

Propriedades intelectuais

DOCTRINA

♦ A luta contra o carregamento ilícito :
à espera do sucesso da oferta lícita
Alain Strowel

♦ A Patente Unitária e a futura jurisdição
unificada
Jean-Christophe Galloux
Bertrand Warusfel

♦ Transparência tardia: A nova lei para
a gestão coletiva dos direitos autorais no
Brasil e a Possibilidade de sua fiscalização
administrativa e judicial
Ronaldo Lemos
Caio Mário da Silva Pereira Neto

♦ De distorções o direito (de reprodução)
está esgotado
A propósito do acórdão do TJUE de 3
de Julho de 2012, *UsedSoft c/ Oracle*
Vincent Varet

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

♦ Patentes de medicamentos
Evaristo Mendes

♦ Direitos de Autor e Direitos Conexos
Paula Martinho da Silva
Victor Castro Rosa

CARTAS DA LUSOFONIA

♦ Carta de Maputo: Propriedade
Intelectual em Moçambique
Amina Abdala

♦ Carta de Macau: Macau
e os Tratados da Internet de 1996
Gonçalo Cabral



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
EDITORIA

A luta contra o carregamento ilícito: à espera do sucesso da oferta lícita

ALAIN STROWEL

PROFESSOR NAS FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS, NA UNIVERSIDADE DE LIÈGE E NO MUNICH IP LAW CENTER
ADVOGADO EM BRUXELAS

Por se tratar de um décimo aniversário – felicitações à *Propriétés intellectuelles!* –, regressemos à última década que viu o direito de autor medir forças com a formidável máquina de copiar e de trocar obras que é a Internet. Numerosas foram as respostas jurídicas que foram imaginadas para lutar contra o carregamento ilícito ou legalizar a circulação não autorizada de obras protegidas nas redes e que vão da “resposta gradual” à adopção de novas excepções, passando por diversas formas de licença global ou de gestão colectiva obrigatória¹. Que ensinamentos podemos tirar delas?

Alguns terão um discurso um pouco desiludido, mas não totalmente desprovido de bom senso: ainda e sempre emplastos jurídicos sobre a perna de pau do direito de autor! De nada serve lutar contra a pirataria, é mister inventar novos modelos de distribuição! Nada mudará enquanto a indústria de conteúdos for dominada por mega-empresas motivadas pela procura de um lucro excessivo!... Outros, nomeadamente os jovens que votam nos partidos piratas que florescem através da Europa, pensam mais radicalmente que o sistema do direito de autor está moribundo. Que ele não funciona no universo digital, caracterizado pela abundância, não pela raridade das obras. Que o seu funcionamento exige sempre cada vez mais controlos e filtros, o que é antinómico em relação à liberdade que deve reinar em linha. Que é preciso, pois, opôr-se a toda a legislação nova que tenha por objecto assegurar o respeito pelo direito de autor nas redes. As recentes mobilizações contra os projectos de lei PIPA e SOPA nos Estados Unidos², bem como as manifestações na Europa contra o Tratado ACTA, são sintomáticas desta rejeição radical da “ordem do direito de autor”.

Parece claro que o direito de autor permanece um instrumento válido para assegurar uma remuneração adequada dos actores da criação, mas não deve procurar-se no direito a única resposta convincente à circulação não autorizada das obras na internet no campo: só uma oferta lícita em linha destinada a satisfazer a procura dos utilizadores por conteúdos variados a preços reduzidos resolverá o problema. As medidas jurídicas mais não são que um mal menor. Sejamos lúcidos.

Multiplicação das formas de infração em linha e as respostas jurídicas

Na última quinzena de anos a circulação massiva de ficheiros ilícitos intensificou-se. Depois do aparecimento do

Napster no final dos anos 90, conhecemos as redes de partilha de ficheiros de “parte a parte” (P2P) nomeadamente as baseadas no protocolo BitTorrent. Hoje em dia os internautas podem recorrer também às “estantes digitais” (ou *digital lockers*, como MegaUpload ou Rapidshare) que permitem fazer carregamento massivo (seja *upload* seja *download*). Mas os sítios ilícitos de *streaming*, com comunicação das obras sem transferência permanente do ficheiro digital, como MegaVideo ou VideoBB, multiplicaram-se³. São estas diversas formas de carregamento ou comunicação ilícita de conteúdos protegidos que se tenta remediar.

As respostas jurídicas são múltiplas. Podemos pelo menos distinguir três grandes tipos de resposta.

Primeira solução: os titulares dos direitos e os intermediários da Internet conseguem, como nos Estados Unidos em julho de 2011⁴, concluir acordos de cooperação visando policiar as redes, o que parece desejável, pois se os actores privados conseguirem internalizar os custos das redes, tanto melhor para o sector económico das indústrias e dos artesãos culturais. Mas esta evolução é também ela problemática: que legitimidade conceder a esta forma de regulação pelos actores privados? Como assegurar que o interesse do público seja adequadamente levado em conta?

Uma segunda solução passa pela adopção de novos dispositivos legislativos, o que foi realizado em França e no Reino Unido. Contudo, a sua efetivação põe por vezes problemas ou faz-se simplesmente esperar.



1. Para um panorama das medidas encaradas, v. nomeadamente o estudo comparativo de V. Delforge in C. Doutrina, F. Dubuisson e A. Strowe (sous la dir.), *Le téléchargement illicite*, Larcier, 2012. V. também a análise de C. Colin que distingue a excepção, a licença não-voluntária, a gestão colectiva obrigatória de um direito exclusivo e a licença colectiva estendida in *Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'oeuvres sur internet*, colocada em linha em 5 de dez. de 2011 em <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=1343>

2. Sobre o abandono dos projectos PIPA e SOPA pelas autoridades norte-americanas, v. o meu comentário em linha: <http://www.ipdigit.eu/2012/01/fight-for-the-future-victory-the-problems-however-remain/>.

