acesso a conteúdos digitais e que, ao mesmo tempo, protejam e assegurem a justa remuneração dos direitos de autor.”** (*Declaração de Granada para a Agenda Digital Europeia*, de 19 de Abril de 2010)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Depois de uma afirmação muito marcada, estaremos perante um **enfraquecimento da proteção dos direitos intelectuais**, sobretudo em contexto digital, perspetivando mudanças significativas

- o ***Livro Verde. Realizar o potencial das indústrias culturais e criativas*** (2010) 183 final, de 27 de Abril
- Decorrente da **Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo** COM(2010) 2020 final, de 3 de Março de 2010.
  - “[...] **este novo ambiente altera de forma substancial os modelos tradicionais de produção e de consumo, contestando o sistema através do qual a comunidade criativa tem, até agora, retirado valor dos conteúdos.**”

Mas, afinal, qual é o **paradigma vigente?**

- O enunciado no *Livro Verde “O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação”* COM(95) 382 final
- **Elabora a partir dos instrumentos já então adotados:**
  - a **Directiva 91/250/CEE**, do Conselho de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computadores
  - a **Directiva 92/100/CEE**, do Conselho de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual
  - a **Directiva 93/98/CEE**, do Conselho de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

### A **Diretiva** 91/250/CEE, do Conselho de 14 de Maio de 1991, relativa à **protecção jurídica dos programas de computadores**

- “1. [...] **os Estados-membros tomarão medidas** adequadas, nos termos das respectivas legislações nacionais, contra as pessoas que pratiquem qualquer dos actos referidos nas alíneas a), b) e c) seguintes:
  - a) **Ponham em circulação uma cópia de um programa de computador**, conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito;
  - b) **Estejam na posse**, para fins comerciais, **de uma cópia de um programa de computador**, conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito;
  - c) Ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, de **meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico** eventualmente utilizado para a protecção de um programa.
- 2. Qualquer **cópia ilícita de um programa de computador poderá ser confiscada** nos termos da legislação do Estado-membro em questão.
- 3. Os **Estados-membros poderão prever a apreensão dos meios referidos na alínea c) do n.º 1.” (Art.º 7.ºs)**

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

O **Livro Verde** acelerou a aprovação da **Directiva 96/9/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à **protecção jurídica das bases de dados**

“(39) Considerando que, para além da protecção pelo direito de autor da originalidade da selecção ou disposição do conteúdo da base de dados, a **presente directiva pretende salvaguardar a posição dos fabricantes de bases de dados relativamente à apropriação abusiva dos resultados do investimento financeiro e profissional realizado para obter e coligir o conteúdo**, protegendo o conjunto ou partes substanciais da base de dados de certos actos cometidos pelo utilizador ou por um concorrente;

(40) Considerando que o **objectivo deste direito *sui generis* consiste em garantir a protecção de um investimento** na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados durante o prazo limitado do direito; que esse investimento pode consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforços e de energia;”

- “Os Estados-membros preverão sanções adequadas contra a violação dos direitos previstos na presente directiva” (Art.º 12.º)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

E, sobretudo, criou condições para a adopção da **Directiva** 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à **harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**

Em, extrema, síntese:

- **adiantou a vigência dos conteúdos dos *Tratados OMPI* de 1996**
- **disciplinou o “direito de reprodução” e o “direito de comunicação de obras ao público”**
- **actualizou a *regra dos três passos* e**
- **regulou os DRMs**

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

De novo, os *Considerandos* são cristalinos:

“(4) Um enquadramento legal do direito de autor e dos direitos conexos, através de uma maior segurança jurídica e respeitando **um elevado nível de protecção da propriedade intelectual, estimulará consideravelmente os investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infra-estruturas de rede, o que, por sua vez, se traduzirá em crescimento e num reforço da competitividade da indústria europeia**, tanto na área do fornecimento de conteúdos e da tecnologia da informação, como, de uma forma mais geral, num vasto leque de sectores industriais e culturais. [...]

**(10) Os autores e os intérpretes ou executantes devem receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho**, para poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico, **bem como os produtores, para poderem financiar esse trabalho**. É considerável o investimento necessário para produzir produtos como fonogramas, filmes ou produtos multimédia, e serviços, como os serviços 'a pedido'. É necessária uma protecção jurídica adequada dos direitos de propriedade intelectual no sentido de garantir tal remuneração e proporcionar um rendimento satisfatório desse investimento.

