

# Propriedades intelectuais

## DOMENAGEM

- Not 90 años de Luis Francisco Robledo  
Manuel Lopes Rocha |  
Miguel Lourenço Cortês

## DOCTRINA

- A avaliação do prejuízo em matéria de  
cotização de família  
Artur Faria | Ana Sofia Leitão
- Exclusão, coexistência e equidade  
Cândido Gil Estêvão
- Por uma constituição de um direito de  
autor inscrito no sistema de direitos  
e não de propriedade intelectual como  
múltiplos perfoneamentos  
Vitor Gabriel Drummond
- Uma nova lei para alargar o âmbito de  
ação do Brasil e México Civil  
Renaldo Lotini

## CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

- Direito de autor  
André Lucas  
J. M. Diniz de  
Vitor Galvão Rosa
- Direito de propriedade intelectual  
Francisco Mendes  
Cátia Lobo F. Oliveira  
João Alberto Costa

## ARTES DE LUSOFONIA

- Carta de Moçambique  
Artur Almeida
- Carta de Macau  
Cândido Gil Estêvão
- Carta de Angola  
Luís Filipe Carvalho |  
Cátia Lobo F. Oliveira  
Fernando Pinto de Sáez

## ACTUALIDADE

- "Revista" de Direito de Autor  
de 21 de Agosto 2014  
Miguel Lourenço Cortês  
Luís Sáez de Guzmán  
Cândido Gil Estêvão  
Manuel Lopes Rocha



## Direito de autor

**ANDRÉ LUCAS**

PROFESSOR EMÉRITO DA UNIVERSIDADE DE NANTES

**JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE**

PROFESSOR NA UNIVERSIDADE DE GRENOBLE-ALPES, DIRECTOR DO CUERPI

**VITOR CASTRO ROSA**

ADVOGADO, LISBOA

■ **Direito de comunicação ao público – Hiperligação dirigida para um sítio na Internet – Colocação à disposição do público (sim) – Conteúdo livremente disponível noutra sítio na Internet – Existência de um público novo (não) – Comunicação ao público (não) – Impossibilidade para os estados-membros de utilizar uma definição de comunicação ao público mais ampla do que aquela que decorre do artigo 3.1 da directiva de 2001 sobre a sociedade da informação**

• TJUE 4.ª Câmara, 13 de Fevereiro de 2014, Proc. C-466/12

Nils Svensson e outros c/ Retriever Sverige AB

O acórdão *Svensson*, notável pela sua concisão e subsequente a uma audição do advogado geral, sem conclusões, resolve a questão muito controversa de saber se as hiperligações (ligações “clicáveis” diz o tribunal) respeitam ao direito de comunicação ao público previsto pelo artigo 3.1 da directiva de 2001 sobre a sociedade da informação. Ao mesmo tempo, tece interessantes considerações sobre a própria noção de comunicação ao público. Interessantes, mas não decisivas, pois o Tribunal, uma vez mais, pretende harmonizar, mas deixando permanecer várias sombras, em prejuízo da segurança jurídica.

O litígio opõe jornalistas, cujos artigos foram publicados na versão em papel do jornal sueco *Göteborgs-Posten* e colocados em linha para acesso livre no sítio Internet do mesmo jornal, à sociedade Retriever Sverige, que explora, por si, um sítio que fornece aos seus clientes ligações internet “clicáveis” (hiperligações) para artigos publicados noutros sítios Internet, como o do *Göteborgs-Posten*. Eles processaram-na reclamando uma indemnização por ter explorado os seus artigos sem autorização. O tribunal de recurso de Svea (Svea hovrätt) colocou quatro questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. As três primeiras foram assim formuladas:

“1) Quando alguém que não seja titular do direito de autor sobre uma determinada obra (fornece) uma ligação “clicável” para a obra no seu sítio Internet, verifica-se uma comunicação da obra ao público, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva (2001/29)?

2) A apreciação da primeira questão é afectada pelo facto de a obra para a qual a ligação remete se encontrar num sítio Internet a que qualquer pessoa pode aceder sem restrições, ou, pelo contrário, em que o acesso é de algum modo restringido?

3) Ao apreciar a primeira questão, há que distinguir entre as situações em que a obra, depois de o utilizador clicar na ligação, é apresentada noutra sítio Internet, das situações em que a obra, depois de o utilizador ter clicado, é apresentada de um modo que leva a crer que se trata do mesmo sítio (Internet)?

Como é frequente, o Tribunal reformula as questões que examina conjuntamente. Trata-se, assim o diz, de saber, em substância, “se o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que constitui um acto de comunicação ao público, na acepção desta disposição, o fornecimento, num sítio Internet, de hiperligações para obras protegidas disponíveis noutra sítio Internet, sendo certo que, neste último sítio, as obras em causa são livremente acessíveis”<sup>1</sup>. Ela retira dessa disposição, na linha do acórdão *ITV Broadcasting*<sup>2</sup>, que a comunicação ao público implica a reunião de dois elementos: um acto de comunicação de uma obra e a comunicação dessa obra a um público<sup>3</sup>.

Sobre o primeiro ponto, a discussão permanecia em aberto. Quanto a nós, tínhamos defendido, como muitos outros, a ideia de que a hiperligação facilitava a comunicação ao público, mas que inexistia o acto material que permitisse concluir pela existência de uma violação directa<sup>4</sup>, retomando a comparação clássica com os reenvios operados pelas notas de rodapé<sup>5</sup>. Foi sobre a base desta argumentação que um operador “dirigindo” ligações para sítios de *catch up tv*

1. Ponto 14.

2. TJUE 4.ª Câmara, 7 Março 2013, proc. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd e outros c/ TV Catchup Ltd: Comm. com. élect. 2013, comm. 49, nota C. Caron; Propr. intell. 2013, n.º 47, p. 208, obs. V.-L. Benabou.*

3. Ponto 16.

4. V., nesse sentido, C. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 3.ª edição, 2013, n.º 316. M. VIVANT e Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur et droits voisins*, Dalloz, 2.ª edição, 2012, n.º 528.

5. D.-J.-G. VISSER, in *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, Cramwickel, 1997, pp. 124-143, na p. 127.

não foi considerado como ofensor pelo TGI de Paris<sup>6</sup>. A sociedade demandada retomou esta argumentação, sustentando que ela não tinha feito por si qualquer “transmissão”.

Mas este não foi o ponto de vista do Tribunal de Justiça que, depois de ter sublinhado que o acto de comunicação deve ser entendido “de maneira ampla”, a fim de assegurar aos autores um nível elevado de protecção, apura que “o facto de fornecer, num sítio Internet, hiperligações para obras protegidas publicadas, sem qualquer restrição de acesso, noutra sítio Internet oferece aos utilizadores do primeiro sítio um acesso directo às referidas obras”, de onde ela infere um acto de “colocação à disposição do público”, ao menos potencial<sup>7</sup>. Esta comunicação, acrescenta, é destinada a um público no sentido definido pelos acórdãos *SGAE*<sup>8</sup> e *ITV Broadcasting*<sup>9</sup>, a saber, a um número indeterminado e importante de destinatários potenciais<sup>10</sup>.

A solução é audaciosa, mas não é ilógica. A comparação com a nota de rodapé, com efeito, não é um artifício, e compreende-se que o Tribunal tenha querido inscrever-se numa abordagem funcional realista caracterizando a existência, a montante do “clic” desencadeado pelo internauta, de uma colocação à disposição do público.

Mas, bem entendido, não podia ficar só aqui, pois submeter a hiperligação ao consentimento do titular dos direitos, sobre a obra em causa, seria recusar o próprio princípio da liberdade de ligar, essencial ao bom funcionamento da web. Sem entrar no debate, o Tribunal vai procurar um compromisso, permanecendo no terreno técnico da noção de comunicação ao público. Apoiando-se sobre o que ela apresenta como uma “jurisprudência constante”, acrescenta a exigência de um público novo. Para que haja uma comunicação ao público no sentido do artigo 3.1 da directiva de 2001 sobre a sociedade da informação, é preciso “que uma comunicação, como aquela em causa no processo principal, que visa as mesmas obras que a comunicação inicial e que foi efectuada na Internet à semelhança da comunicação inicial, portanto segundo a mesma técnica, seja dirigida a um público novo, isto é, a um público que não tenha sido tomado em consideração pelos titulares do direito de autor, quando iniciaram a comunicação inicial ao público”<sup>11</sup>. Este não seria o caso em apreço, segundo o Tribunal, pois “o público-alvo da comunicação inicial era constituído por todos os visitantes potenciais do sítio Internet em causa”, sítio a que todos os internautas podem ter livremente acesso na ausência de “medida restritiva”<sup>12</sup>. A autorização dos jornalistas não era, assim, necessária.

A licitude da hiperligação face ao direito de autor não é, então, absoluta pois ela supõe que as obras em causa estejam livremente disponíveis no sítio alvo. Mas se esta condição é cumprida, os intermediários que concorrem a encaminhar as obras até aos internautas, e em particular os motores de busca, não têm de temer as reivindicações dos titulares de direitos de autor sobre a divisão do valor ligado aos conteúdos. Eles não terão mesmo de tomar a precaução de fazer aparecer claramente o sítio alvo. Respondendo a uma pergunta concreta colocada sobre este assunto pela jurisdição sueca, o Tribunal de Justiça precisa, com efeito, que pouco importa que “no momento em que os internautas clicam na hiperligação em causa, a obra apareça dando a impressão de que está a ser apresentada a partir do sítio Internet onde essa ligação se encontra, quando, na realidade, provém de outro

sítio Internet”, esta circunstância não tendo incidência sobre a existência de um público novo<sup>13</sup>.

Sobre este último ponto devemos, parece-nos, dar razão ao Tribunal. Quem explora o sítio alvo tem todas as razões para se queixar desta prática dita de *framing*, que lhe causa um prejuízo económico, mas o direito de autor a ela não pode obstar, e se uma compensação pode ser imaginada, será sobretudo no terreno da concorrência desleal.

A ideia que está na base da argumentação do Tribunal, segundo a qual a colocação inicial à disposição visa, por hipótese, todos os internautas potenciais susceptíveis de aceder livremente ao sítio no qual a obra foi colocada em linha não é, em si, criticável. No direito francês, sempre se admitiu que a existência de um público potencial era suficiente para caracterizar a existência de um acto de representação. Ao invés, o postulado segundo o qual o autor que consentiu na comunicação inicial realizada pela primeira comunicação em linha só pode opor o seu direito exclusivo a uma comunicação ulterior destinada a um novo público é mais discutível.

Desde logo, tal não se inscreve, contrariamente ao que afirma o Tribunal, na linha da sua jurisprudência anterior. Os pontos 40 e 42 do acórdão *SGAE*<sup>14</sup>, invocados em apoio, são mais evasivos do que se possa pensar. O argumento do público novo, tirado da Convenção de Berna, só é, com efeito, invocado como um indício suplementar em favor da existência de um acto de comunicação ao público por parte do hotel que difunde programas, mas o acórdão não o erige realmente em critério. O mesmo acontece com despacho de 18 de Março de 2010<sup>15</sup>, igualmente citado, que se limita a reenviar para o acórdão *SGAE*. Mais significativo era o precedente, não invocado, do acórdão *Airfield*<sup>16</sup> no qual o Tribunal tinha afirmado que a autorização de comunicar



6. TGI Paris 3.<sup>a</sup> Câmara, 18 Junho 2010: *Expertises* 2010, p. 315; *RLDI* 2010/63, 2070, obs. M.T. O julgamento foi confirmado (CA Paris polo 5-1, 27 Abril 2011: *RLDI* 2011/72, 2384, obs. L.C.), mas apenas por que as demandantes não identificaram as obras que elas teriam produzido e que teriam sido tornadas acessíveis pela sociedade demandada. O recurso foi rejeitado (Cass. 1re civ., 31 oct. 2012, n.º 11-26019: *Propr. intell.* 2013, n.º 46, p. 55, obs. A. Lucas).

7. Pontos 17 a 19.

8. TJUE 3.<sup>a</sup> Câmara, 7 Dez. 2006, processo C-306/05, *SGAE c/ Rafael Hoteles SA*: *D.* 2007, p. 1236, nota B. Edelman; *Propr. intell.* 2007, n.º 22, p. 87, obs. A. Lucas.

9. 7 Março 2013, cit.

10. Pontos 21 a 23.

11. Ponto 24.

12. Ponto 26.

13. Pontos 29 e 30.

14. 7 Dez. 2006, cit.

15. Proc. C-136/09, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*.

16. TJUE, 13 out. 2011, proc. C-431/09 e C-432/09, *Airfield NV/ Canal Digitaal BV c/ Sabam*, e *Airfield NV c/ Agicoa Belgium BVBA*: *Comm. com. électr.* 2011, comm. 111, obs. C. Caron; *RTD com.* 2011, p. 750, obs. F. Pollaud-Dulian; *Propr. Intell.* 2012, n.º 42, p. 43, obs. V.-L. Benabou; *D.* 2012, p. 2843, obs. P. Sirinelli; *JCP E* 2013, 1060, n.º 8, obs. H.-J. Lucas.

uma obra por satélite “deve ser obtida, nomeadamente, pela pessoa que desencadeia tal comunicação ou que intervém nesse momento, de forma que ela torna, por intermédio dessa comunicação, as obras acessíveis a um público novo, quer dizer a um público que não foi tomado em conta pelos autores das obras protegidas no quadro de uma autorização dada a outra pessoa”<sup>17</sup>, mas o caso respeitava à interpretação do artigo 2 da directiva 93/83, de 27 de Setembro de 1993, e não ao artigo 3.1 da directiva de 2001 sobre a sociedade da informação.

Seja como for, a subordinação da existência de uma comunicação ao público à existência de um público novo é um acréscimo à letra desse artigo 3.1. Contrariamente ao que indica o Tribunal no acórdão *SGAE*, este não pode acolher à autoridade da Convenção de Berna. Deve, com efeito, recordar-se que o critério do público novo, proposto ao tempo da Conferência de revisão de Bruxelas em 1948<sup>18</sup> não foi aceite<sup>19</sup>. A solução acaba, no fundo, por legitimar uma espécie de esgotamento do direito de comunicação ao público com a sua primeira colocação em linha, o que não vai no sentido de um melhor nível de protecção dos direitos dos autores, contrariamente ao objectivo fixado pelos 4.º e 9.º considerando da directiva de 2001 que o Tribunal invoca no acórdão comentado para firmar uma abordagem ampla ao acto de comunicação ao público<sup>20</sup>.

Ele deixa, por outro lado, o autor decidir por si próprio acerca do perímetro do direito exclusivo, pois lhe é permitido evitar esse quase-esgotamento adoptando medidas restritivas. Aqui está uma nova manifestação do fenómeno de “privatização” do direito de autor, justamente criticado por Séverine Dusollier<sup>21</sup>.

Enfim, e sobretudo, ele levanta interrogações que, no caso, fazem pairar uma dúvida sobre o seu exacto alcance. Limitar-nos-emos a referir algumas. Em primeiro lugar, é de prever que a noção de “modo técnico”, que o acórdão coloca no centro do debate, limitando a exigência de um público novo à hipótese na qual a comunicação em causa inclui o mesmo “modo técnico” que a comunicação inicial<sup>22</sup>, será acesamente discutida cada vez que o dado técnico mudar. Em segundo lugar, o tribunal limita-se a visar o caso em que os titulares autorizaram a comunicação inicial. O que se deverá decidir quando a primeira colocação em linha foi feita sem autorização, mas em conformidade com o direito de autor, por exemplo, a coberto de uma excepção? Em terceiro lugar, o acórdão deixa aos titulares do direito a possibilidade de conservar o benefício do direito exclusivo, organizando as modalidades de acesso ao sítio sobre o qual foi realizada a colocação em linha inicial. Ele invoca a esse respeito as “medidas de restrição” que a hiperligação poderia ter por objecto “contornar”<sup>23</sup>. A formulação faz pensar nas “medidas tecnológicas de protecção” igualmente regulamentadas pela directiva de 2001. Quer dizer que as “medidas de restrição” devem, também elas, ser “eficazes”? Em que é que devem consistir? São elas decididas pelo titular dos direitos ou por quem explora o sítio?

Por outro lado, não podemos deixar de nos surpreender com a ausência de qualquer referência ao carácter lucrativo da comunicação. O acórdão *SGAE* tinha-o referido a título de indício, mas evitando fazer dele um critério<sup>24</sup>. Ele não foi abordado no debate do presente caso, mas é certo que este tema regressará.

A jurisdição sueca perguntava, na sua quarta questão, se um estado-membro podia “prever uma protecção mais extensa do direito exclusivo do autor, ao incluir no conceito de comunicação ao público mais operações do que as que resultam do art.º 3.º, n.º 1, da Directiva 2011/29”. A formulação era um pouco curiosa, pois a leitura da disposição em causa revela que ela não contém nenhuma lista de “operações”. O Tribunal agarra-se, pela sua parte, à ideia de uma protecção “mais ampla”. E a sua resposta não surpreende: é não. Isto teria “por efeito criar disparidades legislativas e, como tal, insegurança jurídica para terceiros”, “o objectivo prosseguido pela Directiva 2001/29 estaria inevitavelmente comprometido” e, “resultaria daí, necessariamente, um prejuízo para o funcionamento do mercado interno”<sup>25</sup>. Rejeita-se, nestes termos, o argumento avançado pelos jornalistas demandantes do artigo 20 da Convenção de Berna que permite aos países da União adoptar entre eles “acordos particulares” a fim de conferir aos autores “direitos mais amplos do que aqueles previstos pela Convenção”: “basta recordar que, quando uma Convenção permite a um estado-membro tomar uma medida que se afigura contrária ao direito da União, sem todavia o obrigar a isso, o estado-membro



17. Ponto 72.

18. P. BOLLA: *Dr. auteur* 1949, pp. 25-35, na p. 31.

19. E. DELYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, LGDJ, 1993, pp. 148 s.

20. Ponto 17.

21. S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’environnement numérique*, Larcier, 2005, n.º 269.

22. Ponto 24.

23. Os utilizadores que poderiam desta forma aceder às obras colocadas em linha constituiriam assim um público novo, de tal forma que o direito exclusivo retomaria o seu império (ponto 31). E o acórdão dá os seguintes exemplos: “É o que acontece, designadamente, quando a obra já não está à disposição do público no sítio Internet em que foi comunicada inicialmente ou passou a estar acessível nesse sítio Internet apenas para um público restrito, ao mesmo tempo que se encontra acessível noutro sítio Internet sem a autorização dos titulares do direito de autor.”

24. Ponto 44 (“Por conseguinte, ainda que se considere, como alega a Comissão das Comunidades Europeias, que a prossecução de um fim lucrativo não é uma condição necessária à existência de uma comunicação ao público, é, em qualquer caso, pacífico que o carácter lucrativo da comunicação existe em circunstâncias como as do caso em apreço no processo principal.”). V., também, TJUE, 4 out. 2011, proc. C-403/08, *Football Association Premier League e o. c./QC e Lisure e o. proc. C-429/08, Karen Murphy c/Media Protection Service*: *Comm. com. électr.* 2011, comm 110, nota C. Caron; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Polaud-Dulian; *Prop. intell.* 2012, n.º 42, p. 51, obs. V.-L. Benabou, ponto 204 (“um carácter lucrativo de uma ‘comunicação’, no sentido do artigo 3, n.º 1, da directiva sobre o direito de autor, não é desprovido de pertinência”). V., mais categórico, a propósito da comunicação ao público abrindo direito à “remuneração equitativa” prevista pelo artigo 8.2 da directiva de 1992 relativa ao direito de alugar e comodato e a certos direitos conexos do direito de autor, TJUE, 15 março 2012, proc. C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c / Marco Del Corso*: *Comm. com. électr.* 2012, comm 48, 1 esp., obs. C. Caron; *A&M* 2012/5, p. 413, nota F. Brison; *RLDI* 2012/81, 2704, obs. M.T.; *Europe* 2012, comm. 217, 1 esp., obs. L. Idot; *Prop. Intell.* 2012, n.º 45, p. 429, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2012, p. 322, obs. F. Pollaud-Dulian, excluindo do campo de aplicação do texto a difusão gratuita de fonogramas num consultório de dentista.

