

A TUTELA PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR E DOS DIREITOS CONEXOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO⁽¹⁾

Pelo Dr. David Silva Ramalho

*Quand une fois la liberté a explosé dans une âme d'homme,
les Dieux ne peuvent plus rien contre cet homme-là.*

JEAN-PAUL SARTRE

SUMÁRIO:

§ 1. Introdução. § 2. Delimitação do objecto de estudo. § 3. O ordenamento jurídico francês; § 3.1. Sistematização; § 3.2. A tutela sancionatória dos direitos de autor na Sociedade da Informação no ordenamento jurídico francês; § 3.2.1. Da *contrefaçon*; i) A Lei DADVSI; ii) A Lei HADOPI I; iii) A Lei HADOPI II; iv) A aplicação da Lei HADOPI II. § 4. O ordenamento jurídico comunitário; a) Antes do Tratado de Lisboa; b) Depois do Tratado de Lisboa; c) Perspectivas de futuro. § 5. A tutela penal dos direitos de autor na Sociedade da Informação: O ordenamento jurídico português. § 5.1. O surgimento da Internet e a evolução do CDADC; § 5.2. O Direito Penal de Autor na Sociedade da Informação; § 5.2.1. O cibernauta e o legislador; § 5.2.2. A tutela penal dos direitos de autor e direitos conexos no CDADC; a) Usurpação; b) Contrafacção; c) Violação do direito moral; d) Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada; § 5.2.3. O *upload* não autorizado de conteúdo protegido pelo Direito de Autor efectuado por pessoa singular. § 5.2.4. O *download* não autorizado de

⁽¹⁾ É devida aqui uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Ricardo M. Mata y Martín pela generosa e amável ajuda disponibilizada, bem como pelo altruísmo demonstrado ao aceder tão prontamente ao pedido de um desconhecido.

conteúdo protegido pelo Direito de Autor efectuado por pessoa singular para uso privado; § 5.2.5. O *download* em simultâneo com o *upload*: a problemática dos programas de *peer-to-peer*. § 6. Da eventual criminalização do *download* não autorizado de obras protegidas efectuado por pessoa singular sem intuito comercial. § 7. Conclusão.

§ 1. Introdução

Em 1847, Ernest Bourget, compositor francês de música “ligeira” entrou no Café-Concerto *Ambassadeurs* em Paris, juntamente com os seus colegas e amigos Victor Parizot e Paul Henrion, para beber uma água gelada com açúcar.

Enquanto tomavam a sua bebida e ouviam o concerto, os três compositores constataram que a banda da casa tocava algumas músicas escritas e compostas por Bourget.

Imediatamente Bourget chamou o gerente e exigiu que lhe fosse paga uma compensação a troco da reprodução das músicas que escrevera. O gerente recusou e Bourget e os seus colegas, como represália, recusaram-se a pagar as bebidas. O caso seguiu para tribunal.

No dia 26 de Abril de 1849, após uma decisão no mesmo sentido do *Tribunal de Commerce de la Seine*, o *Court d’Appel* condenou o dono do café *Ambassadeurs* ao pagamento dos direitos de autor devidos a Bourget pela reprodução das suas obras⁽²⁾.

Pouco mais de um século e meio depois e as obras completas de Bourget estão integralmente disponíveis na Internet para *download*, “à distância de um clique” e livres de quaisquer custos. A sua música pode ser gravada num CD ou transferida para um leitor de mp3 para ser ouvida por qualquer pessoa em casa, no carro, no metro, na rua, num avião, num centro comercial e... no café.

(2) AARON SCHWABACH, *Intellectual Property: a reference handbook*, Califórnia/Colorado/Oxford: ABC-CLIO, 2007, p. 151.

Contudo, a principal diferença é que actualmente, em França, existem mais de onze milhões de potenciais violadores dos direitos de autor de Bourget⁽³⁾. E considerando o facto de, só na última década, em França, o número total de utilizadores de Internet ter aumentado em 425%⁽⁴⁾, tudo indica que aquele número venha a crescer.

Pergunta-se, então, o que poderia Bourget fazer face à realidade que vivemos hoje?

O que poderá qualquer um fazer face à quantidade de infractores anónimos que diariamente infringem os seus direitos de autor?

Como se poderão proteger os direitos de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação?

A resposta dos vários legisladores por todo o mundo, por influência dos vários tratados internacionais nesta matéria, tem sido a criminalização da conduta dos “piratas”⁽⁵⁾.

Mas será a tutela penal dos direitos de autor na Sociedade da Informação a via mais adequada a seguir? Ou poderá a mesma constituir uma sanção tão gravosa para uma conduta tão frequente e com um nível de indiferença social tão elevado (não obstante os seus efeitos gravosos), que dificilmente poderá ser aplicada?

Cada vez mais se procuram sanções capazes de tornar mais eficiente a repressão das violações de direitos de autor e direitos conexos *online* e a cada passo que se dá no sentido da eficácia, tende a dar-se um passo atrás na protecção das liberdades de expressão e informação, na salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada ou, em alguns casos, como se verá adiante, no respeito pela garantia da presunção da inocência e pelo direito a um processo justo e equitativo.

⁽³⁾ Dados da *International Federation of the Phonographic Industry* e do *Internet World Stats* e que correspondem à totalidade de pessoas que, em 2009, fizeram *downloads* ilegais em França.

⁽⁴⁾ Dados do *Internet World Stats*.

⁽⁵⁾ Por “pirataria”, leia-se, “*uma palavra usada no léxico comum para designar indiferenciadamente as violações à propriedade intelectual. Em vernáculo jurídico, corresponderá, desde logo, a actos de usurpação e contrafacção*”, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «Pirataria e Cópia Privada», in: AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. IX*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

O estudo que ora se apresenta visa fazer uma breve exposição, sem pretensões de exaustividade, da mais significativa tendência que surge na Europa no campo da tutela penal (e contraordenacional) dos direitos de autor e direitos conexos na Sociedade da Informação para, posteriormente, se fazer uma análise crítica do regime vigente em Portugal e se ponderarem as alternativas (quer as prováveis, quer as possíveis) para um correcto equilíbrio entre justiça e eficácia.

§ 2. Delimitação do objecto de estudo

Optámos por começar a exposição pelo estudo das recentes reformas do sistema francês, por ser o ordenamento que mais tem inovado e continua a inovar — a um ritmo preocupante — nas medidas a adoptar, não só pela severidade das mesmas, como pela influência que tem tido na sua divulgação pelo resto da Europa.

Apenas de seguida abordaremos, brevemente, o “ordenamento jurídico” comunitário, por este estar, actualmente, a “beber” da influência francesa e, ousaremos adiantar, em vias de implementar as medidas francesas no espaço da União Europeia, num curioso fenómeno subversor da tendencial estrutura vertical descendente da influência comunitária, que poderá culminar numa “transposição” da lei de um Estado Membro para uma Directiva (ou mesmo Regulamento).

Seguidamente, avançaremos com uma análise do regime vigente da tutela penal dos Direitos de Autor⁽⁶⁾ no ordenamento jurídico português e com o enquadramento das práticas de *down-*

(6) Embora, propositadamente, não tencionemos abordar as questões das bases de dados, dos DRM e dos programas de computador, por entendermos que nos levariam por caminhos paralelos e pouco profícuos para o estudo do tema que pretendemos desenvolver. Para um estudo mais aprofundado da questão da protecção dos programas de computador pelo direito de autor, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «Software: Sentido e limites da sua apropriação jurídica» in AA.VV., *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 73-136 e ainda, do mesmo autor, «Patentes de programas e métodos de negociação na Internet» in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. IX*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 111-123.

load, *upload* e dos *downloads* simultâneos aos *uploads* em programas de *peer-to-peer*, dentro desse regime.

Concluiremos com uma ponderação das reformas que receamos poderem vir a ser adoptadas no ordenamento jurídico português (principalmente por fonte comunitária) e ponderaremos uma das possíveis soluções para o, reconhecidamente lesivo, problema da violação dos direitos de autor e direitos conexos na Sociedade da Informação.

§ 3. O ordenamento jurídico francês

§ 3.1. Sistematização

Contrariamente ao que sucede em Portugal, em França existe apenas um Código que regula toda a propriedade intelectual⁽⁷⁾ — o *Code de la Propriété Intellectuelle*, alterado no passado dia 31 de Março de 2011 — e que engloba, quer os direitos de autor e direitos conexos (*le droit d'auteur et les droits voisins*), quer a propriedade industrial (*la propriété industrielle*).

A sistematização do *Code de la Propriété Intellectuelle*, à semelhança da dos restantes códigos franceses, engloba duas grandes partes: a parte legislativa (*la partie législative*) e a parte de regulamentação (*la partie réglementaire*).

Enquanto a parte legislativa é composta, quer por leis ordinárias, quer por leis orgânicas, a parte regulamentar é composta por artigos provenientes de decretos simples (*décrets simples*), decretos em Conselho de Estado (*décrets en Conseil d'État*) e decretos em Conselho de Ministros (*décrets en Conseil des Ministres*)⁽⁸⁾.

(7) Integralmente disponível na URL <www.legifrance.gouv.fr>.

(8) É de notar o facto de o próprio código distinguir, em cada artigo, qual o diploma que lhe deu origem. Se se trata de um artigo gerado por uma lei ordinária, o artigo é precedido pela letra L; se foi gerado por uma lei orgânica é precedido pelas letras LO.

Já na parte de regulamentação, caso se trate de um decreto do Conselho de Estado o artigo é precedido pela letra R (ou R* se for deliberado em Conselho de Ministros), se se tratar de um decreto simples é antecedido da letra D (ou D* caso seja deliberado em Conselho de Ministros). Para uma explicação mais detalhada cf. JEAN-PIERRE BOUCHEZ *et al.*,

A relação entre estas duas partes não é desprecienda.

Com o objectivo de eliminar a proliferação de leis e regulamentos extra-sistemáticos e com vista à promoção de “*l’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et intelligibilité de la loi*”⁽⁹⁾, o legislador francês opta pela criação de uma parte legislativa necessariamente aprovada pelo Parlamento e outra parte regulamentar aprovada pelo Governo, que concretiza e regimenta o disposto na parte legislativa.

De maneira a permitir uma mais fácil consulta da lei e uma melhor compreensão da mesma, e numa concepção de sistematização de notáveis organização e eficiência, o legislador francês opta por manter a correspondência numérica entre os artigos da parte legislativa e os da parte de regulamentação⁽¹⁰⁾, mesmo que, para algum artigo de uma das partes não exista o número correspondente na outra parte (caso em que, tratando-se de artigo da parte de regulamentação sem correspondente na de legislação se indicará que “*le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives*”⁽¹¹⁾ ou, tratando-se de hipótese inversa, se lerá “*absence de disposition réglementaire*”).

A parte legislativa do *Code de la Propriété Intellectuelle* encontra-se dividida em três partes:

- a) A primeira parte (arts. L111-1 a L343-7) regula a propriedade literária e artística e corresponde aos direitos de autor e direitos conexos.

Guide pour l’élaboration des textes législatifs et réglementaires, versão de 6 de Junho de 2005, acedido e consultado em 2010-25-09, na URL <http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique/guide_leg.pdf>.

⁽⁹⁾ Cf. Decisão n.º 99-421 DC, de 16 de Dezembro de 1999, do Conselho Constitucional (*Conseil constitutionnel*), relativa à lei que autorizou o Governo a proceder à adopção da parte legislativa de alguns códigos por portaria, acedido e consultado em 2010-09-25, na URL <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-421-dc/decision-n-99-421-dc-du-16-decembre-1999.11851.html>>.

⁽¹⁰⁾ Ex. ao artigo L111-1 da parte legislativa corresponde o art. R111-1 da parte regulamentar.

⁽¹¹⁾ JEAN-PIERRE BOUCHEZ et al., *Guide pour l’élaboration des textes législatifs et réglementaires*, cit., p.65, acedido e consultado em 2010-25-09, na URL <http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique/guide_leg.pdf>.

- b) A segunda parte (arts. L411-1 a L722-8) regula a propriedade industrial.
- c) A terceira parte (arts. L811-1 a L811-14) corresponde à aplicação do código aos territórios do ultramar e a Maiote⁽¹²⁾.

Para o âmbito do presente trabalho, focar-nos-emos apenas na primeira das partes referidas, mais especificamente no seu terceiro livro, subordinado ao tema “Disposições gerais relativas ao direito de autor, aos direitos conexos e aos direitos dos produtores de bases de dados” (*Dispositions générales relatives au droit d’auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données*), nomeadamente em algumas partes do Título III denominado de “prevenção, procedimentos e sanções” (*prévention, procédures et sanctions*).

§ 3.2. A tutela sancionatória⁽¹³⁾ dos direitos de autor na Sociedade da Informação no ordenamento jurídico francês

Na atribulada evolução da tutela sancionatória dos direitos de autor na Sociedade de Informação no ordenamento jurídico francês, contam-se, essencialmente, três grandes diplomas⁽¹⁴⁾:

— A Lei n.º 2006-961 de 1 de Agosto de 2006, relativa ao direito de autor e aos direitos conexos na Sociedade da Informação, também conhecida como Lei DADVSI — *Loi relative au*

⁽¹²⁾ Na sequência do referendo realizado a 29 de Março de 2009, ficou decidido que, em 2011, Maiote deixaria de ser uma Colectividade Territorial para, passar a ser um Departamento Ultramarino Francês, o que, efectivamente, veio a acontecer a 31 de Março de 2011, PÚBLICO (2009), “*Ilha de Mayotte decide em referendo ser um departamento ultramarino francês*”, 30 de Março, acedido e consultado em 2010-09-25, na URL <http://www.publico.pt/Mundo/ilha-de-mayotte-decide-em-referendo-ser-um-departamento-ultramarino-frances_1371582>.

⁽¹³⁾ Incluímos aqui a tutela penal e contraordenacional.

⁽¹⁴⁾ UNESCO — *World Anti-Piracy Observatory: France*, Maio de 2009, acedido e consultado em 2010-09-26, na URL <http://www.unesco.org/culture/pdf/antipiracy/france_cp_fr#page=3>.

Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information — ou, na imprensa anglo-saxónica, e na sequência da polémica que esta lei gerou com a empresa “Apple”⁽¹⁵⁾, como a “*iTunes Law*” ou a “*iPod Law*”⁽¹⁶⁾).

— A Lei n.º 2009-669 de 12 de Junho de 2009 que favorece a difusão e a protecção da criação na Internet, também conhecida como a “*Three strikes Law*”, a “*Drei-Treffer-Gesetzes*”, ou, mais comumente como a Lei HADOPI I em virtude de ter criado a controversa Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na Internet (*Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet*).