3. V. a análise de *Idate Consulting & Research* para Hadopi, *Étude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites* – Note de synthèse, avr. 2012 (o *streaming* a pouco e pouco começou a tomar uma parte crescente nas utilizações graças à sua simplicidade e conforto na utilização. O carregamento directo, pelo seu lado, tem mais tendência a estagnar.

A maior parte das vezes temos que nos conformar com uma terceira solução: são os juizes que são obrigados a dar respostas imediatas.

Deixando de lado as respostas que passam pelos acordos entre actores e indústrias, concentrar-nos-emos aqui sobre algumas respostas legislativas (I) e sobretudo judiciárias (II) comparando a situação inglesa e francesa.

I. As respostas legislativas face às trocas e carregamentos ilícitos

A. A Hadopi em França: «esperar antes de clicar “lixo”»⁵

Em França, o legislador concebeu uma parada jurídica através da legislação “Création et Internet” de 2009 (Hadopi I e II) definindo o quadro da “resposta gradual”⁶ que, como se sabe, comporta três etapas (os envios das primeiras e segundas recomendações aos internautas implicados no carregamento prosseguem um objectivo pedagógico; a terceira etapa passa por um processo penal com a possibilidade de ordenar a suspensão do acesso à internet pelo internauta reincidente⁷). Teve de se esperar a primavera de 2010 para que a nova Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na internet (Hadopi⁸) fosse implementada; foi só depois de Outubro de 2010 que a resposta ao carregamento ilícito foi concretamente estabelecida através do envio das primeiras recomendações aos internautas. Um ano mais tarde (29 de Set. de 2011), a Hadopi apresentou o seu primeiro relatório de actividade. Em 1 de Maio de 2012, a Hadopi tinha enviado um milhão de primeiras recomendações, 93 500 segundas recomendações e tinha instruído 296 processos de terceira fase⁹. Para além dos números, falta-nos ainda a distância necessária para julgar da aplicação das leis Hadopi e da sua adequação aos objectivos confessados. Nomeadamente porque a sanção última da suspensão do acesso à internet não foi ainda testada. Evoca-se, em todo o caso, um recuo, encorajante do ponto de vista da indústria, de 5,7 milhões de utilizadores de sistemas de P2P em Outubro de 2010 contra somente 3,1 milhões de utilizadores em Fevereiro de 2012¹⁰. Sem dúvida que devemos concluir como fazia um artigo na primeira página do *Le Monde* (30 de Set. de 2011), «Hadopi: esperar antes de clicar “lixo”»?

Na altura em que uma nova ministra da Cultura deve tomar oficialmente posição sobre o futuro do sistema Hadopi, podemos apostar que a experiência Hadopi continuará mas num quadro sem dúvida reformado, em parte. O meio da criação e nomeadamente os profissionais do cinema francês arriscam com efeito fazer ouvir a “razão económica” aos novos responsáveis políticos que, até ao presente, puderam tomar posições mais ideológicas, afastados que estavam das vicissitudes do poder que exige responder a realidades de curto prazo¹¹. Ora, alguns números, nomeadamente para a música, são encorajadores: assim, nos Estados Unidos, as vendas globais (física e digital) aumentaram em 2011, um crescimento que não se verificava desde 2004. Por outro lado, o crescimento dos rendimentos digitais, ligado à expansão rápida dos serviços iTunes, Spotify e sobretudo Deezer, está em vias de compensar a baixa do mercado físico¹².

Se uma tal estabilização, ou até mesmo uma progressão dos rendimentos, se confirmasse para diversos sectores da criação, deveríamos deixar de nos preocupar com a questão única da aplicação do direito existente. Poderíamos, assim, “passar a outra coisa” e pensar numa reforma substancial do direito de autor a fim de que um novo pacto mais ambicioso entre os criadores e o público pudesse ser selado, um pacto mais generoso para uns e para outros (mais dinheiro para a criação, por um lado; preços mais razoáveis para um público alargado, por outro). Este pacto poderia também prever novas responsabilidades para os intermediários e liberdades de utilização mais amplas para os utilizadores.



4. Assinado em Julho de 2011, o *Memorandum of Understanding* entre os grandes intermediários da internet (que denominamos ISPs por *Internet Service Providers*) e os titulares de direitos devia estar operacional para Julho de 2012, mas o *Centre for Copyright Information*, criado pelo MOU, acaba de anunciar que a data será adiada para permitir aos ISPs instalar os programas de computador e os alertas necessários. Como escreve M. Lambrecht (v. Riposte graduée: accord américain sur un régime de «six strikes» em www.ipdi-git.eu), o acordo implanta um regime de «alertas» eventualmente seguidos de sanções ou *mitigations measures*. O processo é muito gradual, com seis níveis de avisos previstos no total (de tal modo que o nome de “six strikes” começa a impor-se nos comentadores), e as sanções previstas no final, desde a redução de conexão até à restrição de acesso, são sempre temporárias.

5. Este subtítulo retoma o título de um editorial em primeira página do jornal *Le Monde*. Fiz eco dessa análise num post sobre o “pédablog”: < <http://www.ipdigit.eu/2011/10/premier-bilan-de-lhadopi-attendre-encore-r-former-loutil-ou-le-mettre-a-la-poubelle/>>.

6. A legislação «Création et Internet» cobre ao mesmo tempo a lei de 12 de Junho favorecendo a difusão e a criação na internet (JO 13 Junho 2009) e a lei de 28 de Outubro de 2009 relativa à protecção penal da propriedade literária e artística na internet (JO 29 de Outubro de 2009). Designaremos estas duas leis como as leis Hadopi I e II.

