

AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS E OS DIREITOS DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA

Commercial platforms for online sharing of digital content and copyright in the European Union

Alexandre L. Dias Pereira¹

RESUMO:

As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais carregados pelos utilizadores comunicam ou disponibilizam ao público obras protegidas por direitos de autor e, para o efeito, carecem de autorização por parte dos titulares de direitos. Se não tiverem autorização, as grandes plataformas não serão responsáveis por direitos autorais se fizerem prova do cumprimento de vários requisitos, designadamente a implementação das melhores práticas no sentido de prevenir e impedir essas infrações. Estas melhores práticas significam, em especial, a utilização de filtros informáticos de controlo de conteúdos, os quais, todavia, podem restringir significativamente a liberdade de expressão dos utilizadores nos media digitais. Entre ilicitudes manifestas e as que o são por marcação por parte dos titulares de direitos, independentemente de outras considerações, vai um longo que caminho que separa duas perspetivas diferentes sobre o papel dos direitos de autor na Era Digital.

Palavras-chave: plataformas comerciais em linha; conteúdos digitais; direitos de autor; direitos conexos; direitos dos utilizadores; filtragem; liberdade de expressão.

ABSTRACT:

Online commercial platforms communicate or make available to the public content protected by copyright. Despite users upload content, such platforms are required to have authorization from the right holders. In case they do not have it, large platforms will nonetheless not be liable for copyright infringement if they carry out several requirements, namely the implementation of best practices to prevent and stop such infringements. Such best practices mean, in particular, the use of content filters, which however can significantly block freedom of expression in digital media. Between manifest illegalities and those, which are so by earmarking by rights holders, regardless of other considerations, there is a long way that separates two different perspectives on the role of copyright in the Digital Age.

Keywords: online commercial platforms ; digital content; copyright; related rights; user rights; filtering; freedom of expression.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico - Universidade de Coimbra, Portugal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS COMO PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; 3. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS INTERMEDIÁRIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; 4. A NECESSIDADE DE UM REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS PARA EFEITOS DE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS; 5. O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO NA DIRETIVA 2001/29 E NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE; 6. O REGIME ESPECIAL DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS: ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 7. ANÁLISE SUMÁRIA DO ACÓRDÃO *CYANDO*; 8. AS ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO SOBRE O ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 9. AS CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NO CASO *POLÓNIA C. PARLAMENTO EUROPEU*; 10. O PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 11. CONTROLO, REMOÇÃO E IMPEDIMENTO DO ACESSO EM AMBIENTE DIGITAL A CONTEÚDOS PROTEGIDOS SEGUNDO A LEI N.º 82/2021; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Prevenir a distorção da concorrência no mercado interno atentos os novos “modelos empresariais” e numa perspetiva “orientada para o futuro” é um dos principais objetivos da Diretiva 2019/790², face aos desafios colocados, nomeadamente, pelos novos operadores da web 2.0, os chamados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. A Diretiva 2019/790 estabelece uma disciplina própria de direitos de autor e direitos conexos para estes novos modelos de negócio, baseados na partilha, com fins comerciais, de conteúdos digitais carregados pelos utilizadores das plataformas. Está em causa, desde logo, colmatar o *value gap* resultante do facto de os media tradicionais (editores, produtores, radiodifusores) canalizarem parte das suas receitas publicitárias para pagamento de direitos de autor, mas os anunciantes investirem cada vez mais nos novos

² Diretiva (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, considerandos (1) e (3).

media³, em especial nas plataformas comerciais de partilha de conteúdos digitais, cuja responsabilidade, em termos de direitos de autor, não estava claramente definida.

2 AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS COMO PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais prestam *serviços da sociedade da informação que têm como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com fins lucrativos*. Esta noção não abrange serviços de partilha sem fins lucrativos, como as enciclopédias em linha (ex. Wikipedia) e os repositórios científicos e educativos (ex. Estudo Geral da UC, Europeia), nem as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta (ex. GNU/Linux); de igual modo, são excluídos da noção de “plataformas comerciais” os serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972, os mercados em linha (ex. *eBay*), bem como os serviços em nuvem entre empresas e os serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso (Diretiva 2019/790, artigo 2.º/6).

Assim, os serviços de partilha em linha de conteúdos digitais são, desde logo, *serviços da sociedade da informação*, tal como estes são defini-

³ Sobre a Diretiva vd. por ex. PEREIRA, Alexandre Dias, Os Direitos de Autor no Mercado Único Digital segundo a Diretiva 2019/790, **Revista de Direito Intelectual**, 2019 - N.º 2, p. 35-56; SOUSA E SILVA, Nuno, Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790, **Revista de Direito Intelectual**, 2020 - N.º 1, p. 245-272; QUINTAIS, João Pedro, The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look, **European Intellectual Property Review**, 42/1 (2020), p. 28-41; DUSOLLIER, Severine, The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition, **Common Market Law Review**, vol. 57 (2020), p. 979-1030.

dos no artigo 1.º/1-b) da Diretiva (UE) 2015/1535⁴, ou seja, “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”. A Diretiva (UE) 2015/1535 sobre *normas técnicas* revogou a Diretiva 98/34/CE⁵ (com alterações) mas manteve inalterada a noção de serviços da sociedade da informação, bem como em anexo uma lista indicativa de serviços não abrangidos por essa noção, para a qual remete a Diretiva sobre comércio eletrónico⁶ (art. 2.º /a), acrescentando que por prestador de serviços se entende “qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação” (art. 2/b) e ilustrando a noção no considerando (18) do preâmbulo, nos termos do qual constituem exemplos de serviços da sociedade da informação: a) a venda de mercadorias em linha; b) a celebração de contratos em linha; c) atividades económicas não remuneradas pelo respetivo destinatário, como por ex. prestação de informações em linha ou comunicações comerciais, ou fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados; d) a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço; e) os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico.

Enquanto *serviços da sociedade da informação*, os serviços de partilha em linha não abrangem todos serviços excluídos da noção de serviços da sociedade da informação. Por outro lado, nem todos os serviços da sociedade da informação são serviços de partilha em linha, para efeitos de direitos de autor.

⁴ Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação.

⁵ Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas.

⁶ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»), transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

A noção de serviços da sociedade da informação abrange, por ex., os chamados mercados em linha, isto é, o serviço prestado “com recurso a software, nomeadamente um sítio eletrónico, parte de um sítio eletrónico ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância”.⁷ De igual modo, essa noção abrange o chamado *serviço digital*, isto é, “um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço”.⁸

⁷ Art. 2.º /m do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro: regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770. O art. 44.º/1 deste diploma responsabiliza o *prestador de mercado em linha* que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital, considerando-o solidariamente responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles nos termos do referido diploma. Sendo que, nos termos do art. 44.º/2, o prestador de mercado em linha é considerado parceiro contratual do profissional sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações: a) o contrato é celebrado ou o pagamento é efetuado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha, os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este, ou a publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais. Para aferir a existência de influência predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, podem ser considerados quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital (art. 44.º/3).

⁸ Art. 7.º/r) do DL 84/2021. Por seu turno, a Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, designa como serviço digital o que no referido diploma de proteção do consumidor é chamado serviço de mercado em linha. Com efeito, o artigo 11.º desta lei estabelece que os prestadores de serviços digitais prestam os seguintes serviços: a) serviço de mercado em linha (i.e. um serviço digital que permite aos consumidores ou aos comerciantes celebrarem contratos de venda ou de prestação de serviços por via eletrónica com comerciantes, quer no sítio na *Internet* do mercado em linha, quer no sítio na *Internet* de um comerciante que utilize os serviços de computação disponibilizados pelo mercado em linha – art. 3.º/q); b) serviço de motor de pesquisa em linha (i.e., um serviço digital que permite aos utilizadores consultarem todos os sítios na *Internet*, ou sítios na *Internet* numa determinada língua,

As plataformas de partilha em linha de conteúdos digitais configuram, portanto, uma espécie de um género mais vasto, o dos serviços da sociedade da informação, agora chamados mais genericamente *serviços digitais*. As plataformas de partilha correspondem principalmente aos serviços de armazenagem em servidor acessível ao público (e, em certo sentido, de computação em nuvem). Neste sentido, a proposta de Regulamento Serviços Digitais define *plataforma em linha* como “um prestador de um serviço de armazenagem em servidor que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço, que, por razões técnicas objetivas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a sua integração no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento”.⁹

Do exposto, resulta que o operador de uma plataforma de partilha em linha é um prestador de serviços da sociedade da informação de tipo *armazenagem em servidor*. Para efeitos de direitos de autor e direitos conexos, as plataformas comerciais de partilha em linha ficam sujeitas a um regime de responsabilidade especial relativamente ao regime dos fornecedores de armazenagem em servidor previsto na lei do comércio eletrónico.

com base numa pesquisa sobre qualquer assunto e que fornece ligações onde podem ser encontradas informações relacionadas com o conteúdo solicitado - art. 3.º/r); e c) *serviço de computação em nuvem* (i.e. um serviço digital que permite o acesso a um conjunto modulável e adaptável de recursos computacionais partilháveis – art. 3.º/p). Todavia, as três espécies de serviços digitais – mercado em linha, motor de pesquisa em linha e computação em nuvem – não esgotam o género “serviço digital”, definido como “um serviço da sociedade da informação prestado à distância, por via eletrónica” (art. 3.º/s). Assim, enquanto serviço da sociedade da informação, o serviço digital será também prestado normalmente mediante remuneração e a pedido individual de um destinatário de serviços.

⁹ Art. 2.º/h da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, Bruxelas, 15.12.2020.

3 RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS INTERMEDIÁRIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Diretiva sobre comércio eletrónico regula na secção 4 a responsabilidade dos chamados *prestadores intermediários de serviços*, entendendo como tais a) os serviços de “*simples transporte*” (*mere conduit*), isto é, de “transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço”, ou “facultar o acesso a uma rede de comunicações”, incluindo a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas (art. 12.º); b) os serviços de *armazenagem temporária* (*caching*), ou seja, de transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, mediante armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação (art. 13.º); e c) os serviços de *armazenagem em servidor*, ou seja, de armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço (art. 14.º). Assim em termos de responsabilidade:¹⁰

1) No *simples transporte*, o prestador do serviço não é responsável pelas informações transmitidas se não estiver na origem da transmissão e não selecionar o destinatário da transmissão, nem selecionar nem modificar as informações transmitidas; o mesmo valendo para a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas se servir exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceder o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão (art. 12.º).

