

JUNHO 2016

n.º 5

Propriedades intelectuais

DOCTRINA

- O Certificado Complementar de Proteção para medicamentos
José Aguiar
- Oferta de utilização na Europa de um processo patentado: diversidade e convergência
Thierry Kester
- Comentário sobre o regime da exceção de cópia privada em Portugal e na Europa
*António Paulo Santos
Vítor Castro Rosa*

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

- Direito da propriedade industrial
*David Mendes
António Andrade
João Paulo Meloado*
- Direito de autor
André Lucas
- A comunicação ao público de obra ou prestação radiodifundida: uma história de não mais acabar?
Marcos Cohen Mendes

CARTAS DA LUSOFONIA

- Carta de Moçambique
*Amélia Abalá
Tilde Marmoz*

ACTUALIDADE

- Relatório da ICC sobre jurisdições especializadas em Propriedade Intelectual
Ana Tereza Santiago



Comentário sobre o regime da exceção de cópia privada em Portugal e na Europa

ANTÓNIO PAULO SANTOS

ADVOGADO

VICTOR CASTRO ROSA

ADVOGADO

I. As normas que regulam a exceção de cópia privada em Portugal

1. Em Portugal, o princípio da remuneração compensatória da exceção de reprodução para uso privado (abreviadamente designada por “cópia privada”) foi instituído em 1985, no n.º 1 do art. 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (adiante, CDADC), sendo remetida para Decreto-Lei a “fixação do regime de cobrança e a afetação do montante da quantia referida no número anterior” (n.º 2 do referido art. 82.º do CDADC).

2. A fonte normativa dessa fixação e afetação é a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro (adiante, Lei da Cópia Privada), a qual determina, em linha com o n.º 1 do referido art. 82.º do CDADC, que dela beneficiem os autores, os artistas-intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos.

3. A natureza dessa remuneração é assumida pela designação adotada de “compensação equitativa”, ou seja, visa compensar os titulares de direitos pelos danos patrimoniais sofridos com a prática da cópia privada, que é a reprodução levada a cabo por pessoas singulares para uso particular, *i. e.*, fora de qualquer finalidade lucrativa, a partir de um exemplar licitamente adquirido no mercado, abrangendo as cópias de segurança, o armazenamento, a transferência entre diferentes suportes e/ou formatos, e mesmo alguma circulação dentro do círculo familiar.

4. A cobrança, gestão e distribuição dessa compensação equitativa incumbem à AGE COP – Associação para a Gestão da Cópia Privada, pessoa coletiva, sem fins lucrativos, de natureza associativa, constituída por todas as entidades de gestão coletiva que, em Portugal, representam as referidas categorias de titulares de direitos.

5. O preço de venda ao público das fotocópias de obras, electrocópia e demais suportes inclui uma compensação equitativa correspondente a 3% do preço da venda, antes de IVA (n.º 2 do art. 3.º da Lei da Cópia Privada) cuja receita, após dedução dos custos de funcionamento da AGE COP e da percentagem de 20% para fins de incentivo cultural, reverte em 50% para os organismos representativos dos autores e em 50% para os organismos representativos dos editores [al. a) do n.º 2 do art. 7.º da Lei da Cópia Privada].

6. No preço da primeira venda ou disponibilização em território nacional e antes da aplicação do IVA, em cada um dos aparelhos, dispositivos e suportes analógicos e digitais que permitem a reprodução e armazenagem de obras é incluído um valor compensatório estabelecido nos termos da tabela anexa à Lei da Cópia Privada (n.º 4 do art. 3.º da Lei da Cópia Privada) cuja receita, após dedução dos custos de funcionamento da AGE COP e da percentagem de 20% para fins de incentivo cultural, quanto à parcela que corresponde à proporção da utilização típica do suporte para a reprodução de obras escritas, incluindo publicações periódicas e não periódicas, reverte em 50% (metade) para os organismos representativos dos autores e em 50% (metade) para os organismos representativos dos editores [subalínea ii) da al. b) do n.º 2 do art. 7.º da LCP]; já quanto à parcela que corresponde à proporção da utilização típica do suporte para a reprodução de obras áudio e audiovisuals, reverte em 40% para os organismos representativos dos autores, em 30% para os organismos representativos dos artistas, intérpretes ou executantes e em 30% para os organismos representativos dos produtores de fonogramas ou de videogramas.

7. A percentagem de 20% a deduzir ao valor total das compensações equitativas recebidas destinam-se a ações de incentivo à atividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos; a partir de 2015, e em cada ano civil, caso o montante da compensação equitativa cobrado pela AGE COP seja superior a 15 milhões de euros, o excedente constituirá receita própria do Fundo de Fomento Cultural e destina-se a contribuir para financiar programas de incentivo à promoção de atividades culturais e à criação cultural e artística, com prioridade ao investimento em novos talentos.

8. Por último, no que diz respeito a esta breve enunciação das normas legais vigentes em Portugal, importa referir que os custos de funcionamento da AGE COP não deverão exceder 20% do conjunto das receitas globais obtidas com a cobrança de compensações equitativas.

II. Fundamento jurídico e de direito internacional

9. Portugal é signatário do Ato de Paris da Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, de 09.09.1886 (adiante, CB), assinado em 24.07.1971 e modificado em 02.10.1979 e, bem assim, da Convenção Internacional de Roma para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, de 1961 (adiante, CR), as quais foram celebradas no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e preveem o direito exclusivo de reprodução, nomeadamente nos seus artigos 9.º, n.º 1, CB, a favor dos autores, e 7.º, n.º 1, c), CR, a favor dos artistas, 10.º CR, a favor dos produtores de fonogramas, e, 13.º, c), CR, a favor dos organismos de radiodifusão.