**(22) O objectivo de apoiar adequadamente a difusão cultural não deve ser alcançado sacrificando a protecção estrita de determinados direitos nem tolerando formas ilegais de distribuição de obras objecto de contrafacção ou pirataria.”**

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- “1. Os Estados-Membros assegurarão **protecção jurídica adequada contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico** por pessoas que saibam ou devam razoavelmente saber que é esse o seu objectivo.
- 2. Os Estados-Membros assegurarão **protecção jurídica adequada contra o fabrico, a importação, a distribuição, a venda, o aluguer, a publicidade para efeitos de venda ou de aluguer, ou a posse para fins comerciais de dispositivos, produtos ou componentes ou as prestações de serviços** que:
  - a) Sejam promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a protecção; ou
  - b) Só tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da protecção, ou
  - c) Sejam essencialmente concebidos, produzidos, adaptados ou executados com o objectivo de permitir ou facilitar a neutralização da protecção de medidas de carácter tecnológico eficazes.” (Art.º 6.º)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- **“1. Os Estados-Membros devem prever as sanções e vias de recurso adequadas para as violações dos direitos e obrigações previstas na presente directiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação efectiva de tais sanções e vias de recurso. As sanções previstas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.**
  2. Os Estados-Membros tomarão todas as medidas necessárias para assegurar que os titulares dos direitos cujos interesses sejam afectados por uma violação praticada no seu território possam intentar uma acção de indemnização e/ou requerer uma injunção e, quando adequado, a apreensão do material ilícito, bem como dos dispositivos, produtos ou componentes referidos no n.º 2 do artigo 6.º
  3. Os Estados-Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos.” (Art.º 8.º)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

### **Directiva 2004/48/CE** do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao **respeito dos direitos de propriedade intelectual (Diretiva *Enforcement*)**

#### **Também nos *Considerandos*:**

“(12) [...] sem meios eficazes para fazer respeitar os direitos da propriedade intelectual, a inovação e a criação são desencorajadas e os investimentos reduzidos. Assim, **é necessário assegurar que o direito material da propriedade intelectual**, hoje em grande parte decorrente do acervo comunitário, **seja efectivamente aplicado na Comunidade**. Neste contexto, os meios para fazer respeitar os direitos de propriedade intelectual assumem uma importância capital para o êxito do mercado interno.”

- **Natureza subsidiária** face às Diretivas antes abordadas (Art.º 2.º n.º 2 e n.º 3 alínea a)

O **ponto de virada**, teve um carácter político-institucional: o ***Tratado de Amesterdã*** (1997-1999)

Em síntese,

- o **Parlamento Europeu** passa a ter um maior **poder**, com o **Procedimento de Co-Decisão** a abranger o **Mercado Interno**
- este revela uma muito **maior “sensibilidade”** para com os **interesses dos consumidores** e da **Cidadania**, em geral
- com o conseqüente reforço do **reconhecimento do papel central dos consumidores** nos mercados

### Situações mais marcantes, no que nos importa:

- **Directiva 2002 /58/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao **tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas**, logo depois da **Directiva 2000/31/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do **comércio electrónico**, no mercado interno
  - do *opting out* para o *opting in* em matéria de SPAM
- **sobretudo a Proposta de Directiva sobre a patenteabilidade de invenções implementadas por computador**, rejeitada em Julho de 2005, que constituiu a primeira grande manifestação de força do Parlamento face à Comissão Europeia e ao Conselho de Ministros

## II – A Efetividade dos Direitos

“A salvaguarda de dados de tráfego, sobretudo na Internet, é ‘condição essencial’ para a investigação dos vários tipos de criminalidade informática. Esta foi uma das conclusões, saída do grupo de trabalho europeu da Interpol [*European Working Party on Information Technology Crime*] dedicado à prevenção e ao combate de crimes electrónicos que reuniu em Beja.” (Lusa, 22/09/2011)

# Quanto ao conteúdo essencial da Diretiva *Enforcement*, de 2004

## Princípios

- **“1. Os Estados-Membros devem estabelecer as medidas, procedimentos e recursos necessários para assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual abrangidos pela presente directiva. Essas medidas, procedimentos e recursos devem ser justos e equitativos, não devendo ser desnecessariamente complexos ou onerosos, comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos injustificados.**
- 2. As medidas, procedimentos e recursos também devem ser eficazes, proporcionados e dissuasivos e aplicados de forma a evitar que se criem obstáculos ao comércio lícito e a prever salvaguardas contra os abusos.” (Art.º 3.º)**