2) Na *armazenagem temporária, automática e intermédia*, o prestador do serviço não é responsável se, efetuando essa armazenagem apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, a) não modificar a informação, b) respeitar as condições de acesso à e de atualização da informação, c) não interferir com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e utilizada pelo sector, aproveitando-a para obter dados so-

¹⁰ Cf. artigos 12.º, 13.º e 14.º da Diretiva 2000/31 e, no direito interno, artigos 14.º, 15.º e 16.º do DL 7/2004, respetivamente.

bre a utilização da informação, e d) atuar com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso.

3) Na *armazenagem em servidor* de informação prestada por um destinatário do serviço que não atue sob autoridade ou controlo do prestador, este não é responsável por essa informação se a) não tiver *conhecimento efetivo* da atividade ou informação ilegal e, para efeitos de responsabilidade civil, não tiver conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a ilicitude; ou se b) a partir do momento em que tiver conhecimento da ilicitude, atuar com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

Em qualquer caso, a isenção de responsabilidade não impede um tribunal ou uma autoridade administrativa de ordenar ao prestador do serviço que previna ou ponha termo a uma infração, nem afeta, tratando-se de “serviços de hospedagem”, disposições nacionais para remover ou impossibilitar o acesso à informação. Por outro lado, a prestação destes serviços não pode ser sujeita a uma *obrigação geral de vigilância* relativamente às informações transmitidas ou armazenadas pelos utilizadores dos serviços, nem a uma *obrigação geral* de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes. Ressalva-se, ainda, que os prestadores de serviços da sociedade da informação podem ser sujeitos, ao abrigo de legislação nacional, a um dever de informar prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a uma obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam *identificar* os destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.¹¹

Por outro lado, a Diretiva sobre comércio eletrónico não regulou a responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos

¹¹ Artigos 15.º/1-2 da Diretiva 2000/31 e 12.º e 13.º do DL 7/2004.

de localização, nem os procedimentos de aviso e retirada (*notice and take down*) e a responsabilidade após a retirada do conteúdo, incumbindo, todavia, a Comissão de elaborar um relatório sobre a necessidade de adaptar a diretiva, designadamente quanto a esses pontos.¹² Por seu turno, o DL 7/2004 alargou o regime de responsabilidade da armazenagem em servidor aos prestadores desses serviços de associação de conteúdos em rede (instrumentos de busca, hiperligações e afins) relativamente a conteúdos ilícitos (art. 17.º); quanto aos procedimentos de aviso e retirada, estabeleceu um mecanismo de solução provisória de litígios para os prestadores de armazenagem em servidor e equiparados, nos termos do qual estes prestadores não são obrigados a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação só por facto de um interessado arguir uma violação, salvo se a ilicitude for *manifesta* (art. 18.º/1). Não havendo *ilicitude manifesta*, é reconhecida a qualquer interessado legitimidade para recorrer à entidade de supervisão respectiva, a qual tem um prazo de 48 horas para dar uma solução provisória e comunica-la eletronicamente aos intervenientes (art. 18.º/2). À mesma entidade poderá recorrer qualquer interessado na manutenção do conteúdo removido ou de acesso bloqueado (art. 18.º/3). Prevê-se ainda a possibilidade de a entidade de supervisão alterar a todo o tempo a solução provisória, bem como a não responsabilidade dessa entidade qualquer que seja a sua decisão, assim como a não responsabilidade do intermediário por não ter retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso, a pedido de qualquer interessado, exceto se a ilicitude for *manifesta* (art. 18.º/5-6). Esta solução provisória, de natureza administrativa, não prejudica a solução definitiva, nos termos gerais, assim como o recurso, pelos interessados, às vias judiciais. (art. 18.º/6).¹³

¹² Art. 21.º/2 da Diretiva 2000/31.

¹³ Recorde-se que a lei norte-americana *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT*, de 1998, foi pioneira na previsão de um mecanismo alternativo de resolução de litígios <<https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> *Vd.* PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de autor, Códigos tecnológicos e a lei Milénio Digital, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. 75 (1999), p. 475-521.

4 A NECESSIDADE DE UM REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS PARA EFEITOS DE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

Os serviços de partilha em linha desenvolvidos depois da publicação da diretiva sobre comércio eletrónico mostraram que a realidade é sempre mais fértil do que a previsão legal, tornando a referida diretiva insuficiente para regular adequadamente as novas plataformas digitais. Ao contrário do papel relativamente passivo do prestador de armazenagem em servidor, considera-se que as novas plataformas de partilha de conteúdos têm um papel ativo e índole comercial, em virtude de terem como principal objetivo (ou um dos seus principais objetivos) armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras, carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com *fins lucrativos*.

A organização e promoção com fins lucrativos do serviço de partilha em linha de conteúdos digitais justificou um regime especial para estes prestadores, diferente do previsto para os provedores de armazenamento em servidor. Como se lê no considerando (62) da Diretiva 2019/790: “São serviços cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto, nomeadamente através da sua categorização e o recurso a ações de promoção direcionadas nesses conteúdos.”

Enquanto prestadores de armazenagem em servidor de informação carregada pelos utilizadores, as plataformas digitais de partilha seriam isentas de responsabilidade pelos atos dos utilizadores do serviço nos termos da Diretiva sobre comércio eletrónico, isto é, se não atuassem sob autoridade ou controlo do prestador, não tivessem conhecimento efetivo do ilícito e, para efeitos de responsabilidade civil, de factos ou de circunstâncias que evidenciassem a ilicitude; ou então se atuassem com diligên-

cia no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações a partir do momento em que tivessem conhecimento da ilicitude. Em qualquer caso, sobre estes prestadores não imponderia qualquer obrigação geral de vigilância relativamente às informações transmitidas ou armazenadas pelos utilizadores dos seus serviços, nem uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciassem ilicitudes. Isto sem prejuízo, designadamente, de ficarem sujeitos a medidas ordenadas pelo tribunal ou por uma autoridade administrativa para prevenir ou cessar uma infração, nem de disposições nacionais nos termos das quais fossem obrigados a remover ou impossibilitar o acesso à informação.

Por outro lado, em matéria de direitos de autor, a Diretiva 2001/29¹⁴ excluiu do direito de reprodução previsto no seu artigo 2.º os atos de reprodução temporária que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir: a) uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou b) uma utilização legítima de uma obra ou de outro material, e que não tenham, em si, significado económico. Nessas condições estariam abrangidos os “atos que possibilitam a navegação («browsing») e os atos de armazenagem temporária («caching»), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado pela indústria, para obter dados sobre a utilização da informação”, como se lê no seu considerando (33).

Não são aqui expressamente referidos os atos de armazenagem em servidor, sendo que, relativamente também a esses, e não obstante o prestador do serviço poder estar isento de responsabilidade nos referidos termos, a Diretiva 2001/29 garantiu aos titulares dos direitos a possibilidade de solicitarem uma injunção contra intermediários cujos serviços forem utilizados por terceiros para violar direitos de autor ou direitos conexos

¹⁴ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

(art. 8.º/3)¹⁵; possibilidade esta depois também prevista pela Diretiva 2004/48 sobre aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual¹⁶, quer como medida cautelar e provisória, quer como medida inibitória.

5 O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO NA DIRETIVA 2001/29 E NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

À luz da Diretiva 2001/29, se dúvidas não restavam de que os utilizadores que carregam conteúdos nas plataformas de partilha praticam comunicação ou disponibilização ao público de obras protegidas por direitos de autor, já o mesmo não era certo relativamente à atividade do operador da plataforma, tendo em conta o regime de responsabilidade da armazenagem em servidor. Sendo certo que a definição dos contornos do direito de comunicação ao público, em especial na modalidade de disponibilização pública em rede, tem sido, no mínimo, muito flexível, no sentido de abranger uma panóplia de utilizações tornadas possíveis pelas novas tecnologias.¹⁷

O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de dezembro de 1996 (TODA) integrou o direito de disponibilização em linha no direito de comunicação ao público (art. 8º). Idêntica abordagem foi adotada pela Di-

¹⁵ Esta solução baseia-se no considerando (59) nos termos do qual, “no meio digital, os serviços de intermediários poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações. Esses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas. Por conseguinte, sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede atos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os atos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º. As condições e modalidades de tais injunções deverão ser regulamentadas nas legislações nacionais dos Estados-Membros.”

¹⁶ Artigos. 9.º/1-a) e 11.º da *Diretiva 2004/48/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade. No direito interno, vd. art. 227.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

¹⁷ Sobre esta matéria, vd. PEREIRA, Alexandre Dias, Comunicação ao público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. 94/II (2018), p. 1399-1411.

retiva 2001/29/CE, definindo o direito exclusivo de comunicação ao público em sentido amplo, de modo a abranger “Qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido” (art. 3º/1). Por seu turno, o Tratado da OMPI sobre Execuções e Fonogramas (TOEF) autonomizou um direito de colocação à disposição do público a favor dos artistas intérpretes ou executantes (art. 10º) e dos produtores de fonogramas (art. 14º), ao invés de o integrar num grande direito de comunicação ao público. Já a Diretiva 2001/29 consagrou também esse novo direito a favor de artistas intérpretes ou executantes, produtores audiovisuais, organismos de radiodifusão, no art. 3.º/2 - sob epígrafe “Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material” -, definindo-o como “a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”.

As novas tecnologias da Internet tornaram possíveis novos modos de utilização de obras literárias ou artísticas. Todavia, realidades como as hiperligações, as plataformas de partilha *peer-to-peer* e a computação em nuvem não são expressamente previstas como novos modos de utilização de obras ou prestações protegidas por direitos de autor ou direitos conexos.

A problemática das hiperligações chegou ao TJUE para saber se constituem comunicação ao público da obra hiperligada. Inicialmente o TJUE respondeu negativamente, tratando-se do “fornecimento, num sítio Internet, de hiperligações para obras livremente disponíveis noutro sítio Internet”, sendo que o art. 3º/1 da Diretiva 2001/29 fixara harmonização máxima do conceito de comunicação ao público no sentido de não poder incluir “mais operações do que as abrangidas por essa disposição” (*Svensson*).¹⁸ Uma hiperligação para obra disponibilizada ilicitamente num sítio Internet não seria uma comunicação ao público se não tivesse fins lucrativos por uma pessoa que não conhecia ou não podia razoavel-

¹⁸ Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, proc. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76. *Vd. também o Despacho de 21 de outubro de 2014, proc. C-348/13, BestWater International, ECLI:EU:C:2014:2315.*

mente conhecer a ilicitude da disponibilização da obra. Todavia, sendo a hiperligação feita com fins lucrativos, já existiria comunicação ao público, devendo nesse caso considerar-se que o autor da hiperligação deveria ter conhecimento da ilicitude (*GS Media*).¹⁹ A semelhante entendimento chegou o TJUE relativamente:

a) “à venda de um leitor multimédia[...] no qual foram préinstaladas aplicações complementares, disponíveis na Internet, contendo hiperligações que remetem para sítios Internet, livremente acessíveis ao público, nos quais foram colocadas à disposição do público obras protegidas por direitos de autor sem autorização dos titulares desses direitos” (*Stichting Brein*)²⁰;

b) à “colocação à disposição e a gestão, na Internet, de uma plataforma de partilha que, através da indexação de metainformação relativa a obras protegidas e da disponibilização de um motor de busca, permite aos utilizadores dessa plataforma localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (peer-to-peer)” (*Stichting Brein II*)²¹;

c) ao fornecimento a particulares por uma empresa comercial de um serviço de gravação à distância, na nuvem, de cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor, através de um sistema informático, intervindo a empresa ativamente no ato de gravação dessas cópias, sem o consentimento do titular dos direitos (*VCAST*)²²;

d) “a publicação numa página da Internet de uma fotografia previamente publicada, sem restrições que impeçam que seja descarregada e com a autorização do titular do direito de autor, noutra página da Internet” (*Renckhoff*).²³

e) “o carregamento, a partir do equipamento terminal de um utilizador de uma rede descentralizada (*peertopeer*) para os equipamentos

¹⁹ Acórdão de 8 de dezembro de 2016, proc. C160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (“Playboy”).