10. O n.º 2 do art. 9.º CB é historicamente muito relevante, porquanto instituiu pela primeira vez a chamada regra dos três passos, critério que serve para legitimar as exceções ao direito exclusivo, no caso concreto, de reprodução: “fica reservada às legislações dos países da União [de Berna] a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”.

11. Também em 1971 foi introduzido na Convenção Universal sobre o Direito de Autor, de 1952, o direito exclusivo de autorizar a reprodução por qualquer meio, a representação e execução públicas e a radiodifusão (artigo IV *bis*). O n.º 2 daquela disposição também reconhece ao legislador a faculdade de abrir exceções ao exercício desses direitos, desde que não contrariem o espírito e as demais disposições da Convenção, exigindo, no entanto, a preservação de um nível razoável de proteção efetiva para cada um dos direitos que sejam objeto de tais exceções.

12. Em 1994, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC), celebrado no âmbito da OMC, que assumiu *in totum* as disposições substantivas da CB e do respetivo Anexo, com exceção dos direitos morais (art. 6.º- *bis*), generalizou a regra dos três passos a todas e quaisquer exceções ou limitações a introduzir pelos membros do TRIPS/ADPIC) e estabeleceu *ex novo* os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão (art. 14.º).

13. A Diretiva, 2001/CE, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, estabelece, no seu art. 2.º, o direito de reprodução a favor dos seguintes titulares: *a*) autores, para as suas obras; *b*) artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; *c*) produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; *d*) produtores das primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; *e*) organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.

14. O n.º 1 do art. 5.º da referida Diretiva exclui do direito de reprodução os atos de reprodução temporária,

que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir:

Uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou

Uma utilização legítima de uma obra ou outro material a realizar e que não tenham, em si, significado económico.

15. O n.º 5 do mesmo art. 5.º consagra a regra dos três passos para todas as exceções e limitações contempladas nos n.ºs 1 a 4 entre as quais a exceção de cópia privada, prevista na alínea *b*) do n.º 2, enunciada da seguinte forma: “em relação às reproduções em qualquer meio efetuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo seguinte, à obra ou outro material em causa”. As medidas de carácter tecnológico são definidas no n.º 3 do art. 6.º da Diretiva como “quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito *sui generis* previsto no título III da Diretiva n.º 96/9/CE” (relativa à proteção das bases de dados).

16. São úteis à interpretação do alcance desta exceção (cópia privada) os Considerandos da Diretiva n.ºs 32, 33, 35, 39 e 45, dos quais decorre, em síntese, que algumas exceções só estão previstas para o direito de reprodução, quando adequado, tendo em devida consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-membros e a finalidade de assegurar o bom funcionamento do mercado interno e que a exceção de reprodução temporária se reconduz exclusivamente às reproduções transitórias ou pontuais que constituem parte integrante e essência de um processo tecnológico efetuado com o único objetivo de possibilitar quer uma transmissão eficaz numa rede entre terceiros, por parte de um intermediário, quer a utilização legítima de uma obra ou de outros materiais protegidos. Mais se salienta que os atos de reprodução em questão não deverão ter, em si, qualquer valor económico. Este último aspeto parece-nos de importância primordial e adiante veremos porquê.

17. Assim, desde que satisfeitas estas condições, estarão aqui abrangidos os atos que possibilitam a navegação (“*browsing*”) e os atos de armazenagem temporária (“*caching*”), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como geralmente reconhecido e praticado pela indústria, para obter dados sobre a utilização da informação. Uma utilização deve ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular de direitos e não estiver limitada por lei. É este o verdadeiro sentido da exceção de reprodução transitória, temporária ou instrumental. Também este aspeto nos parece de sublinhar, como veremos adiante.

18. Quanto ao conceito de compensação equitativa, o Considerando 35.º explica que deverá tratar-se de um valor que compense os titulares de direitos de modo adequado à utilização feita das suas obras ou outra matéria

protegida, na determinação da qual deverão ser tidas em conta as circunstâncias específicas de cada caso concreto, sendo que um dos critérios apontado (mas não, seguramente, o único) será o possível prejuízo resultante do ato de reprodução em questão para os titulares de direitos. Se estes já tiverem recebido pagamento sob qualquer outra forma (*v.g.*, emissão de licença), não terão necessariamente direito a qualquer outro pagamento específico ou separado. Esta disposição inculca claramente o sentido de que o valor da compensação equitativa funciona como substitutivo do valor do licenciamento que seria devido.

19. O valor a estabelecer a título de compensação equitativa deverá igualmente ter em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à proteção das obras. Isto deve-se à seguinte razão: como adiante se verá, a justificação de uma exceção de reprodução para uso privado radica na impossibilidade prática de os titulares de direitos controlarem a reprodução das suas obras ou prestações, a qual é efetuada na privacidade dos respetivos lares ou nos seus aparelhos ou dispositivos destinados à reprodução de conteúdos; ora, se existirem, e na medida em que existam, e estejam a ser eficazmente utilizados, dispositivos tecnológicos com capacidade para limitarem ou impedirem mesmo essa reprodução, será menos justificada a atribuição de uma compensação equitativa, já que, na realidade, os atos de reprodução admissíveis ao abrigo do preço pago pelo exemplar da obra ou prestação protegida já se terão esgotado, sendo que os dispositivos tecnológicos não terão permitido mais reproduções, não havendo, conseqüentemente, quaisquer outros prejuízos a indemnizar.