7. O mecanismo da «resposta gradual» é correntemente designado em inglês como o “three strikes and you’re out”, que faz referência a uma regra do jogo de base-ball permitindo ao batedor fazer dois ensaios antes de lançar o terceiro. Nos Estados Unidos alude-se também à “three strikes laws” para designar as leis autorizando os juizes a impor medidas de prisão prolongada àqueles que foram condenados por uma infracção grave num mínimo de três vezes. É pois um dispositivo anti-reincidentes que aqui se visa.

8. V. www.hadopi.fr.

9. Citados por M. Imbert-Quaretta, J.-Y. Monfort e J.-B. Carpentier, La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée: *JCP G* 7 mai 2012, n.º 19, p. 971. Os números em 1 de Maio devem ser comparados aos retomados no relatório de Set. 2011 da Hadopi: 470 935 primeiras recomendações; 20 598 segundas recomendações; 20 processos transmitidos ao Ministério Público para um eventual procedimento penal; nenhuma ordem de suspensão de acesso pronunciada.

10. V. os números citados pelo SNEP: <http://www.disqueenfrance.com/fr/catalogpage.xml?id=463915&pg=1&cat=253067>.

11. V. a página do jornal *Le Monde* (28 Jan. 2012) intitulada: *Sortir de l’Hadopi, est-ce possible?* O subtítulo diz muito sobre a aplicação do programa socialista: “François Hollande quer suprimir a lei Création et Internet. Revista das propostas socialistas para lutar contra a pirataria defendendo os autores. Complicado”.

12. V. o Relatório do IFPI para o ano de 2011 (intitulado *Digital Music Report 2012*) e disponível em http://www.ifpi.org/content/libraryDMR_2012.pdf. Dito isto, o mercado francês, muito dependente da venda de álbuns, continuou a baixar em 2011 (-5%) apesar de um aumento espectacular do digital (e muito especialmente das receitas das assinaturas de serviços de *streaming*).

B. No Reino Unido: uma resposta legislativa em *stand by*

Do outro lado da Mancha, o Reino Unido também se lançou numa reforma do direito de autor a fim de lutar mais eficazmente contra o carregamento ilícito. Esta reforma culminou na adopção em abril de 2010 do *Digital Economy Act (DEA)*¹³, que propõe também ele um sistema de cooperação reforçada com os intermediários na Internet (os *Internet Service Providers* ou ISPs¹⁴) baseada em notificações enviadas aos internautas suspeitos de fazerem carregamento ilícito. Podemos resumir o funcionamento do sistema como segue: *i)* o titular dos direitos que pretende que os seus direitos de autor foram violados por uma pessoa que acede de maneira ilícita a obras protegidas na internet ou que troca sem autorização ficheiros protegidos (por exemplo através de um sistema de P2P) deve fornecer um relatório sobre essas infracções (o *Copyright Infringement Report* ou CIR) ao ISP cujos serviços são utilizados pelo assinante para aceder ilicitamente a essas obras (o CIR pode incluir o endereço IP utilizado pelo internauta); *ii)* o ISP deve, de seguida, enviar uma notificação ao seu assinante indicando a alegada violação do direito de autor e as consequências jurídicas que daí podem decorrer. Tal como em França, a notificação deve reenviar também o assinante para as ofertas lícitas de conteúdos protegidos; *iii)* o ISP deve compilar as listas recolhendo as diversas infracções ao direito de autor ligadas a um endereço IP particular e enviar essa lista de infracções previamente anonimizada ao titular dos direitos; *iv)* apoiando-se nessa lista, o titular dos direitos pode então decidir iniciar um processo judicial contra o assinante operando através do endereço IP em causa, desde logo obtendo os dados pessoais do assinante, depois agindo pela contrafacção de direito de autor.

Este sistema, antes de poder ser colocado em prática, necessita ainda da adopção de um código de conduta detalhado que precise o modo como os ISPs deverão respeitar as obrigações a seu cargo impostas pela DEA. Comparado ao mecanismo das leis Hadopi, o sistema inglês repousa sobretudo sobre a intervenção dos privados (os titulares dos direitos e os ISPs). Aqui não se trata, aliás, de instituir, como em França, uma autoridade administrativa independente que esteja encarregada de administrar o mecanismo. Contudo, o órgão encarregado da regulação das telecomunicações (o Ofcom) ocupa-se de pôr em prática os princípios do DEA, nomeadamente pelo estabelecimento do código de conduta que define em pormenor o funcionamento do sistema aqui resumido. Decorre, ainda, uma outra diferença de monta em relação ao sistema francês: o custo não é assumido pelo Estado, mas essencialmente pelos titulares dos direitos. Em Setembro de 2010, o governo inglês propôs que os custos do sistema de notificações e incluindo aqueles ligados à intervenção do Ofcom enquanto regulador, fossem suportados na razão de 75% para os titulares dos direitos e de 25% para os ISPs¹⁵.

A aplicação do quadro legislativo atrasou-se bastante. Num relatório oficial do governo publicado em Agosto de 2011¹⁶, sendo que este é sequência de uma consulta e de um relatório do Professor I. Hargreaves¹⁷, as autoridades inglesas propõem medidas para “avançar na aplicação das obrigações iniciais do DEA”¹⁸. Esta aplicação não está ainda na ordem do dia pois o Reino Unido não encara enviar as primeiras

cartas de notificação aos internautas antes do fim de 2012!¹⁹ E ainda são de esperar outros adiamentos na aplicação. A concretização da resposta legislativa faz-se pois esperar. Ainda menos que em França, podemos fazer o balanço do novo dispositivo e medir a sua eventual eficácia.