²⁰ Acórdão de 26 de abril de 2017, proc. C527/15, ECLI:EU:C:2017:300.

²¹ Acórdão de 14 de junho de 2017, proc. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (“The Pirate Bay”).

²² Acórdão de 29 de novembro de 2017, proc. C265/16, ECLI:EU:C:2017:913.

²³ Acórdão de 7 de agosto de 2018, proc. C161/17, ECLI:EU:C:2018:634

terminais de outros utilizadores dessa rede, dos segmentos, previamente descarregados pelo referido utilizador, de um ficheiro multimédia que contém uma obra protegida, ainda que esses segmentos individuais só sejam utilizáveis, em si mesmos, a partir de uma certa percentagem de descarregamento” (*Mircom*).²⁴

Fora da noção de comunicação ao público, incluindo a disponibilização pública em rede para acesso a partir do local e do momento individualmente escolhidos, ficam “cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «cache») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, por serem cópias temporárias, transitórias ou episódicas e constituírem parte integrante e essencial de um processo tecnológico” (*Public Relations Consultants Association*).²⁵ Resta saber qual o relevo da licitude da fonte, tendo em conta o acórdão *ACI Adam* sobre compensação equitativa pela cópia privada.²⁶ Sendo que, em princípio, a partilha de obras no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*) extravasa a liberdade de uso privado mesmo que não tenha fins lucrativos, se não for efetuada “em meio familiar”, nos termos do art. 108.º/2 do CDADC.²⁷

²⁴ Acórdão de 17 de junho de 2021, proc. C597/19, ECLI:EU:C:2020:1063 (acrescentando não ser “pertinente o facto de, devido às configurações do *software* de partilha client-BitTorrent, esse carregamento ser automaticamente gerado por esse *software*, quando o utilizador subscreveu esse *software*, a partir do equipamento terminal do qual se produz o referido carregamento, dando o seu consentimento à aplicação do mesmo depois de ter sido devidamente informado das suas características”).

²⁵ Acórdão de 5 de junho de 2014, proc. C360/13, ECLI:EU:C:2014:1195.

²⁶ Acórdão de 10 de abril de 2014, proc. C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.

²⁷ Também fora da noção de comunicação ao público ficou a revenda de uma licença de utilização que envolva a revenda de uma cópia de um programa de computador descarregado a partir do sítio Internet do titular do direito de autor; licença inicialmente concedida ao primeiro adquirente sem prazo e através do pagamento de um preço destinado a permitir a este último obter uma remuneração correspondente ao valor económico da referida cópia do programa de computador. O TJUE entendeu estar aqui em causa o direito de distribuição e o respetivo esgotamento europeu, e não o direito de comunicação ao público. *Vd.* acórdão de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407.

Mais recentemente, no acórdão *Cyando*, o TJUE excluiu da noção de comunicação ao público “o operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros, na qual os utilizadores podem colocar ilegalmente à disposição do público conteúdos protegidos, (...) a menos que contribua, além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso a tais conteúdos em violação dos direitos de autor.”²⁸

À primeira vista, este acórdão parece contrariar o princípio afirmado pela Diretiva 2019/790. Todavia, a contradição é mais aparente do que real, tendo em conta que a Diretiva se dirige apenas às plataformas comerciais. Vejamos.

6 O REGIME ESPECIAL DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS: ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

O artigo 17.º da Diretiva 2019/790 estabelece expressamente que a partilha de conteúdos em linha pelos utilizadores desses serviços implica atos de reprodução e de comunicação ao público, que estão sujeitos a autorização do titular de direitos de autor. Estes serviços são excluídos da isenção de responsabilidade prevista para armazenamento em servidor. A autorização concedida à plataforma aproveita aos seus utilizadores, salvo se estes atuarem com carácter comercial ou se a sua atividade gerar receitas significativas, pois nesses casos os utilizadores dos serviços também devem obter autorização.

Todavia, sob pena de a aplicação do direito de autor a estas plataformas implicar alterações profundas ao seu modo de funcionamento, a Diretiva 2019/790 criou um “porto seguro” especial para estas platafor-

²⁸ Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503. Sobre este acórdão, SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, «A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18)», **Revista de Direito Intelectual**, 2021 - N.º 2, p. 271-278.

mas comerciais, no sentido de não serem responsáveis por direitos de autor se cumprirem um conjunto de requisitos.²⁹ Assim, os operadores de plataformas comerciais de partilha em linha podem afastar a sua responsabilidade por infração aos direitos de autor e/ou direitos conexos se provarem que envidaram todos os esforços para obter autorização e assegurar, segundo elevados padrões de diligência profissional no setor, a indisponibilidade de obras cuja identificação lhe foi fornecida pelos titulares de direitos, bem como para bloquear ou remover as obras que tenham sido objeto de notificação e para impedir o seu futuro carregamento. Os prestadores destes serviços não ficam sujeitos a nenhuma obrigação geral de monitorização e a adoção de medidas deve ser feita em conformidade com o princípio da proporcionalidade, tendo em conta nomeadamente o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, bem como a disponibilidade de meios adequados e eficazes e o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Além disso, é estabelecido um regime especial para os novos concorrentes: as plataformas surgidas na União nos últimos três anos e com volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros ficam isentas do dever de assegurar a indisponibilidade das obras cuja identificação lhes tenha sido fornecida pelos titulares de direitos; mas, se tiverem em média mais de 5 milhões de visitantes por mês, já são obrigadas a impedir novos carregamentos das obras identificadas e notificadas.

Além da concorrência no mercado único digital, o regime destas plataformas comerciais pretende assegurar igualmente a liberdade de expressão e de informação, de modo que o controlo dos servidores das plataformas não torne indisponíveis conteúdos que não violem direitos de autor, designadamente pela utilização da obra ser autorizada ao abrigo de uma exceção ou limitação, sendo expressamente obrigatórias certas exceções no contexto destes serviços bem como a disponibilização de conteú-

²⁹ Vd. por ex. GRISSE, Karina, *After the Storm – Examining the Final Version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, voll 14 (2019), p. 887-99; FROSIO, Giancarlo, *From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe*, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, vol. 12/7 (2017), p. 565-75.

dos gerados pelos utilizadores desses serviços, para fins de citações, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche.³⁰ Assim, o controlo a efetuar pelas plataformas não pode resultar em censura de formas de utilização permitidas pela lei dos direitos de autor, nem censura de obras do domínio público, afastando-se, por isso, qualquer possibilidade de se instaurar uma espécie de *Index Librorum Prohibitorum* no ambiente digital.³¹

Aliás, a Diretiva 2019/790 confere um *papel pedagógico* a estas plataformas, incumbindo-as de informarem os utilizadores nas condições gerais de serviço sobre as utilizações permitidas ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos.³² O que exigirá um es-

³⁰ Como escreve JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 829, “a proteção dos conteúdos satíricos e caricaturais parece decorrer.. da função social que os mesmos desempenham na estruturação e enriquecimento simbólico e crítico do discurso público.” Sobre a liberdade de paródia ver o acórdão do TJUE, de 3 de setembro de 2014, proc. C-201/13 (*Deckmyn e Vrijheidsfonds*). Para outros acórdãos do TJUE sobre utilizações livres ver por ex. os de 29 de julho de 2019, procs. C-469/17 (*Funke Medien*), C-476/17 (*Pelham*), e C-516/17 (*Spiegel Online*), considerando nomeadamente que a liberdade de informação e a liberdade de imprensa não justificam derrogações aos direitos exclusivos harmonizados pela Diretiva 2001/29 além das previstas aí, embora ressaltando expressamente que a interpretação das exceções deverá também ser “plenamente conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

³¹ No processo C401/19, República da Polónia contra Parlamento Europeu / Conselho da União Europeia, a República da Polónia pede ao Tribunal de Justiça que anule, a título principal, o artigo 17.º/4, alíneas b) e c), *in fine*, da Diretiva 2019/790 e, a título subsidiário, o artigo 17.º na sua totalidade, em virtude de esta disposição impor aos prestadores de serviços de partilha em linha obrigações de monitorização dos conteúdos que os utilizadores dos seus serviços colocam em linha, a fim de prevenir o carregamento das obras e material protegido que os titulares de direitos não desejam tornar acessíveis nesses serviços, em termos não compatíveis com liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços garantida no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Considerando que esta “monitorização preventiva assumirá, regra geral, a forma de uma filtragem desses conteúdos, realizada com recurso a ferramentas informáticas, o Advogado-Geral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE defendeu, na opinião de 15 de julho de 2021, a validade do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, em virtude de esta norma prever garantias suficientes para minimizar o impacto das obrigações de monitorização e de filtragem resultantes dessa norma na liberdade de expressão e de utilização dos utilizadores. Adiante voltaremos a este ponto.

³² *Vd.*, por ex., a orientações de direitos autorais da Youtube «Creating with common sense» <https://creatoracademy.youtube.com/page/lesson/copyright-guidelines>.

forço adicional de adaptação das plataformas a cada legislação nacional, em virtude de não existir harmonização completa das exceções e limitações. Ou seja, cada plataforma terá que configurar as suas condições de serviço em função da legislação de direitos de autor de cada Estado-Membro, constituindo este *mosaico* legal um desafio não apenas para juristas, mas também para os informáticos ao nível da programação do código que implementa as exceções e limitações.³³

Além disso, as plataformas devem disponibilizar aos utilizadores um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, no caso de bloqueio ou de remoção de conteúdos por si carregados. Os titulares de direitos terão que justificar os seus pedidos de bloqueio ou de remoção e as decisões dos prestadores de serviços ficam sujeitas a controlo humano, ao invés de serem tomadas automaticamente por tecnologias de reconhecimento de conteúdos.³⁴ Finalmente, o mecanismo de “aviso e retirada” não prejudica outros mecanismos imparciais de resolução extrajudicial de litígios, nem o direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes.