— A Lei n.º 2009-1311 de 28 de Outubro de 2009 relativa à protecção penal da propriedade literária e artística na Internet, também conhecida como Lei HADOPI II, em virtude de ter surgido após o chumbo parcial da Lei HADOPI I por parte do *Conseil Constitutionnel* no dia 22 de Outubro de 2009⁽¹⁷⁾.

Todos estes diplomas foram (e, no caso da Lei HADOPI II, continua a ser) alvo de duras críticas em virtude de adoptarem medidas extremas, susceptíveis de violarem princípios e direitos fundamentais como o princípio da presunção da inocência e o direito a um processo justo e equitativo.

Antes de procedermos à análise de cada uma das referidas leis, e porquanto se trata de informação necessária a uma melhor compreensão da tutela penal dos direitos de autor no ordenamento jurídico francês, haverá que dedicar alguma atenção ao delito de *contrefaçon* tipificado no *Code de la Propriété Intellectuelle*.

⁽¹⁵⁾ Sobre este assunto NICOLAS JONDET (2006), «La France v. Apple: Who's the dadvsi in DRMs?», *SCRIPTed — A Journal of Law, Technology and Society*, Vol. 3, n.º 4, pp. 473-484, acedido e consultado em 2011-26-03, na URL <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-4/jondet.asp#4.4.2>>.

⁽¹⁶⁾ THOMAS CRAMPTON (2006), «Parts of French 'iPod Law' Struck Down», *New York Times*, 28 de Julho, acedido e consultado em 2010-09-27, na URL <<http://www.nytimes.com/2006/07/28/business/28cnd-music.html>>.

⁽¹⁷⁾ Decisão n.º 2009-590 DC de 22 de Outubro de 2009 do *Conseil Constitutionnel*, acedido e consultado em 2010-09-27, na URL <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>>.

3.2.1. Do delito de *contrefaçon*

Diz Christophe Caron que a *contrefaçon* está para os direitos de autor como o furto para os bens corporais, à exceção do facto de que, na *contrefaçon*, o autor não se vê desapossado de qualquer bem⁽¹⁸⁾.

Assim, a *contrefaçon* consiste na “violação de um direito de propriedade intelectual protegido por lei, designadamente pela acção de reproduzir, por cópia ou imitação uma criação, uma invenção, uma marca ou um modelo protegidos por um direito de propriedade intelectual.”⁽¹⁹⁾ É, portanto, um conceito transversal a toda a propriedade intelectual, incluindo a propriedade industrial. Dada a temática que nos propusemos tratar, centrar-nos-emos, na medida do possível, no estudo da *contrefaçon* no âmbito dos direitos de autor e direitos conexos.

Dispõe o art. L-335-2 do CPI francês o seguinte: “*Toute édition d’écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit.*”

Vem o art. L-335-3 complementar a citada definição da seguinte forma: “*Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d’une oeuvre de l’esprit en violation des droits de l’auteur, tels qu’ils sont définis et réglementés par la loi.*” Veio ainda a Lei HADOPI I acrescentar a este artigo um outro parágrafo onde se pode ler que “*Est également un délit de contrefaçon toute captation totale ou partielle d’une oeuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique.*”

Para além da reprodução idêntica, constitui ainda *contrefaçon* a reprodução “por imitação” de obra protegida, isto é, as reproduções concretizadas em adaptações, traduções ou quaisquer modificações de obra sem autorização do autor. Trata-se, contudo, de um

⁽¹⁸⁾ CHRISTOPHE CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, 2.^a ed., Paris: Litec, 2009 (1.^a ed. 2006), p.411.

⁽¹⁹⁾ Tradução nossa a partir do original de ÉRIC PRZYSWA, *Cybercriminalité et contrefaçon*, Paris: FYP éditions, 2010, p. 24.

tipo de *contrefaçon* dificilmente identificável porquanto requer a distinção entre a imitação ilícita e a lícita.

A *contrefaçon* assume uma natureza civil e penal, sendo que, não obstante a natureza pública do crime, fica ao critério do titular do direito violado constituir-se parte civil no processo penal⁽²⁰⁾ ou, ao invés, instaurar acção de responsabilidade civil contra o agente do crime. Embora seja admissível a cumulação da acção penal e do pedido civil, a verdade é que é mais frequente o titular dos direitos optar por recorrer somente à via civil (até porque esta, no direito francês, já encerra em si uma finalidade punitiva), porquanto as indemnizações arbitradas nos tribunais civis tendem a ser superiores às atribuídas pelos tribunais penais (até porque estes muitas vezes condenam o infractor em pena de multa, a qual reverte para os cofres do Estado e não para o ofendido, e posteriormente restringem a medida da indemnização).

As penas aplicadas à *contrefaçon* são, nos termos do art. L-335-2 do CPI de três anos de prisão ou 300.000€ de multa, salvo se a conduta for praticada em grupo organizado, caso em que a pena ascenderá aos cinco anos ou 500.000€ de multa. Em caso de reincidência, dispõe o art. L-335-9 que as penas deverão ser duplicadas.

Contudo, as penas, especialmente no caso de infracções cometidas por via de programas de *peer-to-peer*, tendem a ser suspensas na sua execução, não só por iniciativa jurisprudencial, como por via de uma circular interpretativa de Lei DADVSI que ordena a não condenação em pena efectiva dos internautas que utilizem aqueles programas e, desse modo, partilhem automaticamente os conteúdos recebidos⁽²¹⁾.

Passaremos, agora, à análise da evolução legislativa do ordenamento jurídico francês em matéria de tutela penal dos direitos de autor e direitos conexos na Sociedade da Informação.

(20) Também certas sociedades de gestão colectiva e organismos profissionais se podem constituir partes civis no processo, sendo que o “*Centre national du cinéma et de l’image animée*” beneficia inclusivamente de uma habilitação específica para este efeito prevista no art. L-331-3 do CPI.

(21) Numa crítica interessante desta medida, diz CRISTOPHE CARON o seguinte: “*Il est donc démagogique de s’offusquer que les internautes vont aller en prison, alors que ce risque n’est que théorique dans l’application de la loi pénale.*”, cit. p. 464.

i. A Lei DADVSI — *Loi n.º 2006-961 du 1 août 2006 relative aux droits d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*

Com o intuito formal de transpor — tardiamente — a Directiva InfoSoc (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001), a Lei DADVSI acabou por ir mais além e por alterar profundamente o sistema jus-autoral francês⁽²²⁾.

Dada a natureza do presente trabalho e face às restrições que nos auto-impusemos aquando da delimitação do tema que ora tratamos, ater-nos-emos, também por questões de sintetização e eficiência, às alterações efectuadas por esta lei no âmbito da repressão da violação dos direitos de autor na Internet, nomeadamente nos sistemas de *peer-to-peer*⁽²³⁾, abstendo-nos, assim, de desenvolver a nossa análise sobre as significativas alterações executadas no âmbito das medidas tecnológicas de protecção ou medidas de protecção digital (os chamados TPMs ou *Technological Protection Measures for copyrighted content* ou, mais comumente, por DRMs ou *Digital Rights Management Systems*).

É seguro dizer-se que um dos grandes objectivos da Lei DADVSI foi a diminuição (e, se possível, a eliminação) da violação de direitos de autor — nomeadamente no que respeita a ficheiros de vídeo e de música — nos sistemas de *peer-to-peer*.

Contudo, as diferentes concepções do problema em causa, as fortes pressões dos lobbies⁽²⁴⁾, os protestos (uma petição online

⁽²²⁾ “The new DADVSI with its 52 articles goes far beyond the initial draft of 2003. It not only implements the EU directive but tends to create a legal Framework for business and internet use in the digital society”, cf. JOACHIN SCHÖPFEL (2006), «The new French law on author’s rights and related rights in the information society», *Interlending & Document Supply*, Vol. 34, n.º 4, pp. 167-170, acedido e consultado em 2010-09-28, na URL <http://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_00136830/fr/>.

⁽²³⁾ Para uma explicação detalhada do conceito e origens dos sistemas *peer-to-peer* cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VIII*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 421-467.

⁽²⁴⁾ O deputado Bernard Carayon falou inclusivamente na existência de verdadeira chantagem. cf. ERIC NUNÉS (2006), «L’industrie de la musique s’active dans les couloirs de l’Assemblée Nationale», *Le Monde*, 23 de Fevereiro acedido e consultado em

com cerca de 170.000 signatários⁽²⁵⁾, uma marcha contra a lei DADVSI⁽²⁶⁾ e até uma *Google bomb* contra o Ministro Donnedieu de Vabres⁽²⁷⁾) e as sucessivas propostas de alteração levaram a que o projecto inicial fosse profundamente alterado e a uma duração invulgarmente longa da deliberação sobre o mesmo.

Após 18 sessões e 60 horas de debate em torno desta lei⁽²⁸⁾ na *Assemblée Nationale*, seguidas de mais algumas alterações feitas pelo *Sénate*, o projecto de lei inicialmente apresentado em 2003 — pelo então Ministro da Cultura e da Comunicação Jean-Jacques Aillagon — foi aprovado pelas duas câmaras, sujeito ao *Conseil Constitutionnel* em Julho de 2006, onde sofreu profundas alterações e veio a tornar-se mais severo, e, por fim, promulgado pelo então Presidente Jacques Chirac, em Agosto de 2006.

Durante esse período a proposta de lei inicial sofreu fortes alterações: por um lado, tornando-se mais branda, designadamente, na eliminação — posteriormente revertida — da punição a título de crime de *contrefaçon* (punível nos termos do art. L335-4 CPI com pena de prisão até 3 anos ou 300.000€ de multa) do mero *download* de ficheiros em programas *peer-to-peer*, e respectiva substituição por um aviso, seguido de uma coima para os reincidentes⁽²⁹⁾; por outro lado, tornando-se mais ríspida, nomeadamente no

2010-09-28, na URL <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2006/02/23/l-industrie-de-la-musique-s-active-dans-les-couloirs-de-l-assemblee-nationale_744194_651865.html>

(25) Promovida pelo site <www.eucd.info>.

(26) Cf. JUNKO YOSHIDA (2006), «Anti-DRM march in Paris targets Big Tech firms», *EETimes*, 5 de Agosto, acedido e consultado em 2010-09-29, na URL <<http://www.eetimes.com/electronics-news/4060400/Anti-DRM-march-in-Paris-targets-Big-Tech-firms>>.

(27) Uma *Google bomb* consiste num conjunto de práticas destinadas a influenciar o ranking de algumas páginas Web consoante as palavras introduzidas no motor de busca. No caso do Ministro Donnedieu de Vabres, se fossem introduzidas no motor de busca do Google as palavras “ministre” ou “blanchisseur” (branqueador), a primeira página a aparecer era a de uma notícia sobre a condenação do referido ministro numa multa de 15.000€ por branqueamento de capitais. cf. ERIC NUNÉS (2006), «Les “Googles bombes” entrent en campagne», *Le Monde*, 9 de Novembro, acedido e consultado em 2010-09-29, na URL <http://www.lemonde.fr/politique/article/2006/11/09/les-google-bombes-entrent-en-campagne_832555_823448.html>.

(28) Cf. JOACHIN SCHÖPFEL, «The new French law on author’s rights and related rights in the information society», cit., p. 2.

(29) Medida introduzida pelo então Ministro da Cultura e da Comunicação Renaud

que respeita à cópia privada, tendo sido retirada a única emenda à proposta de lei DADVSI que permitia copiar música ou filmes legalmente obtidos⁽³⁰⁾, o que resultou na proibição de cópia privada nestes casos desde que os CDs ou DVDs estejam sujeitos a qualquer tipo de medida de protecção digital (os chamados *Digital Rights Management Systems*) — foi, inclusivamente, criada uma nova autoridade administrativa para impor coercivamente esta lei, a *Autorité de Régulation des Mesures Techniques* (ARMT).

Face ao carácter altamente impopular da criminalização do mero *download* de ficheiros por programas *peer-to-peer* (uma vez que, só em França, o número de pessoas que recorrem aos programas *peer-to-peer* ascende aos 8 milhões, sendo que, em grande parte, se trata de jovens), aquela opção foi inicialmente afastada (embora, como se verá, tenha vindo a ser adoptada em função da decisão do *Conseil Constitutionnel*) e criou-se, em compensação, um novo tipo legal de crime para os criadores de, e/ou aqueles que colocarem à disposição do público, um software destinado “claramente” à disponibilização não autorizada ao público de obras ou objectos protegidos⁽³¹⁾, o qual viria a ser punido com penas que ascendiam aos três anos de cadeia ou 300.000€ de multa.

Donnedieu de Vabres, invocando o “príncipe de riposte graduée”, que consiste “*par exemple à envoyer des messages d’avertissement aux adeptes des réseaux peer-to-peer, avant d’augmenter graduellement les sanctions en cas de recidive*”, CHRISTOPHE GUILLEMIN (2006), «Projet de loi Dadvsi: Donnedieu de Vabres tente d’éclaircir ses propositions», *ZDnet.fr*, 16 de Janeiro, acedido e consultado em 2010-09-29, na URL <<http://www.zdnet.fr/actualites/projet-de-loi-dadvsi-donnedieu-de-vabres-tente-d-eclaircir-ses-propositions-39303299.htm>>.

⁽³⁰⁾ “*LA LOI sur les droits d’auteur dans l’économie numérique ne mentionnera finalement pas un nombre minimal de copies privées. Mardi 14 mars, au nom de la commission des lois de l’Assemblée nationale, le député Christian Vanneste (UMP) a retiré le seul amendement qui devait permettre de copier au moins une fois, pour son usage privé, une oeuvre acquise de façon licite (CD, vidéogramme...).* Ce retrait, qui a pimenté les débats encore mercredi, est la conséquence d’un récent arrêt de la Cour de cassation qui rappelle que la copie privée de DVD n’est pas un droit automatique”, NICOLE VULSER (2006), “Les députés restreignent la copie privée”, *Le Monde*, 17 de Março, acedido e consultado em 2010-09-30, na URL <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=937744&clef=ARC-TRK-NC_01>.

⁽³¹⁾ Diz o art. 21 da Lei DADVSI o seguinte:

“Après l’article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle, il est inséré un article L. 335-2-1 ainsi rédigé:

Em suma, após um longo percurso de constantes tentativas de eliminar a partilha de ficheiros em programas *peer-to-peer*, a solução encontrada pela proposta de lei DADVSI foi, por um lado, a incriminação da criação e/ou disponibilização de software claramente destinado à partilha de ficheiros protegidos por direitos de autor (tornando ilegais os programas *peer-to-peer*⁽³²⁾) e, por outro, a punição a título de contra-ordenação no valor de 38€ por um *download* e 150€ por *upload*⁽³³⁾ — apenas para os reincidentes que não fossem demovidos pelo primeiro aviso — e, eventualmente, de prisão, caso houvesse uma forte persistência na infracção.