C. O dispositivo inglês de resposta gradual é julgado proporcionado

Tratando-se da legalidade do sistema adoptado pela DEA, um acórdão do Tribunal de recurso com data de 6 de Março de 2012, confirmando uma decisão de 20 de Abril de 2011, validou o dispositivo legislativo e considerou que a resposta pretendida era proporcionada²⁰. Dois ISPs, British Telecom (BT) e TalkTalk Telecom (TalkTalk), tinham contestado o sistema do DEA perante os tribunais invocando duas razões de queixa principais: em primeiro lugar, seria incompatível com o direito europeu e, em segundo lugar, as medidas pretendidas seriam desproporcionadas.

1. Compatibilidade do DEA com o direito europeu

Entre as disposições europeias invocadas pelos demandantes, encontramos os artigos 12 e 15 da directiva 2000/31 sobre o comércio electrónico que estabelecem respectivamente



13. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk> (v. em particular os art. 124A a 124M introduzidos no *Communications Act 2003* sob o título, que diz muito sobre o objectivo das disposições, *Online infringement of copyright: obligations of internet service providers*).

14. Utilizamos aqui a abreviatura ISPs cobrindo os intermediários em linha ou *Internet Service Providers*. Em França, é comum utilizar a abreviatura FAI para Fournisseur d'Accès Internet, cujo sentido não corresponde completamente ao da expressão e abreviatura em inglês.

15. V. Department for Business Innovation and Skills, *Online Infringement of Copyright (Initial Obligations) Cost Sharing*, set. 2010. Esta repartição de custos, no seu conjunto, foi validada pela decisão *BT-TalkTalk* discutida *infra*, sob reserva dos custos de gestão e administração suportados pelo Ofcom ou pela instância de recurso em caso de queixa dos assinantes, os quais custos deverão repousar exclusivamente sobre os titulares dos direitos. V. o documento de Agosto de 2011 intitulado *Next steps for implementation of the Digital Economy Act* disponível no sítio do ministério da Cultura: <http://www.ipso.gov.uk/publications/8365.aspx>.

16. HM Government, *the Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth*, Agosto de 2011, disponível em <http://www.ipso.gov.uk/ipresponse-full.pdf>.

17. I. Hargreaves, *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth. An independent report*, disponível em <http://www.ipso.gov.uk/ipreview.htm>.

18. *Ibid*, p.14.

19. A fórmula utilizada na análise das etapas para a implantação do DEA, realizada pelo Ministério da Cultura, dos Médias e do Desporto (DCMS), *Next steps for implementation of the Digital Economy Act*, Agosto de 2011, disponível em <http://www.culture.gov.uk/publications/8365.aspx> é particularmente prudente: “We hope that the first notification letters will be sent to subscribers by the end of 2012” (p.4).

20. *British Telecommunications Plc & TalkTalk Teelcom Group Plc v. The Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport* (2012) EWCA Civ. 232 (6 de Março de 2012) confirmando (2011) EWHC 1021 (Admin) 20 de Abril de 2011) disponíveis em <http://bailii.org>.

a exoneração da responsabilidade para os fornecedores de serviços de “simples transporte” de informações (ou *mere conduit*) e a ausência da obrigação geral de supervisão.

BT e TalkTalk pretendiam que o DEA infringia o art.º 12 por prever uma sanção para os ISPs que não respeitassem as suas obrigações segundo o dispositivo de cooperação reforçada e que essa sanção teria como fundamento “informações transmitidas”²¹. Depois de ter evocado a possibilidade de impor ao intermediário que pusesse fim a uma violação (v. o artigo 12 (3) da directiva), o *High Court* sublinha (no parágrafo 107) que as obrigações e sanções a cargo dos intermediários não decorrem “das informações transmitidas”, mas do dispositivo do DEA que obriga nomeadamente os ISPs a receber os CIR enviados pelos titulares de direitos, a transmiti-los aos seus assinantes e a compilar as listas recolhendo as diversas infracções ao direito de autor ligadas a um endereço IP a fim de as transmitir aos titulares dos direitos. Todas estas obrigações não resultam da natureza das “informações transmitidas”, pois elas são integradas num “processo de regulação visando pôr em prática controlos apropriados face aos assinantes que, não obstante outras medidas, persistem em cometer infracções” (parágrafo 107).

A BT e o TalkTalk argumentavam também que o artigo 15 da directiva 2000/31 era infringido pois o DEA instaurava uma obrigação geral de supervisão²² (*monitoring*). Para o *High Court*, uma tal obrigação geral existe se um intermediário tiver de controlar a informação de maneira aleatória, ou em referência a certas classes de informações ou de assinantes, mas não existe se for solicitado num caso particular para o qual lhe foi chamada a atenção. Para o *High Court*, o DEA não impõe uma tal obrigação geral, uma vez que o papel do ISP no dispositivo do DEA é “essencialmente passivo” (parágrafo 116): “Ele recebe relatórios daqueles que (...) “supervisionaram” a informação transmitida. Cabe ao titular do direito de autor demonstrar (...) que a informação transmitida infringe os direitos dos titulares (...). Quando o ISP envia um CIR a um assinante, não opera o *monitoring* da informação. Ele nada mais faz do que notificar ao assinante que, segundo informação recebida de uma outra pessoa, esse assinante lesou o titular do direito de autor. (...) O próprio ISP não tem um tal papel activo, nem quando comunica um CIR a um assinante, nem quando envia uma lista de infracções a um titular de direito: o CIR é já o produto do trabalho de uma outra pessoa que conduziu um inquérito activo, e a lista das infracções é simplesmente uma compilação desses relatórios face a um assinante em particular” (parágrafos 116 e 118).