25. Pontos 39 e 40.

não deve adoptar tal medida” ou o objectivo da directiva de 2001 “estaria inevitavelmente comprometido se o conceito de comunicação ao público fosse entendido no sentido de incluir mais operações do que as abrangidas pelo art.º 3.º, n.º 1, desta directiva”; pelo que “um estado-membro deve abster-se de utilizar a faculdade que lhe é concedida pelo art.º 20.º da Convenção de Berna”<sup>26</sup>. A solução está em linha com o acórdão *Luksan*<sup>27</sup>, citado como precedente. Ela testemunha a pouca importância que o Tribunal dá à Convenção de Berna<sup>28</sup>.

A decisão tem várias consequências para o direito francês, pois ela obriga a erigir em critério a existência de um público novo, sendo que este jamais condicionou o exercício do direito de representação. A mesma lógica deve ser posta em prática a propósito das excepções ao direito exclusivo. Até agora, podia sustentar-se a tese de que os estados-membros, livres de extrair a seu gosto da lista fechada da directiva de 2001, não eram obrigados, quando admitiam uma excepção, a dar-lhe o mesmo alcance da directiva, conservando a possibilidade de ficar aquém, em virtude do princípio de que quem pode o mais (não transpor de todo) pode o menos (transpor a meio-caminho)<sup>29</sup>. Foi assim que a lei francesa procedeu, por exemplo, para transpor de forma minimalista as excepções previstas pelos artigos 5.º 3 c) e 5.º 3 h) da directiva, a propósito da utilização de obras gráficas com um fim de informação, ou para conservar uma definição mais restritiva da cópia privada, e que fundamentou o juízo de que<sup>30</sup> a excepção de citação continua regulada pelo artigo L. 122-5-3.º do CPI, e não pelo artigo 5.º 3 d) da directiva, que confere a essa excepção um alcance maior. Doravante, essa liberdade não existe. O objectivo de harmonização deve primar.

Porque não? O Tribunal de Justiça seria, porém, mais credível se mostrasse ele próprio mais claramente o caminho.

ANDRÉ LUCAS

26. Pontos 39 e 40.

27. 9 fev. 2012, proc. C-277/10, *Martin Luksan c/Petrus van der Let*: RIDA 2/2012, p. 381, obs. P. Sirinelli; *Prop. intell.* 2012, n.º 45, p. 434, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2012, p. 318, obs. F. Poullaud-Dulian.

28. V., também, o acórdão *SGAE* cit., ponto 35 (“os textos de direito comunitário devem ser interpretados, na medida do possível, à luz do direito internacional”).

29. V., nesse sentido o Livro verde, *O direito de autor na economia do conhecimento*, COM (2008) 466/3 final, p. 5 (“as legislações nacionais podem ser mais restritivas que a directiva no que respeita ao alcance das excepções”).

30. TGI Paris 3e ch., 30 juin 2009: *Prop. intell.* 2009, n.º 33, p. 373, obs. A. Lucas.

## ■ Comunicação pública – Obra radiodifundida

• TJUE, 27 de Fevereiro 2014, proc. C-351/12

OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. c/ Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.

Sempre a noção de comunicação ao público...

O Tribunal de Justiça da União Europeia regressou em 27 de Fevereiro de 2014 à noção de comunicação ao público de obra e pronunciou-se sobre a questão de uma excepção em favor de estabelecimentos de saúde instituída na legislação checa. O Tribunal aborda também nesta ocasião a delicada questão do monopólio territorial das sociedades de gestão colectiva e do preço reclamado por estas sociedades face ao direito da concorrência, ponto a que aludimos mais abaixo invocando a directiva de 26 de Fevereiro de 2014 no que respeita à gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos das obras musicais.

OSA que é uma sociedade de gestão colectiva de direitos de autor sobre obras musicais reclama de Léčebné lázně, sociedade que gere um estabelecimento termal, o pagamento de um montante de 546 995 coroas checas, a que acrescem juros de mora, por ter instalado, durante o período litigioso que vai de 1 de Maio de 2008 a 31 de Dezembro de 2009 e sem ter um concluído contrato de representação com a OSA, nos quartos dos seus estabelecimentos termais, aparelhos de televisão e de rádio através dos quais colocava à disposição dos seus pacientes obras geridas pela OSA. Em sua defesa, Léčebné lázně convoca o artigo 23 da lei checa sobre direito de autor, que define a radiodifusão radiofónica ou televisiva de uma obra como a colocação à disposição de obra radiodifundida pela rádio ou pela televisão por meio de um aparelho tecnicamente em condições de captar uma emissão radiofónica ou televisiva e sublinhando sobretudo, de uma maneira assaz curiosa, que a colocação à disposição de uma obra aos pacientes nos estabelecimentos de saúde não é uma radiodifusão<sup>1</sup>. A OSA faz valer que esta disposição é contrária à directiva 2001/29. Léčebné lázně replica que assim não é e mesmo supondo que fosse, uma directiva não pode ser jamais invocada num litígio entre particulares. O TJUE responde que a distribuição deliberada de um sinal por meio de um receptor de televisão ou de rádio nos quartos dos pacientes é uma comunicação ao público de obras e que o artigo 3.º § 1 da directiva 2001/29 se opõe à regulamentação checa. Dito de outra forma, a excepção (que não

1. Na realidade, a colocação à disposição de uma obra em estabelecimentos de saúde por meio de uma televisão é uma radiodifusão. Ela pode ser afastada por razões de interesse geral (aqui a saúde pública?), mas continua a ser uma radiodifusão. Uma vez mais, confunde-se as hipóteses onde o direito de autor não intervém (falta de comunicação pública, por exemplo) e as hipóteses em que este pode intervir, mas onde se decide afastá-lo por razões bem precisas. Sobre estas distinções essenciais, v. M. VIVANT e Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2012, § 564 s.

existe verdadeiramente) não pode ser aplicada. A directiva não pode nunca ser invocada num litígio entre particulares, mas o Juiz tem de interpretar a legislação litigiosa à luz deste texto. Retomemos estes diferentes pontos, colocando-os na perspectiva das decisões precedentes.

A comunicação ao público deve ser interpretada de maneira ampla, como a reprodução, pois ela é o meio apropriado para o autor obter uma remuneração apropriada (o que constitui um dos objectivos da directiva 2001/29). Esta interpretação ampla (admitida no acórdão SGAE<sup>2</sup>) conduziu o TJUE, de uma forma doravante clássica e rigorosa, a recordar o que deve entender-se por “comunicação”, por “público” e por “comunicação a um público novo” a propósito de uma obra radiodifundida. A comunicação consiste na transmissão de obras por todos os processos técnicos. Em consequência “a pessoa que explora um estabelecimento termal procede a uma comunicação quando transmite deliberadamente obras protegidas, através da distribuição voluntária de um sinal por meio de receptores de televisão ou de rádio, nos quartos dos pacientes desse estabelecimento”. A solução está adquirida desde há muito tempo com a jurisprudência dita dos quartos de hotel<sup>3</sup> e não suscita qualquer comentário em particular. A noção de público é mais delicada. Por definição, implica um número importante de pessoas. Para este efeito, é pertinente saber quantas pessoas têm acesso “paralelamente e sucessivamente” à mesma obra. O Tribunal releva pois, apoiando-se na apreciação de bom senso do advogado geral que um “estabelecimento termal pode alojar, simultânea e sucessivamente, um número indeterminado, mas bastante importante, de pessoas que podem receber transmissões de rádio e televisão nos seus quartos”. O gerente do estabelecimento termal tenta habilmente argumentar que os pacientes são geralmente hospedados por um período mais longo que os clientes de um hotel. É fácil objectar contudo que se, num dado instante, poucos pacientes estão presentes no estabelecimento termal, os pacientes são, no entanto, numerosos, por se sucederem no tempo. A comunicação faz-se, pois, a um público. E faz-se também por intermédio de uma obra radiodifundida. É preciso ainda que esta obra radiodifundida o seja “a um público novo”. Este ponto que encontramos no acórdão Premier League<sup>4</sup> foi ainda recordado em circunstâncias bem particulares no acórdão ITV Broadcasting<sup>5</sup>. Todos nos lembramos com efeito que a comunicação a um público novo foi admitida a propósito de uma retransmissão por um terceiro de obras incluídas numa radiodifusão terrestre quando essa difusão era operada por meio de um fluxo internet colocado à disposição de assinantes via um operador de *catch up tv*. A solução era surpreendente porque os assinantes se encontravam na zona de recepção terrestre. A comunicação ao público novo está então presente: por um lado, quando o operador prolonga o sinal inicial a um público diferente (a retransmissão de um jogo de futebol num bar, por exemplo) e quando o operador emprega uma técnica diferente para que o público possa receber a obra (mas sem ser um público necessariamente novo<sup>6</sup>). Aqui os factos técnicos eram bastante mais simples, pois o estabelecimento termal prolongava o sinal inicial. Como sublinha o Tribunal “o estabelecimento termal é o organismo que intervém, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso à obra protegida. Com efeito, se esta

intervenção não se verificasse, estes clientes não poderiam, em princípio, desfrutar da obra difundida”. Evidentemente, o gerente do estabelecimento termal invocou o famoso acórdão do dentista SCF c/ Marco del Corso<sup>7</sup> onde se julgou que a difusão de fonogramas no comércio à clientela de um dentista não é uma comunicação ao público. Esta é a ocasião para o TJUE recordar o alcance limitado desta decisão. O acórdão do dentista apenas dizia respeito ao direito à remuneração de artistas-intérpretes, executantes e produtores de fonogramas previsto pela directiva de 19 de Novembro relativa ao direito de aluguer e de comodato. Não se aplica pois ao direito de autor. Tendo sido estabelecida a comunicação ao público, restaria saber se esta pseudo-excepção da legislação checa era ou não contrária à directiva 2001/29. O gerente argumenta, de forma assaz inábil, duas excepções da directiva para justificar a competência da lei checa, que lhe permitiria não pagar as remunerações. A primeira [art.º 5, § 2, e)] não se aplicava, pois é relativa ao direito de reprodução, que aqui não está em causa. A segunda [art.º 5, § 3, b)] permite aos estados-membros prever uma excepção à comunicação pública quando se trata de utilizações em benefício de pessoas portadoras de deficiência e na medida requerida pela referida deficiência. É forçoso concluir que as pessoas que se alojam em estabelecimentos termais não são todas pessoas portadoras de deficiência. Elas não necessitam, de resto, da retransmissão de um sinal por intermédio de um receptor de televisão para tratar essa deficiência... A excepção não poderia, pois, aplicar-se.



2. TJUE, 3.ª Câmara, 7 de Dezembro de 2006, pr4oc. C-306/05, *SGAE c/ Rafael Hotels SA*; D. 2007, 1236, nota B. Edelman; *JCP E* 2008, 1144, §12, obs. H.-J. Lucas; *RDLI* fevr. 2007, n.º 771; *Propr. intell.* 2007, n.º 22, p. 87, obs. A. Lucas; *Comm. Com. élect.* 2007, comm. 24, obs. C. Caron; *RTD com.* 2007, 85, Obs. F. Pollaud – Dulian.

3. “A distribuição de um sinal através de aparelhos de televisão por um hotel aos clientes instalados nos quartos deste estabelecimento, qualquer que seja a técnica de transmissão do sinal utilizado, constitui um acto de comunicação ao público na acepção do artigo 3.º, n.º 1, desta directiva” (TJUE, 7 Dez. 2006, proc. C-306/05, *SGAE*, préc.). A solução foi reafirmada com a precisão de que o acto de comunicação é concebido através da intenção que o anima: “Um hoteleiro que instala, nos quartos desse estabelecimento, aparelhos de televisão aptos a captar emissões radiodifundidas dedica-se a um acto de comunicação ao público no sentido da directiva 2001/29, pois ele torna deliberadamente acessível a obra protegida ao público novo que constitui a sua clientela” (TJUE, despacho, proc. C-136/09, 18 de Março de 2010, *OSDD*; *Propr. intell.* 2010, n.º 36, p. 867, obs. V.-L. Benabou).

4. TJUE, 4 Outubro 2011, proc. C-429/08 e C-403/08, *Premier League*; *Propr. intell.* 2012, n.º 42, p. 51, obs. V.-L. Benabou.

5. TJUE 4.ª Câmara, 7 Março 2013, proc. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catchup Ltd*; *Propr. Intell* 2013, n.º 47, p. 208, obs. V.-L. Benabou.

6. O ponto não é de resto muito coerente. Como V.-L. Benabou observou: *Propr. intell.* 2013, n.º 47, p. 211: “é mais interessante analisar as características que devem revestir essas explorações do que o vector técnico para as operar”.

7. TJUE 3.ª Câmara, 15 de Março 2012, proc. C-135/10, *SCF c/ Marco Del Corso*; *Propr. intell.* 2012, n.º 45, p. 429, obs. V.-L. Benabou.

A sociedade de gestão colectiva poderia invocar a directiva contra a lei no litígio que a opõe ao gerente do estabelecimento? A resposta dada pelo TJUE é bem conhecida: “Segundo uma jurisprudência constante, mesmo uma disposição clara, precisa e incondicional de uma directiva que tem por objectivo conferir direitos ou impor obrigações aos particulares não pode ter aplicação enquanto tal no âmbito de um litígio exclusivamente entre particulares. Todavia, o Tribunal de Justiça já declarou que, quando ao órgão jurisdicional nacional seja submetido um litígio exclusivamente entre particulares, o mesmo é obrigado, ao aplicar as disposições de direito interno, a tomar em consideração todo o direito nacional e a interpretá-lo, sempre que possível, à luz do texto e da finalidade dessa directiva, para alcançar uma solução conforme com o objectivo por ela pretendido.” A jurisdição de reenvio deverá precisamente tomar em conta esta interpretação da directiva para dirimir o litígio que justificou a questão prejudicial. Maliciosamente, o Tribunal acrescentou, para além da questão tal como foi colocada, que se um particular não pode invocar a directiva contra um estado-membro, ao invés um estado-membro não pode invocar essa mesma directiva contra um particular, insinuando assim (e isso compete à jurisdição de reenvio verificar), que a sociedade de gestão colectiva poderia bem ser considerada como uma emanação do Estado...

JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE

### ■ Direito americano – Retransmissão na internet de programas de televisão através de minúsculas antenas individuais – Violação do *public performance right* (sim)\*

• Supremo Tribunal dos Estados Unidos, 25 de Junho de 2014

*American Broadcasting Cos., Inc., e outros v. Aereo, Inc., FKA Banboom Labs, Inc.*, n.º 13-461

Tínhamos comentado numa crónica anterior, em tom crítico, uma decisão do *Court of Appeals for the second circuit* dos Estados Unidos que, confirmando o julgamento do tribunal de primeira instância (*district court*), tinha validado o modelo de negócio de um operador que permitia aos seus assinantes, por 12 dólares mensais, receber na internet várias dezenas de cadeias de televisão distribuídas, quer por via hertziana (gratuitamente) quer por cabo, com a alegação de que o sinal radiodifundido era captado por uma antena diferente por cada subscritor, de sorte que a retransmissão a cada um não realizava uma comunicação ao público<sup>1</sup>. O acórdão tinha conhecido um grande eco mediático, pois, sobre a base de uma análise um pouco enviesada da lei americana, fazia crer numa desestabilização do conjunto do sector audiovisual.

Os grandes *networks* podem respirar. O perigo foi afastado pelo Supremo Tribunal, que inverteu a solução. A opinião maioritária é a do Juiz Breyer. Este dedica-se desde logo a identificar o dado técnico que estava no coração do debate. Recorde-se que o dispositivo imaginado pela sociedade Aereo, na esperança de contornar a legislação sobre o direito de autor, era o seguinte: o sinal dos radiodifusores era captado por uma antena diferente (do tamanho de uma moeda de dez cents) por cada subscritor, o qual acedia, se quisesse ver ou registar o programa escolhido no menu afixado pelo site da sociedade, a uma cópia especialmente realizada para ele pelo sistema e que lhe era transmitida via internet através de um fluxo único.

Os demandantes (produtores de televisão, radiodifusores e outros titulares de direitos sobre numerosos programas colocados assim à disposição dos clientes de Aereo) estimaram que este modelo de negócio assentava numa violação do *public performance right* previsto pelo artigo 106 (4) da lei americana sobre o direito de autor, que reconhece aos titulares do *copyright* o direito exclusivo “no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas e outras obras audiovisuais, de representar ou executar em público a obra protegida”. Mais precisamente, o texto que aqui está em causa, sob a denominação de *transmit clause*, é a disposição do artigo 101 que precisa representar ou executar (*perform*) uma obra em público que significa nomeadamente “transmitir



\*. Fonte: *Propriétés intellectuelles*, n.º 52 (2014), pp. 270-271.

1. *WNET v. Aereo*, 1 abril 2013: *Propri. Intell.* 2013, n.º 48, p. 310, obs. A. Lucas.

ou comunicar de qualquer modo uma representação da obra em qualquer lugar especificado na subalínea 1<sup>2</sup> ou ao público, por intermédio de um dispositivo ou de um processo, que os membros do público que possam receber uma tal transmissão ou comunicação a recebam no mesmo lugar ou em lugares diferentes, no mesmo momento ou em momentos diferentes”<sup>3</sup>. Aereo sustentava que os programas não eram transmitidos ao público no sentido desta disposição pois cada um dos seus clientes acedia à sua própria cópia realizada a partir da sua própria antena. O Tribunal de Apelação do 2.º círculo tinha aceitado essa tese, considerando que cada transmissão revestia carácter privado.

O Supremo Tribunal sublinhou logo de início que duas questões se punham neste caso: o sistema implica uma representação ou uma execução das obras protegidas? No caso afirmativo, esta representação ou execução é destinada ao público? Para responder à primeira, ela demonstra, a partir de uma análise da reforma legislativa de 1976, que a definição dada pelo artigo 101, na versão saída dessa reforma, foi concebida precisamente para quebrar uma jurisprudência anterior que tinha deixado escapar ao direito exclusivo as antenas colectivas, antepassadas, precisa aquela, dos modernos distribuidores por cabo. É neste espírito que foi feita a precisão segundo a qual a representação ou a execução da obra audiovisual consiste no facto de “mostrar as imagens numa ordem qualquer que ela seja ou de tornar audíveis os sons que as acompanham”. Ora, a actividade de Aereo é *substantially similar* à desses sistemas de antenas colectivas, pois consiste, também ela, em comercializar um serviço que permite aos seus clientes ver programas televisivos. É verdade que há uma diferença que tem a ver com o facto de aqui o sistema ficar inactivo enquanto o subscritor não enviar o seu pedido. Na sua opinião discordante, à qual se juntaram dois outros juízes (dos nove que compõem o Tribunal), o Juiz Scalia tem esta particularidade por essencial, pois ela significa, na sua opinião, que a transmissão é realizada por cada subscritor, que escolhe o conteúdo, não pela sociedade demandada, que não pode, desde logo, ser vista como tendo voluntariamente e directamente violado o *public performance right*, como pretendiam as demandantes. Mas o Juiz Breyer respondeu que essa diferença técnica em relação aos distribuidores por cabo tradicionais não é significativa. É pois erradamente que a *start-up* pretende limitar o seu papel ao de um fornecedor de equipamento, comparando-o ao vendedor de videocassete no célebre caso *Betamax*<sup>4</sup>.