20. O Considerando 39.º acrescenta que os Estados-membros, ao aplicarem a exceção ou limitação reativa à cópia privada, deverão ter em devida consideração a evolução tecnológica e económica, em especial no que se refere à cópia digital privada e aos sistemas de remuneração, quando existam medidas tecnológicas adequadas à proteção, pelo que as exceções ou limitações não deverão inibir a utilização dessas medidas nem a repressão dos atos destinados a neutralizá-las.

21. Por último, o Considerando 45.º recorda que as exceções e limitações referidas nos n.ºs 2 a 4 do art. 5.º (excluindo, portanto, a reprodução temporária e instrumental) não devem obstar ao estabelecimento de relações contratuais destinadas a assegurar uma compensação equitativa aos titulares de direitos de autor e direitos conexos, desde que a legislação nacional o permita. Parece, portanto, conceder uma certa prioridade ao estabelecimento de compensações equitativas por via de acordo, e não de imposição. Este Considerando milita claramente a favor de uma prioridade absoluta a dar ao exercício dos direitos em detrimento das exceções ou limitações: na verdade, onde puder funcionar bem um regime de licenciamento por parte do titular de direitos, não deverá ser instituída uma exceção que faça perigar esse regime.

22. Importa sempre ter presente que a intenção do legislador comunitário, expressa claramente no Considerando 4.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, é fornecer um enquadramento legal ao direito de autor e aos direitos conexos através de uma maior segurança jurídica e respeitando um elevado nível de proteção da propriedade intelectual, permitindo estimular consideravelmente os investimentos em

criatividade e inovação, resultando no crescimento e reforço da competitividade da indústria europeia dos conteúdos e da tecnologia de informação, permitindo ainda salvaguardar o emprego e a criação de novos postos de trabalho.

23. Neste sentido, importa recordar as recomendações do ex-Comissário ANTÓNIO VITORINO, no termo de um processo de mediação entre os vários interessados do qual foi encarregado: a compensação equitativa trata-se, desde logo, de uma fonte de rendimento relevante para os titulares de direitos; b) as formas alternativas de compensação adiantadas não se mostram suficientemente trabalhadas, e não justificam, por enquanto, a eliminação faseada das taxas num futuro próximo; os serviços prestados através da Internet deverão, preferencialmente, continuar a basear-se em acordos de licenciamento suportados em medidas de proteção tecnológica capazes de permitir aos titulares de direitos serem remunerados diretamente por todas as formas de consumo dos conteúdos por si produzidos e, nesse caso, não se justificará fazer os consumidores pagar uma segunda vez, sob a forma de taxas (“levies”).

III. A jurisprudência europeia sobre a exceção de cópia privada

24. O “*leading case*” do TJUE em matéria de exceção de cópia privada é o C-467/08 (*Padawan v. Sgae*), cuja decisão foi proferida a 21.10.2010. Seguiram-se os seguintes Acórdãos:

C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland*), de 16.06.2011;

C-457/11- C-460/11 (*VG Wort et al. v. Kyocera Mita et al.*), de 27.06.2013;

C-521/11 (*Austromechana v. Amazon*), de 11.07.2013;

C-463/12 (*Copydan Bandcopi v. Nokia*), de 05.03.2015;

C-435/12 (*ACI Adam et al. v. Stichting de Thuiskopie*), de 10.04.2014;

C-574/13 (*HP v. Reprobel*), de 12.11.2015;

C-572/14 (*Austromechana v. Amazon*), de 21.04.2016;

C-470/14 (*Egeda et al., v. Administração do Estado et al.*), de 09.06.2016.

25. No Acórdão *Padawan*, o conceito de compensação equitativa pela cópia privada foi caracterizado como sendo um conceito autónomo de direito da União, que deve ser uniformemente interpretado em toda a União Europeia.

Tem por objeto indemnizar os titulares de direitos pela prática de cópia privada, que não é sujeita a autorização individual, pelo que pode ser visto como uma contrapartida do prejuízo sofrido, orientada por um critério de justo equilíbrio, que se repercute no preço final a pagar pela obra.

É permitido aos Estados-membros estabelecerem, para efeitos do financiamento da compensação equitativa, uma taxa ou encargo não diretamente aplicável às pessoas visadas, mas sim aos que podem, por sua vez, repercutir o montante dessa taxa no preço final a pagar pelos consumidores, que serão, ao fim e ao cabo, quem paga essa taxa. (Cfr. n.ºs 30, 39, 40 e 44-50 – critério do prejuízo e do justo equilíbrio a repor pelo utilizador final das obras ou outro material protegido.)

É necessária a verificação de uma ligação (“link”) entre a aplicação de uma taxa (“levy”) destinada a financiar a compensação equitativa relativa ao equipamento de reprodução digital, aparelhos e suportes de reprodução digital e o uso presumido destes últimos para fins de cópia privada. Consequentemente, a aplicação indiscriminada de taxas (“levies”) a outros equipamentos, aparelhos ou suportes de reprodução digital não disponibilizados a utilizadores privados e manifestamente destinados para outros fins é incompatível com a Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio.