2. Proporcionalidade das medidas do DEA

O *High Court* sublinha desde logo que nesta matéria deve deixar-se ao Parlamento uma ampla margem de apreciação, visto que a legislação, tendo sido precedida de um longo período de consultas aos meios interessados, repousa sobre um equilíbrio delicado entre os interesses económicos em conflito e põe em jogo numerosos direitos fundamentais (como a liberdade de expressão, a vida privada, mas também o direito de propriedade). O *High Court* analisa, de seguida, em várias etapas a proporcionalidade do DEA: *i*) O DEA prossegue um objectivo legítimo, a saber garantir que o direito fundamental de propriedade possa gozar de uma

protecção efectiva; *ii*) os ISPs não puderam demonstrar que existem meios tão eficazes para resolver o problema, mas menos atentatórios das liberdades: com efeito, as diversas tentativas de estabelecer códigos de conduta voluntária entre titulares de direitos e ISPs falharam, o que constitui um convite para o legislador intervir; por outro lado, segundo o *High Court*, o sistema do DEA constitui, “tanto do ponto de vista do titular do direito de autor como do assinante (...) um sistema mais eficaz, mais focado, mais equitativo que os dispositivos existentes” (parágrafo 228), a saber os processos nos tribunais; *iii*) as medidas definidas são pertinentes em relação ao objectivo da redução do carregamento ilícito, nomeadamente por troca P2P (v. parágrafo 230 *sq.*); *iv*) sem negar a existência de um possível *chilling effect* do DEA em matéria de liberdade de acesso a informação que resultaria de que o titular da assinatura não é necessariamente a pessoa que comete as infracções ao direito de autor (nomeadamente no caso de a assinatura ser de uma escola ou de um café internet), o *High Court* estima que é prematuro concluir que os custos sociais das medidas preconizadas são susceptíveis de ultrapassar os benefícios que se podem contar com o DEA em termos de protecção efectiva do direito de autor (parágrafo 240); *v*) uma revisão detalhada (parágrafos 242–261) das análises de impacto do DEA e dos estudos económicos produzidos pelas partes conduz igualmente o *High Court* a estimar que os custos prováveis do sistema não contribuem para tornar a legislação desproporcionada em relação ao objectivo de redução das infracções em linha ao direito de autor (parágrafo 262).

A acção da BT e TalkTalk é pois rejeitada, ao mesmo tempo que é consolidado o dispositivo do DEA.



21. O artigo 12 prevê que: “1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador (...) 3. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

22. O artigo 15 prevê que: “1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

D. Regresso à Hadopi: o mecanismo de resposta gradual é em princípio proporcionado

Esforcei-me, noutro local²³, por avaliar de maneira detalhada a *proporcionalidade* da resposta gradual, a qual obriga a fazer uma análise dos custos e benefícios das medidas de suspensão previstas no artigo L.335-7 e L.335-7-1 do Código da propriedade intelectual (CPI), nomeadamente face à liberdade de expressão e de comunicação. O próprio legislador francês pôs em evidência a necessidade de realizar uma ponderação entre direito de autor e a liberdade de expressão: tratando-se da determinação da “duração da pena pronunciada”, é necessário segundo o artigo L.335-7-2 do CPI “conciliar a protecção dos direitos de propriedade intelectual e o respeito do direito de se exprimir e de comunicar livremente, nomeadamente a partir do seu domicílio”.

Várias características do sistema francês sugerem que a exigência de proporcionalidade é respeitada. A sanção intervém no final de um processo gradual de notificação e de intimação, visando os reincidentes. Tratando-se das garantias de processo equitativo, a lei Hadopi II prevê mesmo que a suspensão temporária de acesso à internet não pode ser imposta por uma autoridade administrativa, mas somente por uma jurisdição penal. Tratando-se da suspensão de acesso à internet, é possível modulá-la de modo a que ela não afecte outros serviços, por exemplo os serviços de telefonia ou de televisão no caso de uma oferta conjunta em “triple play”²⁴. Por outro lado, não vemos, à parte a dificuldade na sua aplicação, o que impedirá o juiz de limitar a suspensão ao acesso em alta velocidade mantendo o acesso em baixa velocidade de forma a respeitar a obrigação de serviço universal. Uma modulação da suspensão é ela própria requerida pela lei²⁵.

Todavia, alguns pontos continuam a suscitar dúvidas.

Tratando-se desde logo da informação dos internautas, o artigo L.331-26 do CPI precisa que as recomendações da Hadopi “não divulgam o conteúdo das obras ou objectos protegidos”. Em contrapartida, as recomendações devem indicar as coordenadas telefónicas, postais e electrónicas “para onde o seu destinatário pode endereçar, se o desejar, observações à comissão de protecção dos direitos e obter, se o pedir expressamente, precisões sobre o conteúdo das obras ou objectos protegidos, relacionados com a infracção que lhe é atribuída” (CPI, art. L.331-26 al.3). Uma informação quanto aos actos ilícitos eventualmente cometidos pode pois ser obtida, mas somente a título facultativo.

Tratando-se, em seguida, do processo penal aplicável, o artigo 495-6-1 do Código de processo penal foi modificado para permitir obter uma decisão de suspensão do acesso à internet segundo o processo simplificado do decreto regulamentar penal, um processo sem debate contraditório reservado em princípio aos ilícitos sancionados com penas ligeiras e às contravenções. O que é mais, o decreto regulamentar penal não tem de ser fundamentado. Podemos perguntar-nos se essas duas características do processo penal simplificado aberto pela Hadopi II (ausência de carácter contraditório e de obrigação de fundamentação) respeitam as exigências do processo equitativo²⁶.