Respondendo, de seguida, à segunda questão, o Tribunal dedicou-se a demonstrar que a transmissão da *performance* é, bem ao contrário do que sustenta Aereo, destinada ao público. Sem dúvida que cada transmissão é destinada a um cliente e a um só, mas, face à lei, o sistema não é diferente da distribuição por cabo. Ele persegue o mesmo objectivo comercial e chega, para o cliente, ao mesmo resultado. A *transmit clause* não exclui de maneira alguma que uma só entidade transmita uma *performance* através de *multiple, discrete transmissions*, da mesma forma que é indiferente que se envie o mesmo email distintamente a vários amigos ou que o enviemos por um só clic a todos. A interpretação pode apoiar-se no facto de que o artigo 101 visar expressamente o caso de uma transmissão a membros do público que a recebem “ao mesmo tempo ou em momentos diferentes”, precisão que não teria qualquer sentido se se decidisse,

como sustenta Aereo, que a transmissão que entra no campo do direito exclusivo é a que consiste num acto único. Além disso, o texto especifica que a transmissão se pode realizar *by means of any device or process*. Ora, a retransmissão de um programa televisivo por cópias especialmente realizadas pelo utilizador final é bem um “*process*” of transmitting a performance. É a mesma obra que é transmitida a cada um dos subscritores cujo conjunto constitui um público, por oposição ao que o artigo 101 designa como “um número importante de pessoas estranhas ao círculo normal de uma família e pessoas das suas relações”.

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos juntou-se assim à posição do Tribunal de Justiça da União Europeia, que, no processo *ITV Broadcasting*<sup>5</sup>, julgou que o facto de retransmitir na internet programas de cadeias de televisão radiodifundidas constitui um acto de comunicação ao público subordinado à autorização dos titulares do direito. A fundamentação, contudo, é bem diferente. Enquanto o Tribunal de Justiça tira as consequências de uma definição sintética da comunicação ao público contida no artigo 3.1 da directiva de 2001 sobre a sociedade da informação, o Supremo Tribunal, que não se pode apoiar numa prerrogativa tão amplamente concebida, está confinado a raciocinar por analogia. Um passo de que podemos, de resto, saudar a audácia, pois o perimetro do *copyright* é tradicionalmente delimitado, em direito americano, com base no princípio da interpretação estrita.

ANDRÉ LUCAS



2. “Num lugar acessível ao público ou em qualquer lugar onde estejam reunidos um número importante de pessoas estranhas ao círculo normal de uma família e pessoas das suas relações”.

3. Tradução OMPI.

4. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S., 417 (1984).

5. TJUE 4.ª Câmara, 7 de Março de 2013, proc. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd e outros c/ TVCatchup Ltd: Comm. com* élect. 2013, comm. 49, nota C. Caron; *Prop. intell.* 2013, n.º 47, p. 125, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2013, p. 267, obs. F. Pollaud – Dulian.



■ **Direito de Autor – Direitos de Propriedade Intelectual – Internet – Sociedade da Informação – Liberdade de Expressão – Privacidade – Providências cautelares – injunctions – prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação – serviços de acesso – serviços intermediários de agregação de conteúdos – motores de busca – Google – download e upload ilegal – streaming ilegal de emissões de organismos de radiodifusão – bloqueio do acesso a websites de conteúdos ilegais – The Pirate Bay – competência territorial – medidas de combate à pirataria – soluções**

• Tribunal da Propriedade Intelectual  
2.º Juízo. Processo 344/13. 1YHLSB de  
27.02.2014

S. com sede ... em Lisboa, nos termos do artigo 210.º - G do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), contra incertos, representados pelo MP, nos termos do art.º 16.º, do CPC, por não ter possibilidade de identificar os interessados diretos em contradizer.

Pede que, na sua procedência, sejam decretadas medidas adequadas a proibir a continuação da exibição e publicação de imagens e/ou sons da emissão dos canais S. por parte dos proprietários e/ou administradores dos sítios da internet (sites) identificados no art.º 2.º da petição com vista a eliminar os referidos sites dos resultados de pesquisa na internet, através da notificação dos prestadores de serviço de acesso à internet para que adotem as medidas adequadas a bloquear o acesso aos mesmos sites.

A S. encontra-se registada junto da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, como operadora de televisão, sob a inscrição n.º ...

Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de 31 de maio de 2006, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, a alterar a denominação dos serviços de programas disponibilizados denominados S. e S. 3 para S. 1 e S. 2.

Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de 20 de maio de 2008, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. 3.

Nos sites referidos no art.º 2.º da petição é disponibilizada uma lista de canais, entre os quais os canais S. 1, S. 2, S. 3 e S. LIVE.

Qualquer utilizador de Internet que aceda aos identificados sites e efetue um clique nos canais S. consegue visualizar, na íntegra, a emissão televisiva dos canais S. as quais são feitas em direto.

As referidas transmissões televisivas são também diárias e ininterruptas.

A Requerente não concedeu qualquer autorização aos incertos para a colocação das emissões dos canais S. naqueles sites.

O sinal dos canais S. é distribuído em regime de acesso condicionado, só podendo ser visualizado em casa de cada

um dos subscritores depois de decodificado através de um aparelho (*set up box*) e de uma contrapartida específica que consiste num valor mensal (cfr. artigo 8.º, n.º 6, da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho – Lei da Televisão).

Os proprietários e administradores dos referidos sites têm vindo a utilizar de forma reiterada e sem qualquer autorização da Requerente, a emissão dos canais S.

Da consulta aos referidos sites não é possível apurar (i) a identidade do respetivo proprietário, (ii) por quem é que os mesmos foram criados e (iii) quem é que os administra. Por força da colocação das emissões dos canais S. nos referidos sites, os potenciais clientes da Requerente não necessitam de subscrever os canais de acesso condicionado, desde que tenham acesso à internet, podendo, desta forma, e através dos mesmos, aceder à transmissão, em direto, por exemplo, de jogos de futebol, de forma gratuita.

O número de pessoas que acede aos sites é elevado.

Citados editalmente os incertos não foi deduzida oposição.

De acordo com o art.º 16.º, n.º 1, do CPC, procedeu-se à citação do MP em representação dos incertos.

Não foi apresentada oposição.

Foi realizada a audiência final, nos termos que constam da ata de fhs. 234 e ss, com inteira observância do formalismo legal adequado.

Na audiência de julgamento a requerente formulou requerimento, nos termos do art. 369.º, n.º 1, do C. P. Civil no sentido de ser dispensado do ônus de propositura da ação, solicitando assim que se determine a inversão do contencioso.

Ouvido o MP, veio a Ex.<sup>ma</sup> Sr.<sup>a</sup> Procuradora, a fhs. 237 a 239, promover que se indefira ao requerido por entender não ser admissível a inversão do contencioso no caso dos autos.

O Tribunal é competente.

O processo é o próprio e não enferma de nulidades que o invalidem totalmente.

As partes possuem capacidade e personalidade jurídica e são legítimas.

Não existem e nem foram arguidas outras nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

Fundamentação de facto.

Com exclusão da matéria conclusiva e de direito e com relevância para a boa decisão da causa, o Tribunal julga indiciariamente provados os seguintes factos:

1 – A S. (adiante designada S.) é uma sociedade anónima que tem por objeto principal o exercício da atividade de televisão.

2 – A S. encontra-se registada junto da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, como operadora de televisão, sob a inscrição n.º ...

3 – Por deliberação da então Alta Autoridade para a Comunicação Social, de ... de 1998, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado, denominado S.

4 – Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2006, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, a aceder à

atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. 3.

5 – Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2006, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, a alterar a denominação dos serviços de programas disponibilizados denominados S. e S. 3 para S. 1 e S. 2.

6 – Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2008, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. 3.

7 – Por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... 2008, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. HD, atualmente designado por S. 4.

8 – Ou seja, atualmente, entre outros, a S., enquanto operadora de televisão, é responsável pela organização e emissão dos canais S. 1, S. 2, S. 3 e S. LIVE.

9 – O sinal dos canais S. é distribuído em regime de acesso condicionado, só podendo ser visualizado em casa de cada um dos subscritores depois de descodificado através de um aparelho (*set up box*) mediante o pagamento de uma contrapartida específica que consiste num valor mensal.

10 – A S. é a única e exclusiva proprietária dos canais S.

11 – Os canais S. 1, S. 2, S. 3 e S. LIVE são disponibilizados nos seguintes sítios da internet (sites):

- a) <http://...>;
- b) <http://...>;
- c) <http://...>;
- d) <http://...>;
- e) <http://...>;
- f) <http://...>;
- g) <http://...>;
- h) <http://...>;
- i) <http://...>;
- j) <http://...>;
- k) <http://...>;
- l) <http://...>;
- m) <http://...>;
- a) <http://...>;
- o) <http://...>;
- p) <http://...>

12 – Qualquer utilizador de Internet que aceda aos sites referidos *supra* em 11, e efetue um clique nos canais S. consegue visualizar, na íntegra, a sua emissão.

13 – As transmissões televisivas dos canais S. naqueles sites são feitas em direto.

14 – As referidas transmissões são diárias e ininterruptas.

15 – Em alguns casos, os canais S. 1, S. 2, S. 3 e S. LIVE constam dos referidos sites como “alternativa” através das quais os utilizadores da internet podem visualizar os jogos nos casos em que a primeira opção já não se revele possível devido à grande afluência de utilizadores de internet aos sites.

16 – A Requerente não concedeu qualquer autorização aos incertos para a colocação das emissões dos canais S. nos sites *supra*-identificados.

17 – Os proprietários e administradores dos referidos sites têm vindo a utilizar de forma reiterada e sem qualquer autorização da Requerente, a emissão dos canais S.

18 – A requerente tem enviado várias comunicações com o intuito de porem termo a tal conduta concretamente, em 12/12/2012 a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

19 – Em 16/12/2012 a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

20 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

21 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

22 – Quanto ao site ... que remete para o site <http://...> em 20/02/2013, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

23 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 14/03/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

24 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

25 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

26 – Quanto ao site <http://...> a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

27 – Em 22/10/2012, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

27 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site <http://...> as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

28 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

29 – Quanto ao site <http://...>, em 17/01/2013, a Requerente enviou um e-mail para ... através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

30 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 14/02/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

31 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

32 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

33 – Quanto ao site <http://www...>, em 14/02/2013, a Requerente enviou um e-mail para ... através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

34 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 12/03/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

35 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

36 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

37 – Quanto ao site <http://...>, em 22/10/2012, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

38 – Em 11/12/2012, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://www...> é ilícita.

39 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site <http://...> as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

40 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

41 – No que concerne ao site <http://...>, em 20/02/2013, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

42 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 30/04/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

43 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

44 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

45 – Quanto ao site <http://...>, em 16/12/2012, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

46 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 22/03/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

47 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

48 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

49 – No que concerne ao site <http://...>, em 16/12/2012, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

50 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 14/02/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

51 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

52 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

53 – No que respeita ao site <http://...>, em 29/10/2012, a Requerente enviou um e-mail para ..., através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site ... emissões dos canais S.

54 – Em 30/10/2012, a Requerente recebeu um e-mail de... sem qualquer identificação do remetente ou outro elemento que permitisse identificar os incertos, com a seguinte resposta: “OK:)”.

55 – Em 5/11/2012, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

56 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cesassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial, através dos seus advogados.

57 – Em 9/11/2013, os incertos, através do endereço de e-mail ... mais uma vez sem se identificarem ou apresentarem qualquer outro elemento que permitisse identificá-los, responderam ao e-mail de 5/11/2012 da seguinte forma: “OK, Advogados OMG” [OMG é a sigla da expressão “Oh My God”].

58 – Não obstante as insistências da Requerente, os incertos mantiveram a colocação das emissões dos canais S. nos referidos sites.

59 – Em 26/09/2012, a Requerente enviou um e-mail para... através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

60 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 16/05/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ...

reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site é lícita.

61 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cessassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

62 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

63 – Quanto ao site <http://...>, em 1/10/2012, a Requerente enviou um e-mail para ... através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais.

64 – Face à ausência de resposta a comunicação anterior, em 6/02/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site <http://...> é ilícita.

65 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cessassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

66 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

67 – Quanto ao site..., em 1/10/2012, a Requerente enviou um e-mail para ... através do qual alertou que avançaria com uma ação judicial no caso de os incertos continuarem a colocar no site <http://...> as emissões dos canais S.

68 – Face à ausência de resposta à comunicação anterior, em 18/02/2013, a Requerente enviou novo e-mail para ... reiterando que a divulgação, disponibilização pública e exploração comercial dos canais S. feita no site é ilícita.

69 – A Requerente solicitou ainda que os incertos cessassem a sua conduta e que removessem do site as imagens e sons de transmissões dos canais S., sob pena de avançar com uma ação judicial.

70 – A Requerente não recebeu qualquer resposta à referida comunicação, tendo os incertos mantido a colocação das emissões dos canais S. no referido site.

71 – Por força da colocação das emissões dos canais S. nos sites indicados no artigo 2.º os potenciais clientes da Requerente não necessitam de subscrever os canais de acesso condicionado, desde que tenham acesso à internet, podendo, desta forma, e através desses sites, aceder à transmissão, em direto, por exemplo, de jogos de futebol de forma gratuita.

72 – O número de pessoas que acede aos referidos sites é elevado.

73 – Cada evento desportivo tem como característica essencial o facto de ser único e irrepetível.

74 – A possibilidade concedida aos espetadores de acederem, livre e gratuitamente, às transmissões em direto dos canais S., compromete a manutenção dos atuais subscritores da Requerente, sendo também um obstáculo à angariação de novos clientes.

75 – Esta situação tenderá a agravar-se com o decurso do tempo, uma vez que cria junto dos atuais e potenciais clientes da Requerente a convicção de que, ao contrário do que se anuncia, os eventos desportivos transmitidos nos seus canais não possuem a exclusividade esperada e estão disponíveis para todo o mundo através de uma simples ligação

à internet disponibilizada pelos prestadores de serviço de acesso à internet, causando gravíssimos prejuízos à S.

76 – Esta atitude dos requeridos põe em causa os principais ativos da S., enquanto detentora de canais de acesso condicionado.

77 – O sinal dos canais S. é distribuído em regime de acesso condicionado, só podendo ser visualizado em casa de cada um dos subscritores dos canais depois de descodificado através de um aparelho (*set up box*).

78 – Os utilizadores de internet, para acederem aos referidos sites, limitam-se a fazer uma pesquisa nos motores de busca a partir de palavras-chave (por exemplo, ...).

79 – São os próprios motores de busca que apresentam automaticamente a identificação dos sites quando os utilizadores da internet digitam as primeiras letras do nome, facilitando, dessa forma, a pesquisa.

#### Fundamentação

A decisão do Tribunal acerca da matéria de facto fundou-se com base no conjunto da prova produzida em audiência de julgamento e documentos juntos aos autos.

Em concreto, no depoimento das testemunhas apresentadas pelos requerentes, as quais, devido às funções que exercem demonstraram conhecer os factos a que depuseram, de forma isenta e credível e cujos depoimentos não foram infirmados por qualquer outro meio de prova.

#### O Direito

Nos termos do artigo 210.º-G do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), “1 – Sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos, pode o tribunal, a pedido do requerente, decretar as providências adequadas a: a) Inibir qualquer violação iminente; ou b) Proibir a continuação da violação.

2 – O tribunal exige que o requerente forneça os elementos de prova para demonstrar que é titular de direito de autor ou direitos conexos, ou que está autorizado a utilizá-los, e que se verifica ou está iminente uma violação.

3 – As providências previstas no n.º 1 podem também ser decretadas contra qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direito de autor ou direitos conexos, nos termos do artigo 227.º”

Da análise desta disposição legal resulta que são requisitos da providência cautelar: a prova da titularidade do direito de autor ou conexo e a prova da violação desse direito ou do fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável desse direito.

#### Da prova da titularidade do direito de autor ou conexo

Sob a epígrafe “Dos direitos conexos” o art.º 176.º, n.º 1 e n.º 6 do CDADC estabelece que “1 – As prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão são protegidas nos termos deste título.

9 – Organismo de radiodifusão é a entidade que efetua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à recepção pelo público.”

Ora a S. é um organismo de radiodifusão nos termos definidos na norma *supra*. Na verdade, a S. encontra-se registada junto da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, como operadora de televisão, sob a inscrição n.º... e foi autorizada pela então Alta Autoridade para a Comunicação Social, de 2 de setembro de 1998, ao abrigo da Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado, denominado S. E por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2006, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. 3. Também por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de .. de 2006, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, a alterar a denominação dos serviços de programas disponibilizados denominados S. e S. 3 para S. 1 e S. 2. Ainda por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2008, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. 3.

E, finalmente, por deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, de ... de 2008, a S. foi autorizada, ao abrigo da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, a aceder à atividade de televisão para explorar, através de cabo e de satélite, um canal temático de desporto de acesso condicionado denominado S. LIVE.

Enquanto organismo de radiodifusão a requerente, de acordo, com o art.º 187.º, n.º 1, d), do CDADC goza do direito de autorizar ou proibir a colocação das suas emissões à disposição do público, por fio, ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

A S. foi autorizada a explorar, através de cabo e satélite, os canais temáticos de desporto de acesso condicionado denominados S. 1, S. 2, S. 3 e S. LIVE.

Do que fica exposto é manifesta a verificação do pressuposto relativo à titularidade do direito do requerente.

Da violação do direito ou do fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável desse direito.

Como é sabido, o sinal dos canais S. é distribuído em regime de acesso condicionado: assim, só a ele pode aceder e visualizar aquele que tiver subscrito um contrato com a requerente e a quem esta fornece um aparelho (*set up box*) que o descodifica.

Esta é a atividade a que se dedica e pela qual recebe dos seus subscritores o pagamento de uma contrapartida específica que consiste num valor mensal.

Acontece que, conforme resulta da matéria assente sob os n.ºs 11 a 70 os sites referidos naquela lista é disponibilizada uma lista de canais, entre os quais os canais S., sendo

que qualquer utilizador de Internet que aceda a estes sites e efetue um clique em qualquer dos canais S. consegue visualizar, na íntegra, as respetivas emissões que são feitas em direto, diárias e ininterruptas.

Ficou ainda demonstrado que em alguns casos, os canais S. constam do referido site como “alternativa”, sendo que as “alternativas” aos canais S. foram criadas porque, nos jogos mais mediáticos, o número de utilizadores de internet que visualizam a emissão dos referidos canais através daqueles sites, o que leva à perda de qualidade de imagem e de som.

Assim, através das “alternativas” os utilizadores de internet podem visualizar os jogos nos casos em que a primeira opção já não se revele possível devido à grande afluência de utilizadores de internet ao site.