Porém, esta última proposta de “escalonamento” da punição daqueles que partilhassem ficheiros ilegalmente foi chumbada pelo *Conseil Constitutionnel*⁽³⁴⁾ com fundamento na violação do princípio da igualdade⁽³⁵⁾, mantendo-se, desta forma, a punição genérica a título de *délit de contrefaçon* (de questionável aplicabilidade no caso do *download*⁽³⁶⁾), apesar de no caso dos programas *peer-to-*

Art. L. 335-2-1. — *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 EUR d'amende le fait:*

1.º *D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés*”

(32) Havendo excepções para os actos praticados com fins de investigação ou de segurança informática.

(33) Cf. MARC REES (2006), «La loi DADVSI validée et durcie par le Conseil Constitutionnel», *PCINpact*, 27 de Julho, acedido e consultado em 2010-09-30, na URL <<http://www.pcinpact.com/actu/news/30385-La-loi-DADVSI-validee-en-partie-par-le-Conse.htm>>.

(34) Decisão n.º 2006-540 DC de 27 de Julho de 2006 do *Conseil Constitutionnel*, acedido e consultado em 2010-09-30, na URL <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>>.

(35) Atente-se no seguinte excerto da decisão do *Conseil Constitutionnel*: “64. *Considérant que les requérants soutiennent que cette disposition méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale en instituant une différence de traitement injustifiée entre les personnes qui reproduisent ou communiquent des objets protégés au titre du droit d'auteur ou des droits voisins, selon qu'elles utilisent un logiciel de pair à pair ou un autre moyen de communication électronique; qu'ils reprochent également au législateur d'avoir méconnu le principe de légalité des délits et des peines; qu'ils estiment enfin que la loi ne contient aucune disposition relative aux modes de preuve de ces infractions et qu'elle est entachée d'incompétence négative*”.

(36) PAUL VAN DEN BULCK et al. (2006), «Adoption de la loi DADVSI et décision du Conseil Constitutionnel: Point de répit estival», *Droit & Technologies*, 12 de Agosto,

-peer ser inevitável a existência de um *upload* simultâneo ao *download*, pelo que sempre seria ilegal⁽³⁷⁾) para a partilha de ficheiros na Internet, sujeitando os prevaricadores a uma pena que pode ascender aos 3 anos de prisão ou a uma multa até 300.000€.

Sucede que, após todas as alterações que sofreu, a lei DADVSI acabou por se tornar tão severa e tão difícil de implantar coercivamente que acabou por nunca ser devidamente aplicada.

Assim surgiu a necessidade de criar uma nova lei, não menos severa, mas devidamente dotada de meios para ser realmente imperativa e passível de ser instaurada pela força.

ii. A Lei HADOPI I — *Loi n.º 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.*

Foi logo no dia 5 de Setembro de 2007 que as Ministras da Economia, Christine Lagarde, e da Cultura, Christine Albanel, decidiram incumbir o então Director Executivo da Fnac com aquela que foi chamada de “*la mission sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d’œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques*”⁽³⁸⁾.

consultado e acedido em 2010-09-30, na URL <<http://www.droit-technologie.org/actuality-985/adoption-de-la-loi-dadvisi-et-decision-du-conseil-constitutionnel-poi.html>>.

⁽³⁷⁾ José Alberto Vieira entende ser lícito o *upload* simultâneo ao *download* em programas *peer-to-peer* no ordenamento jurídico português, dizendo: “Um *upload* simultâneo ao *download* para uso privado, e causado pela realização deste último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia. De outro modo, um processo técnico de funcionamento do software de partilha de ficheiros serviria de obstáculo ao exercício da liberdade de copiar obra ou prestação para uso privado, eliminando esta, o que não parece aceitável.” JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit. p. 460.

⁽³⁸⁾ V. Discurso de 5 de Setembro de 2007 intitulado de “*Présentation de la mission confiée à Denis Olivennes sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d’œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques*”, no “Portal do Ministério da Economia, da indústria e do emprego”, acedido e consultado em 2010-10-01, na URL <http://www.minefi.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?id=520&rub=500&type=discours>.

Visava-se a criação de uma lei que pudesse reduzir o elevadíssimo nível de “pirataria” que se registava então em França⁽³⁹⁾, mediante a imposição de um regime tão implacável quanto eficaz que simultaneamente permitisse devolver os lucros aos detentores de direitos de autor sobre obras susceptíveis de serem disponibilizadas na Internet⁽⁴⁰⁾ e criar nos cibernautas o sentimento de que a pirataria seria “um risco inútil”⁽⁴¹⁾.

A solução surgiu com o *Olivennes Rapport* em 23 de Novembro de 2007, um documento dividido em três grandes partes: a primeira consistindo numa abordagem numérica da situação que se vivia em França à data (*“Le Piratage numerique en France”*) e que se qualifica como uma situação específica francesa; a segunda parte consiste no plano para promover o desenvolvimento da oferta legal de obras na Internet (*“Inciter au developpement de l’offre legale d’oeuvres sur Internet”*), tornando a oferta de down-

(39) De acordo com o Barómetro e-commerce realizado pelo instituto TNS-Sofres, só em 2006 foram trocados em França cerca de um milhar de milhões de ficheiros de áudio e vídeo pirateados. De acordo com o mesmo relatório, mais de um quarto dos cibernautas com acesso à Internet há mais de três anos afirma fazer *downloads* ilegais de vários conteúdos. Cf. BENOIT MELI (2007), «Denis Olivennes promet un mini-Grenelle du piratage», *Le Journal du Net*, 6 de Setembro, acedido e consultado em 2010-10-01, na URL <<http://www.journaldunet.com/ebusiness/internet/actualite/0709/070906-denis-olivennes-mini-grenelle-telechargement-illegal.shtml>>.

(40) “Internet piracy is on the rise in France. A report by the French National Assembly indicates that over the last five years the music industry has lost a staggering 50% in both sales and overall profit, record labels have experienced a 30% drop in employment, and the number of new artists signed has fallen by 40% per year. Video production companies have also felt the sting, with industry turnover diminished by 35% over the same period. All in all, the impact that piracy had on the entertainment sector as a whole was estimated at a Euros 1.2 billion in 2007 and resulted in the direct loss of approximately 5,000 jobs.” Cf. GREGORY SROUSSI (2009), «France — The Hadopi Law and France’s Controversial Fight Against Piracy», *Technology, Media & Telecommunication News*, 16 de Outubro, acedido e consultado em 2010-10-01, na URL <[http://www.linklaters.com/Publications/Publication1403Newsletter/20091016/Pages/France The Hadopi Law.aspx](http://www.linklaters.com/Publications/Publication1403Newsletter/20091016/Pages/France%20The%20Hadopi%20Law.aspx)>.

(41) “Le résultat de ce processus est un accord historique, signé au palais de l’Elysée le 23 novembre 2007 par quarante-deux entreprises ou organisations représentatives (désormais au nombre de quarante-six), qui profite aux créateurs autant qu’aux internautes et devrait faire du piratage un risque inutile” — Exposição de Motivos do Projecto de Lei apresentado em Novembro de 2007, acedido e consultado em 2010-10-02, na URL <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>.

load legal mais atraente do que o arriscado *download* ilegal⁽⁴²⁾; a terceira parte consiste no plano para desincentivar a oferta ilegal na Internet de ficheiros protegidos (“*Desinciter l’offre illegale sur Internet*”) e é seguida de um Anexo composto pelas medidas técnicas e jurídicas consideradas necessárias à prossecução desse objectivo⁽⁴³⁾.

O *Olivennes Rapport* foi a base sobre a qual foi elaborada a Lei HADOPI I e cujas grandes (e mais polémicas) alterações se podem resumir às seguintes duas:

— A criação de um novo corpo administrativo em substituição da ARMT criada pela Lei DADVSI chamado de *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet* (HADOPI), destinada, como o próprio nome indica, à protecção das obras protegidas por direito de autor na Internet, e com o poder de dar recomendações ao Parlamento concernentes a alterações legislativas ou regulamentares, bem como a possibilidade de dar pareceres ao Governo em matéria de protecção de propriedade artística e literária.

— A criação de uma nova regra — já antes tentada mas falhada — que viria a ser conhecida como a regra “*Three strikes and you’re out*”⁽⁴⁴⁾. Esta abordagem consistia na altamente contestada e antecipada *riposte graduée*, isto é, na intervenção dissuasora por parte da entidade HADOPI em relação aos cibernautas que violassem a lei dos direitos de autor na Internet, gradualmente mais severa na proporção da reincidência destes. Cada *strike* significaria uma detecção de uma violação por parte da entidade HADOPI e

(42) “*Les deux ministres préfèrent transformer le piratage en ‘un risque inutile’ aux yeux des internautes, face à une offre de téléchargement légal plus attractive*”, BENOIT MELI (2007), “Denis Olivennes promet un mini-Grenelle du piratage”, cit.

(43) Contudo, e como bem observa o grupo “*La section numérique du Parti Socialiste*” (04-12-2007), enquanto que 71% do relatório é dedicado a medidas dissuasivas, quer técnicas, quer jurídicas, apenas 8,7% do mesmo é dedicado a medidas positivas destinadas ao encorajamento do desenvolvimento da oferta legal — acedido e consultado em 2010-10-03, na URL <<http://lasectionnumeriquedups.net/reactio ns-et-analyses-du-rapport -olivennes/>>.

(44) Adoptando o nome da lei penal norte-americana — a qual foi buscar inspiração à regra dos três *strikes* do baseball — que pune os criminosos reincidentes pela segunda vez (em qualquer tipo de crime) com uma pena mínima de 25 anos a prisão perpétua.

implicaria uma sanção cuja gravidade seria superior à medida que fossem detectadas mais violações.

O primeiro *strike*⁽⁴⁵⁾ implicaria o envio de um *e-mail* ao titular da conta de Internet com uma recomendação para que este respeite o dever de supervisão da sua conta — previsto no art. L336-3⁽⁴⁶⁾ do CPI — de maneira a que a mesma não seja utilizada para a violação de direitos de autor.

O referido *e-mail* incluiria ainda instruções acerca de fontes e modos legais de obter conteúdos protegidos na Internet, bem como ferramentas que permitam ao utilizador proteger melhor a sua conta de Internet para evitar que a mesma seja utilizada para *downloads* ilegais e ainda informações acerca do impacto negativo que os *downloads* ilegais têm para o avanço da criação artística e para a sustentabilidade económica desse sector⁽⁴⁷⁾.

Caso o utilizador reincidisse na prática do ilícito nos seis meses seguintes ao primeiro aviso, então dar-se-ia o segundo *strike*⁽⁴⁸⁾, o que implicaria o envio de um segundo *e-mail*, possível-

(45) Art. L331-26. “*Lorsqu’elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l’obligation définie à l’article L. 336-3, la commission de protection des droits peut envoyer à l’abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l’intermédiaire de la personne dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l’abonné, une recommandation lui rappelant les dispositions de l’article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l’obligation qu’elles définissent [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n.º 2009-580 DC du 10 juin 2009]. Cette recommandation contient également une information de l’abonné sur l’offre légale de contenus culturels en ligne, sur l’existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l’obligation définie à l’article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l’économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d’auteur et les droits voisins.*”

(46) Art. L336-3: “*La personne titulaire de l’accès à des services de communication au public en ligne a l’obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l’objet d’une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d’œuvres ou d’objets protégés par un droit d’auteur ou par un droit voisin sans l’autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu’elle est requise*”, entretanto declarado inconstitucional pela Decisão n.º 2009-580 DC de 10 de Junho de 2009.

(47) Cf. GREGORY SROUSSI (2009), «France — The Hadopi Law and France’s Controversial Fight Against Piracy», cit..

(48) Art L331-26 (continuação): “*En cas de renouvellement, dans un délai de six*

mente acompanhado de uma carta registada com aviso de recepção, com as mesmas informações.

Se no prazo de um ano o utilizador praticasse outro delito da mesma natureza, então estar-se-ia no âmbito do terceiro *strike*⁽⁴⁹⁾ e a entidade HADOPI poderia, após concessão de uma audiência onde seria dado o direito de defesa ao utilizador acusado (embora este direito seja na verdade um ónus de provar a inocência, uma vez que a HADOPI parte de uma presunção de culpa, estabelecendo, deste modo, uma *diabolica probatio*), aplicar uma de duas sanções, consoante a gravidade da conduta deste:

- a) A suspensão do acesso à Internet por um período de dois meses a um ano, durante o qual o utilizador estaria proibido de celebrar qualquer outro contrato de prestação de serviço de Internet com outra operadora. Contudo, como explica o novo art. L331-30 do CPI, a suspensão do acesso não afecta o contrato entre o utilizador sancionado e o operador de Internet, sendo que, caso aquele deseje resolver o contrato, os custos que tal decisão implicar serão suportados por si⁽⁵⁰⁾.

mois à compter de l'envoi de la recommandation visée au premier alinéa, de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission peut adresser une nouvelle recommandation comportant les mêmes informations que la précédente par la voie électronique dans les conditions prévues au premier alinéa. Elle peut assortir cette recommandation d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi de cette recommandation".

(49) Art. L331-27: "*Lorsqu'il est constaté que l'abonné a méconnu l'obligation définie à l'article L. 336-3 dans l'année suivant la réception d'une recommandation adressée par la commission de protection des droits et assortie d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi de cette recommandation et celle de sa réception par l'abonné, la commission peut, après une procédure contradictoire, prononcer, en fonction de la gravité des manquements et de l'usage de l'accès, l'une des sanctions suivantes:*

1.º La suspension de l'accès au service pour une durée de deux mois à un an assortie de l'impossibilité, pour l'abonné, de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur l'accès à un service de communication au public en ligne auprès de tout opérateur;

2.º Une injonction de prendre, dans un délai qu'elle détermine, des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté, notamment un moyen de sécurisation figurant sur la liste définie au deuxième alinéa de l'article L. 331-32, et d'en rendre compte à la Haute Autorité, le cas échéant sous astreinte."

(50) Art. L. 331-30: "*La suspension de l'accès mentionnée aux articles*

- b) A obrigação de o utilizador instalar, num dado prazo, medidas de segurança aprovadas pela HADOPI que impeçam a prática de mais *downloads* ilegais, sob pena de sofrer sanções pecuniárias caso não obedeça.

Não tardou muito para que, menos de um mês depois da sua aprovação pelo *Sénate*, o *Conseil Constitutionnel*, na Decisão 2009-580 DC de 10 de Junho de 2009, se viesse pronunciar pela inconstitucionalidade de várias disposições da lei HADOPI 1.

Começou o *Conseil Constitutionnel* por declarar a inconstitucionalidade da norma que institui a sanção de suspensão do serviço de Internet até um ano por parte da entidade HADOPI.

Entendeu o tribunal que não pode o legislador atribuir a uma autoridade administrativa o poder de restringir, a qualquer cidadão, a liberdade de expressão e de comunicação⁽⁵¹⁾ — prevista no art. 11.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 —, desprezando, assim, as garantias que devem envolver a aplicação de qualquer punição, em função de uma melhor protecção dos direitos de autor e direitos conexos⁽⁵²⁾.