No Acórdão *Stichting v. Opus*, é estabelecida a compatibilidade do art. 5.º, n.º 2, b) da Diretiva com as taxas de cópia privada (“levies”) aplicáveis aos vendedores ou importadores de equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, uma vez que, depois, essas entidades estarão em condições de repercutir essas taxas nos preços finais dos equipamentos que comercializam ou dos serviços que prestam, pelo que é o utilizador privado quem tem de pagar esse preço, e isto em conformidade com o “justo equilíbrio” a encontrar entre os interesses dos autores e os dos utilizadores de material protegido (cfr. n.ºs 27 e 28).

No Acórdão *ACI Adam* foi afirmado claramente que o art. 5.º, n.º 2, b), se opõe a uma legislação nacional que não distingue a licitude ou ilicitude da fonte a partir da qual é efetuada cópia para uso privado (cfr. n.ºs 29 a 32 e 45). Esta afirmação permite distinguir de forma inequívoca o conceito e os limites do instituto da cópia privada relativamente ao tipo de partilha de ficheiros que atualmente ocorre entre os membros das comunidades de “Peer-to-Peer” (também conhecida como “P2P”), que usam tecnologia ou aplicações como BitTorrent, EDonkey, eMule, ou a rede Gnutella (que agrupa vários fóruns de partilha como LimeWire, Shareaza, Phex, etc.).

A partilha de obras (e prestações) protegidas pelos direitos de autor e conexos sem autorização dos respetivos titulares é, portanto, sempre ilícita, como afirmou, por exemplo, entre nós, a 2.ª Secção do Tribunal de Propriedade Intelectual de Lisboa, na Sentença proferida a 24 de fevereiro de 2015 no Processo n.º 153/14.0YHLSB. O consumo de obras ou prestações licenciado pelos prestadores do serviço de oferta de conteúdos é individual e funciona mediante subscrição ou pagamento pontual para um utilizador.

Poderá alargar-se, no entanto, no limite, ao número de utilizadores de um agregado familiar que partilhem uma mesma subscrição. Fora da chamada “esfera familiar”, a partilha não é lícita. Assim, as redes de P2P são, em geral, formas de infração aos direitos de autor, na medida em que a partilha envolve a disponibilização de obras e prestações protegidas a uma generalidade de pessoas, mais ou menos indeterminadas, mas que, claramente, ultrapassam a esfera familiar.

O traço distintivo entre aquilo que é legalmente permitido e o que é ilícito encontra-se, precisamente, no facto de a cópia, nas redes P2P, ser efetuada a partir de uma fonte ilegítima, porque a cópia disponibilizada em rede não foi licitamente tornada acessível, e certamente não estava incluída no preço inicial a faculdade de proceder à respetiva disseminação generalizada pelo público, prejudicando a exploração normal pelos titulares de direitos e atentando contra os interesses legítimos destes últimos (uma exceção com tal alcance violaria, portanto, a regra dos três passos).

26. No Acórdão *V. G. Wort v. Kyocera Mita et al.*, é estabelecido que as medidas de carácter tecnológico se destinam a restringir os atos não autorizados pelos titulares de direitos, e que os Estados-membros que decidam instituir a exceção de cópia privada no seu direito interno deverão prever o pagamento de uma compensação equitativa em benefício dos titulares de direitos.

27. Reitera-se neste Acórdão que os Estados-membros podem aplicar taxas (“levies”) às pessoas em posse de equipamentos de reprodução, dadas as dificuldades práticas na determinação dos prejuízos sofridos (cfr. n.ºs 37-40, 48, 54 e 77).

28. Caso os Estados-membros tenham decidido excluir o direito de autorizar a reprodução de qualquer material protegido pelo direito de autor ou por direitos conexos, consagrando plenamente a exceção de cópia privada, tal como permitido pelo art. 5.º, n.º 2, al. b), da Diretiva, então qualquer ato de autorização praticado por um titular de direitos será ineficaz sob a legislação daquele Estado. Consequentemente, tal ato de autorização também não terá qualquer efeito no tocante ao prejuízo causado ao titular de direitos e não terá nenhuma incidência para efeitos da compensação devida, quer a título obrigatório quer a título facultativo.

29. Caso um dos Estados-membros decida não excluir por completo o direito de os titulares autorizarem a reprodução das respetivas obras ou qualquer outro material protegidos pelo direito de autor ou por direitos conexos, mas apenas pretenda introduzir uma mera limitação de tal direito, será necessário determinar, no caso concreto, se a intenção do legislador foi preservar o direito de reprodução. Neste último caso, não têm aplicação as disposições relativas à compensação equitativa, uma vez que não é permitida por lei qualquer reprodução sem autorização por parte dos titulares, pelo que não haverá lugar ao tipo de prejuízo a reparar.

30. Daqui decorre que o facto de um Estado-membro não ter implementado devidamente a exceção de cópia para uso privado, *v. g.*, por não ter previsto a compensação equitativa, não torna inaplicável o direito a essa compensação equitativa já que os titulares se encontram ainda mais expostos a sofrer prejuízos adicionais precisamente pela omissão desse Estado-membro.

31. Esta situação foi a que ocorreu recentemente no Reino Unido, com a introdução da exceção de cópia privada no *Copyright, Designs and Patent Act* (CDPA, 1988), através do art. 28B, que pretendeu consagrar uma exceção minimalista quanto aos eventuais prejuízos, permitindo apenas a cópia para uso pessoal do adquirente legítimo, *v. g.* para mudar de formato ou diferir no tempo o respetivo consumo, desde que não estivessem em causa finalidades comerciais ou visando o lucro. Neste caso ser-lhe-ia vedado também copiar o conteúdo e facultá-lo à sua própria família ou a amigos que integrassem o círculo doméstico.