II. As interdições judiciais relativas aos intermediários: dizer e redizer o direito à espera de outras respostas

Desde há pouco tempo, a principal resposta jurídica ao carregamento e ao *streaming* ilícito vem dos tribunais que os titulares dos direitos solicitam a fim de obter injunções com o fundamento no artigo 8 (3) da directiva 2001/29 sobre o direito de autor e os direitos conexos na sociedade da informação. Uma disposição cujo texto merece ser recordado: “Os Estados-Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos”. Este artigo ou disposições nacionais equivalentes foram utilizados por juízes na Áustria, na Bélgica, na Dinamarca, nos Países Baixos, etc., para ordenar medidas de injunção contra os diversos intermediários, implicando a utilização de meios técnicos. Foi particularmente no Reino Unido que várias decisões nos casos *Newzbin 2* e *The Pirate Bay* culminaram em tais injunções aos intermediários. Estas decisões aclaram por outro lado o alcance de várias decisões recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia (nomeadamente os acórdãos *Scarlet*, proc. C-70/10 e *Netlog*, proc. C-360/10 do Tribunal de Justiça) que definiram o limite que tais injunções não devem ultrapassar.

A. O caso *Newzbin2* à luz do acórdão *Scarlet* do TJUE

Num caso conhecido sob o nome de *Newzbin 2*, um juiz inglês proferiu uma decisão em Julho de 2011 (seguida de uma segunda em Outubro de 2011)²⁷ que abre a via



23.V. a contribuição *Les réponses au téléchargement illicite en France et au Royaume-Uni: proportionnées ou attentatoires aux libertés?* in C. Doutrépoint, F. Dubuisson e A. Strowel (sous la dir.), *Le téléchargement illicite*, précit.

24. O artigo L.335-7 do CPI (introduzido pela Lei Hadopi II), precisa que “quando o serviço (de comunicação ao público em linha) é adquirido segundo ofertas comerciais compósitas incluindo outros tipos de serviços, tais como serviços de telefonia ou de televisão, as decisões de suspensão não se aplicam a esses serviços”.

25. Segundo o artigo L. 335-7-2 do CPI: “Para pronunciar a pena de suspensão (...) e determinar a duração, a jurisdição leva em conta as circunstâncias e a gravidade da infracção, bem como a personalidade do seu autor, e nomeadamente a actividade profissional ou social deste, bem como a sua situação socioeconómica”.

26. Até porque tanto mais que uma reforma da “ordonnance pénale” adoptada em 4 de Julho de 2011 pela Assembleia Nacional permite aos titulares dos direitos de solicitar uma indemnização no quadro de uma “ordonnance pénale” por infracção à Hadopi. V. também E. Derieux, *Validation par le Conseil constitutionnel de l’essentiel de la loi Hadopi 2: RLDI 2009/54*, n.º 1780, p. 8. Nós seguimos aqui L. Costes in *RLDI 2011/75*, n.º 2476, p. 21.

27. *Twentieth Century Fox Film Corp. v. British Telecommunications Plc*, EWHC 1981 (Ch.) de 28 de Julho de 2011 e EWHC 2714 (Ch.) de 26 de Outubro de 2011, disponíveis em: < <http://www.bailii.org> >.

a medidas de interdição relativamente a intermediários e permite conceber a cooperação destes na luta contra o carregamento e as trocas de ficheiros ilícitos.

No *Newzbin 2*, a British Telecom (BT) tinha sido processada por diversos estúdios de cinema (Twentieth Century Fox, Universal, etc.) que pretendiam obter uma injunção impondo à BT que bloqueasse ou ao menos impedisse os assinantes de aceder a um sítio, o *síte* Newzbin 2, e aos filmes protegidos que ele oferecia. A sociedade Newzbin Ltd tinha já sido condenada por contrafacção em grande escala, através de um sítio similar (Newzbin 1), dos direitos de autor de produtores de filmes. Na sequência dessa condenação, o sítio Newzbin 1 tinha deixado de funcionar, mas os seus responsáveis tinham aparentemente decidido transferir as operações a fim de que o sítio fosse alojado num local que escapasse à competência das jurisdições inglesas. Os titulares de direitos deixavam, assim, de poder agir directamente no Reino Unido contra o operador de Newzbin2. Por outro lado, o sítio visava claramente os internautas ingleses (possibilidade de se tornar membro pagando em libras esterlinas, referências ao direito inglês nas condições em linha, etc.). A acção dos estúdios era essencialmente fundada no artigo 97 do *Copyright Design and Patent Act* (CDPA) de 1988 que transpõe o artigo 8 (3) da directiva 2001/29.

A BT argumentava nomeadamente que o artigo 97 A do CDPA era contrário ao artigo 10 da CEDH²⁸. Tratando-se da ponderação a operar entre a liberdade de expressão e de receber informações, de um lado, e o direito de propriedade do artigo 1.º do Primeiro protocolo à CEDH, do outro, o juiz inglês, M. Arnold, recordou a abordagem definida noutros precedentes: *i*) nem uma, nem outra destas disposições predomina sobre a outra; *ii*) em caso de conflito, uma análise aprofundada da importância respectiva dos dois direitos no caso em análise deve ser levada a cabo; *iii*) as justificações para uma interferência com cada direito devem ser tomadas em conta; *iv*) enfim, o teste de proporcionalidade deve ser aplicado (§ 164).