L. 331-27 et L. 331-28 n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service. L'article L. 121-84 du code de la consommation n'est pas applicable au cours de la période de suspension.

Les frais d'une éventuelle résiliation de l'abonnement au cours de la période de suspension sont supportés par l'abonné".

⁽⁵¹⁾ Diz o ponto 12 da Declaração do *Conseil Constitutionnel* o seguinte: “*Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"; "qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services".*

⁽⁵²⁾ “*Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilitent la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'arti-*

O poder de aplicação de sanções e a ponderação da sua necessidade deverá pertencer ao tribunal, necessariamente imparcial e independente.

De seguida pronunciou-se o *Conseil Constitutionnel* pela inconstitucionalidade da norma que coloca o ónus da prova do lado do utilizador acusado da prática de *downloads* ilegais, por violação do princípio da presunção da inocência expresso no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁽⁵³⁾.

Na sequência desta decisão do *Conseil Constitutionnel*, foi criada uma nova lei para expurgar a lei HADOPI I das inconstitucionalidades declaradas: a lei n.º 2009-1311 de 28 de Outubro de 2009 relativa à protecção penal da propriedade literária e artística na Internet, ou, como ficou conhecida, a lei HADOPI II.

**iii. A Lei HADOPI II ou Lei «Création et Internet» —
*Loi n.º 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.***

A nova lei HADOPI II, com o intuito de responder à primeira das objecções levantadas pelo *Conseil Constitutionnel*, atribuiu o poder de aplicação da sanção de suspensão da ligação à Internet

cle 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins".

⁽⁵³⁾ “*Considérant, en l'espèce, qu'il résulte des dispositions déferées que la réalisation d'un acte de contrefaçon à partir de l'adresse internet de l'abonné constitue, selon les termes du deuxième alinéa de l'article L. 331-21, “ la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3” ; que seul le titulaire du contrat d'abonnement d'accès à internet peut faire l'objet des sanctions instituées par le dispositif déferé; que, pour s'exonérer de ces sanctions, il lui incombe, en vertu de l'article L. 331-38, de produire les éléments de nature à établir que l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins procède de la fraude d'un tiers; qu'ainsi, en opérant un renversement de la charge de la preuve, l'article L. 331-38 institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit”.*

por um período máximo de um ano ao tribunal, retirando-o do âmbito de competências da entidade HADOPI.

Porém, o resultado obtido pelas restantes alterações da lei tornou-a mais austera do que a sua predecessora.

Das alterações introduzidas destacam-se as seguintes:

— A alteração ao artigo 495-6-1 do *Code de Procédure Pénale* que passa a permitir a aplicação de um, já existente, meio processual mais simples e célere (chamado de *Ordonnance Pénale*) para o julgamento de violações de direitos de autor na Internet, o qual não permite a existência de contraditório⁽⁵⁴⁾ e não implica o dever de motivação da sentença por parte do juiz⁽⁵⁵⁾.

— O terceiro *strike* passa a ser punido pelo tribunal, após denúncia da entidade HADOPI ou do titular dos direitos de autor violados, com a pena aplicável ao *délit de contrefaçon* — pena até três anos de prisão e 300.000€ de multa —, bem como com uma pena complementar de suspensão do acesso à Internet por um período máximo de um ano⁽⁵⁶⁾. Mantém-se a obrigação de pagamento, por parte do utilizador sancionado, do serviço da Internet, bem como, naturalmente, a proibição de o mesmo celebrar qualquer ulterior contrato com outro prestador de serviços de Internet durante o prazo de suspensão, sendo que a violação desta proibição fará incorrer o utilizador sancionado numa multa não superior

⁽⁵⁴⁾ Art. 525.º do CPP francês:

“Le ministère public qui choisit la procédure simplifiée communique au juge du tribunal de police ou de la juridiction de proximité le dossier de la poursuite et ses réquisitions.

Le juge statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant soit relaxe, soit condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. S’il estime qu’un débat contradictoire est utile, le juge renvoie le dossier au ministère public aux fins de poursuite dans les formes de la procédure ordinaire.”

⁽⁵⁵⁾ Art. 526, 2.º parágrafo do CPP francês: “Le juge n’est pas tenu de motiver l’ordonnance pénale.”

⁽⁵⁶⁾ Art. L335-7 do CPI francês, 1.º parágrafo: “Lorsque l’infraction est commise au moyen d’un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l’accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d’un an, assortie de l’interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur.”

a 3750 €⁽⁵⁷⁾, sendo que também a não suspensão do serviço por parte da entidade prestadora de serviços de Internet a poderá sujeitar ao pagamento de uma multa máxima de 5000 €⁽⁵⁸⁾.

— A punição (aplicada por um juiz) por via contra-ordenacional, da *infraction de négligence caractérisée*⁽⁵⁹⁾, isto é, a abstenção sem motivo legítimo, por parte do utilizador já avisado por duas vezes pela entidade HADOPI e no prazo de um ano da recepção do segundo aviso, da tomada de medidas adequadas à protecção da sua conta de Internet, de modo a que a mesma não seja utilizada para a prática de “pirataria informática”. Neste caso, entendeu o legislador francês punir o titular da conta de Internet por negligência grosseira⁽⁶⁰⁾, sujeitando-o ao pagamento de uma contra-ordenação de 1500 € e, caso assim entenda o julgador, a suspensão da ligação à Internet por um prazo máximo de um mês⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁷⁾ Art. L335-7-1 do CPI francês, 4.º parágrafo: “iction de souscrire un autre contrat d’abonnement à un service de communication au public en ligne pendant la durée de la suspension est puni d’une amende d’un montant maximal de 3 750 €”.

⁽⁵⁸⁾ Art. L335-7 do CPI francês, 6.º parágrafo: “*Le fait, pour la personne dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne, de ne pas mettre en œuvre la peine de suspension qui lui a été notifiée est puni d’une amende maximale de 5 000 €*”.

⁽⁵⁹⁾ Este dispositivo, apesar de pertencente à versão original da Lei HADOPI II, apenas pôde entrar em vigor com a publicação do *décret n.º 2010-695 du 25 juin 2010*, que criou o art. R335-5 do CPI francês, cujo número I estatui o seguinte:

“I. — *Constitue une négligence caractérisée, punie de l’amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d’un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II:*

1.º *Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès;*

2.º *Soit d’avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen.*”

⁽⁶⁰⁾ O Presidente da Comissão de Direitos da HADOPI, Mireille Imbert-Quaretta fundamenta esta punição da seguinte forma: “*C’est comme si vous étiez le locataire d’un garage (...) si on trouve des sacs à main contrefaits dans votre garage, on vous demandera d’installer un cadenas sur la porte. Si vous ne le faites pas, vous serez responsable: vous ne serez pas considéré comme un receleur ou un contrefacteur, mais vous pourrez être sanctionné pour ne pas avoir sécurisé votre garage.*”, DANIEL LELOUP (2010), «La Hadopi est ‘techniquement prête’», *Le Monde*, 28 de Junho, acedido e consultado em 2010-10-06, na URL <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/06/28/la-hadopi-est-techniquement-prete_138015_2_651865.html>.

⁽⁶¹⁾ Para uma explicação mais detalhada v. UNIVERSITÉS NUMÉRIQUES, “*Les Lois Hadopi*”, acedido e consultado em 2010-10-04, na URL <<http://www.universites-numeriques.fr/fr/content/les-lois-hadopi>>.

Apesar de ter sido novamente sujeita ao *Conseil Constitutionnel*⁽⁶²⁾, a nova Lei HADOPI II foi aprovada quase na totalidade, à excepção do segundo parágrafo do seu artigo 6.II, que criava o art. 495-6-1 do *Code de Procédure Pénale*, e que permitia ao titular dos direitos de autor violados requerer ao juiz uma decisão, no processo de *Ordonnance Pénale*, sobre o pedido de indemnização cível⁽⁶³⁾.

iv. A aplicação da Lei HADOPI II: um projecto possível ou “seront foux ces gaulois”?

Apesar de a entidade HADOPI ter sido criada logo em Janeiro de 2010, após a publicação no *Journal Officiel* da sua organização e composição⁽⁶⁴⁾, a mesma só ficou “*techniquement et juridiquement prête*”⁽⁶⁵⁾ no final de Junho do mesmo ano e só pôde começar a enviar os primeiros e-mails de aviso em Outubro⁽⁶⁶⁾, em virtude de atrasos de vária ordem⁽⁶⁷⁾.

(62) Para uma exposição e explicação dos fundamentos apresentados ao *Conseil Constitutionnel* pelo *Parti Socialiste* para a inconstitucionalidade da Lei HADOPI II cf. ASTRID GIRARDEAU (2009), «Hadopi 2: En exclu, la saisine déposée au Conseil Constitutionnel», *Écrans*, 28 de Setembro, acedido e consultado em 2010-10-04, na URL <<http://www.ecrans.fr/Hadopi-2-En-exclu-la-saisine,8192.html>>.

(63) Argumentou o *Conseil Constitutionnel* nesta Decisão n.º 2009-590 DC de 22 de Outubro de 2009 da seguinte forma: “*Considérant, toutefois, que l’article 34 de la Constitution réserve à la loi le soin de fixer les règles de procédure pénale ; que le deuxième alinéa de l’article 495-6-1 du code de procédure pénale prévoit que, dans le cadre de la procédure simplifiée, la victime pourra former une demande de dommages et intérêts et, le cas échéant, s’opposer à l’ordonnance pénale; que, toutefois, cette disposition ne fixe pas les formes selon lesquelles cette demande peut être présentée; qu’elle ne précise pas les effets de l’éventuelle opposition de la victime; qu’elle ne garantit pas le droit du prévenu de limiter son opposition aux seules dispositions civiles de l’ordonnance pénale ou à ses seules dispositions pénales; qu’ainsi le législateur a méconnu l’étendue de sa compétence; que, dès lors, le deuxième alinéa de l’article 495-6-1 du code de procédure pénale doit être déclaré contraire à la Constitution*”.

(64) *Journal Officiel* de 23 e de 31 de Dezembro.

(65) Afirmação feita na conferência de imprensa dada pela HADOPI no dia 28 de Junho de 2010 DANIEL LELOUP (2010), «La Hadopi est ‘techniquement prête’», cit..

(66) LE FIGARO (2010), «Hadopi: 1ers avertissements envoyés», 5 de Outubro, acedido e consultado em 2010-10-08, na URL <<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2010/10/04/97001-20101004FILWWW00508-hadopi-premiers-avertissements-envoyes.php>>.

(67) Cf. THE CONNEXION (2010), «Another delay in Hadopi launch», 4 de Maio,

No entanto, o processo de aplicação da lei não tem sido menos atribulado do que o seu processo de formação.

Dos vários percalços com que a nova lei se tem vindo a deparar destacam-se os seguintes: uma obrigação de alteração do logótipo da HADOPI — e consequente pedido de desculpas —, ironicamente, em virtude da utilização de uma fonte de escrita cujos direitos pertenciam à *France Telecom*⁽⁶⁸⁾; a exigência dos fornecedores de acesso à Internet para que lhes fosse atribuída uma remuneração por cada endereço de IP detectado a praticar os actos de “pirataria”⁽⁶⁹⁾; a publicação de um estudo da Universidade de Rennes a denunciar o aumento de 3% da pirataria desde a data da publicação da lei⁽⁷⁰⁾ até Março de 2010; a dúvida generalizada que se instala gradualmente acerca da fidedignidade dos e-mails enviados pela HADOPI, em virtude de já terem começado a ser enviados e-mails falsos com o intuito de burlar os cibernautas por eles visados⁽⁷¹⁾; e, por fim, a constante ameaça de ataques, por parte de vários *hackers*, ao site da HADOPI e aos sistemas informáticos dos fornecedores de serviços de Internet⁽⁷²⁾.

acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <http://www.connexionfrance.com/news_articles.php?id=1637>.

⁽⁶⁸⁾ TELEGRAPH (2010), «Anti-piracy agency's logo broke copyright», 12 de Janeiro, acedida e consultada em 2010-10-07, na URL <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/6974249/Anti-piracy-agencys-logo-broke-copy-right.html>>.

⁽⁶⁹⁾ EMMANUEL BERRETTA (2010), «Hadopi — Free résiste et l'État se couche», *Le Point*, 8 de Outubro, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/6974249/Anti-piracy-agencys-logo-broke-copyright.html>>.

⁽⁷⁰⁾ JEAN-CHRISTOPHE MARMARA (2010), «Depuis Hadopi, le nombre de pirates en France a augmenté», 11 de Março, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.lefigaro.fr/web/2010/03/09/01022-20100309ARTFIG00473-depuis-hadopi-le-nombre-de-pirates-en-france-a-augmente-php>>.

⁽⁷¹⁾ THE CONNEXION (2010), «Scammers send Hadopi emails», 31 de Agosto, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.connexionfrance.com/Hadopi-scammers-email-fake-fine-fraud-Eric-Walter-11962-view-article.html>> e GUILLAUME GARNIER (2010), «Scam avec de faux mails Hadopi», *Le Monde Informatique*, 1 de Setembro, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-scam-avec-de-faux-mails-hadopi-31525.html>>.

⁽⁷²⁾ GABIZON, CÉCILE (2010), «Internet: La bataille d'Hadopi», *Le Figaro*, 7 de Outubro, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.lefigaro.fr/monfigaro/2010/10/07/10001-20101007ARTFIG00750-internetla-bataille-d-hadopi.php>>.

Dadas as inúmeras alternativas que os utilizadores mais experientes da Internet conhecerão para contornar a lei⁽⁷³⁾ (como a utilização de *proxies* ou de *Virtual Private Networks* para esconder o IP dos utilizadores, ou o recurso, em alternativa, a ficheiros em *streaming* ou o *download* directamente a partir de servidores como o *Rapidshare* ou o *Megaupload*⁽⁷⁴⁾) e antecipando as muitas outras formas que surgirão, decidiu o Governo francês dar mais um passo no sentido da eficácia do combate à “pirataria”.

Esse novo passo, previsto no *projet de spécifications fonctionnelles des moyens de sécurisation* de Julho de 2010, consiste na instalação de um *software* anti-pirataria directamente no computador dos cibernautas⁽⁷⁵⁾. O *software*, de instalação opcional (pelo menos por agora), será recomendado aos cibernautas já notificados pela HADOPI devido à prática de condutas violadoras de direitos de autor na Internet, e permitirá inclusivamente, a esta entidade, bloquear alguns *sites* por si escolhidos, concretizando, de outra forma e em relação aos *downloads*, o disposto na *Loi d’Orientation et de Programmation Pour la Sécurité Intérieure* (LOPPSI), alterada pela Lei LOPPSI 2⁽⁷⁶⁾ — a lei que permitiria ao Estado bloquear certos *sites* com conteúdos ilícitos, nomeadamente de porno-

(73) BBC NEWS (2010), «French pirates ‘dodge’ tough laws», 29 de Março, acessado e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8592444.stm>>.