Assim, a oferta ao público de acesso a obras e outros materiais carregados pelos utilizadores de serviços comerciais de partilha de conteúdos em linha passa a ser expressamente considerada uma utilização (comunicação ao público ou colocação à disponibilização do público) sujeita a autorização dos respetivos titulares de direitos. Será esta uma lei inter-

³³ Para uma fórmula matemática (algoritmo) destinada a fornecer uma base racional à ponderação de valores e direitos fundamentais em colisão – no caso o direito à privacidade e a liberdade de expressão – através de ferramentas informáticas de controlo de conteúdos a utilizar pelas plataformas de comunicação online, mas sem dispensar o controlo humano, vd. SUSI, Mark, *The Internet Balancing Formula*, e ALEXY, Robert, «Mark Susi’s internet balancing formula», **European Law Journal**, vol. 25/2 (2019), p. 198-212, e p. 213-220 (volume dedicado ao tema “Internet and human rights law”).

³⁴ O controlo da licitude das utilizações não pode ser deixado à máquina, por muito inteligente que seja. Vd. PEREIRA, Alexandre Dias, *Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?*, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 150.º, n.º 4025 (2020), p. 66-84; LAMBRECHT, Maxime, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, **JIPITEC**, vol. 11 (2020), p. 68-94. Recordando a rábula do grupo humorista britânico LITTLE BRITAIN: “Computer says NO!”.

pretativa, que aclara o direito já constituído, ou pelo contrário consagra uma solução nova especificamente para as plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais?

A este respeito, passemos em revista o acórdão *Cyando*, que foi proferido já depois de ter terminado o prazo de transposição da Diretiva 2019/790.

7 ANÁLISE SUMÁRIA DO ACÓRDÃO CYANDO

No acórdão *Cyando*, de 22 de junho de 2021³⁵, o TJUE decidiu que, para efeitos do art. 3.º/1 da Diretiva 2001/29, “o operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros, na qual os utilizadores podem colocar ilegalmente à disposição do público conteúdos protegidos, não realiza uma «comunicação ao público» destes, ... *a menos que contribua, além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso a tais conteúdos em violação dos direitos de autor*. É o que sucede nomeadamente quando esse operador tem conhecimento *concreto* da colocação à disposição ilícita de um conteúdo protegido na sua plataforma e se abstém de o apagar ou de bloquear o acesso a esse conteúdo com diligência, ou quando o referido operador, embora sabendo ou devendo saber que, de um modo geral, conteúdos protegidos são ilegalmente colocados à disposição do público por intermédio da sua plataforma por utilizadores desta, se abstém de implementar as *medidas técnicas adequadas* que se podem esperar de um operador normalmente diligente que se encontre na sua situação para combater de forma credível e eficaz violações dos direitos de autor nessa plataforma, ou ainda quando contribui para a *seleção de conteúdos* protegidos comunicados ilegalmente ao público, fornece na sua plataforma ferramentas destinadas especificamente a partilhar ilicitamente esses conteúdos ou *promove conscientemente* tais partilhas, o que pode ser comprovado pela circunstância de o operador ter adotado um modelo económico que incen-

³⁵ Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. apensos C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503.

tiva os utilizadores da sua plataforma a nesta procederem ilegalmente à comunicação ao público de conteúdos protegidos”.³⁶

O Tribunal interpreta o direito de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, destacando o papel incontornável e o carácter deliberado da intervenção do operador da plataforma, e a existência de público enquanto número indeterminado e considerável de pessoas. O carácter deliberado da intervenção do operador distinguiria a sua atuação da mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação. Quanto aos elementos que permitem determinar o pleno conhecimento (ou carácter deliberado) das consequências do comportamento do operador com o objetivo de dar ao público acesso às obras, o Tribunal de Justiça identifica a não implementação de medidas técnicas adequadas que se pode esperar de um operador normalmente diligente ou a participação na seleção de conteúdos e o fornecimento de ferramentas destinadas especificamente à partilha ilícita ou a promover essas partilhas (por ex. olhando ao modelo económico, em especial a publicidade). Mais considera que o mero conhecimento da possibilidade de utilização ilícita da plataforma não releva, a menos que o operador tenha sido avisado pelo titular de direitos da ilicitude e não diligencie no sentido de tornar o conteúdo inacessível.

Por outro lado, para o Tribunal de Justiça, o carácter lucrativo do operador não é suficiente para se presumir o conhecimento da infração. O Tribunal esclarece ainda que do acórdão *GS Media*³⁷ resulta que o autor da hiperligação tem apenas que verificar se a obra em causa está ou não ilegalmente disponibilizada no sítio para o qual conduz a referida hiperligação. Relativamente às plataformas envolvidas no acórdão de junho de 2021, o TJUE considera que o “YouTube” desenvolveu medidas técnicas destinadas a combater de forma credível e eficaz as violações dos direitos de autor na sua plataforma, e que não carrega nem seleciona os conteúdos, nem os visualiza previamente, embora os filtre para detetar

³⁶ Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. apensos C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503., para. 102 (*italico nosso*).

³⁷ Acórdão de 8 de setembro de 2016, *GS Media*, proc. C160/15, EU:C:2016:644.

conteúdos protegidos por direitos de autor e disponibilize um botão de notificação de alerta e um processo especial para o efeito. Sendo que, nos termos gerais do serviço, proíbe expressamente as violações de direitos de autor.

Por outro lado, segundo o Tribunal de Justiça, as listas de classificação, as rubricas de conteúdos e os resumos de vídeos recomendados não visariam facilitar a partilha ilícita de conteúdos protegidos nem promover essas partilhas. Ou seja, o modelo económico do “YouTube” assentaria em receitas publicitárias que partilha com os utilizadores e com titulares de direitos, no pressuposto de que os conteúdos estão licitamente disponíveis e não o contrário.

Sobre a aplicação do artigo 14.º/1 da Diretiva do comércio eletrónico a estas plataformas, considera o Tribunal que, para efeitos desta norma, a atividade do prestador de serviços de armazenagem em servidor é puramente técnica, automática e passiva, sem conhecimento nem controlo da informação transmitida ou armazenada, à semelhança do que decidiu no acórdão de 23 de março de 2010.³⁸ Numa palavra, para beneficiar desse “porto seguro”, o prestador deveria pautar a sua atuação pelo princípio da neutralidade consagrado no acórdão *L’Oréal*³⁹ a propósito da proteção das marcas no comércio eletrónico. Depois, segundo o Tribunal de Justiça, a utilização de filtros não significa conhecimento nem controlo da informação transmitida ou armazenada (para. 109) e o referido artigo 14.º/1-a) refere-se a atividades e a informações ilegais concretas (para. 112). O prestador só pode cumprir a obrigação de retirar ou bloquear o acesso à informação relativamente a conteúdos concretos, tanto mais que não tem uma obrigação geral de vigilância (para. 113), e o facto de “proceder a uma indexação automatizada dos conteúdos carregados nessa plataforma, de a referida plataforma ter uma função de pesquisa e de recomendar vídeos em função do perfil ou das preferências dos utilizadores não basta para considerar que esse operador tem um conhecimento ‘concreto’ das

³⁸ Proc. apensos C236/08 a C238/08, *Google France e Google*, EU:C:2009:569.

³⁹ Acórdão de 12 de julho de 2011, proc. C324/09, EU:C:2011:474.

atividades ilegais realizadas nessa mesma plataforma ou das informações ilegais que nela estão armazenadas” (para. 114).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça entende que a “efetivação da ‘responsabilidade do perturbador’ pressupõe a violação de obrigações de comportamento cuja extensão depende da questão de saber se e em que medida se pode razoavelmente exigir ao ‘perturbador’ que controle ou vigie terceiros para impedir que os direitos de propriedade intelectual sejam violados” (para. 121). Considerando que o artigo 8.º/3 da Diretiva 2001/29 justifica injunções tanto para cessar violações já cometidas, como para prevenir futuras violações (para. 126)⁴⁰, e que o prestador pode ser destinatário dessas injunções “mesmo na hipótese de não ser considerado responsável” ao abrigo do art. 14.º/1 da Diretiva do comércio eletrónico (para. 131), o Tribunal de Justiça recorda que o direito interno pode prever um “procedimento prévio ao exercício dessa via de recurso, que tenha em conta o facto de o prestador em questão não ser responsável pela violação em causa” (para. 132), até para, desse modo, evitar custas judiciais e não ter que vigiar ativamente todos os conteúdos carregados pelos utilizadores da referida plataforma, o que, aliás, seria contrário ao artigo 15.º da Diretiva do comércio eletrónico.

A análise do acórdão *Cyando* mostra que, na ótica do Tribunal de Justiça, se justifica, *inter alia*, uma obrigação a cargo das plataformas comerciais de partilha em linha de implementarem medidas técnicas adequadas, como sistemas de monitorização e filtragem, sob pena de incorrerem na prática não autorizada de comunicação ao público de obras protegidas por direitos de autor. A utilização destes filtros de direitos de autor não afetará a ausência de uma obrigação geral de vigilância, em virtude de esses filtros deverem ser programados para identificarem e bloquearem ou removerem atividades e informações ilegais concretas, *embora, naturalmente, não seja possível separar o trigo do joio sem passar pela peneira*.

⁴⁰ Citando a propósito o acórdão de 16 de fevereiro de 2012, proc. C360/10, *SABAM*, EU:C:2012:85.

A referida obrigação de implementação de medidas técnicas eficazes é vista, pelo Tribunal, como um elemento de exclusão do ato de comunicação ao público, ao passo que a Diretiva afirma de pleno que as plataformas comerciais praticam esse ato, embora possam excluir a responsabilidade daí resultante se provarem o cumprimento, nomeadamente, dessa obrigação. Ou seja, o que para o Tribunal é um elemento objetivo da noção de comunicação ao público, para a Diretiva é uma causa de exclusão da responsabilidade das plataformas comerciais.⁴¹

O artigo 17.º da Diretiva 2019/790 responsabiliza as plataformas comerciais, mas ao mesmo tempo impõe deveres de cooperação aos titulares de direitos, tendo a Comissão apresentado, nas vésperas de terminar o prazo de transposição da diretiva, um conjunto de orientações, que interessa passar em revista.

8 AS ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO SOBRE O ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

Nas orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital⁴², a Comissão expõe as linhas orientadoras sobre as melhores práticas na cooperação entre as plataformas e os titulares de direitos, procurando salvaguardar um justo equilíbrio entre direitos fundamentais e exceções e limitações aos direitos de autor.