Na sua análise, o juiz Arnold refere-se amplamente ao caso *Scarlet*²⁹ que, na altura em que a decisão *Newzbin 2* foi tomada, não tinha chegado ainda ao acórdão do TJUE, o qual tem a data de 24 de Novembro de 2011. Mas as conclusões do Advogado geral estavam já disponíveis. No *Scarlet* o tribunal de recurso de Bruxelas tinha perguntado ao Tribunal de Justiça se o direito europeu, nele compreendidos os artigos 8 e 10 da CEDH, autorizava um juiz nacional “a ordenar a um FAI a colocação, face a toda a sua clientela, *in abstracto* a título preventivo, a expensas exclusivas desse FAI e sem limitação no tempo, de um sistema de filtragem de todas as comunicações electrónicas, tanto de entrada, como de saída, transitando pelos seus serviços, nomeadamente pela utilização de programas *peer-to-peer*, tendo em vista identificar na sua rede a circulação de ficheiros electrónicos contendo uma obra (...) sobre a qual o demandante pretende deter direitos e em seguida bloquear o transporte destes, seja ao nível do pedido, seja por ocasião do envio”. A medida de injunção aparentemente solicitada pela sociedade de gestão (a Sabam) contra o FAI (*Scarlet*) era formulada de uma forma muito ampla, pelo que não é uma surpresa que o Tribunal de Justiça tenha julgado que uma tal medida era incompatível com diversas directivas comunitárias e com os artigos 8 e 10 da CEDH. Uma tal injunção impor-

nomeadamente ao FAI “uma vigilância generalizada que é proibida pelo artigo 15.º (1) da directiva 2000/31” (§40). Por outro lado, a dita injunção é “susceptível de infringir direitos fundamentais desse FAI” e nomeadamente a liberdade de informação “pois esse sistema comportaria o risco de não distinguir suficientemente entre um conteúdo ilícito e um conteúdo lícito, de sorte que a sua instalação poderia ter por efeito levar ao bloqueio de comunicações de conteúdo lícito. Com efeito, não é contestado que a resposta à questão da licitude de uma transmissão depende igualmente da aplicação de excepções legais ao direito de autor que variam de um Estado-Membro para outro. Além disso, certas obras podem relevar, em certos Estados-Membros, do domínio público, ou elas podem ser objecto de uma colocação em linha a título gratuito por parte dos autores em causa” (§52).

A decisão *Scarlet* não impede um juiz de ordenar uma cessação relativamente a um intermediário, estabelece certas condições a tais injunções. No *Newzbin 2*, o Juiz Arnold coloca bem em evidência que, contrariamente ao que era pedido pela Sabam no *Scarlet*, a injunção pedida é “clara e precisa” (os filmes colocados à disposição dos internautas através do *Newzbin 2* eram claramente identificados e protegidos). O juiz acrescenta que a injunção impõe simplesmente à BT que implante uma “solução técnica existente que a BT já utilize para outros fins”, que pôr em prática essa solução é considerado pela BT como “tecnicamente realizável”, que o custo dessa implantação não seja julgado “excessivo” pela BT, que a injunção seja susceptível de ser modificada e levantada em função da evolução das circunstâncias (v. §177 da decisão *Newzbin 2*). A injunção pode pois ser considerada como “prescrita pela lei” no sentido do artigo 10 (2) da CEDH; por outro lado, ela é proporcionada pois é “focada”. E o que é mais, os interesses ligados à protecção da propriedade prevalecem sobre os direitos que os utilizadores do *Newzbin 2* podem tirar do artigo 10 da CEDH e “ainda mais claramente” sobre os direitos que os operadores do *Newzbin 2* podem reivindicar com o fundamento do artigo 10, pois que o custo da aplicação da medida será “modesto e comedido” (v. §199).

B. O caso *Pirate Bay* à luz da jurisprudência do TJUE sobre o direito de comunicação ao público e proporcionalidade

O caso *Pirate Bay*, que deu lugar a duas outras decisões³⁰ bem fundamentadas de M. Arnold no Reino Unido, opõe



28. A BT pretendia também que os artigos 12 (3) e 15 da directiva 2000/31 sobre o comércio electrónico (v. supra) tinham sido violados, mas o juiz estima, com razão, que uma injunção impondo a um fornecedor de acesso a restrição do acesso a informações ilícitas é permitida pelo artigo 12 (3) e que o artigo 15 (1) não impede a existência de uma obrigação de vigilância sobrevinda num caso particular.

29. TJUE, 24 de Novembro de 2011, C-70/10, *Scarlet Extended c/Sabam* disponível no sítio do Tribunal de Justiça).

30. *Dramatico Entertainment Ltd and alii v. British Sky Broadcasting Ltd et alii* (2012) EWHC 268 (Ch.) de 20 de Fevereiro de 2012 e (2012) EWHC 1152 (Ch.) de 2 Maio de 2012, disponíveis em <http://www.bailii.org>.

diversos produtores de discos (Dramatico Entertainment, EMI Records, etc.) aos principais ISPs ingleses (British Sky Broadcasting, BT, etc.). O Pirate Bay é um sítio muito popular: nos finais de 2011 mais de 30 milhões de internautas o utilizavam, era o 43.º sítio mais visitado no Reino Unido. Ele é financiado pela publicidade que gera, segundo o perito ouvido pelo tribunal, entre 1,7 e 3 milhões de dólares por mês. O Pirate Bay funciona como o maior “tracker” (repertório) de conteúdos. Depois de ter identificado o conteúdo procurado no The Pirate Bay, o utilizador pode carregar os ficheiros redigidos no protocolo BitTorrent (não se trata de ficheiros contendo obras, ou mesmo de partes de obras). O programa BitTorrent que tenha previamente instalado no seu computador permitir-lhe-á utilizar a informação dos ficheiros BitTorrent para de seguida descarregar, a partir de múltiplos nós da rede, as “peças” dos ficheiros de conteúdo que serão então integralmente recompostos no seu computador. Nesse sistema de P2P muito descentralizado, nenhuma infracção directa ao direito de autor é cometida pelos operadores do The Pirate Bay que só oferecem em definitivo um repertório e ligações.