(74) FABRICE EBELPOIN (2010), «Les solutions pour contourner Hadopi sont de plus en plus qualitatives», 4 de Janeiro, acessado e consultado em 2010-10-09, na URL <http://fr.readwriteweb.com/2010/01/04/usa_ges/comment-contourner-hadopi-solutions-anti-hadopi>.

(75) BENJAMIN FERRAN (2010), «Le logiciel antipiratage de l’Hadopi fuite sur Internet», *Le Figaro*, 30 de Julho, acessado e consultado em 2010-10-09, na URL <<http://www.lefigaro.fr/web/2010/07/30/01022-20100730ARTFIG00511-le-logiciel-antipiratage-de-l-hadopi-fuite-sur-internet.php>>.

(76) Tendo esta segunda versão sido alvo da censura do *Conseil Constitutionnel* em 13 dos seus 142 artigos, através da *Décision n.º 2011-625 Droit de Conflits du 10 mars 2011*. Contudo, entendeu o *Conseil Constitutionnel* manter a permissão do bloqueio de *sites* com conteúdo pedopornográfico, tendo, para tal, apresentado a seguinte justificação: “*Cette décision qui tend à la protection des internautes peut être contestée à tout moment devant le juge compétent, y compris en référé. L’article 4 assure entre la sauvegarde de l’ordre public et la liberté de communication une conciliation qui n’est pas disproportionnée*”, acessado e consultado em 2011-03-27, na URL <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2011-625-dc/decision-n-2011-625-dc-du-10-mars-2011.94924.html>>.

grafia infantil, e, ainda, instalar remotamente *spyware* nos computadores dos cidadãos suspeitos da prática de crimes *online*⁽⁷⁷⁾.

Face às medidas adoptadas e às que se prevê poderem vir a ser seguidas, não restam dúvidas de que a “pirataria” verificada nos programas *peer-to-peer* tenderá a desaparecer ou a evoluir no sentido da indetectabilidade. Demonstração óbvia desta tendência é o facto de, só em França, entre Agosto de 2008 e Novembro de 2010, o número de utilizadores do programa de *download* directo *Megaupload* — excluído do âmbito de aplicação da Lei HADOPI — ter passado de 350.000 utilizadores mensais para 7.4 milhões⁽⁷⁸⁾.

Assim, confrontado com a fuga dos cibernautas para meios alternativos aos *peer-to-peer* com o intuito de prosseguirem a sua prática de *download* de obras protegidas, o legislador francês começa a ponderar tomar medidas mais drásticas para proteger os direitos de autor na Sociedade da Informação. Uma vez que o *download* directo e o *streaming*⁽⁷⁹⁾ são os dois meios mais utilizados pelos cibernautas franceses (juntamente com os programas *peer-to-peer*, que ainda têm uma forte representatividade estatística neste âmbito) para a obtenção de obras protegidas a título gratuito⁽⁸⁰⁾, prevê-se que seja esse o caminho a seguir pelo legislador francês.

⁽⁷⁷⁾ OLIVIER DUMONS (2010), «Après la Dadvsi et hadopi, bientôt la Loppsi 2», *Le Monde*, 18 de Maio, acedido e consultado em 2010-10-09, na URL <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/05/18/apres-la-dadvsi-et-hadopi-bientot-la-loppsi-2_1187141_651865.html>.

⁽⁷⁸⁾ BENJAMIN FERRAN (2010), «7,4 millions de Français ont visité Megaupload en novembre», *Figaro Blog*, 30 de Dezembro, acedido e consultado em 2011-03-27, na URL <<http://blog.lefigaro.fr/technotes/2010/12/74-millions-de-francais-ont-visite-megaupload-en-novembre.html>>.

⁽⁷⁹⁾ O *streaming*, ou fluxo de média em português, é uma tecnologia para transferência de dados que faz com que o arquivo transmitido possa ser processado de forma contínua e constante. Não se torna necessário fazer o *download* de forma completa para o computador do utilizador para começar a ser executado, já que isto acontece à medida que vai sendo transferido. O caso paradigmático do *site* onde se pode aceder a vários ficheiros áudio ou áudio-visuais em *streaming* é o *site* “Youtube”.

⁽⁸⁰⁾ Segundo estudos elaborados pela própria HADOPI em Janeiro de 2011, estima-se que, para a obtenção de obras protegidas de forma gratuita na Internet, 25% dos cibernautas franceses recorram a programas *peer-to-peer*; 25% a *sites* de *download* directo, e 54% a *sites* de *streaming*. Estudos disponíveis na URL <<http://www.hadopi.fr/download/hadopiT0.pdf>>, acedido e consultado em 2011-03-27.

Actualmente, e à medida que se procura tornar mais célere e eficaz a repressão do *download* em programas *peer-to-peer*, designadamente através da automatização do envio dos dados dos infractores para a Procuradoria da República francesa⁽⁸¹⁾, tem o legislador francês vindo igualmente a procurar alargar o âmbito de aplicação da Lei HADOPI, nomeadamente através do estudo da possibilidade de proceder ao bloqueio de *sites* de *streaming*⁽⁸²⁾ e, provavelmente, de *download* directo.

§ 4. O ordenamento jurídico comunitário

a) Antes do Tratado de Lisboa

Apesar de ter vindo a aprofundar a tutela dos direitos de autor na Sociedade da Informação, a União Europeia não tem logrado fortalecer essa tutela pela via penal, embora tenham surgido várias propostas nesse sentido⁽⁸³⁾.

A primeira dessas propostas surgiu no âmbito da Directiva 2004/48/CE, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (conhecida como Directiva *Enforcement*), e acabou por ser retirada do diploma, deixando a Directiva ao critério dos Estados-membros a aplicação de quaisquer outras “sanções” que não as nela previstas para a punição dos infractores⁽⁸⁴⁾ e que são meramente civis e administrativas⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ Neste caso através do *décret du 11 mars 2011* relativo “*au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé*.”

⁽⁸²⁾ EMILIE ERCOLANI (2011), «Hadopi: prochaine étape, le streaming», *L'Informaticien*, 25 de Março, acedido e consultado em 2011-03-27, na URL <<http://www.linformaticien.com/actualites/id/10640/hadopi-prochaine-etape-le-streaming.aspx>>.

⁽⁸³⁾ Não levaremos em conta, propositadamente, a Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa e as infracções relacionadas com direitos de autor e direitos conexos previstas no seu art. 10.º, por entendermos que a mesma se situa fora do âmbito do presente trabalho, dado tratar-se de infracções a uma escala comercial.

⁽⁸⁴⁾ “*That directive does not harmonise material copyright, but regulates first and foremost civil-law sanctions and leaves single-state provisions of the Member States regarding penal proceedings explicitly untouched*”, cf. CHRISTIAN CZYCHOWSKY, e,

Seguiram-se a proposta apresentada pela Comissão, COM(2005)276 final, de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2005, relativa às medidas penais destinadas a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual e a Decisão-quadro, SEC(2005)848, do Conselho, de 12 de Julho de 2005, tendo em vista o reforço do quadro penal para a repressão das violações da propriedade intelectual — ambas retiradas pela Comissão a 25 de Março de 2009⁽⁸⁶⁾ — e a Proposta alterada apresentada pela Comissão, COM(2006)168 final, de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Abril de 2006, relativa às medidas penais destinadas a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual⁽⁸⁷⁾ — retirada pela Comissão a 18 de Setembro de 2010⁽⁸⁸⁾.

Um dos obstáculos que se colocavam à pretensão da Comunidade Europeia (CE) de ampliar a tutela dos direitos de autor na Sociedade da Informação ao campo do Direito Penal era a duvidosa existência de competência penal da CE neste âmbito.

Como bem referia Oliveira Ascensão, reportando-se ao decénio de 1994-2004, *“a tutela dos direitos intelectuais aplica-se também aos direitos de autor e conexos que recaem sobre bens informáticos. O reforço da protecção foi grande. A Comunidade tenta ampliá-lo ao domínio penal, não obstante este estar fora da competência comunitária. Apesar de alguns revezes, não desiste”*⁽⁸⁹⁾.

BIRGER HAMMERSCHMIDT, «The European Union, copyright and the challenges to the information society», in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VIII*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.216.

⁽⁸⁵⁾ Para uma análise dos meios de tutela propugnados pela Directiva 2004/48/CE, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva 2004/48/CE» in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VII*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 173-205.

⁽⁸⁶⁾ Jornal Oficial C 71 de 25 de Março de 2009.

⁽⁸⁷⁾ Tendo esta última sido objecto de crítica por Paulo de Sousa Mendes. Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, «A tutela penal de direitos de propriedade intelectual na proposta de Directiva» in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VII*, cit. pp. 319-327.

⁽⁸⁸⁾ Jornal Oficial C 252 de 18 de Setembro de 2010.

⁽⁸⁹⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «O Direito de autor e a Internet. Em particular as recentes orientações da Comunidade Europeia» in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VII*, cit. p. 14.

Contudo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005⁽⁹⁰⁾ veio abrir caminho a orientação diversa, sustentando — ainda que em matéria de infracções ambientais — que “*quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente, esta última conclusão não pode impedir o legislador comunitário de tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros e considere necessárias para garantir a plena efectividade das normas que promulgue em matéria de protecção do ambiente*”⁽⁹¹⁾.

Sucede que o referido acórdão consagrou a competência penal de primeiro pilar a título excepcional, da Comunidade, mantendo a sua inexistência como regra, o que implicaria uma impossibilidade de extrapolação automática da doutrina defendida *in casu* para outras situações que fugissem aos critérios propugnados pelo Tribunal de Justiça⁽⁹²⁾.

Crítérios que viriam a ser reafirmados (e até corrigidos) no Acórdão de 23 de Outubro de 2007 — proc. C-440/05 —, no qual o Tribunal de Justiça dispôs da seguinte forma: “[e]mbora, em

(90) Para uma explicação e enquadramento mais detalhados deste acórdão e as diferentes visões em jogo, cf. JOSÉ CUNHA RODRIGUES, «Direito Penal Europeu. O Tempo e o modo — A controvérsia sobre competências penais da Comunidade» in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 865-868.

(91) Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005, ponto 48. V. ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2007, ponto 66, que diz o seguinte: “Embora, em princípio, a legislação penal e as normas de processo penal não sejam da competência da Comunidade (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Novembro de 1981, *Casati*, 203/80, *Recueil*, p.2595, n.º 27; de 16 de Junho de 1998, *Lemmens*, C-226/97, *Colect.*, p.I-3711, n.º 19; e de 13 de Setembro de 2005, *Comissão/Conselho*, já referido, n.º 47), também é verdade que o legislador comunitário, quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra as infracções graves ao ambiente, pode impor aos Estados-Membros a obrigação de instituir essas sanções para garantir a plena eficácia das normas que adopta nesse domínio (v., neste sentido, acórdão de 13 de Setembro de 2005, *Comissão/Conselho*, já referido, n.º 48).”

(92) Para uma análise completa e detalhada da evolução da competência penal da União Europeia antes e após o Tratado de Lisboa, cf. VÂNIA COSTA RAMOS, “Direito Penal Europeu institucional”, em curso de publicação.

princípio, a legislação penal e as normas de processo penal não sejam da competência da Comunidade (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Novembro de 1981, Casati, 203/80, Recueil, p. 2595, n.º 27; de 16 de Junho de 1998, Lemmens, C-226/97, Colect., p. I-3711, n.º 19; e de 13 de Setembro de 2005, Comissão/Conselho, já referido, n.º 47), também é verdade que o legislador comunitário, quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra as infracções graves ao ambiente, pode impor aos Estados-Membros a obrigação de instituir essas sanções para garantir a plena eficácia das normas que adopta nesse domínio (v., neste sentido, acórdão de 13 de Setembro de 2005, Comissão/Conselho, já referido, n.º 48).”

Sucede que, na comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre as consequências do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005 (C-176/03, Comissão/Conselho), defendeu a Comissão que o raciocínio aplicado pelo tribunal deveria incluir, entre outros, o domínio da propriedade intelectual.

Como requisitos essenciais para a criminalização de certas condutas por via comunitária haveria sempre que ponderar, quer o carácter indispensável da aplicação das sanções penais para a prossecução dos objectivos comunitários, quer o carácter genérico de *ultima ratio*⁽⁹³⁾ do Direito Penal⁽⁹⁴⁾, que implica a demonstração da ineficácia de todos os outros meios possíveis para proteger os mesmos bens jurídicos, quer, por fim, a exigência de proporcionalidade entre a conduta que se pretende prevenir e a gravidade da sanção a aplicar⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ Como refere VÂNIA COSTA RAMOS, “*Se o direito penal nacional é a ultima ratio da acção estadual, o direito penal da UE terá de ser a ultima ratio da ultima ratio estadual*”, em “*Direito Penal Europeu institucional*”, em curso de publicação.

⁽⁹⁴⁾ A não verificação deste requisito fundamentou, em parte, a crítica de Paulo de Sousa Mendes à *supra* referida Proposta de Directiva COM(2006)168 final, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, «A tutela penal de direitos de propriedade intelectual na proposta de Directiva», cit., p. 322.

⁽⁹⁵⁾ Embora tenhamos consciência de que não se inclui na competência penal da CE a definição do grau das sanções a aplicar, facto, aliás, expressamente reconhecido pelo Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2007 no seu ponto 70: “*Ao invés,*

A verdade é que, até à data, a União Europeia não logrou criar uma tutela penal uniforme dos direitos de autor na Sociedade da Informação.

As últimas tentativas desenvolvidas nesse sentido pecaram principalmente pela sua precocidade em relação à Directiva 2004/48/CE (e até em relação à Directiva 2001/29/CE⁽⁹⁶⁾), não permitindo uma correcta avaliação dos eventuais efeitos dissuasores das medidas de natureza essencialmente civil nela previstas.

b) Depois do Tratado de Lisboa.

Com o Tratado de Lisboa avançou-se mais um pouco no sentido da integração supra-nacional através da atribuição de competências em matéria penal à União Europeia, um passo considerado necessário para a prossecução do objectivo da criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça⁽⁹⁷⁾, onde possam ser tomadas as “*medidas adequadas em matéria de (...) prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno*”⁽⁹⁸⁾.

Deste modo, abriu-se caminho para a concretização de um projecto de uniformização, a nível comunitário, da protecção dos direitos de autor na Sociedade da Informação pela via penal.

Prevê o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁽⁹⁹⁾, no n.º 1 do art. 83.º que “*o Parlamento Europeu e o Conselho, por*

quanto à fixação do tipo e do grau das sanções penais a aplicar; há que notar que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, essa matéria não é da competência da Comunidade”.