## **Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.**

- **Legitimidade para requerer a aplicação das medidas, procedimentos e recursos (Art.º 4.º)**
- **Presunção de autoria ou da posse (Art.º 5.º)**
- **Prova (Art.º 6.º)**
- **Medidas de preservação da prova (Art.º 7.º)**
- **Direito de informação (Art.º 8.º)**
- **Medidas provisórias e cautelares (Art.º 9.º)**
- **Medidas correctivas (Art.º 10.º)**
- **Medidas inibitórias (Art.º 11.º)**
- **Medidas alternativas (Art.º 12.º)**
- **Indemnizações por perdas e danos (Art.º 13.º)**
- **Custas (Art.º 14.º)**
- **Publicação das decisões judiciais (Art.º 15.º)**
- **Sanções dos Estados-Membros (Art.º 16.º)**
- **Códigos de conduta (Art.º 17.º)**

## Essencial, seria o acesso aos “dados de tráfego”

- antes de mais, temos uma **constitucionalização da proteção de dados**: Art.º 16.º do *Tratado da União Europeia* e Art.º 8.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*
- um **Micro-sistema** centrado na Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, atualmente em revisão...

Qual o nosso **objeto**, *id est*, de que **dados** estamos falando?

- “**Dados**’: os **dados de tráfego** e os **dados de localização**, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador” (Art.º 2.º n.º 2 alínea a) da **Diretiva 2006/24/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, **relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações**)

### Especificando:

- “**Dados de tráfego**’ são quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas [...]”
- “**Dados de localização**’ são quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível.” (Art.º 2.º alíneas b) e c) da **Diretiva 2002/58/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao **tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas**)

### Antecedentes, normativos:

Numa primeira fase, o **objectivo** foi o da protecção contra o processamento privado destes dados:

- “1. [...] os **dados de tráfego** relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis **devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários** para efeitos da transmissão da comunicação.  
2. Podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de faturação dos assinantes e de pagamento de interligações. O referido tratamento **é lícito apenas até final do período durante o qual a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.**” (Art.º 6.º, da mesma **Diretiva**)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

No mesmo instrumento, era já prevista a possibilidade de retenção de dados:

- “Os Estados-Membros podem adoptar **medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações** previstos [...] que essas restrições constituam uma **medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional** (ou seja, a segurança do Estado), **a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas.** [...] Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente **adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado**, pelas razões enunciadas no presente número.” (Art.º 15.º n.º 1)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Com **cauteladas reforçadas**, ligadas ao respeito pelos **Direitos dos Homem**:

- “[...] Todas as **medidas** referidas no presente número deverão ser **conformes com os princípios gerais do direito comunitário**, incluindo os mencionados nos n.ºs 1 e 2 do **artigo 6.º** do Tratado da União Europeia).” (Art.º 15.º n.º 1 da **Diretiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas**)
- Porém, esta *abertura não foi utilizada*, nem seria necessária em face do **Princípio das Competências por Atribuição** (Art.ºs 4.º n.º 1 e 5.º do **TUE**).

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

### **Antecedentes**, materiais (a *occasio legis*):

- os **atentados terroristas** de Madrid de 11 de Março de 2004 e de Londres de 7 de Julho de 2005, e as
- **Dificuldades na investigação policial**, apenas superadas pelo acesso aos dados de conexão telefónica
- **pressão das opiniões públicas e dos Governos sobre o Parlamento Europeu** no sentido de ser relaxada a, habitual, atitude “garantista” dos Direitos Fundamentais no Processo de Co-decisão
- O que permite qualificar a **Directiva de 2006** como uma peça de “**Legislação de Emergência**”, com as inerentes restrições hermenêuticas

### Conteúdo essencial da Diretiva relativa à conservação de dados:

- Trata-se de disciplinar “[...] as obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações em matéria de conservação de determinados dados por eles gerados ou tratados, tendo em vista **garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves**, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro.” (Art.º 1. n.º 1)
- E “Os Estados-Membros devem assegurar que as categorias de dados [...] sejam conservadas por **períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos**, no máximo, a contar da data da comunicação.” (Art.º 6.º)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

**Este regime tem estado sob, intenso, escrutínio da *Jurisprudência*, Europeia e sobretudo Nacional:**

- em face do *Princípio do Primado* do Direito da U.E. sobre os Direitos nacionais, os **Tribunais Nacionais** apenas têm podido avaliar as Leis de transposição e considerado **inconstitucionais** vários preceitos das mesmas, como ocorreu já na Roménia, na Alemanha, na República Checa, na Bulgária e no Chipre
- mas o Tribunal de Justiça da União Europeia está em vias de o fazer relativamente à própria Directiva, como veremos