Ora, a Requerente não concedeu qualquer autorização aos incertos para a colocação das emissões dos canais S. naqueles sites sendo que os proprietários e administradores dos referidos sites têm vindo a utilizar de forma reiterada e sem qualquer autorização da Requerente, a emissão dos canais S.

É manifesto que, por força da colocação das emissões dos canais S. nos referidos sites, os potenciais clientes da Requerente não necessitam de subscrever os canais de acesso condicionado, desde que tenham acesso à internet, podendo, desta forma, aceder à transmissão, em direto, por exemplo, de jogos de futebol, de forma gratuita.

Por outro lado, os utilizadores de internet, para acedem aos referidos sites, limitam-se a fazer uma pesquisa nos motores de busca a partir de palavras-chave (por exemplo, ...), sendo os próprios motores de busca que apresentam automaticamente a identificação dos sites quando os utilizadores da internet digitam as primeiras letras do nome, facilitando, dessa forma, a pesquisa.

Ora, o número de pessoas que acede aos sites é elevado sendo que cada evento desportivo tem como característica essencial o facto de ser único e irrepetível e a possibilidade concedida aos espetadores de acederem, livre e gratuitamente, às transmissões em direto dos canais S., compromete a manutenção dos atuais subscritores da Requerente, sendo também um obstáculo à angariação de novos clientes. Na verdade, dificilmente alguém vai subscrever um canal que sabe estar acessível ao público de forma gratuita, o que causa, inevitavelmente, prejuízos à requerente.

Do que fica exposto concluímos que porque estamos perante uma violação efetiva do direito da requerente e que lhe causa prejuízo.

Quanto à probabilidade séria da continuação da violação do direito da Requerente pelos incertos também não há dúvida quanto à sua existência. A facilidade com que se acede aos referidos sites através da utilização dos motores de busca a partir de palavras-chave, os quais, apresentam automaticamente a identificação dos sites quando os utilizadores da internet digitam as primeiras letras do nome, facilitando, dessa forma, a pesquisa, determinará, sem dúvida, a continuação desta atividade. Ou seja, os requeridos continuam e continuarão com esta atividade. Assim, o demonstram a ausência de resposta às missivas e e-mails enviados pela requerente aos referidos sites e às quais não obtiveram respostas tendo os referidos sites continuado com a mesma atividade.

Concluindo, mostram-se preenchidos os pressupostos para o decretamento da providência cautelar.

## Das providências requeridas

A presente providência destina-se a proibir que os incertos coloquem as emissões dos canais S. à disposição do público nos sites identificados.

Ora, como bem refere a requerente para a efetivação da providência decretada e por forma a que seja alcançado o fim último a que esta se destina que é de impedir a continuação da violação dos direitos conexos da S., enquanto organismo de radiodifusão, há que determinar a eliminação dos sites identificados dos resultados das pesquisas nos motores de busca na internet, bem como o bloqueio do acesso aos sites pelos prestadores de serviço de acesso à internet, meios considerados adequados para fazer cumprir a presente providência.

Para o efeito e de acordo com os art.ºs 210.º-G, n.º 1, alínea b), do CDADC e 13.º, alínea c), do Regime Jurídico do Comércio Eletrónico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, determino se notifiquem as empresas que gerem motores de busca na internet, em Portugal, para adotarem as medidas adequadas a eliminar os sites identificados no artigo 2.º da petição e que ficaram assentes *supra* sob o n.º 11 da matéria de facto, dos resultados das pesquisas e ainda a notificação dos prestadores de serviço de acesso à internet para adotarem as medidas adequadas a bloquear, em Portugal, o acesso aos sites, com o objetivo de proibir a continuação da transmissão das emissões dos canais S. pelos incertos.

## Da inversão do contencioso

Na audiência de julgamento a requerente formulou requerimento, nos termos do art.º 369.º, n.º 1, do C. P. Civil no sentido de ser dispensado do ônus de propositura da ação, solicitando assim que se determine a inversão do contencioso.

Para tanto alega que a eliminação dos sites, identificados no art.º 2.º da petição, do resultado das pesquisas efectuadas nos motores de busca da internet bem como o bloqueio de acesso aos sites pelos prestadores de serviço de acesso à internet são os meios adequados a proibir que os incertos continuem a colocar as emissões dos canais S. à disposição do público nos referidos sites permitindo assim realizar a composição definitiva do litígio.

Refere ainda que, atenta a representação dos incertos pela Digníssima Representante do Ministério Público, houve contraditório prévio.

Conclui que o caso dos autos é um exemplo da desnecessidade de propositura da ação principal, sendo que os direitos dos Requeridos não ficam prejudicados, uma vez que tiveram a oportunidade, nesta sede, de se pronunciarem, não o tendo feito.

Ouvido o MP, veio a Ex.<sup>ma</sup> Sr.<sup>a</sup> Procuradora, a fls. 237 a 239, promover que se indefira ao requerido por entender não ser admissível a inversão do contencioso no caso dos autos, apesar de concordar que o pedido formulado na presente providência cautelar seja um caso paradigmático de aplicação desta nova solução introduzida pela recente reforma do Processo Civil, porquanto o pedido formulado pela

requerente na providência cautelar, a ser deferido, seria de molde a dar satisfação definitiva à pretensão da requerente e assim realizar a composição definitiva do litígio. Porém, a não propositura da ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado, não pode conduzir à consolidação da providência decretada como composição definitiva do litígio, quando esteja em causa a representação de incertos pelo Ministério Público.

Se na providência cautelar, tal como na ação principal a propor pela requerente, a falta de contestação pelo MP em representação dos incertos, ou a falta de impugnação dos factos alegados, não tem como cominação o acordo nem a confissão desses factos, a omissão de instauração da ação principal pelos requeridos incertos, representados pelo MP, não poderia ter como efeito o acordo ou a desistência da ação de impugnação, de molde a permitir a composição definitiva do litígio. Razão pela qual entende ser inadmissível a inversão do contencioso no caso dos autos.

## Decidindo

A inversão do contencioso vem prevista no art.º 369.º, do CPC, e tem em vista evitar aquelas situações em que, na prática, se tenha de repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar, permitindo ao juiz dispensar o requerente do ônus da propositura da ação principal para evitar a caducidade da providência decretada.

Permite-se assim que, em determinadas situações, a decisão cautelar se consolide como definitiva composição do litígio no caso de o requerido não vier a demonstrar, em ação própria por si proposta, de que a decisão cautelar não pode ter tal carácter definitivo (art.º 371.º do CPC).

Assim, não existe qualquer antecipação da decisão final no âmbito do próprio procedimento cautelar, uma vez que sempre será possível ao requerido no procedimento cautelar impugnar a decisão invocando não ser esta a solução definitiva para o litígio.

A inversão do contencioso pode ser deferida pelo juiz, na decisão que decreta a providência, quando se verificarem cumulativamente dois requisitos: I – quando a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado; e 2 – se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

No caso em apreço, apesar de a matéria adquirida no procedimento nos permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado, a natureza da providência decretada não é adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Na verdade, a providência foi decretada contra incertos sendo desconhecidas as concretas pessoas que violaram o direito da requerente o que não permite, desde logo, que haja composição definitiva do litígio. Os incertos podem tornar-se certos e têm o direito a intervir nos autos. Por outro lado, o art.º 371.º do CPC estabelece uma cominação que, ao caso, não pode ser aplicada porquanto os incertos estão representados pelo MP, não podendo, por tal facto, operar qualquer cominação que seja.

Assim, o litígio só pode considerar-se definitivamente composto com o julgamento na ação principal.

Por todo o exposto, entendo não ser admissível a inversão do contencioso.

## Decisão

Por todo o exposto, julgo a presente providência cautelar procedente por provada e em consequência, determino:

«– que se notifiquem as empresas gestoras de motores de busca na internet, em Portugal, para adotarem as medidas adequadas a eliminar os sites, identificados no artigo 2.º da petição inicial, dos resultados das pesquisas na internet;

– que se notifiquem os prestadores de serviço de acesso à internet para que adotem as medidas adequadas a bloquear o acesso aos referidos sites identificados no artigo 2.º da petição inicial.

Custas pelo Requerente (art. 527.º n.º 1 e n.º 2, do C.P.C.)»

Registe e Notifique.

Fixo à presente providência o valor indicado pela requerente.

Lisboa, 19.03.2014

## Comentário

### **1. Enquadramento fáctico: o problema do “streaming” não autorizado de emissões de radiodifusão no âmbito da problemática da pirataria de conteúdos “online”**

Esta Decisão do 2.º Juízo do TPI representa um marco importante no contexto das medidas de combate à prática de infrações na Internet, mais concretamente no que diz respeito à antecipação da tutela jurisdicional face a um ilícito de carácter continuado.

Fundamentada, por natureza, numa evidência probatória simples, mas mais do que suficiente para os fins prosseguidos, tem o mérito de reconhecer ao organismo de radiodifusão em causa, de forma inequívoca, o direito de natureza exclusiva de determinar livremente as formas e as entidades a quem se permite o exercício da faculdade de “colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”, constante do art.º 187.º, n.º 1, d), do CDADC, transposição fiel do art.º 3.º, n.º 2, d) da *Diretiva 2001/29/CE do PE 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 (Diretiva Direito de Autor na Sociedade da Informação)*, com origem no art.º 8.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 20.12.1996.

A clareza com que o TPI o declara contrasta com algumas hesitações de outras instâncias judiciais que, fora de Portugal, foram chamadas a pronunciar-se sobre os limites e os contornos deste direito, acabando, algumas vezes, por embrulhar o seu reconhecimento em significativas confusões conceptuais, chegando a permitir que se duvidasse da legitimidade da afirmação dos Direitos de Propriedade

Intelectual face à defesa acérrima da Liberdade de Expressão, do Direito à Privacidade e do livre acesso à fruição cultural.

Por outro lado, esta medida agora decretada, ainda que fortemente limitada pelo âmbito territorial da jurisdição do próprio TPI – questão de que adiante se dará nota – vai na linha de muitas outras providências similares, denominadas em inglês como “*injunctions*”, endereçadas aos chamados prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação, sendo nela individualizados os prestadores de serviços de acesso, e também os chamados prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, mais vulgarmente referidos pela expressão “motores de busca”.

Importa, desde logo, salientar o lado positivo desta Decisão, cujo sentido não é outro senão o de assinalar a prevalência dos Direitos de Propriedade Intelectual sobre a vaga de fundo que tem vindo a assolar a Cultura e que quer fazer da Internet um domínio de absoluta e irrestrita liberdade de uso e abuso do trabalho intelectual alheio, não reconhecendo a ninguém a obrigação de pagar direitos aos criadores, produtores e primo-difusores de obras protegidas.

São sobejamente conhecidas essas ideias de teor libertário, bem como os efeitos que a generalização das mesmas, particularmente junto das gerações mais jovens, têm gerado em prejuízos para o setor produtivo da chamada economia digital. É também do domínio público uma extensa controvérsia sobre os efeitos reais da chamada “pirataria digital”, ou utilização não autorizada de obras e prestações ilegítimamente disponibilizadas na Internet, tendo sido publicados estudos que salientam os prejuízos para a chamada indústria criativa<sup>1</sup>, e outros que clamam pela ausência de efeito significativo, baseando-se na premissa segundo a qual quem se prevalece de uma obra ou prestação disponível sem pagar por isso, acabará mais cedo ou mais tarde por comprar ou aceder por via legal, desde que a oferta de serviços legais esteja disponível.

Várias têm sido as propostas legislativas de combate à generalização de tais comportamentos, nomeadamente ao nível internacional, mas todas elas têm fracassado, fundamentalmente, por pressão da opinião pública, sempre onipotente em regimes democráticos, e devido ao fortíssimo *lobby* da indústria da tecnologia digital, principal sustentáculo do crescimento económico dos países mais industrializados, cuja política consiste em fazer passar a ideia de que o Direito de Autor e os Direitos Conexos são um instrumento do passado, destinado a arquivo em núcleo museológico adequado, porque é livre a fruição cultural. O resultado é que ainda não foi possível obter um consenso internacional mínimo sobre a forma como combater a “pirataria digital”, observando-se as várias experiências legislativas e jurisprudenciais com redobrado interesse, de forma a poder determinar quais as abordagens que têm mais eficácia na redução do recurso a obras e prestações ilícitamente colocadas em rede.

A generalização do acesso a, virtualmente, toda a produção intelectual humana, por via da digitalização das obras e prestações, ao alcance de todos os internautas que consigam aceder por qualquer forma à rede das redes, gerou uma mentalidade segundo a qual a Cultura “quando nasce, é para todos”, sendo certo que a perda de controlo, por parte de quem produz, ou investe e arrisca para permitir a criação

intelectual, representa um novo fenómeno de “alienação” do fruto do trabalho, e desumaniza-o, funcionando como um desincentivo à criação e produção cultural e levando mesmo ao seu abandono, por não ser economicamente compensador e viável.

Numa situação como é o caso vertente, não poderá defender-se a licitude do acesso às emissões de eventos desportivos, ou o carácter meramente experimental desse acesso, em benefício de uma posterior subscrição do Canal ou Canais, porque a experiência e a dimensão demonstrada do fenómeno não é de molde a sustentar essa justificação: quem acede ilegalmente, através de sítios Internet, que ilegalmente disponibilizam essas emissões (ou apenas as hiperligações para outros sítios eletrónicos, que o fazem) não vai, a seguir, adquirir uma assinatura do serviço, já que sabe que pode aceder às emissões sem ter de pagar. Em tempo de aperto financeiro, sempre se poupa dinheiro sem perder nada... a não ser, é claro, a qualidade do sinal, que dificilmente será igual...

Daí que seja de aplaudir o carácter inequívoco com que o direito do organismo de radiodifusão em causa é afirmado, sem espaço para discussões ambíguas quanto à legitimidade e à justificação do pressuposto da titularidade e da iminência de danos.

## 2. Limitações previsíveis à eficácia da decisão: a globalidade da Internet e a facilidade tecnológica das formas de contornar o âmbito estrito da decisão

O único aspeto preocupante desta providência é o problema da respetiva eficácia, em termos práticos, num contexto de globalização em que a tecnologia caminha a passo de gigante e a milhas de distância do Direito, que, por mais que tente enquadrá-la e forçá-la a respeitar os limites das convenções sociais humanas, mais não consegue do que mostrar uma imagem pouco consistente, com avanços e recuos, ao sabor das várias decisões jurisprudenciais que vão sendo conhecidas e bem assim das principais tendências administrativas verificadas nos vários ordenamentos jurídicos, umas e outras com maior ou menor sucesso contra a distribuição não autorizada na Internet.

Com efeito, a decisão do TPI ora em apreço visou tão-somente “as empresas que gerem motores de busca na Internet, em Portugal”<sup>2</sup> bem como “os prestadores de serviços de acesso à Internet” aos quais se ordenou que bloqueassem, em Portugal<sup>3</sup>, “o acesso aos sites, com o objetivo de proibir a continuação da transmissão das emissões dos canais S. [...]”.

Ao limitar desta forma o alcance territorial da Decisão, o TPI terá sido induzido, certamente, pela leitura que faz das suas próprias limitações em matéria de jurisdição, mas é este, simultaneamente, a nosso ver, o elo mais fraco da Decisão, que a tornará muito provavelmente ineficaz, senão a curto prazo, certamente a médio e longo prazo.

Ter-se-ia, porventura, pretendido ir mais longe, no pedido, o qual visava na sua formulação inicial os proprietários, criadores ou administradores de sítios eletrónicos (“websites”) identificados no art.º 2.º do requerimento inicial, mas o TPI certamente considerou, na sua decisão, que os “alvos” alcançáveis eram claramente os prestadores intermediários

de Serviços da Sociedade da Informação a operar em Portugal.

E, nesse aspeto, talvez o TPI não esteja longe da realidade, admitindo-se que, a ser implementada pela generalidade dos prestadores de acesso, a medida pode, efetivamente, lograr inibir a possibilidade de qualquer utilizador aceder aos referidos sítios eletrónicos, pelo menos, a partir de Portugal, caso não consiga “simular” encontrar-se noutra localização, o que nem sempre está ao alcance de todos os potenciais utilizadores.

No entanto, o carácter geral e abstrato da providência é, simultaneamente, uma força e uma fraqueza, porque torna impossível garantir e impor o seu cumprimento absoluto.

Seja como for, o TPI limitou o âmbito da providência aos prestadores intermediários de serviços de acesso e às



1. Como é o caso, a nível internacional, do Relatório do IFPI para o ano 2013, intitulado *Digital Music Report 2013*, em <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2013.pdf>, do estudo da LEK para a Motion Picture Association intitulado *The Cost of Movie Piracy 2005*, em <http://austg.com/include/downloads/PirateProfile.pdf>; o estudo da Music Metric para a BBC de 2012, acessível via <http://www.musicmetric.com/digital-music-index/>; o estudo dos Professores Michael D. Smith e Rahul Telang, da Carnegie Mellon University, Pittsburgh, de agosto de 2012, intitulado *Assessing the Academic Literature Regarding the Impact of Media Piracy on sales*, em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2132153](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132153); o estudo da TERA Consultores para a Comissão Europeia, de março de 2010, intitulado *Building a Digital Economy – the importance of saving jobs in the EU Creative Industries*, em <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/219-1.pdf>, no qual se conclui que, em 2015, a perda de empregos na indústria criativa devido à pirataria digital se estima em 1,2 milhões e as perdas de faturação se estimam em € 240 milhões, se nada for feito para o impedir. Em Portugal, temos um estudo feito em 2012 pelo Centro de Estudos Aplicados da Universidade Católica, a partir dos dados anualmente compilados pela Business Software Alliance, cujos resultados se encontram disponíveis em [www.assoft.org](http://www.assoft.org). O estudo calcula que anualmente a pirataria de *software* tem um impacto de 193 milhões de euros na economia portuguesa. Portugal – onde se estima que a taxa de pirataria ronde os 40% – em linha com a média mundial, mas muito acima da média apurada para os países desenvolvidos. Uma redução de dez pontos percentuais nos índices de pirataria teria um impacto significativo no Produto Interno Bruto do país, que, a 4 anos, poderia ascender aos 1150 milhões de euros ou 0,6% do PIB. Em termos de impacto no emprego, os investigadores acreditam que a redução da taxa de pirataria para os 30% poderia ajudar a criar 4244 empregos. E temos também um estudo do Setor de Edição e Livrarias sobre a dimensão do mercado da cópia ilegal, de março, 2012, em [http://www.apel.pt/gest\\_cnt\\_upload/editor/File/EstudodoSetordeEdicaoLivrariase-DimensaoMercadodaCopiaIlegal\\_06mar2012.pdf](http://www.apel.pt/gest_cnt_upload/editor/File/EstudodoSetordeEdicaoLivrariase-DimensaoMercadodaCopiaIlegal_06mar2012.pdf), que aponta para um valor amputado próximo de € 10 milhões, só no Ensino Superior, abaixo do prejuízo causado pelas fotocópias. Em sentido oposto, pode ver-se o estudo da Clickstream Data, encomendado pelo Joint Research Centre da Comissão Europeia, Instituto de Estudos Tecnológicos Prospectivos, de 2013, em <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf>, o estudo do IVIR intitulado *Filesharing 2012 – Downloads na Holanda*, de 16 de outubro de 2012, e o estudo de Natali Helberger, Annelis Huygen e Nico van Eijk, da Universidade de Amsterdão, intitulado *Ups and Downs Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games*, de 18 de fevereiro de 2009, em [http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups\\_And\\_Downs\\_authorized\\_translation.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorized_translation.pdf), que concluem que o impacto do “download” ilegal sobre o consumo de serviços legítimos é na prática, insignificante, porque a maioria dos cibernautas que o faz acaba por adquirir legalmente o produto.