32. Sucedeu, porém, que a Academia Britânica de Compositores e Autores Musicais, o Sindicato dos músicos e outras entidades representativas dos titulares de direitos recorreram ao *High Court of Justice (Queen’s Bench Division, Administrative Court)* para anular a referida disposição, com base na errónea presunção de que não haveria qualquer necessidade de consagrar normativamente uma compensação

pela cópia privada, dado que o prejuízo seria mínimo ou mesmo inexistente.

33. O *High Court*, num extenso e detalhado Acórdão de 19.06.2015, entendeu dar razão parcial aos Demandantes, nomeadamente por aquela previsão legislativa ter resultado de um deficiente entendimento governamental sobre os resultados de um estudo de impacto económico levado a cabo por terceiros independentes, o qual estaria enviesado quanto às premissas que levaram à conclusão de que não haveria prejuízo para os titulares de direitos. Assim, em 17.07.2015, o referido Tribunal anulou a previsão legal, precisamente por falta de consagração de uma compensação.

34. O primeiro Acórdão *Amazon v. Austromechana* desenvolve um pouco mais o tema das dificuldades práticas na determinação do prejuízo sofrido pelos titulares de direitos com a cópia privada, estabelecendo a necessidade de haver um justo equilíbrio (“*fair balance*”) entre os interesses dos titulares de direitos, por um lado, e os interesses do público na reprodução das obras e outros materiais protegidos: os Estados-membros que implementarem a exceção de cópia para uso privado deverão assegurar a efetiva recuperação do prejuízo, através de uma compensação equitativa. Se esta última apresentar dificuldades, os Estados-membros terão de as resolver tomando em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Porém, caso não existam dificuldade práticas ou estas não sejam significativas, deverão assegurar que existe uma relação (“*link*”) entre a aplicação da taxa (“*levy*”) aos equipamentos, por um lado, e a utilização desses equipamentos para fins de reprodução, por outro. Na ausência desse “*link*” a aplicação da taxa será injustificada e não refletirá o justo equilíbrio (“*fair balance*”) entre os interesses dos titulares de direitos, por um lado, e os interesses do público em geral, por outro.

Importa lembrar que a imposição de uma compensação equitativa, aprioristicamente determinada sob a forma de taxa ou “*levy*”, é geralmente aceite pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como uma forma legítima de ultrapassar as dificuldades práticas que se colocam à determinação exata dos prejuízos causados aos titulares pela prática de cópia privada, por evidentes razões que têm a ver com a impossibilidade de controlar o número de reproduções efetuadas na privacidade do ambiente doméstico ou dos sistemas informáticos de uso privado individual. De qualquer forma, o que importa, segundo este Acórdão, é assegurar a proporcionalidade das taxas relativamente ao uso potencial (não necessariamente efetivo, note-se) de tais equipamentos, aparelhos ou “*media*” para efeitos dessa mesma reprodução.

35. No Acórdão *Copidan v. Nokia*, o TJUE afirma claramente que dada a dificuldade prática de identificar o uso privado e obrigar os utilizadores a compensar os titulares de direitos, é permitido aos Estados-membros o estabelecimento de taxas (“*levies*”). Por outro lado, aos consumidores finais (apenas as pessoas singulares podem ser alvo da exceção) deve ser permitido um aproveitamento pleno de todas as funções disponibilizadas pelo meio de utilização em causa (cfr. n.ºs 23, 24 e 26).

O Tribunal aceita, no entanto, no contexto da ampla discricionariedade de que gozam os Estados-membros na

determinação da forma, dos concretos procedimentos e do possível nível de compensação, a legitimidade do recurso a *Presunções* caso a cobrança da compensação equitativa dos prejuízos causados aos titulares de direitos apresente dificuldades.

Também admite que possa haver dificuldades quanto à determinação das finalidades do uso privado, para efeitos de incidência de taxa, pelo que, quando os equipamentos ou “*media*” são disponibilizados a pessoas singulares, se *Presume* a justificação (das taxas) e o justo equilíbrio a estabelecer entre os interesses dos titulares de direitos e os dos utilizadores das obras ou material protegido.

Por último, o Tribunal também admite a *Presunção* de que o prejuízo a compensar ocorreu no território do Estado-membro onde residem os utilizadores finais – Estado de Destino ou teoria Bogsch (cfr. n.ºs 24, 25, 32-35, 36, 40, 43, 58-59).

36. O recente Acórdão *HP versus Reprobel*, incidindo sobre a questão dos titulares de direitos que podem ser admitidos a partilhar a receita auferida com a cópia privada, tem vindo a gerar reações diferenciadas por parte dos sectores interessados não sendo ainda possível determinar qual o impacto que tem em legislações como a nossa, que, no artigo 2.º da Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, na versão resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2015, de 5 de junho, consagra um direito de remuneração equitativa a favor dos editores, a par dos produtores fonográficos e videográficos, a qual visa compensar os titulares de direitos pelos danos patrimoniais sofridos com a prática da cópia privada, segundo o disposto no art. 3.º do mesmo diploma.