Para começar, a Comissão considera que “O artigo 17.º constitui *lex specialis* em relação ao artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE e ao artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE. [...] Devido à natureza *lex specialis* do artigo 17.º, os Estados-Membros devem aplicar especificadamente esta disposição, em vez de se basear simplesmente na sua aplicação nacional do artigo 3.º da

⁴¹ De todo o modo, o Tribunal ressalva expressamente que não está em causa interpretar a Diretiva 2019/790: “As interpretações dadas pelo Tribunal de Justiça em resposta a estas questões não versam sobre o regime, que entrou posteriormente em vigor e que veio a ser instituído pelo artigo 17.º da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho” (para. 59).

⁴² COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021.

Diretiva 2001/29/CE”.⁴³ A consideração de que o artigo 17.º é lei especial tem grande alcance, no sentido de que estabelece um regime específico para as plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais, que surgiram depois das Diretivas 2000/31 e 2001/29.

Por outro lado, a Comissão sublinha que a lista de prestadores de serviços excluídos da noção de plataformas de partilha de conteúdos em linha “não é exaustiva”⁴⁴, e aconselha a colocação em forma de lei dos considerandos (61), (62) e (63) da Diretiva, designadamente o que se refere aos prestadores de serviços cujo objetivo principal seja realizar ou facilitar pirataria. Relativamente aos prestadores abrangidos destaca que a noção é neutra tanto em termos tecnológicos como no que respeita ao modelo negocial e, no que se refere à grande quantidade de ficheiros disponibilizados na plataforma, deve considerar-se não apenas a audiência do prestador, mas também o número de ficheiros carregados pelos utilizadores em geral, sendo que a prossecução de fins lucrativos mediante categorização ou promoção dos ficheiros se dá, tipicamente, “colocando publicidade junto aos conteúdos carregados pelos utilizadores”, mas ressalvando que: “O simples facto de receber uma taxa dos utilizadores para cobrir os custos operacionais de armazenagem dos conteúdos ou solicitar doações ao público, não deve ser considerado uma indicação de fins lucrativos”.⁴⁵

A Comissão ressalva que a autorização do titular de direitos tanto pode ser dada individualmente como através de gestão coletiva, consoante o setor em causa, e até “pode ser concedida gratuitamente, ao abrigo de uma licença «Creative Commons»”.⁴⁶ Relativamente às licenças coletivas com efeitos alargados, a Comissão considera que estas “podem ser consideradas em casos específicos e para setores específicos”, por ex. “quando for particularmente difícil identificar todos os titulares de direitos e quando os custos das operações relativas à obtenção dos direitos individuais

⁴³ COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 2.

⁴⁴ *Ibid*, p. 4

⁴⁵ *Ibid*, p. 6.

⁴⁶ *Ibid*. p. 7.

forem proibitivamente elevados (considerando 45)”.⁴⁷ A autorização concedida aos prestadores aproveita aos utilizadores sem fins comerciais (por ex. “carregamento de um vídeo doméstico que inclua música de fundo por parte dos utilizadores”) ou com receitas não significativas (por ex. carregamento de “tutoriais que incluam música ou imagens e que gerem receitas de publicidade limitadas”), não carecendo o prestador de autorização para o ato do utilizador que já tenha sido autorizado, em conformidade com o considerando (69).

Quanto ao mecanismo específico de responsabilidade na ausência de autorização previsto no artigo 17.º, n.º 4, a Comissão refere, relativamente aos melhores esforços, que devem ser tidas em conta as práticas específicas do mercado em diferentes setores (por ex., saber se a gestão coletiva é ou não prática generalizada) ou antes mecanismos voluntários de mediação. Sendo que, em qualquer caso, “o contacto proactivo com as entidades de gestão coletiva (EGC) que atuem em conformidade com a Diretiva 2014/26/EU para obter uma autorização deve ser considerado um requisito mínimo para todos os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”.⁴⁸ Nesta perspetiva, as plataformas comerciais devem ser obrigadas a contactarem estas entidades de gestão coletiva, de modo a provarem os seus melhores esforços.

A Comissão acrescenta: “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, deve considerar-se que o prestador de serviços cumpriu a obrigação de envidar os melhores esforços”.⁴⁹ Ou seja, não é imprescindível obter a licença, mas é essencial apresentar aos titulares de direitos ou aos seus representantes ofertas razoáveis e de boa fé.

Por outro lado, “os prestadores de serviços devem ser transparentes com os titulares de direitos no que diz respeito aos critérios que pretendem utilizar para identificar e remunerar os conteúdos abrangidos pelo

⁴⁷ COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 7.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 11.

acordo, em particular quando os prestadores de serviços utilizam tecnologia de reconhecimento de conteúdos para comunicar as utilizações dos conteúdos licenciados”.⁵⁰ O fornecimento de “informações pertinentes e necessárias” por parte dos titulares de direitos é de grande importância na economia deste regime, de modo a que as plataformas possam detetar eventuais infrações aos direitos de autor, à luz de práticas do setor disponíveis no mercado em determinado momento, incluindo utilização de tecnologia ou de soluções tecnológicas específicas eficazes, como tecnologias de *content ID* (“filtros” de direitos de autor). Considera-se a este propósito que a “tecnologia de reconhecimento de conteúdos baseada na recolha de impressões digitais parece ser amplamente utilizada pelos principais prestadores de serviços no que diz respeito a conteúdos de vídeo e áudio”, mas “não deve ser necessariamente considerada como o padrão de mercado”⁵¹, tendo em conta outras tecnologias como a dispersão, a marca de água, a utilização de meta-dados, a pesquisa por palavras-passe ou a combinação de diferentes tecnologias.

A aplicação destas tecnologias deve observar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que “não deve ser expectável que os prestadores... apliquem as soluções mais dispendiosas ou sofisticadas se, no seu caso específico, isso for desproporcional”, além de não se poder excluir “que, em alguns casos, os conteúdos não autorizados só possam ser evitados na sequência de uma notificação dos titulares de direitos”.⁵² De todo o modo, a marcação dos conteúdos pelos titulares de direitos será um fator a considerar para saber se os prestadores de serviços envidaram os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade desses conteúdos específicos. Realça a Comissão que “A aplicação do artigo 17.º não deve implicar qualquer obrigação geral de monitorização” (como, aliás, consta do artigo 17.º/8: “a aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização”).

⁵⁰ COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, 12.

⁵¹ *Ibid.*, 14.

⁵² *Ibid.*, p. 15

Quanto aos sistemas de notificação e retirada e de notificação e bloqueio, a notificação deve ser precisa e devidamente fundamentada, para dar ao prestador a possibilidade de ter conhecimento efetivo da infração concreta. Relativamente às salvaguardas para utilizações legítimas de conteúdos e aos mecanismos de reclamação e recurso, o artigo 17.º/7 ressalva expressamente a utilização de conteúdos gerados por utilizadores para citações, crítica, análise, ou para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. E a Comissão declara que: “No estado atual dos conhecimentos, nenhuma tecnologia consegue avaliar, de acordo com o padrão exigido por lei, se os conteúdos que um utilizador deseja carregar correspondem a uma infração ou a uma utilização legítima”.⁵³

Por essa razão, impedir automaticamente o carregamento através de tecnologia deve em princípio limitar-se aos *carregamentos manifestamente infratores*. Os que não forem manifestamente infratores devem poder ser carregados e ficar sujeitos a controlo humano *ex post* mediante aviso por parte dos titulares de direitos.⁵⁴ Para saber se é manifestamente infrator a Comissão indica critérios como o *comprimento / tamanho* do ficheiro copiado, a proporção da cópia na obra do utilizador, o *nível de alteração* da obra, o tipo de conteúdos, o modelo de negócio, “bem como o risco de prejuízo económico significativo para os titulares de direitos”⁵⁵ – parecendo abrir a porta a um juízo de *fair use* ou de balanço económico.⁵⁶ Assim, segundo a Comissão, a aplicação destes critérios significa que: “As correspondências exatas de obras completas ou de proporções significativas de uma obra devem, normalmente, ser consideradas manifestamente infratoras (...). Tal também será o caso dos carregamentos de uma obra original, que tenha sido simplesmente alterada/distorcida tecnicamente para evitar a sua identificação (como no caso de adicionar uma moldura externa à imagem

⁵³ COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 23.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶ Com mais indicações sobre esta figura do copyright norte-americano, PEREIRA, Alexandre Dias, Fair use e direitos de autor (entre a regra e a exceção), **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, Almedina, Coimbra, 2008, p. 853-869.

ou girá-la 180º)".⁵⁷ Já "os conteúdos para os quais os titulares de direitos não tenham dado uma instrução de bloqueio ao prestador SPCL não devem ser considerados manifestamente infratores", o mesmo valendo para o carregamento parcial, em utilizações criativas tipo memes, ou pequenos excertos ao abrigo do direito de citação. Mas mesmo aí, todavia, a Comissão sugere a possibilidade de um controlo humano *ex ante* rápido de conteúdos detetados pela máquina, sobretudo conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo (por exemplo, pré-lançamento de músicas ou filmes ou destaques de transmissões de eventos desportivos recentes).⁵⁸

Quanto aos conteúdos não sensíveis ao fator tempo, já não haveria necessidade de revisão humana *ex ante*, podendo, todavia, o utilizador contestar eventuais bloqueios através do mecanismo de recurso.⁵⁹ Nesses casos, far-se-ia um controlo humano *ex post*, decidindo o prestador com base nos argumentos apresentados tanto pelos titulares de direitos como pelos utilizadores, e permanecendo os conteúdos em linha durante esse controlo humano.

A possibilidade de serem bloqueados *ex ante* conteúdos marcados pelos titulares de direitos, ainda que sujeita a controlo humano com caráter de urgente, não é subscrita pelo Advogado Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, em *post-scriptum* à sua opinião de 15 de julho de 2021, na qual defendeu a validade do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, na medida em que esta norma prevê garantias suficientes para minimizar o impacto das obrigações de monitorização e de filtragem resultantes dessa norma na liberdade de expressão e de utilização dos utilizadores. Nas palavras do

⁵⁷ **Orientações**, cit., p. 25-6. Segundo a Recomendação (UE) 2018/334 da Comissão, de 1 de março de 2018, sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha - adotada na sequência da Comunicação da Comissão «Combater os conteúdos ilegais em linha, Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha», COM(2017) 555 final -, o prestador de serviços de armazenagem em servidor que decida remover ou impossibilitar o acesso a qualquer conteúdo que armazena por considerar que o mesmo é ilegal, não terá que informar o fornecedor de conteúdos dessa decisão e dos respetivos motivos, nem da possibilidade de a contestar, "quando é manifesto que o conteúdo em causa é ilegal e diz respeito a infrações penais graves que envolvem uma ameaça contra a vida ou a segurança das pessoas" (ponto 10).