⁽⁹⁶⁾ Qualificada como “*the European Magna Charta of copyright in the age of the Internet*”, por CHRISTIAN CZYCHOWSKI, e, BIERGER HAMMERSCHMIDT, «The European Union, copyright and the challenges to the information society», *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VIII*, cit., p. 216.

⁽⁹⁷⁾ Para uma abordagem da necessidade de uma maior integração a nível penal e processual penal na prossecução deste objectivo, ainda que no âmbito do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, v. CARLOS PINTO DE ABREU (2004), «Direitos do Homem. União Europeia e Justiça. Para um espaço e uma cultura de maior liberdade, segurança e responsabilidade», *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo II, 2004, pp. 327-337.

⁽⁹⁸⁾ Actual artigo 3.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa.

⁽⁹⁹⁾ “Com o Tratado de Lisboa, a estrutura institucional da União passa a fundar-se em dois tratados: o Tratado da União Europeia, alterado (TUE-LX), e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).” Cf. VÂNIA COSTA RAMOS, “*Direito Penal Europeu institucional*”, cit..

meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.”

De seguida, e ainda no mesmo número, apresenta o TFUE o catálogo dos domínios de criminalidade em causa, onde se inclui a criminalidade informática.

Contudo, e como não parece claro que se possa incluir no âmbito da criminalidade informática a violação de direitos de autor na Sociedade da Informação sem intuito comercial, o intérprete poderia ser levado a concluir que a sua não inclusão no elenco do art. 83.º n.º 2 excluía, à partida, a competência penal da UE neste domínio.

Sucede que, logo de seguida e no mesmo artigo, determina o TFUE que *“Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adoptar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número.”*

No número seguinte, estatui o TFUE que *“Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de directivas regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções no domínio em causa. Essas directivas são adoptadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adopção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76.º”*.

Portanto, não se tratando de um dos domínios de criminalidade previstos no n.º 1 do art. 83º, será, ainda assim, possível à UE exercer competências em matéria penal quando tal se apresentar como indispensável⁽¹⁰⁰⁾ à prossecução dos objectivos definidos por uma política da UE que já tenha sido objecto de harmonização.

⁽¹⁰⁰⁾ Requisito, de resto, já exigido pelo art. 67.º n.º 3 do Tratado de Lisboa, que estatui o seguinte: *“A União envia esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre*

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa ficou, sem grande margem para dúvida, criado o espaço necessário à formulação, por via comunitária, de novos tipos de ilícito penal em matéria de violação de direitos de autor (sem fins lucrativos) na Sociedade da Informação e, ousaria avançar, trata-se de uma questão de tempo até que os mesmos venham a ser implementados, quiçá, até, por via de Regulamento em vez de Directiva, criando verdadeiros tipos penais sem necessidade de transposição.

c) Perspectivas de futuro.

Numa curiosa inversão de papéis⁽¹⁰¹⁾, têm alguns sectores dentro da União Europeia demonstrado interesse na adopção de medidas semelhantes às adoptadas pela Lei HADOPI, ou seja, medidas baseadas no regime dos três *strikes* que pudessem culminar ou cumular com outras sanções a suspensão do serviço de Internet no domicílio do infractor.

Após terem sido rejeitadas propostas semelhantes, quer no Pacote das Telecomunicações, quer no Acordo Comercial contra a Contrafacção (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* ou ACTA)⁽¹⁰²⁾, eis que foi aprovado, no dia 22 de Setembro de 2010, pelo Parlamento Europeu, o Relatório *Gallo*⁽¹⁰³⁾.

O Relatório refere, *grosso modu*, que o corpo legal das medidas de protecção dos direitos de autor não está completo, uma vez que as negociações concernentes à criação de uma Directiva relativa à imposição de sanções penais para a protecção e dissuasão da violação daqueles não foram concluídas. Como tal, e dada a ale-

autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais" (sublinhado nosso).

⁽¹⁰¹⁾ Que, como já se disse, justificou a estruturação sistemática do trabalho que se apresenta.

⁽¹⁰²⁾ Este acordo, cuja última versão provisória data de dia 2 de Outubro de 2010, tem natureza mundial e já não só comunitária. O documento encontra-se disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/october/tradoc_146699.pdf>.

⁽¹⁰³⁾ Cujo nome advém do facto de ter sido elaborado pela eurodeputada francesa Marielle Gallo.

gada ineficácia das sanções civis e administrativas existentes, urge reforçar a protecção dos direitos de autor na Sociedade da Informação no sentido da criação de sanções mais graves e mais eficazes.

Uma das principais críticas que é apresentada a este Relatório⁽¹⁰⁴⁾ é a proposta que o mesmo incorpora de criação de “medidas de carácter não-legislativo” a adoptar voluntariamente em cada Estado para a protecção da propriedade intelectual, uma vez que se entende que essas medidas poderão passar, quer pela adopção de práticas de bloqueio e filtragem de sites pelos fornecedores de serviços de internet, quer pela implementação de sistemas de resposta graduada ou de três *strikes* semelhantes ao implantado em França.

Apesar de não ter carácter legislativo e de não implicar uma necessária conversão do seu teor num diploma com essa força, o Relatório *Gallo* poderá servir de referência para uma próxima iniciativa legislativa nesta matéria, o que lhe permitirá fundamentar a, já altamente antecipada, criminalização genérica das condutas violadoras de direitos de autor na Sociedade da Informação a uma escala não comercial.

§ 5. A tutela penal dos direitos de autor na Sociedade da Informação: O ordenamento jurídico português

§ 5.1. O surgimento da Internet e a evolução do CDADC

No ordenamento jurídico português, o diploma fundamental nesta matéria é o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante, CDADC⁽¹⁰⁵⁾), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e cuja alteração mais recente foi efectuada pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 1 de Abril.

⁽¹⁰⁴⁾ Designadamente pelo grupo *La Quadrature du Net*.

⁽¹⁰⁵⁾ Para uma síntese da evolução da legislação portuguesa até à publicação do CDADC, cf. LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, Lisboa: Dom Quixote, 1994, pp. 34-40.

Todavia, e como refere Alexandre Dias Pereira, na esteira do defendido por José de Oliveira Ascensão, o CDADC de 1985 não foi feito para regular a Internet⁽¹⁰⁶⁾, pelo que se revela, em alguns casos, manifestamente insuficiente ou desadequado para fazer face aos novos problemas jus-autorais colocados na Sociedade da Informação.

Apesar de, segundo Alexandre Dias Pereira, alguma da legislação contemporânea do nascimento do CDADC, como a francesa (de 1985) ou a espanhola (de 1987), já incluírem, à data, “a transmissão electrónica em redes informáticas de obras protegidas pelo direito de autor na família do direito de comunicação ao público”⁽¹⁰⁷⁾, a verdade é que o nosso Código ignorou por completo, no que ao *download* concerne, o possível impacto da informática nos direitos de autor e permaneceu cristalizado e enclausurado numa cápsula temporal hermética e impermeável à fluidez da Sociedade da Informação.

Porém, não se poderá dizer que, então, semelhante previsão lhe seria verdadeiramente exigível, uma vez que, até nos E.U.A. a Internet era, à data da entrada em vigor do CDADC⁽¹⁰⁸⁾, um instrumento pouco conhecido e de limitadíssimo acesso por parte do cidadão comum.

Com efeito, apesar de a invenção da Internet remontar a 5 de Fevereiro de 1969⁽¹⁰⁹⁾, a verdade é que o passo decisivo para a sua comercialização apenas foi dado em 1989, com a aprovação, por parte do *US Federal Networking Council*, da conexão entre a

⁽¹⁰⁶⁾ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «O Código do Direito de Autor e a Internet», *Verbo Jurídico*, 2000, disponível integralmente na URL <http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda_internet.pdf>, pp. 3 e 12.

⁽¹⁰⁷⁾ *Idem*, p. 6.

⁽¹⁰⁸⁾ Nem a própria doutrina poderia influir no sentido da previsão dos problemas da pirataria neste âmbito, uma vez que, à data, a pirataria se reportava, *grosso modo*, à criação de cópias não autorizadas traduzidas em exemplares físicos. Para o conceito de pirataria à data da entrada em vigor do CDADC, cf. MARGARIDA ALMEIDA ROCHA, *Novas Tecnologias de Comunicação e Direito de Autor*, Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores, 1986, pp. 58-61.

⁽¹⁰⁹⁾ LARRY GREENEMEIER (2000), «Vint Cerf: Connecting with a Internet Pioneer, 40 years later», *Scientific American*, 4 de Dezembro, acedido e consultado em 12-10-2010, na URL <<http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=internet-pioneer-cerf>>.

NSFNET — uma rede que ligava cinco pólos universitários americanos, permitindo a partilha de informação⁽¹¹⁰⁾ — e a *MCI Mail System*⁽¹¹¹⁾.

Terá sido apenas a 22 de Fevereiro de 1993, com a publicação do documento “*Technology for America’s Growth. A New Direction to Build Economic Strength*”⁽¹¹²⁾, que o então Presidente Bill Clinton chamou a atenção para o potencial da Internet no desenvolvimento económico dos E.U.A. e proporcionou o estímulo e as condições necessárias à sua expansão⁽¹¹³⁾.

Já em Portugal, como refere Benjamim Silva Rodrigues, “*a caminhada para a ‘Sociedade da Informação’ só veio a ocorrer sob a acção dos XIII (1995-1996) e XIV (1999-2002) Governos da República Portuguesa que passaram a incluir, nas suas ‘linhas programáticas’, um capítulo dedicado à ‘Sociedade da Informação’*”⁽¹¹⁴⁾.

Mas apesar de não ser de todo exigível que a versão inicial do CDADC previsse as questões de pirataria *online*, o mesmo não se poderá dizer das subseqüentes alterações, as quais, apesar de representarem notáveis avanços no que à matéria civil e cautelar respeita, em nada inovaram no que à matéria penal concerne, permitindo que a dúvida da aplicabilidade dos tipos de crime genéricos às novas realidades informáticas se tenha instalado.

Não obstante a imposição de alterações por via comunitária para combater a pirataria na Internet — como sejam as decorrentes da transposição da Directiva do Comércio Electrónico 2000/31/CE (que responsabiliza os prestadores de serviços)⁽¹¹⁵⁾, da Directiva

⁽¹¹⁰⁾ Para mais informações sobre a NSFNET, cf. KAREN D. FRAZER, «NSFNET: A Partnership for High-Speed Networking», disponível na URL <<http://www.livinginternet.com/doc/merit.edu/phenom.html>>.

⁽¹¹¹⁾ Cf. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Direito Penal Parte Especial, Tomo I — Direito Penal Informático-Digital*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 54-55.

⁽¹¹²⁾ Disponível em <<http://ntl.bts.gov/lib/jpodocs/briefing/7423.pdf>>.

⁽¹¹³⁾ Ao ponto de o próprio BILL CLINTON vir a dizer, anos mais tarde, a seguinte frase: *When I took Office, only high energy physicists had ever heard of what is called the World Wide Web... Now even my cat has it's own webpage*”.

⁽¹¹⁴⁾ BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Direito Penal Parte Especial, Tomo I — Direito Penal Informático-Digital*, cit., pp. 97-100.

⁽¹¹⁵⁾ Transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

2001/29/CE⁽¹¹⁶⁾, ou da Directiva Enforcement 2004/48/CE⁽¹¹⁷⁾ —, já em matéria de tutela penal dos direitos de autor na Sociedade da Informação, a realidade demonstra que, à excepção do regime vigente para as bases de dados⁽¹¹⁸⁾ e programas de computador⁽¹¹⁹⁾, não têm existido alterações de relevo⁽¹²⁰⁾ consubstanciadas na criação ou adaptação dos tipos legais incriminatórios do CDADC no sentido da extensão da sua aplicação a condutas praticadas sem intuito comercial e que impliquem a cópia de ficheiros protegidos na Internet.

Deste modo, e face à legislação vigente, cumpre aferir do enquadramento jurídico-penal das condutas de partilhas de ficheiros protegidos *online* feitas sem intuito comercial por pessoas singulares.

⁽¹¹⁶⁾ Transposta pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. Para um estudo sobre a transposição desta directiva, cf. NUNO GONÇALVES, «A transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação» in AA.VV. *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VI*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 249-256 e ainda MANUEL LOPES ROCHA, e, HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, Vila Nova de Famalicão: Centro Atlântico, 2005, pp. 7-111.

⁽¹¹⁷⁾ Transposta pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril. Para uma breve análise do impacto desta lei na tutela dos direitos de autor v. MIGUEL LOURENÇO CARRETAS, «A tutela do direito de autor e dos direitos conexos», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 69/70, Agosto/Setembro de 2010, p. 25.

⁽¹¹⁸⁾ Transposição da Directiva n.º 96/9/CE pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho.

⁽¹¹⁹⁾ Em parte no Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, mas, com mais interesse para a matéria em estudo, na Lei do Cibercrime — Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. Para uma análise deste tipo legal, v. PEDRO VERDELHO, «A nova Lei do Cibercrime», *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 320, Outubro-Dezembro 2009, pp. 717-749.

⁽¹²⁰⁾ Não fizemos referência propositadamente aos dispositivos tecnológicos (DRM) por entendermos, com Oliveira Ascensão, que “a circumvenção dos dispositivos tecnológicos, se ilícita, representa um ilícito antieconómico qualquer, mas não uma violação do direito de autor”. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «O Direito de autor e a Internet. Em particular as recentes orientações da Comunidade Europeia» in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VII*, cit., p. 25.

§ 5.2. O Direito Penal de Autor⁽¹²¹⁾ na Sociedade da Informação.

§ 5.2.1. O cibernauta e o legislador

A Internet veio revolucionar os pilares do Direito de Autor e colocá-los à prova. Uma prova que, a não ser ultrapassada, poderá levar ao perecimento, inutilidade ou à obsolescência⁽¹²²⁾ deste ramo do Direito, transformando a Internet num verdadeiro *Rechtsfreieraum*⁽¹²³⁾ no que concerne aos direitos de autor e conexos⁽¹²⁴⁾.

A desmaterialização das violações destes direitos, a atomização e proliferação dos infractores que agem anonimamente nos seus computadores utilizando a sua rede doméstica (ou mesmo a de outrem, com ou sem autorização) ou qualquer outra rede pública (designadamente em cafés, faculdades, aeroportos, centros comerciais, etc.), bem como o aumento dos infractores menores de idade e a efemeridade das medidas tendentes ao combate a estas infracções, impõem desafios sem precedentes aos titulares de direitos de autor e conexos, e, especialmente, aos Estados que os pretendem defender.