É facto que, de acordo com o disposto nos arts. 2.º e 5.º, n.º 2, a), da Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio, os Estados-membros devem prever o direito exclusivo de autorizar ou proibir as reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, a favor dos seguintes titulares: autores, artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas, produtores de primeiras fixações de filmes e organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de serem transmitidas por fio ou sem fio, por cabo ou satélite. A exceção de reprografia, constante da referida alínea a) do n.º 2 do art. 5.º, contempla, justamente, os referidos titulares de direitos.

Neste sentido, o TJUE veio dizer, no citado Acórdão *Reprobel*, n.ºs 45 a 49 que, quando a compensação que é paga aos editores “reduz” (no sentido, que interpretamos de “abate”, “prejudica”, “diminui”), num montante idêntico ao que recebem os editores, a compensação que, em princípio, deveria ser paga às categorias de titulares do direito de reprodução, expressamente identificadas no art. 2.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio (que não inclui os editores), então, e só então, deverá a mesma considerar-se contrária à Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio.

1. [2015] EWHC 1723 (Admin) e [2015] EWHC 2041 (Admin): Case No. CO/5444/2014, ambos disponíveis em www.bailii.org.

O Tribunal desenvolve a linha argumentativa da jurisprudência anterior sobre cópia privada e assume que a compensação equitativa se destina “a reparar o prejuízo sofrido pelos titulares de direitos na sequência da reprodução das suas obras sem a respetiva autorização e, por outro lado, não sendo os editores titulares do direito exclusivo de reprodução na aceção do artigo 2.º da Diretiva n.º 2001/29, estes últimos não sofrem nenhum prejuízo na aceção destas duas exceções”.

Ou seja, num raciocínio aparentemente circular, o TJUE considera que, como os editores não estão contemplados na Diretiva, não têm direitos exclusivos, pelo que não poderão ser afetados pela exceção e, consequentemente, não deverão ser admitidos a partilhar a receita da cópia privada sempre que a sua participação se fizer à custa dos titulares previstos na Diretiva.

O TJUE entende que não têm prejuízos por via da exceção de reprografia. Mas esta realidade está largamente por demonstrar. O que esta decisão parece significar é que os Estados-membros não estão obrigados a prever esse direito de remuneração equitativa a favor dos editores na medida em que não são beneficiários do direito exclusivo. O que não quer dizer que não possam fazê-lo, até porque a Diretiva n.º 2001/29/CE não impede a consagração de outras categorias de titulares de direitos, mas apenas impõe a proteção daqueles que expressamente refere. Estes últimos não poderão é ser prejudicados por via da beneficiação daqueles outros.

Neste sentido, o TJUE afirma que “Não podem, deste modo, beneficiar de uma compensação a título das referidas exceções quando desse benefício resultaria que os titulares do direito de reprodução ficariam privados de toda ou de parte da compensação equitativa a que têm direito a título dessas mesmas exceções”.

Portanto, o que parece significar esta Decisão, é que o que está proibido é a consagração de um direito de remuneração equitativa que prive os autores de parte daquilo a que têm direito. Não quer dizer que os Estados-membros não possam entender que os editores também deverão receber uma compensação, nomeadamente quando tenham direitos próprios, a nível nacional.

Desta forma o TJUE conclui e responde que “o artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva n.º 2001/29, e o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), desta se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que autoriza o Estado-membro a atribuir uma parte da compensação equitativa devida aos titulares de direitos aos editores de obras criadas pelos autores, sem que esses editores tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que os autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados”.

Em conclusão: o que o TJUE vem proibir é que os Estados-membros prevejam uma compensação para os editores que prejudique o que os autores têm a receber, sempre que os editores não estejam, por seu turno, obrigados a reparti-la com os autores, “devolvendo”, assim, a esses últimos, parte daquilo de que estes últimos foram privados.

Esta decisão tem feito correr muita tinta, conforme seria de prever, e, a este propósito, a Comissão Europeia lançou mesmo uma consulta pública, aberta até ao dia

15.06.2016, no sentido de tentar perceber se se justifica e até que ponto, a introdução de um direito conexo a favor dos editores, caso em que poderia alterar-se a conclusão de que não terão direito a participar nos proventos relativos à taxa de cópia privada.

Resta, portanto, saber, e esse problema foi abordado na reunião de Paris do Comité Executivo da ALAI, na exposição/apresentação de MARIA MARTIN-PRATT, responsável pelo sector do Direito de Autor da Comissão Europeia, se este Acórdão impede que os Estados-membros prevejam, de origem, uma compensação equitativa para os editores, ou seja, uma atribuição que não se reflita, imediatamente, numa redução daquela que seria devida aos autores. E também, por outro lado, em que medida é que o facto de os editores não serem obrigatoriamente contemplados com o direito a uma compensação se traduz no impedimento definitivo e inultrapassável de os Estados-membros considerarem o contrário e lhes atribuírem igualmente uma compensação.

37. Importa ainda referir o segundo Acórdão *Amazon v. Austromechana*, o qual veio estabelecer, embora à margem da questão principal, que era absolutamente indispensável aos Estados-membros que optassem por implementar a exceção de cópia privada a consagração de uma compensação equitativa.

38. Por último, no passado dia 09.06.2016, foi conhecida a nova decisão importante sobre o regime da cópia privada, desta vez o Acórdão proferido no Processo C-470/2014 (*Egeda et al. v. Administración do Estado et al.*), a respeito da regulamentação nacional espanhola relativa ao sistema de compensação equitativa por cópia privada financiada pelo Orçamento Geral do Estado.