⁵⁸ **Orientações**, cit., p. 25.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 26.

Advogado-Geral, “as referidas orientações indicam também, de modo inédito, que os titulares de direitos devem ter a possibilidade de «reservar» (*earmark*) o material cuja colocação em linha não autorizada seja «suscetível de lhes causar um prejuízo económico significativo». Esses prestadores devem fazer prova de uma diligência particular relativamente a este material. É ainda indicado que estes últimos não cumprem as suas obrigações de «melhores esforços» se permitirem a colocação em linha de conteúdos que reproduzam esse mesmo material apesar de tais «reservas». Se tal deve ser entendido no sentido de que esses mesmos prestadores devem bloquear *ex ante* conteúdos mediante a simples alegação de um risco de prejuízo económico importante pelos titulares de direitos – não contendo as orientações outro critério que limite objetivamente o mecanismo de «reserva» a casos particulares (...) –, ainda que esses conteúdos não sejam manifestamente contrafeitos, não o posso subscrever, a menos que alterasse tudo o que expus nestas conclusões”.⁶⁰

9 AS CONCLUSÕES DO ADVOGADOGERAL NO CASO POLÓNIA C. PARLAMENTO EUROPEU

A questão principal tratada pelo Advogado-Geral (AG) é saber se as ferramentas de reconhecimento automático de conteúdos, que as plataformas comerciais terão que instalar para *filtrar* os conteúdos que os utilizadores colocam em linha e, se for caso disso, *bloquear* alguns deles antes do seu carregamento, são compatíveis com a liberdade de expressão e de informação garantida pela Carta de Direitos Fundamentais da União.

O AG considera que essa obrigação implica uma restrição à liberdade de expressão, mas ressalva que as restrições a esta liberdade são permitidas se tiverem base legal («existência da lei») e se esta reunir qualidades de acessibilidade e de previsibilidade («qualidade da lei»), significando esta última que “uma restrição ao exercício de um direito funda-

⁶⁰ Conclusões do AdvogadoGeral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE apresentadas em 15 de julho de 2021, proc. C401/19, para. 223.

mental deve ser suficientemente acessível e previsível nos seus efeitos, isto é, ser enunciada com suficiente clareza e precisão para permitir aos interessados, recorrendo, se necessário, a aconselhamento especializado, regular a sua conduta”.⁶¹ Na opinião do AG, o artigo 17.º cumpre estes requisitos, limitando-se a impor aos intermediários em linha “determinadas medidas de monitorização ativa, sobre determinadas informações ilícitas específicas, a determinados intermediários em linha”⁶², e que respeitam o princípio da proporcionalidade, no sentido de serem adequadas, necessárias e proporcionadas (em sentido estrito).

Para começar, “as ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo detetam, precisamente, conteúdos, e não violações dos direitos de autor”, colocando o risco de «sobrebloqueio» e dependendo “da precisão e da veracidade das informações prestadas pelos titulares de direitos”.⁶³ Na opinião do AG, o n.º 7 do art. 17 “previu um limite claro e preciso para as medidas de filtragem e de bloqueio que devem ser aplicadas pelos prestadores desses serviços nos termos do n.º 4 deste artigo”, impondo-lhes uma “obrigação de resultado”, que é “não impedir a colocação à disposição, nos seus serviços, de conteúdos que reproduzem legitimamente obras e outro material protegido, ainda que essas obras e material tenham sido identificados pelos titulares de direitos”.⁶⁴ Além disso, o mecanismo de reclamação e de recurso estabelecido no n.º 9 do art. 17 seria “uma garantia suplementar, e última, para as situações em que, apesar da obrigação

⁶¹ Conclusões do Advogado-Geral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE apresentadas em 15 de julho de 2021, proc. C401/19, para. 94.

⁶² *Ibid.* para. 115.

⁶³ *Ibid.* para. 160.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 164-5. O AG vai mais longe e considera que “o legislador da União reconheceu expressamente direitos subjetivos em matéria de direitos de autor aos utilizadores dos serviços de partilha. Atualmente, esses utilizadores têm o direito, oponível aos prestadores desses serviços e aos titulares de direitos, de utilizar de modo legítimo, material protegido, nos referidos serviços, incluindo o direito de invocar exceções ou limitações aos direitos de autor e aos direitos conexos” (*ibid.*, para. 161). É, aliás, a tese que defendemos - ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 649 – e que nos parece consagrada pela transposição da Diretiva 2001/29 com as alterações introduzidas no artigo 75.º do CDADC, e reforçada pela Lei n.º 36/2017, de 2 de junho, que alterou novamente o CDADC de modo a garantir o exercício dos direitos dos beneficiários das utilizações livres de obras.

que consta desse mesmo n.º 7, os referidos prestadores bloqueiam, ainda assim, por erro, esses conteúdos legítimos”.⁶⁵

Em suma, “qualquer medida de filtragem e de bloqueio deve ser «estritamente delimitada», no sentido de que deve visar conteúdos ilícitos e não ter efeito arbitrário ou excessivo sobre os conteúdos lícitos”.⁶⁶ O AG pronuncia-se contra o «sobre bloqueio» preventivo de todas essas utilizações legítimas e contra a consequente inversão sistemática do ónus dos utilizadores de demonstrarem essa legitimidade, pelo risco de arrefecimento («chilling effect») que tal implica na liberdade de expressão e de criação. Obrigar as plataformas a utilizarem filtros de conteúdos marcados pelos titulares de direitos sob o pretexto genérico do respetivo interesse económico e bloqueando-os *ex ante* e sistematicamente impediria os utilizadores dos serviços de exercerem os seus direitos relativamente a esses conteúdos, os quais acabariam desprovidos de “toda a atualidade e qualquer interesse para o público”.⁶⁷

Tendo em conta o Acórdão GlawischnigPiesczek⁶⁸, o AG sustenta que “a fim de minimizar o risco de «sobre bloqueio» e, assim, garantir o respeito do direito à liberdade de expressão, um prestador intermediário só pode [...] ser obrigado a filtrar e bloquear informações cuja ilicitude tenha sido previamente demonstrada por um juiz ou, na sua falta, informações cujo caráter ilícito se impõe desde logo, ou seja, manifestamente, sem que seja nomeadamente necessário contextualizá-lo”.⁶⁹ Ou seja, o controlo automático deveria ser limitado à ilicitude manifesta (conteúdos quantitativamente “idênticos” ou qualitativamente “equivalentes”), por não exigir uma «apreciação autónoma» ao prestador, o que já não seria o

⁶⁵ **Conclusões**, cit., para. 170.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 182

⁶⁷ *Ibid.*, para. 184.

⁶⁸ Acórdão de 3 de outubro de 2019, proc. C18/18, ECLI EU:C:2019:821, nos termos do qual seria admissível impor ao operador de uma rede social, através de uma medida inibitória judicial, a obrigação de pesquisar e de bloquear, entre as informações colocadas em linha na sua rede “[uma] informação precisa, [...] cujo conteúdo foi analisado e apreciado por um órgão jurisdicional competente [...] que, na sequência da sua apreciação, a declarou ilegal”.

⁶⁹ **Conclusões**, para. 198.

caso relativamente a reutilizações de extratos de obras noutros contextos, de conteúdos «transformativos», etc., que podem ser abrangidos por exceções e limitações aos direitos de autor”.⁷⁰

Relativamente aos primeiros, “sendo a contrafação altamente provável, esses conteúdos podem presumirse ilícitos [sendo] proporcionado bloqueálos preventivamente, [e] cabendo aos utilizadores em causa demonstrar a sua licitude (...) Inversamente, em todas as situações equívocas – curtos extratos de obras incluídas em conteúdos mais longos, obras «transformativas», etc. – nas quais, em especial, a aplicação de exceções e limitações aos direitos de autor é razoavelmente previsível, os conteúdos em causa não podem ser objeto de uma medida de bloqueio preventivo”.⁷¹ Em suma, *in dubio pro libertate*.

À possibilidade de os titulares de direitos marcarem conteúdos com interesse económico especial avançada pela Comissão, o AG contrapõe “um mecanismo que permita aos utilizadores indicar (*flagging*), durante ou imediatamente após a colocação em linha, se, segundo eles, beneficiam de uma exceção ou limitação, o que implica, para o prestador em causa, fazer uma análise manual do conteúdo em causa para verificar se a aplicação dessa exceção ou limitação é manifestamente excluída ou, pelo contrário, razoavelmente possível”.⁷² Conclui o AG que: “Na hipótese de a ilegalidade não ser evidente tendo em conta estas explicações, por o conteúdo em causa suscitar questões jurídicas complexas e/ou novas em matéria de direitos de autor, a intervenção do juiz, único competente para decidir tais questões, será em princípio necessária. Caberá então aos titulares de direitos recorrer a uma autoridade judicial, com base nomeadamente no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, a fim de que essa autoridade decida sobre esse conteúdo e, admitindo que seja ilícito, ordene o seu bloqueio”.⁷³

Assim, na opinião do AG e ao contrário das Orientações da Comissão, as plataformas comerciais não serão responsáveis por conteúdos que

⁷⁰ **Conclusões**, para. 203

⁷¹ *Ibid.*, para. 205-6.

⁷² *Ibid.*, para. 221.

⁷³ *Ibid.*, para. 218.

não removam ou bloqueiem pelo mero facto de serem marcados pelos titulares de direitos, antes se exigindo aí uma apreciação humana caso a caso sobre a existência de uma ilicitude manifesta ou inequívoca, e que não pode ser substituída pelo bloqueio automático *ex ante* a pedido dos titulares de direitos.

Em dois parágrafos o AG enuncia dois princípios fundamentais neste domínio. O primeiro é baseado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual “não decorre de forma alguma do artigo 17.º, n.º 2, da Carta que o direito de propriedade intelectual seja intangível e que a sua proteção deva, assim, ser assegurada de forma absoluta”.⁷⁴ O segundo é apresentado como um princípio geral do direito da Internet inscrito no artigo 15.º da Dir. 2000/31, concretizando no ambiente digital a liberdade fundamental de comunicação, e que se impõe “não só aos Estados-Membros, mas também ao legislador da União”.⁷⁵ Na opinião do AG, seria contrário à afirmação do princípio fundamental da liberdade de comunicação instaurar, a propósito dos direitos de autor, uma espécie de filtragem automática através de ferramentas informáticas na internet, qual *copyright ex machina*.⁷⁶

10 O PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

Ao tempo em que elaboramos este texto a Diretiva ainda não foi transposta. Se as respostas do acórdão *Cyando* “não versam sobre o regi-

⁷⁴ **Conclusões**, para. 217, citando o acórdão de 27 de março de 2014, proc. C314/12, *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192, para. 61.