E porquanto a criação de novos tipos penais e de meios processuais penais destinados a conferir-lhes eficácia, tenderão a andar “a reboque” das constantes inovações tecnológicas que as

(121) Utilizaremos esta expressão por conveniência dogmática, embora preferíamos o termo Direito Penal Autoral, de forma a distingui-lo do conceito de Direito Penal de Autor (ou do Agente) de Franz v. Liszt. Sobre este conceito cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General — Tomo I*, Madrid: Civitas, 2006, pp. 178-180.

(122) Sobre a questão da obsolescência do Direito de Autor na Internet v. RUI SAAVEDRA, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa: Dom Quixote, 1998, p. 365.

(123) Para um breve mas claro confronto entre a tese da Internet enquanto espaço livre de Direito e a tese da juridificação da Internet cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Propriedade Intelectual e Internet» IN AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação — Vol. VI*, cit., pp. 145-147.

(124) Como refere Ricardo Mata y Martín, “los procesos tecnológicos desapoderan al autor de su obra y su posible control, debido a la desmaterialización y a la gran capacidad de la técnica pra reproducir y difundir las obra”, RICARDO MATA Y MARTÍN, «Protección penal de los derechos del autor en Internet», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 138, 2007, p. 78 e ainda, do mesmo autor, «Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXVIII, Setembro-Dezembro de 2007, p. 64.

contornam, tenderá o legislador a seguir uma de duas vias: ou a da alteração constante dos contornos da punição por via legislativa, ou a da criação de meios dissuasores mais severos e destinados a uma actuação a jusante, procurando bloquear as violações daqueles direitos quer através dos meios conhecidos e praticados, quer daqueles que se hipotizam vir a surgir.

A primeira das hipóteses implicaria, socorrendo-nos das palavras de Faria Costa, que “[a]s portas para a arbitrariedade ficariam escancaradas e os valores da certeza e da segurança ficariam esfacelados”, pois que se estaria perante a criação de “um direito penal que mergulhasse as suas raízes no efêmero e no transitório”⁽¹²⁵⁾. Destarte, a busca constante da supressão das infracções através de uma actividade legislativa frenética, em muito comparável a uma actividade de constante remendo ou tapagem de fendas numa barragem de informação, traduzir-se-ia numa preterição dos mais elementares princípios de Direito da certeza e da segurança, criando no cibernauta o constante receio da transgressão, no intérprete a ignorância e a incerteza da punição e no aplicador a busca pela aplicação da lei mais favorável na sua sucessão.

Já a segunda, com o intuito de bloquear as infracções de forma mais eficaz, seria susceptível de se traduzir numa punição desproporcionada, onde a eficiência tomaria o lugar da justiça e a severidade o da prevenção. Um pouco à semelhança do que sucede em França, onde a punição é praticamente cega ao circunstancialismo em que cada infracção é perpetrada, numa orientação legislativa que parece ressuscitar o anticonsequencialismo estóico⁽¹²⁶⁾, mas desta feita no âmbito da Sociedade da Informação, onde não interessa o grau de imoralidade do acto, mas apenas o seu carácter imoral e todas as infracções se punem pela mesma bitola.

Não poderão ser estas as soluções.

⁽¹²⁵⁾ Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização — Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 26.

⁽¹²⁶⁾ Sobre o anticonsequencialismo estóico v. PAULO DE SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 459-483.

§ 5.2.2. A tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos no CDADC

Actualmente, dada a inexistência de actualização legislativa nos tipos penais de autor previstos no CDADC, verifica-se uma constante tentativa de “encaixe” das condutas perpetradas no contexto da Internet em tipos legais cuja previsão as não concebia à data da sua feitura e cuja aplicação não é isenta de dúvidas.

O resultado da tentativa de aplicação do regime penal originalmente destinado à violação de direitos autorais e conexos praticadas em suportes físicos (cassetes de áudio e de vídeo, CDs, DVDs, etc.) ao ambiente digital, no qual se assiste a uma acentuada e recrudescente desmaterialização das obras que torna “*possível reproduzir rapidamente, com facilidade, simplicidade, custos económicos diminutos, e qualidade perfeita*” quaisquer obras que se encontrem *online*, e que proporciona uma “*ulterior facilidade de transmissão da obra reproduzida, a possibilidade de esta poder vir a ter múltiplos utilizadores/consumidores em simultâneo (...) e a possibilidade fáctica de se produzirem novas cópias, com a mesma qualidade do original, a partir de cada uma das cópias (originais ou piratas) sem se correr grandes riscos de ser ‘apanhado’*”⁽¹²⁷⁾, apenas poderia resultar num rotundo fracasso a nível prático.

Analisemos, de forma brevíssima, o catálogo de crimes constante do CDADC para, posteriormente, aferirmos da susceptibilidade de subsunção das condutas perpetradas no âmbito da Sociedade da Informação, nos seus tipos legais. Concretizando, no quadro jurídico-penal previsto no CDADC, existem quatro tipos de crime⁽¹²⁸⁾: a usurpação (art. 195.º), a contrafacção (art. 196.º), a violação do direito moral (art. 198.º) e o aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º).

⁽¹²⁷⁾ Cf. RUI SAAVEDRA, *A protecção jurídica do software e a Internet*, cit., pp. 372-373.

⁽¹²⁸⁾ Oliveira Ascensão fala num quinto tipo de crime previsto no art. 195.º n.º 3 do CDADC. Não tomaremos posição nesta matéria por tal não se afigurar de particular relevo para o objecto do presente estudo. Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor*, Lisboa: Lex, 1993, p. 463.

a) Usurpação — art. 195.º CDADC

Trata-se aqui, essencialmente, da protecção dos direitos patrimoniais do autor, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 9.º e do art. 67.º do CDADC, e não tanto dos seus direitos morais, isto é, o que o presente artigo visa tutelar é, principalmente, o direito de o autor beneficiar dos proveitos da sua criação intelectual na medida dos seus interesse e vontade e sem ver a sua liberdade de utilização e/ou divulgação da sua criação intelectual coarctada ou de qualquer modo limitada pela intromissão abusiva de terceiros.

O crime de usurpação, previsto no art. 195.º (e, quanto à negligência, 197.º n.º 2) do CDADC, assume uma multiplicidade de formas que permitem descortinar, dentro do mesmo artigo, várias incriminações autónomas correspondentes a condutas diversas, as quais se traduzem em cinco tipos legais sujeitos à mesma epígrafe mas materialmente distintos⁽¹²⁹⁾.

Atravessando “na diagonal” o catálogo do artigo 195.º do CDADC, começamos por nos deparar com a definição constante do seu n.º 1, a qual comina a prática do crime de usurpação a quem utilizar “*por qualquer das formas previstas neste Código*” obra ou prestação alheia, “*sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma ou do organismo de radiodifusão*”.

A constitucionalidade deste artigo já foi posta à prova no passado, tendo sido, a esse respeito, suscitada a dúvida acerca da eventual violação do princípio da tipicidade por se tratar de uma norma penal em branco, nomeadamente ao remeter para “*qualquer das formas previstas neste Código*” para aferir da punibilidade da conduta. Não obstante essa eventual inconstitucionalidade ter sido fundamentalmente refutada⁽¹³⁰⁾ e apesar de concordarmos, em geral, com os argumentos aduzidos para a conformidade constitucional do referido artigo, não podemos deixar de manifestar as nos-

⁽¹²⁹⁾ Assim JORGE MIRANDA, e, MIGUEL PEDROSA MACHADO, «Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial: normas penais em branco, tipos abertos, crimes formais e interpretação conforme à Constituição», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, 1994, p. 480.

⁽¹³⁰⁾ *Idem*, pp. 465-496.

sas dúvidas quanto à conjugação daquela parte do art. 195.º n.º 1, com a parte final do n.º 1 do art. 68.º, ambos do CDADC. Com efeito, ao remeter para quem “*utilizar uma obra ou prestação por qualquer das formas previstas neste Código*”, o art. 195.º n.º 1, remete, necessariamente, para o art. 68.º n.º 1 do CDADC, cuja epígrafe é “*Formas de utilização*” e no qual se pode ler o seguinte “[a] *exploração e, em geral, a utilização da obra podem fazer-se, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser*”⁽¹³¹⁾.

Ora, como referem Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado, “*(...) o tipo legal de crime que este Código começa a descrever no n.º 1 do art. 195.º não é um crime de forma livre; as «formas» para que expressamente remete são, como o próprio verbo «utilizar», contido no preceito, permite precisar ou delimitar, as formas de «utilização da obra» indicadas no «Título II» desse diploma legal*”⁽¹³²⁾.

Assim, não obstante se tratar de um crime de mera actividade, a exigência expressa de que a sua consumação ocorra através da utilização de obra por “*qualquer das formas previstas*” no CDADC, implica que se tenha de recorrer às formas de utilização delimitadas pelo referido código, e que apenas através delas se poderá preencher o tipo legal.

Destarte, dificilmente se logrará conceber a conformidade constitucional da interpretação conjugada dos artigos 195.º, n.º 1 e 68.º, n.º 1, *in fine*, ambos do CDADC, segundo a qual se incrimina uma utilização de obra levada a cabo por um modo não expressamente previsto no CDADC à data da sua feitura ou das subsequentes alterações, mas antes descoberta durante a vigência deste, porquanto a mesma será susceptível de violar o princípio da tipicidade, criando uma categoria excessivamente ampla e altamente perigosa para os princípios basilares da certeza e da segurança.

⁽¹³¹⁾ Tal entendimento parece, salvo melhor opinião, ser sugerido por José Branco em anotação ao artigo 195.º do CDADC, in AA.VV. *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. 2 (org. JOSÉ BRANCO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 253.

⁽¹³²⁾ Cf. JORGE MIRANDA, e, MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor*, cit., p. 489.

Prosseguindo na análise do art. 195.º do CDADC, verifica-se que, nos termos do seu n.º 2, constitui ainda crime de usurpação:

- i. A divulgação abusiva de uma obra, em contrariedade à vontade do seu autor, independentemente de qualquer contrapartida económica para o agente — al. a);
- ii. A colecção ou compilação, não autorizada pelo autor, de obras (e publicadas⁽¹³³⁾ ou inéditas — al. b);
- iii. A utilização autorizada⁽¹³⁴⁾ de “*uma obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão radiodifundida*” para lá dos limites da autorização concedida — al. c)⁽¹³⁵⁾;

Note-se que, contrariamente ao previsto no n.º 1, as referidas alíneas apenas se referem ao autor e nunca aos titulares de direitos conexos, pelo que, face ao princípio da proibição da analogia, apenas se deve dar por tutelado o direito daquele e não destes.

Por fim, e numa incriminação muito dificilmente conciliável com o conceito de usurpação, dispõe o n.º 3 do art. 195.º que o autor (e não os titulares de direitos conexos) que utilize a sua obra em violação dos direitos transmitidos ou da autorização dada previamente a outrem sobre essa mesma obra, será punido com as penas previstas no art. 197.º. Portanto, o autor da obra será punido a título de usurpação (embora este número não refira expressamente o *nomen juris* usurpação, a verdade é que a sua inserção sis-

(133) Oliveira Ascensão interpreta extensivamente este artigo, entendendo ser “possível ler ‘divulgadas’ onde está ‘publicadas’”, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor*, cit., p.468. No mesmo sentido, José Branco, in AA.VV. *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, cit. p. 256.

(134) “Embora se use a expressão ‘autorização’ deverá entender-se que a previsão abrange quaisquer dos modos de disposição previstos na lei, a saber, transmissão, oneração ou autorização.” — cf. JOSÉ BRANCO, in AA.VV. “*Comentário das Leis Penais Extravagantes*”, cit., p.256, no seguimento do propugnado por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO em *Direito Penal de Autor*, cit., 469.

(135) Luiz Francisco Rebello dá como exemplo de infracção subsumível a esta alínea “a violação dos limites assinalados no n.º 2 do artigo 76.º ao exercício do direito de citação, resumo e transcrição, reconhecido nas alíneas f) e g) do artigo anterior” — Cfr. LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, 2.ª ed., Lisboa: Âncora Editora, 1998, p. 250.

temática no artigo da usurpação permite este entendimento) se utilizar a sua própria obra em violação de uma concessão contratual de direitos que tenha feito sobre a mesma a favor de outrem. Ora, socorrendo-nos da expressão de Oliveira Ascensão, “[a] *mercantilização das previsões penais vem a atingir aqui o próprio autor*”⁽¹³⁶⁾ numa, acrescentamos nós, consagração cega à diferente, e substancialmente mais leve, gravidade desta conduta face às outras previstas naquele artigo e que opta pela aplicação uniforme da mesma pena a todas as condutas sob a epígrafe de usurpação.

Resta referir que o crime de usurpação (se é que existe um crime de usurpação) é o tipo geral das infracções jus-autorais, no qual deverão recair as condutas ilícitas traduzidas na utilização não autorizada de obra protegida que não se subsumam aos restantes tipos, designadamente à contrafacção.

b) Contrafacção — art. 196.º CDADC

Aqui, e contrariamente ao que se disse quanto ao crime de usurpação, visa tutelar-se, essencialmente, os direitos morais do autor sobre a sua obra. A contrafacção, à semelhança da usurpação, consiste na utilização de obra ou prestação alheia. Todavia, o que a torna num “*tipo especial em relação à usurpação*”, ou numa “*usurpação qualificada*”⁽¹³⁷⁾ é o facto de essa utilização ser feita como se a obra, no todo ou em parte, fosse criação ou prestação do agente do crime.

Como bem explica Oliveira Ascensão, a contrafacção pode realizar-se por duas formas:

- i.* A cópia servil — A qual constitui uma duplicação grosseira do original.
- ii.* O plágio — Que consiste numa cópia do conteúdo da obra⁽¹³⁸⁾ original, mas com alteração da apresentação, por-

⁽¹³⁶⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor*, cit., p. 465.

⁽¹³⁷⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor*, cit., p. 464.

⁽¹³⁸⁾ O plágio apenas se refere a obras e nunca a prestações. *Idem*, p. 480.

quanto “*uma obra literária alheia pode ser inteiramente apropriada, embora por palavras diferentes*”. O critério para aferir da existência de um verdadeiro plágio é o propugnado pela parte final do art. 196.º n.º 1: a (in)existência de individualidade própria.

Contudo, o facto de o art. 196.º fazer referência ao conceito técnico de “reprodução” significa que a contrafacção implica sempre a criação de um ou mais exemplares, os quais virão a ser sujeitos ao regime das obras contrafeitas, nos termos dos arts. 199.º e 200.º, pelo que, sempre que a conduta perpetrada não se traduza na produção de um exemplar contrafeito (como será geralmente o caso quando estivermos no âmbito da Sociedade da Informação), apenas haverá lugar à aplicação do disposto no art. 198.º al. a) e não ao 196.º, todos do CDADC.

c) Violação do direito moral — art. 198.º CDADC

Consiste na violação do direito de paternidade do autor — al. a) –, mediante a apropriação deste direito por parte de quem saiba não ser o criador da obra ou prestação ou na violação do direito à integridade e à genuinidade da obra — al. b) –, os quais, porquanto naturalmente inalienáveis e irrenunciáveis⁽¹³⁹⁾, se revestem de particular importância para o autor (cf. art. 9.º, n.º 3 e 56.º, n.º 2 do CDADC).

d) Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada

Consiste na comercialização ou distribuição de obras obtidas nos termos dos arts. 195.º e 196.º, isto é, obras usurpadas ou contrafeitas, ou de cópias não autorizadas de fonogramas ou videogramas.