Em síntese, o TJUE veio declarar, a propósito de um processo de anulação do Real Decreto 1657/2012 no Tribunal Supremo (Espanha), Secção de contencioso administrativo, a requerimento das entidades de gestão coletiva habilitadas a partilhar a receita proveniente da compensação equitativa por cópia privada, nomeadamente, a Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), a Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) e a Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), às quais se associaram posteriormente a Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), o Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), a Entidad de Gestión, Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) e a Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), a incompatibilidade do Real Decreto 1657/2012 com o art. 5.º, n.º 2, b), da Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio, por essa compensação não ser paga pelos utilizadores finais mas sim pelo Orçamento do Estado, ou seja, por todos os contribuintes, independentemente de saber se podem fazer cópias privadas ou não.

Sucede ainda que não está previsto no referido Decreto qualquer mecanismo que permita às pessoas coletivas requererem uma isenção da obrigação de pagamento daquela taxa ou, pelo menos, obterem posteriormente o seu reembolso, pelo que também por essa razão não garante que sejam os utilizadores de cópias privadas os responsáveis últimos pelo pagamento da referida taxa (“levy”).

IV. Conclusões sobre o conceito de compensação equitativa na cópia privada

39. De todo o exposto, poder-se-á, porventura, concluir que o principal fator que está na origem do sistema da compensação de prejuízos sofridos pelos titulares de direitos através do estabelecimento de taxas sobre equipamentos de reprodução, consiste na dificuldade de demonstração desses prejuízos, conforme decorre inequivocamente das passagens citadas da jurisprudência do TJUE. É um ponto assumido.

40. A jurisprudência tem considerado até aqui, e bem, ser de prova difícil a quantificação do prejuízo inerente à exceção ao direito exclusivo de reprodução para uso privado (cópia privada). Tal dificuldade deve-se, por um lado, à multiplicidade de obras copiadas em ambiente digital e, por outro, porque, para determinarmos com exatidão o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano, teríamos, necessariamente, que entrar na esfera privada dos utilizadores, violando princípios fundamentais de cidadania e de privacidade, cuja natureza exige tutela legal e constitucional. Aliás, dada a natureza do “*tabbestand*” dos direitos fundamentais em conflito, dúvidas não ficam que teremos sempre que preservar a intimidade da vida privada, em detrimento da exatidão desse cálculo indemnizatório.

41. Perante esta situação que, para alguns, pode ser apelidada de “prova diabólica” (da expressão em latim “*diabolica probatio*”), naquilo que é a determinação do “*quantum*” do prejuízo, temos, obviamente, de fazer um juízo de “prognose póstuma” para perceber a intenção que esteve por detrás da “compensação equitativa” proposta. Isto é, esta figura da “compensação equitativa” não foi pensada para ressarcir na totalidade os titulares de direitos pelo prejuízo causado pela exceção, mas sim como uma forma de os compensar, minimizando esses prejuízos, através deste instituto.

42. Esta exceção ao direito exclusivo implica diretamente uma diminuição da exploração normal das obras cuja consequência é, obviamente, uma diminuição das receitas na esfera jurídica dos titulares de direitos, o que equivale a dizer que os titulares de direitos, por força do decréscimo de receitas, sofrem um prejuízo injustificado dos seus legítimos interesses, violando-se assim a regra dos três passos instituída pelo art. 9.º, n.º 2, CB.

43. Neste sentido, afirma MARGARIDA ALMEIDA ROCHA² que, atualmente, em contexto digital, a reprodução passou claramente a ser a regra e não a exceção, não podendo mais subordinar-se a determinação da compensação à lógica do prejuízo, conceito que não está diretamente ligado à ausência de ganho dos titulares de direitos, mas sim à exploração normal da obra.

Sabendo-se, pelo art. 5.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2001/29/CE que só é legítimo aos Estados-membros prever exceções que não prejudiquem a exploração normal da obra, e que, por outro lado, a incontrolabilidade dos atos de reprodução atenta, por natureza, contra essa exploração normal, e contra os interesses legítimos dos titulares de direitos, tendo deixado, aliás, de ser excepcional para se ter transformado na regra, logo, já não deveria figurar entre as exceções. Porém, para ser admitida como tal, carece em absoluto

da respetiva compensação, como condição de licitude dessa atividade, sem a qual não deverá, sequer, ser admitida como exceção ao direito exclusivo de reprodução.

44. Decorre desta lógica que, ao invés de estar dependente de uma quantificação de prejuízos para os titulares que se revela, mais do que difícil, verdadeiramente impossível, a chamada “compensação equitativa” deve ser considerada como *um substitutivo da licença*, em plena consonância com o Considerando 45.º da Diretiva, que privilegia a lógica contratual do ato de licenciamento voluntário, e aproximar o seu quantitativo do valor que seria devido caso os atos de cópia tivessem de ser sujeitos a licenciamento individual, ao abrigo do direito exclusivo de reprodução. Não havendo licenciamento voluntário, trata-se de um caso de licenciamento legal, pelo que o valor a pagar pelo utilizador deve, tanto quanto possível, aproximar-se do da licença.

45. Ou seja: como é difícil quantificar o prejuízo e o legislador, na altura, teve consciência dessa dificuldade, decidiu estabelecer o mecanismo da compensação equitativa, que foi criado na Alemanha em 1965 não com base no prejuízo efetivo, mas sim como remuneração equitativa alicerçada no valor da licença legal, conforme também explica o Professor MARTIN KRETSCHMER num estudo de 2011 feito para o Governo do Reino Unido, apontando para a melhor compreensão do conceito à luz da noção de “licença legal”³.