⁷⁵ Nas palavras do AG, “inclino-me a considerar a proibição prevista no artigo 15.º como um *princípio geral* do direito que regula a Internet, na medida em que concretiza, em ambiente digital, a liberdade fundamental de comunicação (...). Aliás, observo que o Tribunal de Justiça já aproximou, na sua jurisprudência, o respeito dessa liberdade e dessa proibição (...). Uma não pode ser posta em prática sem a outra. Daqui resulta, na minha opinião, que a referida proibição ultrapassa o âmbito do referido artigo 15.º e se impõe não só aos Estados-Membros, mas também ao legislador da União.”

⁷⁶ Não podemos senão saudar a afirmação deste princípio, remetendo para o que escrevemos há já alguns anos: PEREIRA, Alexandre Dias, **Direitos de autor e liberdade de informação**, Almedina, 2008.

me, que entrou posteriormente em vigor e que veio a ser instituído pelo artigo 17.º da Diretiva” (para. 59), já as *Orientações* da Comissão serão de ter em conta, assim como as conclusões do AG, sem esquecer que o Tribunal de Justiça poderá, em última análise, reduzir a cinzas a referida norma, embora tal não seja provável à luz das referidas Conclusões.

De todo o modo, foi apresentada a Proposta de Lei n.º 114/XIV com vista à transposição da Diretiva (UE) 2019/790, alterando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual (CDADC), o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (proteção jurídica das bases de dados), e a Lei n.º 26/2015, de 14 de abril (regime das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos).⁷⁷ A transposição do artigo 17.º é feita através da criação de uma secção própria relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha. É aditado um novo artigo 175.º-A com definições, incluindo a de «prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», como “prestador de um serviço da sociedade da informação - i.e., um serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário - que tem como principal objetivo, ou um dos seus principais objetivos, armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos seus utilizadores, que o prestador de serviços organiza e promove com a finalidade de obter uma vantagem económica ou comercial direta ou indireta” (n.º 1/a). Tal como previsto na Diretiva, não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha: a) as enciclopédias em linha sem fins lucrativos; b) os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos; c) as plataformas de desen-

⁷⁷ Para uma primeira análise, VICENTE, Dário Moura; REMÉDIO MARQUES, J. P.; SOUSA E SILVA, Nuno, Nótula sobre as Propostas de Lei nos 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, **Revista de Direito Intelectual**, 2021 - N.º 2, p. 177-197; ALMEIDA, Beatriz Marques, **Direitos de Autor nas Plataformas de Partilha de Conteúdos em Rede** (*Copyright in Online Content-Sharing Platforms*), Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Jan. 2022, p. 63-8.

volvimento e partilha de programas de computador de fonte aberta; d) os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas na aceção da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Eletrônicas; e) os mercados em linha; e f) os serviços em nuvem, entre empresas, e serviços em nuvem que permitem ao seu utilizador carregar conteúdos para uso pessoal do utilizador.

O novo artigo 175.º-B, sobre utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, estatuiria constituir *um ato 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. Por isso e para o efeito, os prestadores de serviço, atrás definidos, devem obter autorização dos respetivos titulares de direitos. Essa autorização compreende os atos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores de tais serviços, se estes não agirem com carácter comercial, direto ou indireto, ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. A estas situações não são aplicáveis as limitações de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha previstas no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 14 de fevereiro, na sua redação atual, sem prejuízo da aplicabilidade de tais limitações a outras atividades desenvolvidas por aqueles prestadores de serviços. Ressalva-se ainda que o novo regime não prejudica 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 exceção ou limitação.

Depois, o novo artigo 175.º-C responsabilizaria as plataformas comerciais por atos de comunicação pública não autorizados, salvo se demonstrassem que *a)* envidaram todos os esforços para obter uma autorização; *b)* efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, 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 receção de uma notificação 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 na Internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente dos 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, objeto de notificação, nos termos da alínea anterior.

O cumprimento pelas plataformas comerciais das referidas obrigações é aferido segundo o princípio da proporcionalidade e tendo em conta, entre outros, os seguintes elementos: a) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, bem como o tipo de obras ou outros materiais protegidos, carregados pelos utilizadores do serviço; e b) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

O novo artigo 175.º-D preveria que as plataformas com menos de três anos de atividade e com um volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros (calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas) e um número médio mensal de visitantes individuais inferior a cinco milhões, calculado com base no ano civil, ficariam sujeitas a um regime menos exigente. Com efeito, para afastar a responsabilidade por carregamentos ilegais, deveriam provar apenas que envidaram todos os esforços para obter uma autorização ou licença, e que agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação 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 na internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços. Ou seja, as novas plataformas teriam durante 3 anos (e na medida em que se mantivessem abaixo dos 5 milhões de utilizadores) um período de adaptação, no sentido de que não seriam obrigadas a instalar medidas técnicas de prevenção, bastando implementar um mecanismo de aviso e retirada.

Ressalvando-se, todavia, que este regime menos apertado não deveria ser objeto de utilização abusiva por parte das grandes plataformas.

Por outro lado, sobre as plataformas impenderia um dever de informação nos termos do novo artigo 175.º-E, segundo o qual, a pedido dos titulares de direitos, as plataformas devem facultar-lhes informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas e, havendo licenciamento, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos referidos acordos. Além disso, as condições gerais das plataformas deveriam informar os seus utilizadores da possibilidade de utilizarem obras e outros materiais protegidos ao abrigo das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos previstas no presente diploma ou em qualquer outra fonte de Direito da União, bem como dos procedimentos referidos no novo artigo 175.º-F. Para começar, o procedimento ou mecanismo de reclamação e reapreciação, no sentido de as plataformas comerciais criarem e disponibilizarem aos utilizadores dos respetivos serviços um mecanismo de reclamação e recurso eficaz e rápido contra a remoção ou bloqueio indevidos de obras ou outros materiais protegidos por eles carregados, designadamente para permitir as utilizações livres previstas nas alíneas *h*) e *x*) do n.º 2 do artigo 75.º do CDADC (o direito de citação e o direito de caricatura ou paródia, que passa a ser expressamente previsto no catálogo das utilizações livres). Os titulares de direitos devem fundamentar os seus pedidos de remoção ou bloqueio e as decisões devem ser tomadas sem demora injustificada e estar sujeitas a *controlo humano*, devendo a tramitação dos procedimentos estar disponível em língua portuguesa. Sendo que o referido procedimento não prejudicaria o recurso à resolução extrajudicial de litígios, nos termos do novo artigo 175.º-G, nem às vias judiciais gerais.

Como resulta da análise precedente, a Proposta de Lei segue a Diretiva quase à letra, acrescentando mais ou outro considerando do seu preâmbulo. De um modo geral, a Proposta não incorpora as *Orientações* da Comissão, o que não é necessariamente errado, atento o seu valor normativo e o facto de o Advogado-Geral no *post-scriptum* às suas Conclusões ter emitido reservas significativas quanto ao sentido e alcance de algumas delas, nomeadamente no que respeita à possibilidade de as plataformas

terem que instituir um sistema de bloqueio ou remoção *ex ante* de todos e quaisquer conteúdos marcados pelos titulares de direitos, ainda que o seu carregamento não fosse manifestamente ilícito.

Entretanto, a dissolução da Assembleia da República fez cair esta Proposta de Lei, remetendo para a nova legislatura a transposição da diretiva. Apesar de não ter conseguido transpor a Diretiva, a anterior legislatura ainda aprovou a lei sobre fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos.⁷⁸

11 CONTROLO, REMOÇÃO E IMPEDIMENTO DO ACESSO EM AMBIENTE DIGITAL A CONTEÚDOS PROTEGIDOS SEGUNDO A LEI N.º 82/2021

A Lei 82/2021 regula os procedimentos de fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, bem como o procedimento administrativo a adotar em caso de disponibilização ilícita de conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, incluindo as obrigações, no âmbito desse procedimento, dos prestadores intermediários de serviços em rede, definidos no n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, ou seja, os que “prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço”.

Em termos gerais, este diploma parece colocar na forma de lei o Memorando de Entendimento celebrado entre a IGAC, as entidades representativas dos titulares de direitos de autor e direitos conexos, e representantes de provedores de acesso à Internet a operar no mercado português.⁷⁹ É atribuída competência à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC), enquanto entidade de supervisão setorial em matéria de direito de autor e direitos conexos, no âmbito do DL 7/2004 (art.

⁷⁸ Lei n.º 82/2021, de 30 de novembro.

⁷⁹ Disponível em: http://www.apel.pt/gest_cnt_upload/editor/File/apel/direitos_autor/memorando_APRITEL_IGAG_MAPINET.pdf

2.º). A IGAC, oficiosamente ou na sequência de denúncia, notifica o responsável pela disponibilização ilícita de conteúdos, a fim de, no prazo máximo de 48 horas, fazer cessar essa disponibilização e remover o serviço ou o conteúdo da Internet (art. 3.º/1). Em situações de urgência, a notificação prévia ao responsável pela disponibilização pode ser dispensada. Findo esse prazo e mantendo-se os conteúdos acessíveis, a IGAC notifica o provedor de Internet para remover ou bloquear os conteúdos, no prazo de 48 horas. Todavia, existindo dúvidas fundadas quanto à titularidade dos direitos em causa ou à legitimidade da utilização dos conteúdos pelo responsável pela sua disponibilização, não há lugar à notificação (art. 3º/6).

Esta lei vem regular o procedimento perante a entidade de supervisão previsto no art. 18.º/4 do DL 7/2004. Todavia, não se aplica “aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, definidos no n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva (UE) 2019/790 [...], os quais são responsabilizados nos termos do artigo 17.º do mesmo diploma e da legislação que o transponha para a ordem jurídica nacional” (art. 1/2). Nesse sentido, deixa de fora as plataformas comerciais de partilha em rede de conteúdos, que são objeto deste trabalho.

CONCLUSÃO

O sistema de direitos de autor e direitos conexos afirma-se plenamente válido e eficaz no mundo digital. Parafraseando uma frase conhecida de MARK TWAIN, diríamos que as notícias sobre a morte deste instituto foram manifestamente exageradas.⁸⁰ Isto não significa que o direito de autor seja atualmente o mesmo que conhecíamos no tempo da tecnologia analógica. Numa palavra, o direito de autor adaptou-se aos desafios da tecnologia digital, digitalizando-se. No sentido de que o que a tecnologia digital tornou possível, quer ao nível de novas formas de expressão criativa, quer ao nível de novos modos de exploração das obras e de outro

⁸⁰ *Vd.*, com referências, PEREIRA, Alexandre Dias, **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**, Coimbra Editora, 2001, p. 38-9.

material protegido, assim como no papel do utilizador final, tudo isto o direito de autor assimilou e com isso se fortaleceu.