2. Enegrecido nosso.

3. Enegrecido nosso.



empresas que gerem “motores de busca” na Internet, em Portugal, determinando aquilo que se convencionou chamar “desreferenciação”, ou seja, a eliminação dos sítios eletrónicos dos resultados das buscas e o bloqueio de acesso aos mesmos a partir de Portugal.

Como objeto da providência foram, assim, identificados vários “websites”: dos quais apenas um não se encontra, aparentemente, a ser eficazmente bloqueado. Os outros, provavelmente, já terão migrado para outros “websites”, não abrangidos pela decisão.

Na história recente deste tipo de providências, a que adiante nos referiremos, uma das principais limitações é, justamente, a facilidade com que os mesmos conteúdos ou práticas ilícitas “migram” para outros “websites”, que tornam necessário um constante labor de fiscalização e identificação junto dos prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação (adiante, “ISP”), de modo a manter permanentemente inacessível o objeto da proteção jusautorais, esforço que muitas vezes se revela inglório e que tem obrigado os Tribunais a encontrar soluções criativas para ultrapassar a chamada proibição de “filtragem geral” de conteúdos sem deixar de obrigar tais operadores a adotarem medidas suficientemente eficazes para evitar a reiteração das infrações que lhes são notificadas<sup>4</sup>.

A razão de ser de esta providência ter sido requerida, e subsequentemente decretada, contra incertos, fazendo uso de um expediente mais adequado ao Direito Penal do que ao Direito Civil – e sendo, mesmo nessa sede, apenas admissível na fase preliminar de investigação de uma eventual prática de um crime, enquanto se não conhecem os seus autores – parece prender-se com a intenção inicial de atingir os responsáveis últimos pela disponibilização de conteúdos ilícitos nos “websites” identificados pela Requerente, mas torna-se totalmente injustificada perante a restrição de destinatários que acabou por ser decidida pelo Tribunal.

Esta restrição, se tivesse sido ponderada, talvez tivesse podido levar a Requerente a identificar os Requeridos prestadores intermediários de serviços de acesso e de associação de conteúdos, na medida em que se trata de operadores sujeitos a registo em Portugal, podendo assim assegurar que a mesma lhe seria judicialmente notificada e conseguindo garantir uma vinculação individual e alargada ao seu cumprimento, até, porventura, complementando a mesma com uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do disposto no art.º 829.º-A do Código Civil, por cada dia de eventual incumprimento.

Por outro lado, terá sido, precisamente, o facto de ser requerida e decretada contra incertos, a justificação para não ter sido atendido o pedido de inversão do contencioso efetuado pela Requerente, sendo certo que, ao visar a mera imposição de medidas destinadas a efetivar um Direito de Propriedade Intelectual, válido *erga omnes*, cujo reflexo passivo é uma obrigação de abstenção universal, fazia todo o sentido manter a providência decretada e deixar aos Requeridos o ónus de a impugnam em juízo. Assim, a indeterminação dos destinatários acabou por enfraquecê-la. Não obstante, pode questionar-se a possibilidade legal da inversão do contencioso no caso vertente, uma vez que o art.º 210.º-G do CDADC não o prevê, e que o n.º 5 do art.º 9.º da Diretiva 2004/48/CE de 28.04, que aquele visa transpor, obriga a prever a sua caducidade, se o requerente

não intentar uma ação relativa ao mérito junto da autoridade judicial competente, num prazo razoável a determinar por essa autoridade judicial.

Em todo o caso, fora do nosso ordenamento jurídico, são conhecidos alguns casos similares, alguns deles bastante recentes, como é o caso da ordem de restrição temporária emitida pelo *United States District Court for the Central District of California, Western Division*<sup>5</sup>. A ordem foi, requerida contra incertos (“John Does”) que ilegalmente distribuam, reproduzam, executem ou por qualquer outra forma, disseminem o filme *The Expendables 3*, através dos sítios eletrónicos <limetorrents.com>, <billionuploads.com>, <hulkfile.eu> <played.to>, <swankshare.com> e <dotsemper.com> entre os dias 04.08 e 08.08.2014.

Na boa tradição anglo-saxónica de descrever exaustivamente e tipificar taxativamente o que se pretende – a restrição temporária foi requerida contra “*toda e qualquer de entre os Requeridos e seus corpos sociais, agentes, empregados, advogados e qualquer outra pessoa que aja em concertação ativa ou em participação com aqueles, incluindo, mas não limitando, as pessoas e entidades que prestam serviços a, ou em relação com, os nomes de domínio <limetorrents.com>, <billionuploads.com>, <hulkfile.eu>, <played.to>, <swankshare.com> e/ou <dotsemper.com> ou os sítios eletrónicos servidos por algum desses nomes de domínio*”<sup>6</sup>.

O respetivo âmbito de proibição, também extensivamente descrito, foi o armazenamento (“hosting”), a hiperligação (“hyperlinking”), a distribuição, a reprodução, a execução, a venda, a oferta para venda, a colocação à disposição do público para “download”, “streaming” ou qualquer outro uso de cópia ou cópias do filme *The Expendables 3* ou de qualquer parte do mesmo, sob qualquer forma.

A responsabilidade secundária ou indireta também não foi esquecida, e foram abrangidos todos e quaisquer agentes que induzam, causem ou contribuam materialmente para a infração direta dos direitos da Requerente por terceiros, incluindo, sem limitação, o armazenamento (“hosting”), a hiperligação, ou qualquer outra forma de acesso a quaisquer ficheiros do tipo “torrent”, “trackers”, “links” (incluindo, sem limitação, “magnet links”), “hash values” ou outra instrução que permita aos utilizadores que localizem ou acedam a qualquer “swarm” (comunidade de utilizadores de ficheiros partilhados P2P) ou outra localização onde qualquer cópia ou cópias do filme ou parte da mesma esteja a ser distribuída, reproduzida, executada ou de alguma forma explorada, quer diretamente, de forma contributiva, vicarial ou qualquer outra, ou ainda que transfira ou execute alguma função que resulte na transferência do registo dos nomes



4. Acerca da diferença entre obrigações de vigilância geral e deveres de monitorização específica, à luz da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, veja-se o nosso artigo “Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 14/15, abril-setembro de 2014, IDEFF, Almedina e AdC, Lisboa e Coimbra, pp. 337 e ss.

5. Case 2:14-cv-06033-MMM-AGR do *US District of California (LIONS GATE FILMS INC. v. John DOES)* de 04.08.2014.

6. Tradução livre do autor.

de domínio <limetorrents.com>, <billionuploads.com>, <hulkfile.eu>, <played.to>, <swankshare.com> e <dotsemper.com>, ou de qualquer deles para outro titular.

Tendo em conta, porém, que a ordem de restrição emitida pelo Tribunal da Califórnia se destinava a vigorar apenas por quatro dias, não custa pensar que a determinação dos referidos “websites” não traria nenhuma dificuldade à eficácia da providência.

Já a decisão do nosso TPI em análise, destinando-se a vigorar até à decisão da ação principal, permite-nos antecipar a sua insuficiência, precisamente devido aos sítios eletrônicos (“websites”) identificados no art.º 2.º do Requerimento inicial, sabendo-se a facilidade com que os agentes da chamada “pirataria digital” mudam a localização dos conteúdos que oferecem, pelo que dificilmente não terão já migrado para outros “websites”.

É verdade que, no nosso ordenamento jurídico, vigoram as disposições comunitárias transpostas para o Direito Nacional, e estas preveem que seja suficiente o bloqueio de acesso, no caso dos prestadores desse serviço, e a “desreferenciação” ou eliminação dos resultados, no caso dos “motores de busca”, conforme adiante se explicitará.

Por outro lado, também suspeitamos que o âmbito limitado e restritivo da decisão permitirá aos mais hábeis infratores contornarem a proibição, pelo menos no que toca a motores de busca, até porque, como se sabe, não são os serviços nacionais os mais utilizados, pelo que não será muito útil o inciso “empresas que gerem” quando referenciado a motores de busca na internet, e limitado geograficamente a Portugal.

Nesse sentido, e em flagrante contraste, importa ter presente a forma como o Tribunal de Grande Instância Civil de Paris decretou, em 28.11.2013, uma providência similar contra os principais operadores de comunicações eletrônicas a operar em França, nomeadamente, a Auchan, a Darty, a Bouygues, a France Telecom, a Orange, a SFR, a FREE, a Numericable e também os motores de busca Yahoo!, Google e Microsoft sobre o sítio www.allostreaming.com, e os sítios eletrônicos similares (28.11.2013), preparando o caminho para algo a que temos chamado *Providência Cautelar Periodicamente Adaptável*<sup>7</sup>.

Trata-se de uma “Ordonnance de référé” decretada, nos termos do disposto no art. L. 336-2 do *Code de Propriété Intellectuelle*, contra a generalidade dos prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação, visando prevenir todas as formas de acesso aos nomes de domínio de um conjunto de sítios eletrônicos, constantes de uma lista, que incluem milhares de obras protegidas, sobretudo filmes e séries de televisão, e que permitem a qualquer pessoa o “streaming” dessas mesmas obras sem qualquer autorização ou pagamento de direitos aos respectivos titulares.

Na sua decisão, o Tribunal relativizou a ausência, no processo de prestadores de serviços de alojamento (“hosting providers”) admitindo que os infratores podem facilmente mudar de fornecedores, pelo que seria provavelmente menos eficaz concentrar o esforço processual em tais destinatários, ao invés de visar todos os prestadores de acesso, como se tentou e, praticamente, conseguiu a adesão de todos. O TGI de Paris constatou também a dificuldade em impor medidas a entidades estrangeiras, justamente pela falta de jurisdição, o que poderia, aliás, prejudicar a eficácia de

tais medidas. Veremos adiante que a jurisprudência evoluiu também bastante a este respeito.

Mas onde, verdadeiramente, o TGI de Paris nos parece ter sido assaz inovador, foi na característica de flexibilidade que introduziu na sua decisão, pois decretou a livre adaptabilidade por parte de cada prestador de serviços seu destinatário, contanto que adote todas as medidas adequadas a prevenir o acesso aos sítios eletrônicos previamente listados, a partir de território francês e/ou por subscritores contratualmente obrigados nesse território, por quaisquer meios eficazes, nomeadamente o bloqueio de nomes de domínio, ainda que os utilizadores sejam reenviados para outros sítios eletrônicos, não constantes da lista inicialmente indicada, admitindo expressamente que os Requerentes peçam ao Tribunal, durante o tempo de duração das medidas (que é de doze meses) que atualize, complete ou modifique a referida lista de sítios eletrônicos a bloquear, considerando a possível e mais que previsível migração do conteúdo ilícito para outros sítios eletrônicos<sup>8</sup>.

### 3. A legislação europeia e a fundamentação jurídica da presente sentença, quer no plano processual quer de direito substancial

Esta decisão fundamenta-se, mais especificamente, no n.º 3 do art.º 210.º-G do CDADC, que transpõe para o ordenamento jurídico nacional a segunda parte do art.º 11.º da Diretiva n.º 2004/48/CE, de 29.04.2004 (relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual) mas também concretiza o disposto no n.º 3 do art.º 8.º da Diretiva 2001/29/CE (Direito de Autor na Sociedade da Informação) a qual, por sua vez, complementa o regime da Diretiva 2000/31, de 08 de Junho, (sobre certos aspetos do comércio eletrónico, comumente designada como DCE).

Recorde-se que estas duas Diretivas foram pensadas para entrar em vigor em simultâneo, o que acabou por não suceder, mas todos estes normativos se completam, se considerarmos os n.ºs 3 do art.º 12.º, 2 do art.º 13.º e 3 do art.º 14.º da DCE, que preveem a possibilidade de os prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação (adiante, ISP) terem de acatar ordens de tribunais ou de autoridades administrativas, de acordo com os sistemas legais dos estados-membros. A este respeito, importa ter em conta o Considerando 59 da Diretiva 2001/29/CE, que explica e fundamenta a necessidade de recorrer cada vez mais à intervenção dos ISP, tornando absolutamente claro que essa intervenção é independente da isenção de responsabilidade



7. Cfr. o nosso artigo, citado na nota anterior.

8. Como referiu o Advogado Geral Pedro Cruz Villallón na Opinião expandida no Processo C-314/12 (*UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*) que é, precisamente, sobre um pedido de bloqueio dirigido contra um prestador intermediário de serviços de acesso, § 25, “os utilizadores não necessitam de conhecimentos técnicos especiais para acederem facilmente ao sítio Internet ilegal. Para além disso, os operadores do sítio Internet ilegal também o podem disponibilizar noutra endereço”.

de que continuam a gozar ao abrigo dos artigos 12.º a 14.º da Diretiva 2000/31/CE e fazendo a ponte com as providências, preventivas e repressivas, previstas na Diretiva n.º 2004/48/CE.

No caso em apreciação, a providência foi decretada contra os prestadores de serviços de acesso e contra os prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização (motores de busca), aos quais o art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (que transpõe a DCE) estende o regime previsto para os demais prestadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação, designadamente, os “carriers” que prestam simples transporte, “caching” ou armazenagem intermediária e “hosting” ou armazenagem principal.

São conhecidas as vicissitudes pelas quais tem passado este normativo e, em particular, este tipo de medidas genéricas e abrangentes, no tocante ao reconhecimento da sua compatibilidade com os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos europeus, particularmente os consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>9</sup>, o regime europeu de proteção dos Dados Pessoais<sup>10</sup>, mas também no próprio confronto com a interpretação “autêntica” que o TJUE tem feito da proibição de filtragem de dados (monitorização genérica) e das condições de isenção de responsabilidade pelas infrações cometidas por terceiros<sup>11</sup>, previstas na DCE, quando confrontadas com a imposição nacional de medidas de remoção e impossibilitação de acesso (vulgo, “bloqueio”), salvaguardadas pelos Considerandos 46 a 48 da DCE.

De todas as avaliações efetuadas até à data, sobressaiu sempre a inequívoca compatibilidade e plena legalidade das medidas que recorram à colaboração, voluntária ou imposta por via administrativa ou judicial, dos referidos ISPs para pôr termo a uma infração devidamente comprovada e continuada, sendo, na prática, a única forma conhecida de evitar a sua continuação, uma vez que, como é sabido, não é possível aos lesados conhecer a identidade, em cada momento, das pessoas que estão a utilizar a Internet para violarem os seus direitos, mas é possível conhecer os endereços eletrónicos (ou endereços IP) que os identificam perante os seus operadores de acesso, pelo que são estes últimos os únicos a poder saber quem são as pessoas, e a poderem notificá-las de que foram constatadas as infrações a partir dos endereços IP que lhes disponibilizaram. Como, em regra, os utilizadores se encontram vinculados aos referidos operadores mediante condições contratuais que expressamente excluem a infração de direitos de terceiros, é juridicamente invocável o incumprimento contratual para lhes poderem ser aplicadas sanções, e, caso se mostre justificado, suspenso o acesso à Internet, e, bem assim, a possibilidade de o operador vir a ter de identificar os infratores perante uma autoridade, caso lhe seja ordenado que o faça, com vista a outras diligências, nomeadamente, judiciais, no sentido do ressarcimento dos danos causados aos titulares de direitos violados.

Acrescente-se que a coerência e mútua compatibilidade dos referidos normativos foi também objeto de uma apreciação aprofundada por parte do *England and Wales High Court of Justice*<sup>12</sup> e pelo *England and Wales Court of Appeals*, do Reino Unido, a propósito da implementação nacional do chamado regime de “resposta gradual” através do *Digital Economy Act* de 2010, e da Ordem sobre Direito de Autor e

Partilha de Custos de 2011, tendo ambas as instâncias concluído inequivocamente pela compatibilidade desse regime com o Quadro Normativo Comunitário em vigor, em matéria de Comércio Eletrónico, Proteção de Dados Pessoais e também de Comunicações Eletrónicas. Ficou assim estabelecida a necessidade e a legalidade da colaboração constante por parte dos ISPs, nomeadamente através da adoção de Códigos de Conduta que deverão contemplar uma abordagem pedagógica, informativa, gradualmente mais impositiva, podendo chegar ao limite da suspensão temporária dos serviços, mediante aprovação pela Câmara dos Comuns. A competência para aprovar esses Códigos de Conduta pertence ao OFCOM.



9. Cfr. o Acórdão proferido pelo TJUE no Processo C-314/12, em 26.11.2013, que opôs a *UPC-Telekabel Wien à Konstantin Film Verleih GmbH* e à *Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, contra a opinião do Advogado Geral, que entendeu que, ao deixar ao fornecedor de acesso a escolha dos meios adequados a impedir a continuação da violação dos direitos de Propriedade Intelectual das Requerentes, como resultado a atingir, sem imposição de medidas concretas, a decisão do OLG de Viena violava direitos fundamentais dos cidadãos europeus, constantes da Carta Social Europeia, tais como a liberdade de informação, e, como tal, não cumpria as exigências do art.º 8.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2001/29/CE, nem do art.º 3.º da Diretiva n.º 2004/48/CE, ainda que os destinatários dessas medidas pudessem contestar judicialmente a sua razoabilidade. Contudo, a Decisão do TJUE foi no sentido diametralmente oposto, considerando que os direitos fundamentais consagrados pelo Direito da UE não se opõem a uma injunção que não especifique as medidas que o fornecedor de acesso deve usar, desde que, por um lado, as medidas tomadas não impeçam desnecessariamente os utilizadores da Internet de acederem licitamente às informações disponíveis e, por outro, essas medidas tenham o efeito de impedir ou, pelo menos, de tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e de desencorajar seriamente os utilizadores da Internet de consultar esse material, colocado à disposição em violação do direito de propriedade intelectual, o que cabe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais verificar.

10. Cfr. os Acórdãos proferidos pelo TJUE nos Processos C-275/06, C-557/07 e C-461/10, respetivamente, em 29.01.2008, 19.02.2009 e 19.04.2012, nos quais se concluiu claramente a favor da prevalência da tutela da Propriedade Intelectual em casos de prevenção de infração continuada através da Internet.

11. Em particular nos Acórdãos TJUE proferidos nos Processos C-236/08, C-324/09, C-70/10 e C-360/10, respetivamente em 23.03.2010, 12.07.2011, 24.11.2011 e 16.02.2012, que definiram o contorno da isenção de responsabilidade dos ISPs, decorrente da DCE, de forma restritiva, admitindo que, em determinadas circunstâncias, não poderão mesmo prevalecer-se dessa isenção.

12. Cfr. os Acórdãos do *High Court of Justice* do Reino Unido, de 20.04.2011, no Processo n.º CO/7354/2010 EWHC 1021 (Admin) e do Tribunal de Recursos (civil), de 06.03.2012, que confirmou o primeiro no Processo n.º C1/2011/1437 EWCA Civ 232 (*British Telecommunications Plc et Talk Talk Telecom Group Plc v. The Secretary of State for Culture, Media and Sport* disponíveis em <http://bailii.org>).