## A Sentença do Tribunal Constitucional da Alemanha (Sentença n.º 10/2010, de 2 de Março)

Considerou **inconstitucional** a Lei de Emenda da Vigilância das Telecomunicações (*Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung*), de 21 de Dezembro de 2007

A fundamentação da Sentença centrou-se no seguinte:

- provocou um legítimo **alarme social**
- **restringe** acentuadamente **Direitos Fundamentais** garantidos pela *Grundgesetz* (Art.º 10 sobre a Confidencialidade das Telecomunicações e o Direito à Auto-determinação Informacional)
- **não** se adequa aos **Princípios da Proporcionalidade** e da **Certeza**, ao não especificar claramente os crimes a que se aplicaria e a possibilitar o acesso à um número excessivo de autoridades

**Ademais, o Tribunal Superior da Irlanda suscitou junto do TJUE a questão da validade da Directiva em face dos Tratados, em 5 de Maio de 2010**

- trata-se de determinar se uma vigilância em massa é **compatível com a salvaguarda dos Direitos Fundamentais**
- em suma, volta a consideração da *Proporcionalidade*, mesmo não indicada expressamente no texto da Decisão
- cabe recordar que a **U.E. está vinculada pela CEDH e pela Carta dos Direitos Fundamentais e pelas tradições constitucionais comuns aos Estados membros** (Art.º 6.º do Tratado U.E.)

## Em Portugal, uma transposição *razoável*

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, relativa  
conservação de dados gerados ou tratados no  
contexto da oferta de serviços de comunicações  
electrónicas publicamente disponíveis ou de  
redes públicas de comunicações

- “**Crime grave**’, crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.” (Art.º 2.º n.º 2 alínea g)
- “As entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º devem conservar os dados previstos no mesmo artigo pelo **período de um ano** a contar da data da conclusão da comunicação ” (Art.º 6.º)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

“1 - A transmissão dos dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º só pode ser autorizada, por **despacho fundamentado do juiz** de instrução, **se houver razões para crer que a diligência é indispensável** para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves.

2 - A autorização prevista no número anterior só pode ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade de polícia criminal competente.

3 - Só pode ser autorizada a transmissão de dados relativos:

a) Ao suspeito ou arguido;

b) A pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou

c) A vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido

4 - A decisão judicial de transmitir os dados deve **respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade**, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à protecção do segredo profissional, nos termos legalmente previstos.”, **Art.º 9.º**

## Orientação mantida na nova *Lei do Cibercrime* (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro)

Implementou

- a **Decisão-Quadro** 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a **ataques contra os sistemas de informação**

e, sobretudo

- a *Convenção do Conselho da Europa*, de 23 de Novembro de 2001, *sobre o Cibercrime*,  
**“Convenção de Budapeste”**

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- assim, “As disposições processuais previstas no presente capítulo não prejudicam o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho.” (Art.º 11.º n.º 2)
- embora seja viável ordenar a preservação expedita (Art.º 12.º), bem como a apreensão de dados (Art.º 16.º) e de registos de comunicações (Art.º 17.º), a interceção de comunicações (Art.º 18.º) e até desenvolver ações encobertas (Art.º 19.º), para um elenco de tipos mais amplo que o dos “crimes graves”
- em suma, **evitámos** a evolução para um **Direito Penal do Risco** (*Risikostrafrecht*), com uma compressão das Liberdades Fundamentais.

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Um, **ponto de viragem** poderá ser o **Relatório da Comissão** ao Conselho e ao Parlamento Europeu - **Avaliação da Diretiva relativa à Retenção de Dados** (COM(2011) 225final) de 18 de Abril de 2011:

- **“The moment of truth for the Data Retention Directive’ [...]** It goes without saying that such a massive invasion of privacy needs profound justification. This justification is not established if the retention of all such information is only considered ‘a useful tool’ for law enforcement authorities or if it just ‘helps’ solving serious crimes.” (**Peter Hustinx** - Autoridade Europeia para a Protecção de Dados, Conferência sobre a Diretiva, Bruxelas, 3 Dezembro de 2010)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Em síntese, a **Comissão Europeia** assume uma **abertura a alterações à Diretiva:**