Contrariamente ao que se tinha passado no caso *Newzbin*, os demandantes não tinham deduzido acção prévia contra os operadores dos sítios The Pirate Bay (os quais tinham todavia sido processados e condenados noutras jurisdições). O juiz inglês estima que uma ordem de cessação pode ser dada contra os intermediários sem que seja necessário intervir um procedimento em dois tempos. Um dos argumentos dos réus consistia em dizer que a acção não era viável desde logo por que nem os operadores do The Pirate Bay, nem os utilizadores estavam na causa. Interpretando o artigo 8 (3) da directiva 2001/29 e a disposição inglesa que o transpõe (art.97A), o juiz Arnold estima que a presença desses terceiros não é requerida porque essa disposição interessa essencialmente aos intermediários; Além disso, exigir a presença na causa desses terceiros é impossível e em todo o caso desproporcionada (os indivíduos que operavam e controlavam o The Pirate Bay desapareceram na natureza depois da sua condenação pelos juízes suecos) (§12). Depois de ter concluído que os utilizadores do The Pirate Bay realizam reproduções e actos de comunicação ao público no sentido do direito de autor – e, de maneira muito fina, o juiz Arnold fá-lo à luz de uma análise muito detalhada das decisões do TJUE no *Hotel Rafael* (proc. C-306/05), *Premier League* (proc. C-403/08 e proc. C-429/08) e *Airfield* (proc. C-431/09 e proc. C-432/09) –, o juiz britânico conclui na sua decisão de 20 de Fevereiro de 2012 que os operadores do *The Pirate Bay* são indirectamente responsáveis (pela aplicação das doutrinas inglesas da *authorisation* e da *joint tortfeasance*). Foi só na segunda decisão *The Pirate Bay* (2 de Maio de 2012) que ele ordenou aos intermediários que cessassem de dar acesso ao The Pirate Bay. Com efeito, as três condições do artigo 8 (3) estão a seus olhos reunidas: primeiro, ninguém contesta que Sky, BT, etc. são intermediários ou *service providers*; de seguida, tanto os utilizadores como os operadores do The Pirate Bay utilizam os serviços dos FAI para cometer infracções, respectivamente directas e indirectas, ao direito de autor; enfim, os FAI têm conhecimento dessas violações na sequência nomeadamente das notificações das partes demandantes (e da constatação, pelo juiz na primeira decisão *The Pirate Bay*, das infracções

realizadas). Enfim, a decisão de 2 de Maio examina se a injunção contra os FAI é proporcionada. Toda a medida civil de aplicação deve, com efeito, ser “proporcionada”, como o exige o artigo 3 (2) da directiva 2004/48 sobre a aplicação dos direitos de propriedade intelectual. De resto, o TJUE já o tinha recordado no caso *L’Oréal c/ eBay* (proc. C-324/09). Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça insistiu sobre a necessidade de pôr na balança a protecção dos direitos intelectuais e a de outros direitos que podem ser afectados pelas medidas de protecção (a decisão refere-se aqui aos acórdãos do TJUE em *Promusicae* (proc.C-275/06) e *Scarlet* (proc. C-70/10). A ordem de cessação parece proporcionada ao Juiz, não somente do ponto de vista das partes que negociaram os termos, mas também em relação aos terceiros que usam o The Pirate Bay.

Estes dois casos (e quatro decisões) põem em evidência a elaboração de um *standard* jurídico para as injunções face aos intermediários. Este *standard* apoia-se directamente sobre a jurisprudência comunitária recente em matéria de direito de autor. Tal como sobre outros aspectos não abordados aqui (o critério de protecção, a extensão dos direitos, etc.), o Tribunal de Justiça em “tandem” com os juízes nacionais, está a caminho de fazer uma obra de harmonização significativa quanto às condições das injunções contra os FAI.

É ainda difícil julgar se as medidas legislativas e judiciais adoptadas em França e no Reino Unido serão coroadas de êxito. Um êxito de resto difícil de avaliar, mas que se medirá em função do impacto destas medidas sobre o volume global de carregamentos ilícitos e, sobretudo, sobre a evolução da oferta global. Porque é a evolução favorável da oferta legal que permitirá em definitivo dizer se as medidas legislativas³¹ cumprem o seu objectivo. Aliás, de maneira significativa, a resposta gradual em França é acompanhada de um apoio importante à oferta legal, ou seja, às respostas do mercado³². Acresce que, se as injunções obtidas na Justiça³³ incitam os intermediários a cooperar para isolar as violações mais flagrantes do direito de autor, podemos falar num sucesso da resposta judiciária. Para falar de “sucesso”, é preciso naturalmente que as liberdades fundamentais não sejam postas em causa pelas novas medidas tanto legislativas como judiciais.

31. Recordadas *supra* sob I.

32. O relatório pré-citado da Hadopi (Set. de 2011, p. 45 *sq.*) indica assim que, para sustentar uma oferta legal atractiva, a Hadopi atribuiu 19 etiquetas de garantia a serviços existentes, e isto em conformidade com a sua missão legalmente definida de encorajamento ao desenvolvimento da oferta legal (CPI, art.º L.331-13). O processo de etiquetagem prossegue o duplo objectivo de facilitar a identificação das ofertas respeitadoras do direito de autor e de concorrer para sua valorização junto dos internautas (através de um portal de referência).

33. V. *supra* parte II.