46. Não deixa de ser, aliás, curioso que, volvidas algumas dezenas de anos, o legislador comunitário, no art. 13.º da Diretiva n.º 2004/48/CE, de 29 de abril, dita Diretiva “Enforcement”, ou relativa ao respeito pelos direitos de autor e direitos conexos, tenha vindo, perante a dificuldade na determinação do prejuízo, a socorrer-se, mais uma vez, do valor da licença como base para a determinação da compensação a arbitrar aos titulares de direitos pelo uso indevido de uma obra ou prestação protegida por direitos de autor e conexos.

47. Diz, a este respeito, o Considerando 26.º da referida Diretiva, transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que introduziu os artigos 210.º-A a 211.º-B no CDADC, que a indemnização a atribuir aos titulares de direitos deve tomar em consideração vários aspetos, tais como os lucros cessantes ou os benefícios ilícitos auferidos pelo infrator, bem como, quando adequado, quaisquer prejuízos de carácter não patrimonial. Em alternativa, nos casos em que seja difícil a determinação do montante dos prejuízos sofridos, deve a compensação



2. “Remuneração por cópia privada – Sentido e alcance”, in *Temas de Propriedade Intelectual*, Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual, Grupo Português da ALAI (*Association Littéraire et Artistique Internationale*), n.os 8-10, 2002, págs.11 e ss.

3. KRETSCHMER, M. *Private Copying and Fair Compensation: An Empirical Study of Copyright Levies in Europe – A Report for the UK Intellectual Property Office*, disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_econ_ge_1_12/wipo_ip_econ_ge_1_12_ref_kretschrmer.pdf, págs. 59-60, 71-74.

decorrer de elementos, tais como o valor dos direitos que teriam sido auferidos se o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão.

48. Ou seja, o legislador comunitário, perante as manifestas dificuldades na determinação dos prejuízos efetivamente sofridos pelos titulares de direitos, admitiu um mecanismo compensatório alternativo, baseado nas regras da experiência, que assenta, fundamentalmente, no custo putativo da licença que teria sido paga se tivesse havido um ato de licenciamento legítimo. Trata-se de um critério de equidade que se baseia num valor mínimo garantido, prescindindo, assim, de determinar exaustivamente o valor do prejuízo causado, ou seja, recorrendo a uma quantia global fixa que não tem de corresponder necessariamente ao valor exato dos prejuízos efetivos.

49. Concluindo, e porque a história se repete, podemos afirmar que quer o Tribunal de Justiça da União Europeia quer o próprio legislador comunitário têm vindo, progressivamente, a afastar-se do critério do prejuízo efetivo para um regime claramente compensatório alicerçado nas regras da experiência e num sucedâneo do valor que teria sido pago a título de remuneração, *caso tivesse havido licenciamento*. Esta é, também, a nosso ver, a lógica subjacente, com as devidas adaptações, ao regime das taxas de cópia privada (“levies”): trata-se de valores que, à semelhança da maioria dos contratos de licenciamento, assentam em “fees” ou taxas percentuais, cobrados, na grande maioria dos casos, quando são ultrapassados os valores mínimos de utilização das obras ou prestações que são contratualmente garantidos.

50. Por fim, gostaríamos de sublinhar que os desafios futuros com que se depara o instituto jurídico da cópia privada, passam por uma compreensão e integração de novos modelos de negócio que, apesar de não envolverem necessariamente uma reprodução duradoura das obras e prestações protegidas pelo Direito de Autor e Direitos Conexos, implicam sempre uma reprodução que, conquanto seja efêmera, não deixa de ter valor económico autónomo, e de ter de ser efetuada para usos legítimos do beneficiário, o que a retira do campo da exceção prevista no n.º 1 do art. 5.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio, e antes a configura como faculdade inerente ao direito exclusivo do seu titular, conforme se espera que o TJUE venha a declarar, no Acórdão a proferir no Processo Case C-527/15 (*Stichting BREIN v. Jack Frederik Willems t/a Filmspelers*). Trata-se do primeiro caso sobre a qualificação do “streaming” à luz daquela Diretiva.

Na verdade, impõe-se claramente olhar para o “streaming” como o exercício de uma faculdade necessariamente compreendida no âmbito do direito exclusivo de reprodução, ainda que tal reprodução seja transitória, mas com valor económico, desse logo, porque sucedânea do aluguer e da venda em suporte físico do exemplar, pelo que, pela sua natureza e de acordo com a teoria da destinação, deve ser negociado diretamente pelos titulares de direitos.

É que, como é evidente, também nesta forma de exploração da obra ou prestação existe reprodução, a qual, por ter valor económico, será necessariamente equiparável a uma cópia para uso privado, pelo que se imporá a aplicação à mesma do regime atualmente em vigor aplicável aos equipamentos de reprodução, ao invés de ser considerada como

uma exceção ao direito exclusivo, por se tratar de uma reprodução meramente transitória. E, de qualquer forma, para ser abrangida na exceção, sempre deverá servir para utilização legítima, conforme preceitua a alínea b) do n.º 1 do art. 5.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, de 22 de maio.

Este é um aspeto extremamente importante, sobre o qual o TJUE ainda se não pronunciou, mas que importa desde já acautelar, sob pena de continuarmos a tratar como exceções ao direito exclusivo, comportamentos que já muito se tornaram a regra, e que representam as novas cadeias de valor da criação e fruição cultural, que deverão beneficiar de elevada proteção como é propósito da União Europeia.