- Depois de uma avaliação do impacto, sobretudo em termos de eficácia diante de políticas alternativas:
  - aprofundar a **harmonização e compensar os custos dos operadores de comunicações eletrónicas**
  - assegurar uma **melhor observância do Princípio da Proporcionalidade:**
    - **limitação dos objetivos e dos tipos de dados a serem retidos, bem como uma eventual redução dos prazos de retenção,**
    - **controle independente dos acessos e limitação das autoridades com acesso**
    - **reforço das medidas técnicas de segurança**
  - **fora de causa alargar o âmbito de aplicação material**

## Também releva a recente Reforma da Regulação das Comunicações Eletrónicas:

Recordar a **Cronologia**, ainda que telegraficamente:

- apresentada pela Comissão Europeia em Novembro de 2007
- procedimento “inquinado” pelo *Acordo do Eliseu*, logo a seguir
- aprovação da “**Emenda 138**” ou “**Emenda Bono**” pelo Parlamento Europeu, em Maio de 2008
- **pressões da França**, na sua Presidência do Conselho, no segundo semestre de 2008
- **acordo final** entre o Conselho e o Parlamento, em Novembro de 2009

## Da Protecção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera [...], a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas [...] (**'Diretiva Cidadãos'**)

- “As medidas nacionais relativas ao acesso ou à utilização de serviços e aplicações através de redes de comunicações electrónicas pelos utilizadores finais devem respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente em relação à privacidade e ao direito a um processo equitativo previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.”

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

- “No caso de violação de dados pessoais, o prestador dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público comunica, sem atraso injustificado, a violação à autoridade nacional competente. **Caso a violação de dados pessoais possa afectar negativamente os dados pessoais e a privacidade do assinante ou de um indivíduo, o prestador notifica essa violação ao assinante ou ao indivíduo sem atraso injustificado.**” (Art.º 4.º n.º 3)
- “Os Estados Membros asseguram que **o armazenamento de informações ou a possibilidade de acesso a informações já armazenadas no equipamento terminal de um assinante ou utilizador só sejam permitidos se este tiver dado o seu consentimento prévio com base em informações claras e completas**, nos termos da Directiva 95/46/CE, nomeadamente sobre os objectivos do processamento.” (Art.º 5.º n.º 3)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Mas, **Leis Nacionais**, em alguns estados  
Membros, **impõem a vigilância dos dados  
em circulação na Rede** aos seus ISPs:

- **França** – *Loi Hadopi* (Lei n.º 2009-669, de 12 de Junho de 2009, favorecendo a difusão e a proteção da criação na Internet)
- **Reino Unido** – o *Digital Economy Act*, proposto em 20 Novembro de 2009, entretanto retirado no que respeita à vigilância e suspensão do acesso
- **Espanha** – *Ley Sinde* (Lei 2/2011, de 4 de Março, de Economia Sustentável)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

Cabe sublinhar que, para os **Prestadores de Serviços da Sociedade da Informação**, a **abstenção de acesso aos dados é especialmente relevante**

- as **isenções de responsabilidade** dos Art.ºs 12.º a 14.º da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho de 2000 (**‘Diretiva sobre comércio eletrónico’**) dependem disso mesmo, como demonstram
  - o **Acórdão** de 23 de Março de 2010, Caso **Google France** (C-236/08 a C-238/08) e
  - o **Acórdão** de 12 de Julho de 2011, Caso **L’Oréal** (C-324/09)

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

No que se refere à **Jurisprudência relevante:**

- **Acórdão de 29 de Janeiro de 2008, Processo C-275/06, Productores de Música de España (*Promusicae*) / Telefónica de España SAL**

“[...] o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita **assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária**. Seguidamente, na execução das medidas de transposição dessas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas directivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o **princípio da proporcionalidade**.”

## Da Proteção Penal dos Direitos Intelectuais na U.E.

### Acórdão de 24 de Novembro de 2011, Processo C-70/10, **Scarlet Extended SA / Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)**

“[...] As Diretivas [...] lidas conjuntamente e interpretadas à luz das exigências resultantes da protecção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um FAI a instalação de um sistema de filtragem – de todas as comunicações electrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software ‘peer-to-peer’; – que se aplica indistintamente a toda a sua clientela; – com carácter preventivo; – exclusivamente a expensas suas, e – sem limitação no tempo, capaz de identificar na rede desse fornecedor, a circulação de ficheiros electrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, **com o objectivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor.**”

**Obrigado**