O desafio mais recente foi lançado pelas plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos carregados pelos utilizadores finais, com a chamada web 2.0 marcada pela interatividade e pela partilha. Estes novos modelos de negócios floresceram ao abrigo do “porto seguro” de responsabilidade dos prestadores de serviços de internet e num quadro de relativa incerteza jurídica em termos de direitos de autor. O legislador da União Europeia, no cumprimento do seu dever de proteger a propriedade intelectual e, ao mesmo tempo, outros direitos fundamentais também consagrados na Carta da União estabeleceu no artigo 17.º da Diretiva 2019 um regime que procura consagrar um justo equilíbrio entre os legítimos interesses em conflito de todas as partes envolvidas.

A oferta ao público de acesso a obras e outros materiais carregados pelos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha passa a ser expressamente considerada uma utilização (comunicação ao público ou colocação à disponibilização do público) sujeita a autorização dos respetivos titulares de direitos, a qual abrangerá não apenas a atividade da plataforma, mas também os atos praticados pelos utilizadores dos serviços se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. A Diretiva afirma o princípio da soberania do autor, no sentido de os titulares de direitos serem livres de autorizar, ou não, esta nova forma de utilização. Isto é, o princípio é o de que “os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças”, como se lê no considerando (61), sendo os titulares de direitos soberanos para autorizar ou não a utilização das suas obras nas novas plataformas de partilha de conteúdos.

Enquanto atividade sujeita a autorização, exclui-se da limitação da responsabilidade prevista na Diretiva sobre comércio eletrónico para os prestadores de serviços de armazenagem em servidor (n.º 3). Na ausência de autorização, estas plataformas comerciais respondem por infração aos direitos de autor, a menos que provem que se esforçaram seriamente ou diligentemente para obter autorização, para não disponibilizar obras

identificadas pelos titulares de direitos ou para bloquear ou remover obras objeto de notificação pelos titulares de direitos e para impedir o seu futuro carregamento. O cumprimento destas obrigações - que passa pela implementação de medidas técnicas adequadas (leia-se tecnologias de reconhecimento de conteúdos) - é aferido à luz do princípio da proporcionalidade, tendo em conta, designadamente, o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de conteúdos carregados pelos utilizadores do serviço, e a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Tendo em conta que as tecnologias de controlo de conteúdos (monitorização e filtragem) podem ser pouco eficazes e/ou muito dispendiosas, considera-se necessário apreciar, caso a caso, a sua onerosidade para salvaguardar a liberdade de empresa e salvaguardar a concorrência no setor.⁸¹ Desde logo, a fim de prevenir a eliminação à nascença de concorrentes, as pequenas e médias empresas que forem novas no setor (i.e. atuarem há menos de três anos e com volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros), têm que provar apenas que se esforçaram seriamente ou diligentemente para obter autorização e, após recebimento de uma notificação, para bloquear o acesso ao ou remover o conteúdo protegido dos seus sítios Internet; se ultrapassarem os 5 milhões de visitantes individuais, terão que provar que se esforçaram seriamente para prevenir futuros carregamentos de obras objeto de notificação adequada por parte dos titulares de direitos. O que na prática significará que as plataformas com mais de 5 milhões de visitantes individuais terão que recorrer a tecnologias de reconhecimento de conteúdos.

Além disso, o controlo dos conteúdos carregados pelos utilizadores não deve impedir utilizações de obras já caídas no domínio público ou utilizações de conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha para fins de citações, crítica, análise, ou para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche (os famosos memes), ao abrigo da liberdade de expressão e de informação, utilizações essas que passam

⁸¹ Recorde-se o acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet Extended*, proc. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

a ser imperativamente garantidas enquanto direitos subjetivos dos utilizadores finais no ambiente digital. Além disso, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos de bloqueio ou de remoção de conteúdos, para resolver litígios sobre o bloqueio do acesso a obras que carreguem ou que sejam removidas, as plataformas devem disponibilizar aos utilizadores um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, cujas decisões “são sujeitas a controlo humano”.

Este mecanismo de autorregulação não prejudica a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, os quais por seu turno também não prejudicam o direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes, nomeadamente mediante acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação, cabendo aliás aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informar os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União. A fim de otimizar o regime instituído, a Comissão promoverá o diálogo entre as partes interessadas e emitirá orientações sobre as melhores práticas, tendo em conta igualmente os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações.

Apesar de as tecnologias de reconhecimento de conteúdos terem sido retiradas da letra da lei, tanto o Tribunal de Justiça como o Advogado-Geral e a Comissão já reconheceram que o sistema instituído passará, em larga medida, pela utilização dessas tecnologias (ferramentas informáticas de monitorização e filtragem de conteúdos). A grande questão está em saber qual deverá ser o nível de controlo a efetuar pela máquina. Como vimos atrás, a Comissão reconhece que “No estado atual dos conhecimentos, nenhuma tecnologia consegue avaliar, de acordo com o padrão exigido por lei, se os conteúdos que um utilizador deseja carregar correspondem a uma infração ou a uma utilização legítima”.⁸²

Isso não impede a Comissão de recomendar que os Estados-Membros transponham a Diretiva no sentido de prever expressamente a possibilidade de o controlo automático impedir, bloquear e ou remover o

⁸² **Orientações**, cit., p. 23.

carregamento de conteúdos manifestamente ilícitos, designadamente em situações de reprodução integral idêntica ou equivalente de obras protegidas; recomenda ainda que o mesmo seja válido para conteúdos marcados pelos titulares de direitos. O Advogado-Geral concorda com a primeira solução, mas já se opõe ao controlo automático de todo e qualquer conteúdo marcado pelo titular de direitos, por considerar ser essa uma limitação excessiva à liberdade de expressão e de informação. Defende inclusive que o direito subjetivo dos utilizadores de carregarem conteúdos ao abrigo das utilizações permitidas por lei só por via judicial deve ser limitado, ao invés de ficar sujeito à apreciação autónoma das plataformas, numa orientação claramente *in dubio pro libertate*. Recordando as suas palavras: “o legislador considerou que os «falsos positivos», que consistem em bloquear conteúdos legais, são mais graves do que os «falsos negativos», que consistem em deixar passar determinados conteúdos ilícitos”.⁸³

O projeto de transposição do artigo 17.º para o direito interno não incorpora as orientações da Comissão no que respeita ao modo de funcionamento dos filtros de conteúdos, o que nos parece ser uma solução sensata tendo em conta os argumentos aduzidos pelo Advogado-Geral em defesa de uma comunidade digital em que o sistema de direitos de autor reconhece direitos não apenas aos titulares tradicionais (criadores, artistas e produtores), mas também aos utilizadores finais, em nome das suas liberdades fundamentais da comunicação. Da nossa parte, também nos parece que colocar nas mãos dos titulares de direitos a possibilidade de exigirem que as plataformas programem os filtros de modo a bloquear ou remover a priori qualquer conteúdo, em nome do seu interesse económico, é restringir de forma excessiva a liberdade de comunicação no médium digital e, com isso, comprometer seriamente um pilar das sociedades livres e democráticas. Compreende-se e aceita-se o controlo automático para utilizações manifestamente ilícitas, tal como atrás caracterizadas, pese embora se reconheça que mesmo

⁸³ **Conclusões**, cit., para. 207 (acrescentando, em conformidade com o princípio geral da liberdade de comunicação, que “nos casos em que não seja possível, no estado atual da tecnologia, tratandose, por exemplo, de certos tipos de obras e de material protegido, utilizar uma ferramenta de filtragem automática sem implicar uma taxa de «falso positivo» considerável, a utilização dessa ferramenta deve, na minha opinião, ser excluída” (para. 214).

aí a tecnologia não dá respostas inteiramente seguras. Fora dessas situações, seria excessivo impedir *ex ante* a comunicação nos media digitais, sem prejuízo do controlo *ex post*. Nesse sentido deve interpretar-se a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital⁸⁴, que consagra, *inter alia*, a liberdade de expressão e de criação em ambiente digital (art. 4.º), bem como o direito à proteção de conteúdos por direitos de propriedade intelectual, quando remete para lei especial as medidas proporcionais, adequadas e eficazes com vista a impedir o acesso ou a remover conteúdos disponibilizados em *manifesta* violação do direito de autor e direitos conexos (art. 16.º/2, *itálico nosso*).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Mark Susi's internet balancing formula. **European Law Journal**, v. 25/2, 2019, p. 213-220.

ALMEIDA, Beatriz Marques. **Direitos de Autor nas Plataformas de Partilha de Conteúdos em Rede** (*Copyright in Online Content-Sharing Platforms*), Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Jan. 2022.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18). **Revista de Direito Intelectual**, n. 2, 2021, p. 271-278.

DUSOLLIER, Severine. The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition. **Common Market Law Review**, v. 57, 2020, p. 979-1030.

FROSIO, Giancarlo. From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe», **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 12/7, 2017, p. 565-75.

GRISSE, Karina. After the Storm – Examining the Final Version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 14, 2019, p. 887-99.

LAMBRECHT, Maxime. Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive. **JIPITEC**, v. 11, 2020, p. 68-94.

⁸⁴ Aprovada pela Lei n.º 27/2021 de 17 de maio.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de autor, Códigos tecnológicos e a lei Milénio Digital. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 75, 1999, p. 475-521.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**, Coimbra Editora, 2001.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de autor e liberdade de informação**, Almedina, Coimbra, 2008.

PEREIRA, Alexandre Dias. Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção). **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, Almedina, Coimbra, 2008, p. 853-869.

PEREIRA, Alexandre Dias. Comunicação ao público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 94/II, 2018, p. 1399-1411.

PEREIRA, Alexandre Dias. Os Direitos de Autor no Mercado Único Digital segundo a Diretiva 2019/790. **Revista de Direito Intelectual**, n. 2, 2019, p. 35-56.

PEREIRA, Alexandre Dias. Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 150, n. 4025, 2020, p. 66-84.

QUINTAIS, João Pedro. The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look. **European Intellectual Property Review**, 42/1, 2020, p. 28-41.

SOUSA E SILVA, Nuno. Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790. **Revista de Direito Intelectual**, n. 1, 2020, p. 245-272.

SUSI, Mark. The Internet Balancing Formula. *European Law Journal*, v. 25/2, 2019, p. 198-212.

VICENTE, Dário Moura; REMÉDIO MARQUES, J. P.; SOUSA E SILVA, Nuno. Nótula sobre as Propostas de Lei nos 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital. *Revista de Direito Intelectual*, n. 2, 2021, p. 177-197.

Recebido: 25/02/2022

Aprovado: 22/05/2022