#### 4. Principais marcos jurisprudenciais na história do combate à pirataria de conteúdos “online”, nos EUA, na Europa, na Austrália e, mais recentemente, no Canadá; a determinação de medidas contra o principal motor de busca: Google

Vale a pena fazer um breve percurso histórico sobre a evolução da jurisprudência, sobretudo na Europa, mas também nos EUA e no Canadá, para se surpreender a forma como os Tribunais estão rapidamente a conseguir dar resposta aos desafios que lhes são colocados por alvos móveis, a operar globalmente na Internet, que não conhece quaisquer fronteiras.

As primeiras Decisões de que se tem conhecimento, na Europa, ocorreram, nomeadamente, em França, quando, em 22.05.2000, o TGI Paris ordenou à empresa Yahoo! que destruísse todos os dados informáticos armazenados direta ou indiretamente no respetivo servidor relativos a um leilão de objetos nazis e livros antisemitas.

A Yahoo! invocou a impossibilidade técnica de executar a decisão e o Tribunal ordenou, em 11.10.2000, a constituição de um Colégio de Peritos Internacionais encarregados de determinar os processos de filtragem capazes de impossibilitar o acesso aos internautas a partir do território francês. Esse relatório foi produzido em 06.11.2000 e em 20.11.2000 o TGI Paris impôs à Yahoo! a implementação de um processo de filtragem no prazo de três meses, tendo esta aceite parcialmente a imposição, justificando-se com a vontade de lutar contra o discurso de ódio.

Também na Europa, o Supremo Tribunal da Dinamarca ordenou em 10.02.2006 a um ISP que cortasse as ligações à Internet a qualquer subscritor que violasse os Direitos de Autor. Como resultado dessa sentença, os ISP passaram a ter de agir rapidamente, perante uma notificação de infração por parte dos respetivos assinantes. Em 25.10.2006, o Tribunal de Copenhaga ordenou à Tele2 que bloqueasse o acesso ao serviço de “streaming” ilegal de música AlloMP3, sediado na Rússia, a pedido da indústria discográfica dinamarquesa. O “website” foi acusado de vender abaixo do custo, por não pagar direitos de autor.

Em 29.06.2007 o Presidente do Tribunal de Bruxelas ordenou à Scarlet Extended (anteriormente denominada Tiscali) que instalasse “software” de filtragem capaz de impedir a pirataria através do sistema P2P.

A matéria acabou por ser dirimida pelo TJUE em sede de reenvio prejudicial, no Processo C-70/10, no conhecido Acórdão *SABAM v. SCARLET EXTENDED*, de 24.11.2011, mais tarde seguido do Acórdão *SABAM v. NETLOG*, proferido a 16.02.2012 e relativo aos prestadores intermediários de serviços de armazenamento (redes sociais).

Nestes Acórdãos, o TJUE veio proibir aos estados-membros a imposição aos ISP de mecanismos de filtragem genéricos e preventivos, a expensas do próprio prestador, e sem qualquer limitação temporal, aplicáveis a todas as comunicações eletrónicas, recebidas e enviadas, que transitam pelo serviço, particularmente no caso de utilizarem aplicações de partilha de ficheiros *peer-to-peer* (P2P), com vista à identificação de quaisquer ficheiros que contenham obras musicais, cinematográficas ou audiovisuais que possam estar

a circular na rede, e ao bloqueio da respetiva transferência a pedido ou em simultâneo com o seu envio (“upload”) que é o que sucede, em regra, com as comunidades de utilizadores “P2P”.

Não ficaram prejudicadas, porém, as disposições legais e administrativas estabelecidas pelos estados-membros no sentido de serem decretadas, judicial ou administrativamente, medidas inibitórias destinadas a prevenir ou a impedir a continuação de uma eventual infração, abrangendo a remoção das informações ilegais bem como a impossibilitação do acesso a estas últimas. Estas possibilidades estão previstas no articulado da DCE, como já referimos, e encontram-se fundamentadas no Considerando (45) da DCE, mas também no Considerando (59) da Diretiva n.º 2001/29/CE (Direito de Autor na Sociedade da Informação), que também a elas se refere no n.º 3 do art.º 8.º e ainda no art.º 11.º da Diretiva n.º 2004/48/CE (Diretiva “Enforcement” ou Respeito dos Direitos de Propriedade Intelectual). Esta última exige que as medidas destinadas a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas.

Por outro lado, o TJUE já se tinha pronunciado, em 29.01.2008, no Processo C-275/06 (*Promusicae – Productores de Música de Espanha v. Telefónica*) acerca da compatibilidade das medidas previstas nas referidas Diretivas com o Quadro Legal Comunitário de Proteção aos Dados Pessoais (Diretivas n.º 95/46/CE e n.º 2002/58/CE), tendo concluído que a tutela da proteção dos direitos de propriedade de outrem podia justificar uma restrição ao dever de confidencialidade aplicável aos dados pessoais, assim abrindo caminho para a possibilidade de revelar a identidade dos infratores aos titulares de Direitos de Propriedade Intelectual violados.

O TJUE voltou a fazê-lo no Despacho Fundamentado de 19.02.2009, proferido no Processo n.º C-557/07 (*LS-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH*) e no Acórdão proferido no Processo n.º C-461/10, em 19.04.2012 (*Bonnier Audio et al. vs. Perfect Communication Sweden*), ambos motivados pela necessidade de conhecer a identidade das pessoas que utilizam sistemas de partilha de ficheiros P2P para trocar partes componentes de ficheiros que, uma vez agrupadas, formam obras e prestações protegidas por Direitos de Propriedade Intelectual de terceiros.

Esta jurisprudência consolidou o papel dos prestadores intermediários de acesso como sujeitos passivos de uma obrigação de colaboração com a defesa e efetivação de tais direitos, quando objeto de uma determinação emanada de autoridade administrativa ou judicial.

No que diz respeito aos motores de busca, a jurisprudência tem vindo a alargar progressivamente as respetivas obrigações, longe dos tempos iniciais da massificação da Internet, em que se podiam refugiar no seu estatuto neutral de ferramenta utilitária supostamente alheia e incapaz de controlar os conteúdos para os quais remete em resultado das buscas efetuadas pelos internautas.

A jurisprudência mais representativa tem tido como protagonista a Google, na qualidade de operadora que regista a maioria das preferências dos utilizadores<sup>13</sup>, como não poderia deixar de ser. Mas também o serviço YouTube e a sua congénere francesa, Daily Motion, fazem parte da história, bem como a Yahoo!

O TJUE pronunciou-se sobre a atividade da Google no Acórdão de 23.03.2010, proferido no âmbito dos Processos C-236/08 a C-238/08 (*Google France e Google Inc. v. LVM*), entendendo, nomeadamente, que a Google criou um mecanismo automatizado para permitir a seleção de palavras-chave e a criação de anúncios despoletados por pesquisas com essas palavras-chave. Ao tê-lo feito, não obstante não ser diretamente responsável pela utilização dessas palavras-chave, *v. g.*, quando são objeto de contrafação, e ainda que seja possível a associação às mesmas de mensagens publicitárias eventualmente enganosas, deixa de poder invocar um papel meramente neutro, puramente técnico, automático e passivo, que implica desconhecimento ou falta de controlo pelos dados que armazena e divulga.

Sendo verdade que “*a Google procede, graças a programas informáticos por si desenvolvidos, a um tratamento dos dados introduzidos pelos anunciantes, daí resultando a exibição dos anúncios em condições, sob o seu controlo, o que lhe permite determinar a ordem de exibição desses mesmos anúncios, em função, designadamente, da remuneração paga pelos anunciantes*” é também claro que não pode invocar o seu estatuto de neutralidade ou isenção ao abrigo do disposto, nomeadamente, no art.º 14.º da DCE.

Assim, o TJUE respondeu às questões que lhe haviam sido colocadas pela *Cour de Cassation*, afirmando que o art.º 14.º da Diretiva n.º 2000/31/CE deve ser interpretado no sentido de que a regra que enuncia se aplica ao prestador de um serviço de referenciamento na Internet, quando esse prestador não tenha desempenhado um papel ativo suscetível de lhe facultar um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados. Só se não tiver desempenhado esse papel é que não poderá ser considerado responsável pelos dados que tenha armazenado a pedido de um anunciante, a menos que, tendo tomado conhecimento do caráter ilícito desses dados ou de atividades do anunciante, não tenha prontamente retirado ou tornado inacessíveis os referidos dados.

A jurisprudência francesa caracteriza-se por ter estabelecido com clareza as obrigações dos motores de busca em termos de, depois de alertados para a devolução de resultados que remetem os utilizadores para sítios eletrónicos que disponibilizam conteúdos de forma ilegal – devido a critérios de popularidade que acabam justamente por favorecer a gratuidade, sem ter em conta a legalidade das ofertas – deverem desenvolver e aplicar soluções técnicas no sentido de evitarem novas colocações à disposição do público das mesmas obras e prestações protegidas, sem que tenham de ser notificados de cada vez que essas infrações são constatadas na rede<sup>14</sup>.

Mas é a jurisprudência alemã a que tem sido mais consistente na defesa de providências decretadas contra ISP, incluindo, por vezes, a obrigação de, uma vez notificados acerca de um conteúdo ilicitamente colocado à disposição, procederem à filtragem automática ou manual, em certos casos, por palavras que possam constituir o nome dos ficheiros, desde, pelo menos, um célebre Acórdão de 12.07.2007, em que estavam em causa produtos e serviços suscetíveis de prejudicar menores e também em casos de deslealdade na concorrência. A Alemanha desenvolveu a propósito dos ISP uma doutrina própria que qualifica como “*Störer*” ou “*Perturbador*” um prestador intermediário de serviços cuja

atividade é geradora de riscos para terceiros, implicando, por essa razão, uma certa quantidade de obrigações acessórias e de cuidado face ao público em geral, sendo a responsabilidade limitada por esse mesmo risco segundo um critério de razoabilidade<sup>15</sup>.

Por vezes, os Tribunais chegaram mesmo ao ponto de responsabilizar a Google pela ausência ou ineficácia de dispositivos técnicos capazes de evitar a contrafação, por exemplo, sendo obrigada a pagar indemnizações aos titulares desses direitos<sup>16</sup>.

Porém, na esmagadora maioria dos casos, os Tribunais acabaram por reconhecer aos motores de busca um papel neutro em que não se podem responsabilizar pelos conteúdos que terceiros colocam à disposição do público, ou que, ainda que não possam prevalecer-se da isenção de responsabilidade prevista na lei que transpõe a Diretiva n.º 2000/31/CE, também não poderão ser responsabilizados pela associação automática do nome ou marca dos lesados a outros produtos ou serviços seus concorrentes sem a devida autorização, porque não se trata de concorrência desleal, já que essa associação ocorre automaticamente no

13. Cfr nos Processos apensos números COMP/C-3/39.740, COMP/C-3/39.775 e COMP/C-3/39.768, a correr na DG Concorrência, é dado como assente, a título preliminar, que o motor de busca Google detém uma quota bastante superior a 90% na maioria dos estados-membros da UE desde há muitos anos a esta data, um nível mais elevado que noutras partes do Mundo. Há também barreiras à entrada significativas e efeitos de rede com o mercado da publicidade “*online*”.

14. TGI Paris de 15.04.2008 (*Jean-Yves LAFESSE et al. v. Daily Motion et al.*); Cour d’Appel de Paris de 26.03.2010 (*YouTube v. Roland Magdane e Matex Productions*); Cour de Cassation de Paris de 11.01.2011 (*Galatée films et al v. AOL France*); Cour de Cassation civile, de 12.07.2012 (*SNEP v. Google France*); Cour de Cassation Civile 12.07.2010 (*H&K v. Google France*), entre muitas outras.

15. Cfr. Acórdão do OLG de Hamburgo, de 20.04.2012, em que o YouTube foi obrigado à instalação de um sistema de filtragem de palavras, por o Tribunal considerar não ser aplicável ao caso a jurisprudência “*Rapidshare*” (Acórdãos do OLG Köln, de 21.09.2007, do OLG Hamburg, de 02.07.2008, do LG Düsseldorf, de 23.01.2008, do LG Hamburg, 02.06.2009, do HOLG Hamburg, de 30.09.2009, do OLG Hamburg, de 14.03.2012, e do BGH, de 15.08.2013). Esta jurisprudência, na linha de uma tradição anterior, qualifica como “*Störerhaftung*” a responsabilidade dos prestadores de armazenamento, mas dispensa-os de instalarem um sistema de filtragem por palavras. Não obstante, reconhece a necessidade de instalarem sistemas automáticos de filtragem de modo a impedirem a recolocação na Internet dos mesmos conteúdos.

16. Acórdãos do TGI Paris civile 3 de 19.10.2007 (*Zadig Production v. Google Inc.*).

17. Acórdãos do TGI Paris civile 3, de 05.02.2008 (*Syndicat National Edition et al. v. Free*); TGI Paris civile 3, a 03 de 15.04.2008 (*Omar X et al. v. Daily Motion*); Cour de Cassation civile, de 13.07.2010 (*GIFAM v. Google France, Google Inc. e Google Ireland*); de 13.07.2010 (*Louis Vouitton Malletier v. Google France e Google Inc*); Cour d’Appel de Paris, de 13.10.2010 (*Daily Motion v. Roland Magdane e Matex Productions*); Cour de Cassation civile, de 17.02.2011 (*Daily Motion v. UGC Image*); de TGI, Paris civile 3, de 28.04.2011 (*YouTube v. SPPF*); Cour de Cassation civile, de 12.07.2012 (*Bac Films et al. v. Google France e Google Inc.*); Cour de Cassation civile, de 12.07.2012 (*Mr. X et al v. Google Images*); Cour de Cassation civile, de 25.09.2012 (*Auto IES v. Google France, Google Inc e Google Ireland*); Cour de Cassation civile, de 19.02.2013 (*Pierre X v. Google France e Google Inc*); Cour de Cassation civile, de 29.01.2013 (*Cobrason v. Google France e Google Inc*), entre outros.

serviço ADWORDS, sem intervenção humana e com clara separação das “sugestões de ligações comerciais” face ao resultado das buscas<sup>17</sup>. Em todo o caso, reconhecem a competência da jurisdição francesa para julgar os motores de busca que têm como destinatário preferencial o público francês, nomeadamente, quando as ligações comerciais (publicidade) surgem no Google.fr<sup>18</sup>.

Esta questão da competência jurisdicional tem tido, de forma geral, uma mesma resposta da parte dos Tribunais europeus, salvo exceções pontuais, assentando-se em que os motores de busca, nomeadamente, o Google, que tem mais de 90% do mercado<sup>19</sup>, quando dirigem as suas propostas para um público-alvo (“*target*”) específico, na língua do destinatário, e com mensagens publicitárias e propostas comerciais que lhe são direta e inequivocamente dirigidas, ou mesmo quando são acessíveis a partir desses mercados nacionais, aos consumidores residentes nesses mercados, estão a colocar-se sob essa jurisdição, não podendo reclamar-se de outra lei.

A este propósito, e por se tratar de duas decisões muito recentes, próximas no tempo, e relevantes no conteúdo, importa salientar, em primeiro lugar, o Acórdão do TJUE, de 13.05.2014, proferido no Processo C-131/12, *Google Espanha SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* em matéria de proteção de dados pessoais, que veio consagrar a obrigação, por parte do Google, de eliminar dos resultados de buscas todos os dados constantes da rede, relativos a uma pessoa, por simples determinação desta, deixando os mesmos de poder ser encontrados.

No referido aresto, provocado por um cidadão espanhol ter protestado contra a sistemática indexação, nos resultados de buscas ao seu nome, de um arresto aos seus bens, ocorrido há muito tempo, por dívidas à Segurança Social que, entretanto e há muito tempo, já regularizara, o TJUE veio qualificar o operador de motor de busca, em geral, como responsável pelo tratamento dos dados pessoais que armazena, “quando [...] cria num estado-membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse estado-membro” sendo obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo na hipótese de esse nome ou essas informações não serem simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, *v. g.*, por ser lícita essa publicação. Excetua-se o caso de haver interesse do público por se tratar de perfil de uma pessoa que desempenhe ou tenha desempenhado um papel de relevo na vida pública.

Um outro Acórdão, proferido a 13.06.2014 pelo Supremo Tribunal da Columbia Britânica, no Canadá<sup>20</sup>, diz respeito a uma providência cautelar similar às “*injunctions*” que vimos apreciando, desta feita decretada contra a Google Inc. e a Google Canadá, não obstante estas últimas não serem Parte na ação, no sentido de deixar de aparecer nos resultados das buscas um determinado produto, concorrente dos fabricados pelos Requerentes, por se tratar do resultado de uma violação do respetivo segredo comercial, e de usurpação dos respetivos nome e logótipo, desrespeitando várias ordens judiciais anteriores visando a cessação de tais comportamentos ilícitos.

Previamente ao decretamento da providência, a Google já havia colaborado voluntariamente com os Requerentes e eliminado 345 URLs (acrónimo para “*uniform resource locator*”, ou seja, o endereço Internet das informações em causa) dos seus resultados no Canadá, mas sempre recusando o bloqueio total da categoria dos “*websites*”, referidos como “*sítios-mãe*”, a nível mundial. O principal problema a resolver era a jurisdição, uma vez que nem a Google Inc. nem a Google Canadá se encontravam presentes, por si ou através de sucursais ou filiais, na Columbia Britânica. A Google é uma empresa global incorporada no estado do Delaware, EUA, com a sua principal sede em Mountain View, Califórnia, detendo duas subsidiárias registadas na Columbia Britânica: Google Payment Corp e Google Canada Payment Corp. A propósito desta dificuldade, o Tribunal cita um parágrafo de Kevin Meehan<sup>21</sup>:

“No mundo analógico tradicional, é relativamente fácil aos Tribunais determinar a localização geográfica das pessoas, objetos e atividades relevantes a um processo particular. A geografia do mundo digital, no entanto, não se deixa mapear tão facilmente. Os fornecedores de conteúdos podem residir fisicamente, dirigir os seus negócios, localizar os seus servidores numa localização específica, não obstante, os seus conteúdos são imediatamente acessíveis a partir de qualquer lugar no mundo. Ademais, as tentativas para identificar a localização de um utilizador particular na Internet mostram-se extremamente difíceis, e muitos utilizadores complicam este problema escondendo intencionalmente a respetiva localização. Os princípios tradicionais de jurisdição internacional, em particular, o da territorialidade, são pouco adequados para este tipo de ambiente de anonimato geográfico.”

E, mais adiante, cita uma Decisão do High Court of Australia [o Supremo Tribunal neste país] no Proc. *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004): “A Internet é, essencialmente, uma rede de telecomunicações descentralizada, autossustentada. É feita de pequenas redes interligadas de todas as partes do mundo. É ubíqua, sem fronteiras, global e ambiente por natureza. Daí o termo ‘ciberspaço’. Este é um mundo que reconhece que as inter-relações criadas pela Internet existem fora das fronteiras geográficas convencionais e compreendem um corpo interrelacionado de dados, potencialmente atingindo um corpo único de Sabedoria. A Internet



18. Cfr. sobretudo o Acórdão da Cour de Cassation commerciale, de 23.11.2010 (*AXA, Avansur e Direct Assurances v. Google France e Google Inc.*) em que a Cour de Cassation decidiu que os tribunais franceses apenas detinham competência para conhecer pedidos relativos a publicidade dirigida ao público francês, e não também a publicidade dirigida aos públicos inglês, alemão e canadiano.

19. Cfr. nota 12, *supra*.

20. Processo n.º 2014 BCSC 1063 (*Equustek Solutions Inc et al. v. M. Jack, Andrew Crawford et al.*).

21. MEEHAN, Kevin, *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction* (2008) 31 BC Int'l & Comp L Rev 345 at 349 (tradução livre do Autor).

é virtualmente acessível em todos os lugares da Terra onde se pode aceder por ligações de cabo ou sem cabo (incluindo via satélite). De facto, o único constrangimento ao acesso é a posse de meios de ligação ao sistema de telecomunicações e posse do hardware básico.”

Não obstante a ubiquidade da Internet, o Tribunal encontra um elemento de conexão real e substancial entre a Google e o Distrito da Colúmbia Britânica (C.B.) que, na prática, poderá ser aplicável a qualquer outro Estado do mundo. As alternativas potencialmente aplicáveis em matéria de conexões eram as seguintes:

a) Imposição de respeito por Direitos de Propriedade dos cidadãos da C.B.;

b) Relação com um negócio prosseguido na C.B.;

c) Providência que visasse impedir o destinatário de continuar um comportamento na C.B. ou em relação com Propriedade Intelectual de cidadãos da C.B.;

O Tribunal começou por excluir a última alínea, porque entendeu que a providência requerida não tinha como objetivo obrigar a Google a fazer alguma coisa na C.B. ou em relação a propriedade localizada na C.B. (dado que os servidores em causa onde estará eventualmente alojada a informação ilícita não estão seguramente aí localizados). No entanto, o Tribunal entendeu que estava em causa a alínea a), porquanto se pretende dar execução aos Direitos de Propriedade Intelectual de cidadãos da C.B.

Por outro lado, a Google opera o motor de busca com o mesmo nome, que disponibiliza resultados em todo o mundo. Não obstante esta disponibilização ser feita através de “websites” específicos para cada País, a verdade é que a própria Google reconhece que os utilizadores não estão limitados a utilizar o motor de busca do próprio País, podendo usar o “website” de qualquer outro.

Segundo os dados do Tribunal, cerca de 70% a 75% do mercado das pesquisas pertence à Google, que fatura, em publicidade, cerca de 50 biliões de dólares, anualmente<sup>22</sup>.

O Tribunal concluiu ainda que a atividade publicitária da Google está interligada diretamente com a de motor de busca uma vez que os anúncios são função dos resultados das buscas. Assim, o Tribunal concluiu que é possível sustentar que todo e qualquer Estado do mundo tem jurisdição sobre a Google, o que, a suceder, é a consequência do facto de a Google fazer negócios à escala global e não de qualquer falha na análise da competência territorial.

Uma pessoa jurídica pode estar sujeita a várias jurisdições em simultâneo, ou porque seja residente em todas elas através de registo, ou porque tenha negócios em todas elas. Em todo o caso, a jurisdição de qualquer Estado estará confinada a matérias diretamente relacionadas com o foro, de acordo com o Direito Internacional Privado.

Desta forma, o Tribunal acabou por concluir que detinha jurisdição sobre a Google. Outra coisa é saber se uma decisão proferida num Tribunal de uma qualquer jurisdição pode ser executada no território onde a Google se encontra incorporada, nomeadamente o Delaware, mas essa possibilidade está diretamente ligada à vinculação por Tratados relativos à competência judiciária internacional, matéria específica do Direito Internacional Privado que nesta sede nos escusamos de tratar, *brevitatis causa*.

A única certeza que temos é que toda a jurisprudência europeia conhecida dos Tribunais Superiores vai no sentido de reconhecer essa jurisdição e não temos conhecimento de

nenhuma decisão superior que tenha dado razão à Google Inc. ao invocar a incompetência dos Tribunais Europeus em razão do território. Acresce que, em Direito Internacional Privado, quando se trata de fazer valer a responsabilidade civil por danos causados na esfera jurídica de um terceiro, prevalece normalmente a regra da competência do foro do local onde se verificaram esses danos<sup>23</sup>, sendo essa também a regra geral do Direito Internacional Privado em matéria de determinação da lei aplicável<sup>24</sup>.

Conclui-se, pois, que a limitação assumida pelo TPI em matéria de restrição dos efeitos da providência cautelar às empresas que gerem motores de busca em Portugal, poderia ter sido eliminada à partida, permitindo que a medida tivesse eficácia contra os principais operadores estrangeiros, nomeadamente aquele que detém a maior quota de mercado.

## 5. As providências cautelares requeridas contra prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação em especial: crónica de um insucesso anunciado

Em janeiro de 2012 o FBI infligiu um golpe profundo nos “websites” que disponibilizam ao público conteúdos não autorizados ao ter encerrado a gigantesca organização MegaUpload.com, sob acusação de violação massiva de Direitos de Autor em larga escala. Na MegaUpload, os utilizadores podiam efetuar o “download” e “upload” de vídeos, programas de televisão e música e outros conteúdos digitais, estimando-se um prejuízo de 500 milhões de dólares. Sete empregados foram individualmente acusados, quatro dos quais foram presos na Nova Zelândia, estimando-se que possam ter ganho cerca de 175 milhões de dólares com a transferência de conteúdos ilegais. O fundador, Kim Schmitz, terá ganho ilicitamente mais de 100 milhões de dólares.

No mesmo mês, o Tribunal Holandês de Haia obrigou os ISPs Ziggo e XS4ALL a bloquearem o acesso ao “website” *The Pirate Bay* (TPB) que utiliza a tecnologia “BitTorrent” para partilhar ilicitamente ficheiros decompostos em múltiplas componentes que, quando reorganizadas automática e instantaneamente, permitem usufruir de obras e prestações protegidas por Direitos de Propriedade Intelectual sem autorização dos respetivos titulares (partilha de ficheiros inter pares ou “peer-to-peer file sharing” também conhecida pelo acrónimo “P2P”).

O Tribunal holandês deu como provado que cerca de 30% dos subscritores da Ziggo e 4,5% da XS4ALL haviam feito o “upload” de ficheiros, assim infringindo o Direito de Autor e Conexos. Recorde-se que, na Holanda, o “download” de ficheiros é lícito, ao abrigo da exceção de cópia privada. Como o “upload” é ilegal e é exigido aos subscritores

22. Para comparação com a Europa, cfr. nota 12, *supra*.

23. Cfr. art.º 62.º, b), do Código de Processo Civil.

24. Cfr. art.º 45.º do Código Civil.

do TPB, não sendo, sequer, permitido o acesso a quem não partilhe ilegalmente todos os ficheiros que armazena no seu próprio computador, não havia forma de dizer que, ao bloquear o TPB, se estava a impedir também uma atuação legal. O Requerente havia sido a Fundação *Beschemig Rechten* (conhecida por BREIN) que conseguiu ainda, em Outubro de 2012, responsabilizar a XS Networks por danos por recusa de remoção de conteúdos a pedido do titular de direitos. A acrescer à indemnização foi decretada uma multa de € 10 000 por cada dia de incumprimento da obrigação de revelar a identidade dos administradores do “website” SumoTorrents, considerado um serviço manifestamente ilícito por obrigar os seus utilizadores a efetuarem o “upload” sem prévia autorização dos titulares de direitos. Entretanto, em maio de 2012, o Tribunal Distrital de Haia determinou os demais ISPs, para além da Ziggo e da XS4ALL a bloquear o acesso ao TPB após o insucesso das negociações informais entre a BREIN e esses ISPs.

O caso concreto do “streaming” através da Internet de eventos desportivos sem autorização dos titulares havia sido também objeto de uma decisão em março de 2011, por parte de um Tribunal de Primeira Instância de Haia, a pedido da Associação Nacional de Futebol Holandesa, a KNVB, contra a plataforma de “streaming” My P2P. O Tribunal considerou ilegal a colocação à disposição dessas imagens por facilitar a violação de Direitos de Autor e Conexos de terceiros.

O Tribunal considerou também que, não obstante não ser ilegal a colocação de hiperligações ou “streams” para páginas que contenham material ilícito, já o “streaming” dos eventos desportivos viola a lei porque facilita a infração de Direitos de Propriedade Intelectual da KNVB e de outras organizações desportivas. Em maio do mesmo ano, a Primeira Liga de Futebol Holandesa conseguiu colocar temporariamente *offline* o “website” de “streaming” ilegal *Vrijblijvend.com*, bem como os seus domínios alternativos *Vrijblijvend.asia* e *Vrijblijvend.co.uk* em alternativa a uma multa de € 10 000 por dia.

Acresce que, na Holanda, os defensores do acesso livre ao “website” TPB formaram o Partido Pirata, que assegurou representação parlamentar tendo mesmo chegado a eleger dois Deputados para o Parlamento Europeu, feito que, na presente legislatura, não foi conseguido, tendo eleito apenas um. Esse Partido, em maio de 2012, na Holanda, tentou contornar o bloqueio decretado pelo Tribunal Distrital de Haia, oferecendo ligações a “proxy servers” e URL alternativos para permitir aos utilizadores uma maneira fácil de ultrapassar a restrição judicial, o que levou o Tribunal a ameaçar o Partido Pirata de multa até € 250 000, caso continuasse a fornecer acessos alternativos ao TPB.

Ainda na Holanda, a Universidade de Groningen (RUG) bloqueou o tráfego de BitTorrent nas residências de estudantes interligadas à respetiva rede, após ter recebido 3500 notificações de partilha ilegal de ficheiros, por parte dos titulares de direitos, nomeadamente a Warner Brothers e a Paramount Pictures, das quais pelo menos 400 foram validadas. Esta ação conduziu à discussão política sobre a compatibilidade das ordens de bloqueio com a neutralidade da rede.

Bloqueios equivalentes haviam sido já decretados na Dinamarca e na Suécia, por exemplo, pelos Tribunais de

Copenhaga, 1.ª instância, em 25.10.2006 (*IFPI Danmark v. Tele2*), Frederiksberg, em 29.10.2008 (*IFPI Danmark v. DMT2*), Tribunal Superior da Dinamarca Oriental, em 26.11.2008 (*Sonofon v. IFPI*), Supremo Tribunal, em 27.05.2010 (*Telenor v. IFPI*), e Tribunal de Recursos da Suécia, em 04.05.2010 (*Columbia v. Portlane AB*).

Na Itália, o Supremo Tribunal (*Cassazione*), havia decretado o bloqueio ao TPB, em 29.09.2009 (*MP Bergamo v. Kolmisappi*), ao passo que, na Noruega, o Tribunal de Recursos de Borgarting rejeitou uma providência similar em 09.02.2010 (*Nordic Records Norway v. Telenor*). Na Finlândia, o Tribunal de Helsínquia ordenou o bloqueio ao ISP ELISA em outubro de 2011, para efetivar até 18 de novembro, em alternativa a pagar € 100 000 de multa.

Em julho de 2011, o *England and Wales High Court* (Chancery Division) ordenou à BT e à USENET o bloqueio do “Newsbin2”<sup>25</sup>, na sequência de uma providência anterior contra o Newsbin (*FOX et al. v. NEWSBIN*) de 29.03.2010<sup>26</sup>. Em maio de 2012, o *High Court of London* estendeu a ordem de bloqueio a mais cinco ISP e ordenou o bloqueio do TPB aos ISP Sky, Everything Everywhere, Talk Talk, O2 e Virgin Media. Mais tarde, em outubro de 2012, foi a vez do O2 bloquear o acesso ao Newsbin2.

O *High Court of London* considerou que os ISPs não tinham apenas de bloquear o acesso, mas também de pagar o custo das medidas necessárias, tais como a filtragem, a título de compensação pela sua isenção à luz da DCE: “a exposição dos intermediários a uma providência cautelar ao abrigo do art.º 8.º, n.º 3, é parte do preço que pagam pela imunidade face à reclamação de danos sob os art.ºs 12.º, n.º 1, 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho”.

Em 28.02.2013, o *England and Wales High Court*<sup>27</sup> definiu os pressupostos deste tipo de providências, ao abrigo do art.º 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE no Processo *EMI Records Ltd et al. v. British Sky Broadcasting Ltd et al.* entendendo que importava demonstrar quatro circunstâncias: primeiro, que os Requeridos eram prestadores intermediários de serviços de acesso; segundo, que os utilizadores e/ou os próprios operadores dos “websites” infringiam Direitos de Autor e Conexos; terceiro, que os utilizadores e/ou os operadores dos “websites” usavam os serviços prestados pelos Requeridos para praticar tais infrações. Quarto, que os Requeridos tinham conhecimento efetivo dessas circunstâncias.

Na Suécia, em fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal rejeitou o recurso de Fredrik Neij, Peter Sunde e Carl Lundström da decisão condenatória de novembro de 2010, que sentenciou os três a penas de prisão efetivas e ao pagamento de indemnizações no valor de 6,8 milhões de dólares aos queixosos da indústria do entretenimento. Fredrik Neij recorreu da Sentença para o Tribunal Europeu dos Direitos

25. [2011] EWHC 1981 (Ch) Case No HC10C04 em <http://www.bailii.org>.

26. [2011] EWHC 608 (Ch) Case No HC08C03 em <http://www.bailii.org>.

27. [2013] EWHC 379 (Ch); [2013] WLR (D) 86 em <http://www.bailii.org>.



do Homem, mas numa decisão de 13.03.2013, o TEDH confirmou a condenação, concluindo que o Supremo Tribunal da Suécia havia estabelecido um equilíbrio adequado entre a liberdade de expressão e o Direito de Propriedade Intelectual.

Na Índia, em março de 2012, um tribunal ordenou aos 387 ISP em atividade que bloqueassem um total de 104 “websites” a pedido da Indústria Musical, identificando aproximadamente 300. O método foi deixado à escolha do ISP, entre bloqueio de domínio, de endereço IP ou inspeção profunda de pacotes de dados (“Deep Packet Inspection”)<sup>28</sup>.

No Reino Unido, em junho de 2013, a Primeira Liga de Futebol conseguiu uma ordem judicial para bloquear o “website” ilegal mais popular do R.U. First Row1.eu, que operava a partir da Suécia, procedendo ao “streaming” de eventos desportivos sem obter autorização dos seus titulares.

Segundo a maioria dos peritos, os efeitos destas ordens de bloqueio foram sempre relativamente limitados, na medida em que vários “mirror websites” do TPB haviam sido entretanto criados, e não foram abrangidos pelas decisões, sendo os caminhos alternativos para lá chegar considerados de pouca importância para os utilizadores médios. Um relatório da Universidade de Amsterdão de abril de 2012<sup>29</sup> concluiu que o tráfego de dados de e para o TPB não havia sido impactado pelas decisões de bloqueio. Não obstante, há decisões judiciais que consideram o bloqueio como uma medida proporcional e adequada, económica e não demasiado radical.

Mesmo quando são utilizados meios mais robustos, tais como o bloqueio de nomes de domínio (“DNS blocking”), o bloqueio de endereço IP ou de URL mediante “deep packet inspection”, há sempre formas relativamente simples de os contornar, tecnicamente, *v. g.* no primeiro caso, pela introdução do endereço IP em vez do nome de domínio (que é a versão “user-friendly” do endereço IP); no segundo caso, pela mudança de servidor ou pela utilização de “proxy servers”; no terceiro, simplesmente mudando o nome do “website”.

Por outro lado, os Administradores do TPB sempre reagiram aos bloqueios, nomeadamente com respostas tecnológicas que tornaram aqueles cada vez mais difíceis, por virtude da mudança, anunciada logo em março de 2012, para ligações “íman” (“magnet links”) que remetem para um único código identificador de cada página detalhada de “BitTorrent”, obrigando ao bloqueio ou à filtragem de dados no interior de cada página. Em outubro de 2012, o TPB mudou a sua localização para a chamada “Cloud”, para se colocar ao abrigo de quaisquer intervenções no sentido da apreensão de servidores, uma vez que se torna impossível saber onde estão alojadas as respetivas páginas, sendo ainda uma solução mais económica que reduz os períodos de espera. Os fornecedores de serviços de “Cloud-Computing” ignoram o conteúdo dos “websites” que alojam, mas, se descobrirem, será fácil a migração para outro prestador de serviços de armazenamento, em qualquer outra parte do mundo.

Em maio de 2013, foi o Ministério Público sueco que requereu ao Tribunal Distrital de Estocolmo a eliminação dos nomes de domínio *piratebay.se* e *thepiratebay.se* procurando envolver a fundação .SE, que procede à atribuição de nomes de domínio, na guerra contra o “website” TPB. A fundação respondeu que seria fácil aos utilizadores

encontrarem outras formas de aceder ao TPB e que seria errado apreender um nome de domínio para todo o sempre. E, efetivamente, os administradores do TPB mudaram-se para a Gronelândia, a Islândia e San Marino.

No mês de fevereiro de 2014, também o LandsGericht de Saarbrücken, na Alemanha, responsabilizou a Key Systems, o prestador de serviço de registo do nome de domínio h33t.com (um “website” pesquisador de BitTorrent) a pedido da Universal Music para impedir a disponibilização de um álbum de Robin Thicke, desativando o nome de domínio e exigindo a assinatura de um contrato para não deixar a infração repetir-se. Considerou, para o efeito, que a ilicitude era manifesta e rapidamente identificável, e a remoção deveria ter ocorrido após as várias notificações efetuadas. Caso a decisão fosse novamente ignorada, a multa seria até € 250 000.

Outra via que tem sido seguida, com algum sucesso, é a chamada abordagem “follow the money”, que visa privar os “websites” piratas de recursos financeiros, sendo disso exemplo o arresto da conta bancária e de *Pay-Pal* do prestador de armazenamento “proxy” Tristan Pol, na Holanda, a pedido da BREIN, em abril de 2013, como consequência da recusa de pagamento de múltiplas penalidades. As contas de *Pay-Pal*, que servem para pagamento de publicidade, já haviam sido objeto de suspensão temporária anteriormente, em novembro de 2011, num processo contra cinco revendedores holandeses de USENET.

Acontece que, já este ano, a tendência no sentido de decretar o bloqueio de “websites” ilegais começou a sofrer alguns reveses, à medida que os Tribunais começaram a questionar a eficácia e a proporcionalidade das medidas, considerando, justamente, que o acesso aos conteúdos ilegais acaba sempre por ser possível através de mecanismos tais como os servidores “proxy” ou as mudanças de nome de domínio ou de endereço IP.

Assim, em janeiro de 2014, o Tribunal de Recursos de Haia revogou a decisão do Tribunal Distrital, decretando que os ISP Ziggo e XS4ALL não eram obrigados a continuar com o bloqueio do “website” TPB, já que o mesmo não sucedia com nenhum outro “website” de “BitTorrent” tendo um número significativo de utilizadores conseguido encontrar o caminho para outras fontes de conteúdo ilegal. O Tribunal considerou ainda que a medida prejudicava a liberdade de empresa dos ISP e punha em causa o seu estatuto de isenção de responsabilidade relativa à informação divulgada por terceiros, não sendo obrigados a adotar medidas ineficazes e adversas. Por outro lado, não considerou provado que o “website” TPB praticasse diretamente infrações a Direitos de Propriedade Intelectual de terceiros, mas



28. Para uma explicação técnica destas modalidades, cfr. a Decisão do *High Court* da Irlanda no Processo “*EMI Records (Ireland) Ltd et al. v. UPC Communications Ireland Ltd*” em <http://www.bailii.org>.

29. HAM, Jeroen van der; ROOD; HENDRIK; DUMITRU, Cosmin; KONING, Ralph; SIJM, Niels, e LAAT, Cees de, SNE System and Network Engineering research Group, *Review en Herhaling BREIN Steekproeven 7-9 april 2012*, Universiteit van Amsterdam, 2012 em <http://dare.uva.nl/document/2/107984>.

apenas que disponibilizava informação que poderia ser usada para aceder a conteúdos ilícitos, admitindo ainda que, a ocorrer alguma infração, a mesma se situava fora do âmbito da Lei Holandesa de Direito de Autor e Conexos.

Esta indefinição jurisprudencial originou uma incerteza absoluta sobre a legalidade ou ilegalidade dos bloqueios, sendo que, atualmente, e enquanto pendem recursos de uma e outra partes, alguns ISP estão efetivamente a cumprir ordens de bloqueio, enquanto outros já foram autorizados a levantá-las, não se prevendo para breve uma resolução definitiva do assunto.

Da mesma forma, em julho de 2014, o Tribunal de Instrução Criminal n.º 10 anulou a Decisão do Tribunal de Saragoça que tinha, em maio deste mesmo ano, ordenado o bloqueio de vários “websites” de “download” e “BitTorrent” tais como o SpanishTracker, PCTorrent.com, NewPCT.com, PCTestrenos.com, Descargaya.es e TumejorTV.com. Fê-lo, com o fundamento de que os factos alegados não constituíam crime e que, além disso, não haviam sido apresentadas razões suficientes para manter um bloqueio visando a proteção de direitos de propriedade intelectual, especialmente quando o mesmo se não mostra estritamente necessário à continuação da investigação.

No entanto, no Reino Unido, e na esteira do envolvimento de forças policiais especiais que tivera sucesso nos EUA, com a intervenção do FBI no caso MegaUpload, foi lançada com significativo sucesso, no final de 2013, uma Unidade de Combate ao Crime de Propriedade Intelectual (PIPCU) para auxiliar os titulares de direitos na sua guerra antipirataria, tendo começado por fechar o “website” de armazenamento e motor de busca FileCrop, por suspender o domínio Torrentz.eu e por encerrar o “website” de “streaming” de desporto Cricfree.tv, tendo arrestado o nome de domínio deste último, que prontamente restabeleceu o serviço sob outro nome de domínio...

## 6. Possíveis soluções alternativas para futuro

Considerando a factualidade exposta, bem como os argumentos em defesa de uma e outra posições, é forçoso concluir que muito dificilmente se conseguirá efetivar o Direito pela via da imposição deste tipo de medidas, não por falta de legitimidade ou fundamentação jurídica adequada para as impor, mas por manifesta falta de adequação das mesmas ao ambiente ultradinâmico e em permanente e acelerada mutação, que contrasta manifestamente com a máquina pesada, “garantística”, burocrática e, forçosamente, lenta dos tribunais judiciais.

Importa, por essa razão, pensar em formas alternativas de dar uma resposta rápida e imediata às múltiplas fontes e maneiras de proceder à violação dos Direitos de Propriedade Intelectual de terceiros, assinalando-se, no debate doutrinário que acontece em vários países e organizações internacionais, a existência de várias propostas diferenciadas que poderão, teoricamente, agrupar-se nas seguintes categorias, numa escala gradual que vai da mais gravosa à menos perturbadora para os operadores intermediários de serviços da Sociedade da Informação (ISP):

a) Criar uma taxa, semelhante a um “levy” incidente sobre suportes de cópia privada, a cobrar aos ISP em função,

por exemplo, da capacidade de tráfego ou armazenamento contratada com os respetivos clientes, para remunerar os titulares de Direitos de Propriedade Intelectual, a qual poderá depois ser repercutida sobre os clientes finais, e permitirá usufruir de todas as possibilidades tecnologicamente disponíveis, em matéria de “upload” e “download” de ficheiros, encontrando-se depois uma forma equitativa e justa de repartição do produto dessa mesma taxa pelos titulares de direitos;

b) Responsabilizar diretamente os ISP, incluindo os motores de busca, pelas infrações que poderão ser cometidas por seu intermédio, eliminando do ordenamento jurídico comunitário (e também ao nível internacional, como requisito de eficácia) as disposições legais ditas de “safe harbour” que os tornam, à partida, insuscetíveis de responsabilidade por atos praticados por terceiros, quando utilizam os serviços e as infraestruturas dos primeiros para a prática de infrações;

c) Responsabilizar indiretamente os ISP, a título de responsabilidade secundária (contributiva ou vicarial), uma vez verificados os respetivos pressupostos, pelas práticas de clientes ou subscritores de que tenham ou devam ter conhecimento, caso nada façam para lhes pôr termo;

d) Prosseguir na via da harmonização legislativa ao nível internacional e prever a criação de entidades administrativas dotadas de autoridade para poderem intervir rapidamente, por iniciativa própria ou em concertação com os titulares de direitos e/ou os seus representantes, de modo a prevenir ou impedir a continuação de infrações, sujeitando-a a controlo judicial *a posteriori*;

e) Responsabilizar os titulares de direitos e as suas associações representativas pela contínua monitorização e fiscalização da prática de infrações àqueles direitos, nomeadamente fomentando e incentivando a utilização de ferramentas tecnológicas adequadas à permanente identificação e atribuição de titularidade das obras e prestações digitalizadas, que permitam a qualquer ISP ou aos utilizadores em geral tomar conhecimento dessa titularidade e obter rapidamente e mediante processos eletrónicos expeditos, uma licença;

f) Prosseguir uma via pedagógica e formativa nomeadamente junto dos públicos infanto-juvenis, no sentido de criar um sentido da valorização da propriedade intelectual própria e alheia, em conjunto com as autoridades setoriais e os ISP, promovendo igualmente a oferta legal de conteúdos e serviços a preços razoáveis de modo a tornar dispensável ou, pelo menos, a desencorajar ativamente, a prática de infrações, trabalhando, sobretudo, as consciências, desde o momento em que se começam a formar noções de licitude/ilicitude.

A solução a) é por vezes apontada por estudiosos<sup>30</sup> como a única forma de compatibilizar o direito dos autores,

30. Cfr, entre outros LESCURE, Pierre, “Culture-acte2 Mission ‘Acte II de l’exception culturelle’ Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique”, maio, 2013, acessível em <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000278/>.

artistas, produtores e radiodifusores a receber uma compensação pelos respetivos contributos criativos, mas levanta diversos problemas práticos e também de política legislativa, já que retira aos titulares de direitos o exclusivo de administração dos seus direitos e impõe um licenciamento forçado, mediante valores de compensação que dificilmente passarão por uma decisão sua. Ou seja, tratar-se-ia de degradar um direito exclusivo num mero direito de remuneração, ou mesmo de forçar e antecipar a entrada das obras e prestações no domínio público, ainda que remunerado. Na verdade, uma licença legal para a colocação à disposição ao público de todas as obras, ainda que o titular se possa vir a opor, equivale a fazê-las entrar no domínio público antes de decorrido o período de caducidade dos respetivos direitos, ainda que possam encontrar-se formas de remunerar os titulares desses direitos.

Acresce que uma taxa sobre os serviços de acesso ou de alojamento, ainda que pudesse ser repercutida no preço final das subscrições, obrigaria ao estabelecimento de uma complexa rede de gestão da verba assim obtida, e a sistemas de determinação, *a posteriori*, de qual a participação de cada autor, o que, na prática, equivaleria à necessidade de monitorização e mensuração dos consumos de cada obra, pelo menos através de “*sampling*”, como é feito para as obras e prestações incluídas numa emissão de radiodifusão. Aliás, os defensores dessa taxa baseiam-se, justamente, no modelo de gestão coletiva das obras e prestações incluídas nas emissões de radiodifusão, as quais também podem ser facilmente medidas, sobretudo porque os organismos de radiodifusão utilizam “*playlists*” previamente elaboradas.

Em contraste com os “*levies*” aplicáveis aos suportes de cópia privada, que são já de si bastante polémicos, esta taxa teria como consequência generalizar e tornar lícita a colocação em linha de todo o tipo de obras e prestações, determinando imediatamente o fim dos modelos de negócio que assentam no pagamento direto ao prestador, o qual se tem mostrado, mais recentemente, bastante capaz de inverter a tendência para o abuso, e seria impensável, por exemplo, para os próprios organismos de radiodifusão cujas receitas assentam crescentemente na cobrança de direitos diretamente aos utilizadores, mediante a venda de subscrições ou então aos operadores de distribuição.

A solução *b)*, por seu turno, tem vindo a ser defendida por titulares de direitos tais como a MPA e a NewsCorp, e implica uma inversão de 180 graus na política de incentivo e de segurança jurídica concedida aos ISP para desenvolverem a sua atividade comercial sem correrem o risco de ter de pagar vultuosas indemnizações por infrações cometidas por terceiros, através dos serviços que prestam. Importa reconhecer que, efetivamente, os ISP constituem o único elo da cadeia de valor que é possível identificar, condicionar e sancionar em caso de incumprimento de determinações administrativas ou judiciais, e ainda, que são eles, no estágio atual da Internet, os agentes económicos que mais benefícios auferem do aumento exponencial de tráfego, potenciado sobretudo pelo “*driver*” que constituem os conteúdos musicais e audiovisuais. Daí que não seja de estranhar que possam ter vantagens em pagar diretamente aos titulares de direitos pelo direito de distribuir determinados conteúdos, normalmente apelativos, que é o modelo que vigora, por exemplo, nas plataformas de distribuição de televisão.

A solução *c)* é, na prática, e com algumas diferenças, sobretudo conceptuais, aquela que as Diretivas Europeias e o TJUE acabaram por consagrar, *i. e., não obstante os ISP não poderem ser diretamente responsabilizados pelas infrações praticadas por terceiros através dos seus serviços, são considerados auxiliares indispensáveis para essas mesmas práticas, pelo que a sua colaboração é também necessária para pôr termo às mesmas e identificar os próprios infratores. Trata-se, na expressão típica do legislador alemão, de reconhecer aos ISP um papel de “Störer” ou agente perturbador, que interfere instrumentalmente no processo, criando, pelo menos, um risco de ilicitude, e podendo controlar esse mesmo risco, embora não possa ser responsabilizado por danos provocados por terceiros, exceto em caso de envolvimento direto comprovável. Em todo o caso, esta responsabilidade indireta é compatível com o tipo de providências cautelares de que trata o Acórdão em apreço, e tem sido adotada pelos vários Tribunais Europeus e também americanos (ao abrigo do Digital Millennium Copyright Act – DMCA) como uma forma de atuação com eficácia relativa, mas que é, pelo menos, dissuasora.*

A solução *d)* corresponde, com algumas adaptações, ao modelo francês original da Lei HADOPI, mas também espanhol da Lei Sinde, e da proposta de reforma desta última conhecida como Lei Lassalle, e também ao projeto italiano da AGCOM, não ficando também longe da solução adotada pelo Reino Unido através do *Digital Economy Act* de 2010, embora aqui a entidade administrativa seja o próprio Secretário de Estado, sem prejuízo de algumas competências por parte do OFCOM. De resto, um relatório do Comité de Cultura, Meios de Comunicação Social e Desporto do Parlamento britânico de setembro de 2013, veio justamente apontar no sentido da criação de uma entidade administrativa “musculada” capaz de impor à Google e aos demais ISP uma atitude mais severa e firme para com a pirataria digital, utilizando, inclusive, o mesmo tipo de filtros que são correntemente utilizados para filtrar e eliminar imagens e conteúdos ligados à pornografia infantil e a outras violações manifestas dos Direitos Humanos cometidas na Internet. Obviamente, a atuação dessa entidade estará sempre sujeita a revisão judicial para garantia de proporcionalidade, adequação e observância do princípio do contraditório.

A solução *e)* corresponde, nomeadamente, às propostas endereçadas à Comissão Europeia pelo *European Publisher’s Council* (EPC), nomeadamente, a iniciativa *Linked Content Coalition* (LCC), cofinanciada pela própria Comissão Europeia e visa melhorar a gestão, comunicação e acessibilidade da informação relativa aos direitos de cada obra ou prestação, através de identificadores, metadados e mensagens eletrónicas automáticas aos titulares, alertando-os para uma utilização não autorizada dessas obras ou prestações, assente na máxima de Charles Clarke segundo o qual “*a resposta para a máquina é a própria máquina*”. No seu documento “Dez Objetivos para um Futuro Digital” a organização, agora permanente e sem finalidades lucrativas, expressou a intenção de “*assegurar que cada criador e cada criação possa ser automaticamente identificado na rede se assim o pretender; que cada criação tenha acoplada informação de direitos legível pela máquina, e que os “standards” existentes de diferentes tipos de media possam ser interoperáveis*”. Com o seu sistema, a LCC pretende facilitar e tornar mais eficaz o licenciamento da utilização de obras por parte dos respetivos titulares.

A última solução apontada, em rigor, não pode ser vista como proposta isolada, uma vez que, qualquer que seja a evolução futura do sistema de efetivação dos direitos de Propriedade Intelectual, será sempre necessária uma forte abordagem pedagógica e formativa, inspirada, por exemplo, no trabalho que tem vindo a ser levado a cabo pela Comissão HADOPI, em França, após terem sido moderadas pelo Tribunal Constitucional algumas das competências mais “musculadas” que haviam sido atribuídas àquela Comissão originalmente, tais como a prerrogativa de, em casos de infração reiterada, suspender o acesso do utilizador em causa à rede. Desde então, o papel da HADOPI tem sido muito mais o de contribuir decisivamente para uma formação das consciências, e alteração das mentalidades em ordem a promover uma atitude geral de respeito e compreensão pelos Direitos de Propriedade Intelectual.

## 7. Conclusão

Pode, portanto, concluir-se que este tipo de providências cautelares dirigidas contra os prestadores intermediários da Sociedade da Informação, incluindo os de serviços de associação de conteúdos (vulgo, motores de busca), não obstante ser importante como forma de efetivação inequívoca dos direitos de Propriedade Intelectual, na sua modalidade de direitos exclusivos, como é o caso vertente, não prima exatamente por uma eficácia a toda a prova, sendo facilmente contornado por meio de expedientes técnicos ao alcance de quase todos os internautas.

No caso concreto, o facto de o pedido ter sido dirigido contra incertos, visando alcançar os próprios donos e administradores dos “websites” indicados no Requerimento Inicial como estando a ser utilizados para a prática de factos ilícitos, não tendo, nessa parte, tido sucesso, acabou por enfraquecer a providência, cuja notificação judicial deveria ter sido pedida contra os ISP e motores de busca registados em Portugal, e bem assim aos motores de busca globais, a começar pela Google, Inc, a qual já foi Ré em vários procedimentos judiciais europeus e de outras jurisdições, sempre se podendo considerar que existe uma ligação suficientemente estável a cada um dos ordenamentos jurídicos onde foi demandada, pelo facto de os seus serviços serem acessíveis a partir desses mesmos ordenamentos, pelo que neles exerce uma atividade comercial.

Por outro lado, a indicação concreta dos “websites” que disponibilizam ilegalmente as emissões da S. restringe o âmbito da providência cautelar, sendo certo e sabido que a continuação das atividades ilícitas não ficará muito tempo condicionada pela inibição desses “websites”, atenta a facilidade e rapidez com que os mesmos serviços poderão migrar para outros. Como tal, será de considerar, futuramente, a possibilidade de o TPI decretar uma providência periodicamente adaptável, bastando uma informação sobre os novos “websites” ilícitos para que o âmbito da providência possa estender-se também a estes, sendo desnecessário outro processo.

Quanto à chamada inversão do contencioso, embora, em tese, possa fazer sentido uma vez que a providência mais não faz do que efetivar direitos de propriedade, tendo como corresponsivo passivo uma obrigação de abstenção universal,

levantam-se dúvidas de compatibilidade da mesma com o regime específico dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, em vista do facto de o art.º 210.º-G proceder à transposição do art.º 9.º da Diretiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, o qual, no seu n.º 5, prevê especificamente o regime da caducidade nos termos gerais.

## Resumo

O autor comenta uma decisão do Tribunal de Propriedade Intelectual de março deste ano de 2014. Trata-se um caso de *streaming* ilegal no que respeita a transmissões televisivas de eventos desportivos. O tribunal ordenou às empresas que em Portugal oferecem serviços de acesso à Internet, ou de motor de busca, que limitem o acesso a tais sítios *web*, a partir de Portugal. Depois de uma referência à jurisprudência principal do TJUE neste tópico, bem como a outras decisões internacionais sobre situações semelhantes, o autor destaca a importância da medida tomada pelo tribunal em defesa dos titulares de direitos. No entanto, o autor assume o seu ceticismo quanto à eficácia destas medidas, evocando a facilidade com que os conteúdos podem mudar de sítio *web*, de nome ou de localização num servidor, sem esquecer a diversidade de jurisdições por onde passam tais conteúdos ilegais, ou seja, a dificuldade dos juizes quanto à ubiquidade da Internet. Finalmente, o autor evoca outras decisões coevas tomadas por jurisdições estrangeiras, bem como algumas soluções ensaiadas para contornar aquelas limitações, avançando com propostas destinadas a limitar os prejuízos causados pela pirataria na Internet.

## Résumé

L’auteur commente ici la décision du Tribunal de Propriété Intellectuelle portugais de Mars 2014 sur un cas de streaming illégal en ce qui concerne des transmissions télévisées d’événements sportifs. Le Tribunal a décidé en référé que les compagnies qui opèrent moteurs de recherche au Portugal aussi bien que les compagnies qu’offrent des services d’accès à l’Internet, doivent suspendre l’accès à partir du Portugal a un nombre de sites web. Après une référence à la jurisprudence principale du TJUE et d’autres décisions internationales sur des situations similaires, l’auteur souligne l’importance de la mesure adoptée par le tribunal dans la défense des titulaires de droits. Et pourtant l’auteur donne témoin des doutes sur l’efficacité de ces mesures, en évoquant l’aisance avec laquelle les contenus peuvent changer de site web, nom ou location dans un serveur, sans oublier la diversité des juridictions par où passent les contenus illégaux et la difficulté pour les juges quant à l’ubiquité de l’Internet. L’auteur évoque aussi d’autres décisions prises par des juridictions étrangères qui ont essayé d’autres solutions pour contourner ces limitations et avance un nombre de possibles solutions pour limiter les dommages causés par la piraterie sur Internet.

## Abstract

The author comments the Decision taken by the Portuguese Court of Intellectual Property on March, 2014, regarding a case of illegal streaming of sports broadcastings, where the Court decreed an injunction against all the companies which operate search engines in Portugal, as well as those which render Internet access services, ordering them to block access from Portugal to a number of websites. After summarizing the major European Case-law and some other international Decisions on similar situations, the Author acknowledges the importance of the injunction as a positive measure for the defense of rightholders. Nevertheless, the author expresses a substantiated doubt regarding the effectiveness of this type of measures, aimed at a specified number of websites, taking into consideration the easiness with which illegal content may change its website, name or server location, and the fact that most of the illegal traffic is diverted to other jurisdictions, requiring the national Courts to be forwardlooking in order to overcome difficulties generated by the ubiquity of the Internet, the everchanging reality of websites and use of domain names. The author recalls some Foreign Courts Decisions which have managed to overcome such limitations, and points out a number of possible different solutions to the massive damages caused by Internet piracy, as suggested by several studies and articles.

VITOR CASTRO ROSA