⁽¹³⁹⁾ Não obstante poderem não ser exercidos. Quanto à distinção entre a renúncia e o não exercício destes direitos, cf. LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, cit., p. 163.

Este artigo é de (muito) duvidosa aplicabilidade ao âmbito da Sociedade da Informação, uma vez que pressupõe a existência de “exemplares” da obra, o que pressupõe a existência de um suporte físico no qual esteja gravada a obra.

Traçado o quadro geral da tutela penal dos direitos de autor e conexos no CDADC, seguiremos agora para os temas do *upload* e do *download* não autorizados de obras protegidas e respectivo enquadramento jurídico-penal para, posteriormente, confrontarmos as conclusões obtidas naquelas matérias com a temática dos programas *peer-to-peer* (P2P) e a problemática do *download* simultâneo ao *upload*.

§ 5.2.3. O *upload* não autorizado de conteúdo protegido pelo Direito de Autor efectuado por pessoa singular

O *upload* consiste no acto de “*transmitir um ficheiro que se encontra num sistema local para outro sistema remoto, por exemplo, de um computador pessoal para um servidor Web*”⁽¹⁴⁰⁾. O ficheiro poderá conter todo o tipo de documentos, desde textos a fotografias, músicas, filmes, sons, programas de computador ou jogos de vídeo.

O problema jus-autoral do *upload* que ora releva, surge quando o ficheiro transmitido se encontra protegido pelo direito de autor e não houve autorização do titular do direito de autor ou do direito conexo para a sua divulgação *online* ou, pelo menos, para a sua divulgação *online* naqueles moldes. Neste caso, estaremos perante o exercício de um poder — a saber o poder de comunicação ao público previsto nos artigos 68.º n.º 2, al. j) e 178.º, n.º 1, al. d), ambos do CDADC — por parte de alguém que não o titular do direito de autor ou do direito conexo.

Aqui, e antes de mais, haverá que distinguir, por um lado se os conteúdos divulgados contêm obra inédita [cf. art. 195.º, n.º 2,

⁽¹⁴⁰⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado*, cit., p. 425.

al. *a*) do CDADC] ou obra já publicada ou divulgada, e por outro se a divulgação foi feita com intuito comercial e lucrativo, ou sem essa intenção.

Começaremos pela primeira distinção, porquanto permitirá aferir da subsunção normativa do *upload* no tipo do n.º 1 do art. 195.º ou na al. *a*) do n.º 2 do mesmo artigo.

Não raras vezes uma obra é disponibilizada na Internet antes da sua divulgação ao público em geral. Basta pensar no caso dos chamados *leaks*, ou seja, nas fugas ou “vazamentos” de ficheiros para a Internet e respectiva colocação à disposição de quem queira deles fazer o *download*.

Estes *leaks* muitas vezes consistem em obras ou prestações protegidas que estão prestes a ser divulgadas ao público mediante autorização do seu autor ou do titular de direitos conexos, como um novo álbum ou um filme prestes a estrear no cinema, e que acabam por “escapar” ao controlo do seu titular antes da data da sua disponibilização ao público geral e por serem colocados na Internet para os mais ansiosos ou curiosos (ora com qualidade muito inferior à desejável⁽¹⁴¹⁾, ora com qualidade igual ao original).

Neste caso estaremos perante um crime de usurpação, p. e p. no art. 195.º n.º 2, al. *a*), desde que se verifique o requisito do carácter *abusivo*⁽¹⁴²⁾ dessa divulgação ou publicação, ou seja, desde que o agente do crime tenha consciência de que está a agir de forma manifestamente errada e potencialmente prejudicial ao autor da obra.

Do mesmo modo, constitui crime de usurpação, nos termos do citado artigo, a divulgação *online* de obra já anteriormente divulgada ou publicada mas cujo autor não pretende que o continue a ser. Cabe aqui, por exemplo, a situação de quem quer que o seu filme seja exibido no cinema mas que não venha a ser comercializado em formato de DVD ou Blu-Ray e ainda a situação daquele

⁽¹⁴¹⁾ Veja-se, a título de exemplo, o *leak* do filme “*X-Men Origins: Wolverine*”, o qual foi divulgado ao público via Internet cerca de um mês antes da sua estreia, mas numa versão rudimentar à qual faltavam os efeitos especiais e todo o acabamento do filme. Apesar de terem sido feitos 100.000 *downloads* deste ficheiro no dia da sua divulgação, a qualidade era tão má que foi altamente criticada na Internet.

⁽¹⁴²⁾ Atento este requisito, não se compreende como poderá este crime ser punido a título de negligência, como indicado pelo art. 197.º n.º 2.

que pretende exercer o direito de retirada de circulação de uma obra sua⁽¹⁴³⁾.

Mesmo tratando-se de divulgação de obra já divulgada ou publicada, estaremos perante um crime de usurpação (embora a tipificação desta conduta possa depender da segunda distinção que faremos *infra*), p. e p. no art. 195.º, n.º 1, uma vez que se trata de uma utilização de obra — neste caso mediante o exercício do referido poder de comunicação ao público previsto no art. 68.º, n.º 2, al. j) — sem autorização do autor ou do artista, do produtor do fonograma e videograma ou do organismo de radiodifusão.

No que respeita à segunda distinção — e embora o tema do trabalho verse essencialmente sobre a partilha de obras *online* sem intuito comercial ou lucrativo —, limitar-nos-emos a tecer algumas considerações acerca da aplicação e conjugação dos tipos legais de usurpação previstos no n.º 1 do art. 195.º e na al. a) do n.º 2 do mesmo artigo.

Enquanto que, como se viu na abordagem da distinção anterior, no que respeita à divulgação de obra protegida sem autorização do autor — quer a mesma seja feita sobre obra (ainda) não destinada a divulgação ou publicação, quer não — não restam dúvidas que a mesma, em princípio, constituirá crime de usurpação, já no que respeita à divulgação ou publicação de obra já divulgada sem finalidade de vantagem económica, a situação não parece ser clara.

A dúvida surge da contraposição dos tipos legais do n.º 1 do art. 195.º e da al. a) do n.º 2 do mesmo artigo, porquanto apenas nesta se faz referência à punibilidade da conduta nela prevista “*quer [o agente] se proponha ou não obter qualquer vantagem económica*”. Portanto, se o legislador não faz qualquer referência à relevância do propósito de vantagem económica da usurpação no n.º 1 do art. 195.º, embora o faça no tipo da al. a) do n.º 2 do

⁽¹⁴³⁾ Veja-se, por exemplo, o caso dos filmes da “Guerra das Estrelas”, obras cinematográficas cujo realizador, George Lucas, decidiu, a dada altura, permitir apenas a comercialização da edição remasterizada da trilogia inicial, interditando a continuação da venda das edições originais. Aqui haverá que manter em mente, caso se conclua que o realizador George Lucas não é o autor das obras, a especificidade do direito anglo-saxónico em relação ao continental, designadamente ao português, porquanto naquele o titular originário da obra cinematográfica pode não ser o seu criador intelectual — cf., a este respeito, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, cit., p. 104.

mesmo artigo, dever-se-á entender que tal distinção é irrelevante para a aplicação daquele artigo ou, pelo contrário, que naquele artigo apenas se pune a conduta que vise obter vantagens patrimoniais? Como estabelecer, afinal, a relação de especialidade entre ambas as normas?

Oliveira Ascensão sustenta que quando o sujeito vise obter vantagem económica, será aplicável o n.º 1 do art. 195.º, sendo que a “*especialidade só surge quanto não há o objectivo de vantagem económica*”, acrescentando, contudo, que “[m]esmo assim, nunca se cai numa mera violação do direito pessoal, porque há sempre a utilização, que em termos de Direito de Autor é patrimonial mesmo não havendo fim lucrativo”⁽¹⁴⁴⁾. Portanto, entende o autor que, quando estejamos perante uma situação subsumível à previsão do n.º 1 do art. 195.º — utilização, por qualquer das formas previstas no CDADC, não autorizada de obra ou prestação protegida — e cuja conduta não seja subsumível à al. a) do n.º 2 do mesmo artigo, a conduta será punível mesmo que não haja o objectivo de obter vantagem económica, porquanto a mera utilização revestirá sempre carácter patrimonial.

Já José Branco vem acrescentar a este entendimento que a relação de especialidade não recai sobre a eventual intenção de obtenção de vantagens patrimoniais, mas sim, e só, na diferente situação da obra. Para este autor, no âmbito da al. a) do n.º 2 do art. 195.º recairiam as condutas descritas perpetradas sobre obras não divulgadas ou publicadas ou a tal não destinadas, enquanto no âmbito do n.º 1 o legislador se reportaria somente às obras já divulgadas ou publicadas, sendo, por isso, admissível a aplicação do n.º 1 à conduta do agente que não tenha objectivos lucrativos ou económicos⁽¹⁴⁵⁾.

Já no âmbito da Sociedade da Informação e num entendimento próximo do de Oliveira Ascensão, vem José Alberto Vieira, ainda que sem qualificar o *upload* como crime de usurpação e, por isso, sem sentir a necessidade de fazer a distinção entre obra divulgada ou publicada e obra inédita ou não destinada a divulgação, dizer que “*o upload constitui um meio de exploração económica da obra,*

⁽¹⁴⁴⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direito Penal de Autor*”, cit., p. 467.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. JOSÉ BRANCO, in AA.VV., “*Comentário das Leis Penais Extravagantes*”, Vol. 2, cit., pp. 252-353.

integrando-se no denominado poder de comunicação ao público (cf. o art. 68.º, n.º 2, alínea j) e o art. 178.º n.º 1 alínea d), do CDADC)”, vindo, mais à frente a acrescentar que “em consequência, na falta de autorização do titular do direito de autor ou direito conexo, o upload constitui uma acção ilícita de violação deste direito, sujeitando o seu autor às sanções e procedimentos previstos legalmente para esta eventualidade”, concluindo da seguinte forma: “Se o utilizador individual copia uma obra ou prestação protegida e a mantém disponível para a cópia de terceiros age ilicitamente, em violação do direito respectivo, e fica sujeito aos efeitos legais desta violação (responsabilidade civil, responsabilidade penal, apreensão dos objectos do crime) (...)”⁽¹⁴⁶⁾.

Portanto, no âmbito da Sociedade da Informação, sempre que for feito o *upload* de obra protegida sem autorização do autor ou do titular do direito conexo, haverá uma afectação patrimonial do titular do direito e por isso a intenção lucrativa da conduta apenas relevará para efeitos de determinação da medida da pena, nos termos do n.º 1 do art. 197.º, e não *per se* para a tipicidade ou atipicidade da conduta, quando insubsumível à al. a) do n.º 2 do art. 195.º. Quer isto dizer que, quando estivermos perante uma conduta apenas subsumível ao n.º 1 do art. 195.º que tenha sido perpetrada sem intuito económico ou lucrativo, nem por isso a mesma deixará de ser punível com fundamento nessa base legal e passará a ser punida somente nos termos do art. 198.º, antes se manterá a tipicidade da conduta com base naquele número, porquanto a mera utilização da obra naqueles termos constitui um meio de exploração económica da obra.

Além do mais, haverá que relevar que, sempre que a usurpação incida sobre prestação, nunca será aplicável a al. a) do n.º 2 do art. 195.º (ou qualquer uma das seguintes alíneas ou número), porquanto a mesma se refere somente à obra, antes se devendo aplicar exclusivamente o n.º 1.

Resta, por isso, concluir que o *upload*, quer incida sobre obra inédita ou não destinada a publicação quer incida sobre obra já publicada ou divulgada, e quer tenha como objectivo a obtenção de

⁽¹⁴⁶⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit., pp. 459-461.

qualquer vantagem económica ou não, constituirá sempre crime de usurpação⁽¹⁴⁷⁾.

§ 5.2.4. O *download* não autorizado de conteúdo protegido pelo Direito de Autor efectuado por pessoa singular para uso privado

O *download* consiste na “*recepção num computador de um ficheiro armazenado remotamente noutra local, que pode ser um servidor Web, um servidor FTP, um servidor de correio electrónico ou outro computador, por exemplo, numa rede P2P [peer-to-peer]. Este termo, porém, vem muitas vezes associado a uma segunda operação efectuada no computador receptor pelo seu utilizador e que é a gravação do ficheiro*”⁽¹⁴⁸⁾. Ou, numa definição mais simples mas menos completa, poderemos entender o *download* como a “*transferência definitiva de ficheiros digitais de uma rede para um computador*”⁽¹⁴⁹⁾.

Ora, o problema que se coloca em matéria de *download* é o da sua subsunção, ou não, ao conceito e ao regime da cópia e do uso privados. Uma subsunção que poderá significar a licitude ou a ilicitude desta prática no ordenamento jurídico português, o qual, reafirma-se, não foi originariamente concebido para abarcar o *download* e não foi cabalmente actualizado no sentido de o abranger com toda a clareza — ou então visou precisamente afastar a sua regulamentação.

Insta começar por fazer um brevíssimo enquadramento jurídico do uso privado⁽¹⁵⁰⁾ e da cópia privada. O problema coloca-se

⁽¹⁴⁷⁾ A menos que o agente do crime também apresente, como própria, a obra ou prestação, caso em que cometerá sempre o crime de contrafacção, p. e p. no art. 196.º — mesmo que a obra não tenha sido divulgada pelo autor.

⁽¹⁴⁸⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit. p. 424.

⁽¹⁴⁹⁾ SOCIEDADE PORTUGUESA DE AUTORES, *Regulamento de repartição de direitos e calendário anual de distribuições*, p. 4, acedido e consultado em 12-10-2010, na URL <http://www.spautores.pt/assets_live/752/regulamento_reparticao_direitos.pdf>.

⁽¹⁵⁰⁾ Não tomaremos posição na querela doutrinária acerca da natureza jurídica do uso privado por não se afigurar particularmente relevante para o estudo do tema em

no seio do direito exclusivo de exploração económica da obra por parte do seu autor, isto é, no seu direito exclusivo de fruição e utilização da obra — art. 67.º n.º 1 CDADC.

Adianta o n.º 2 do mesmo artigo que é a garantia das vantagens patrimoniais advenientes dessa exploração económica que constitui, economicamente, “*o objecto fundamental da protecção legal*”. Portanto, qualquer utilização da obra que implique uma potencial, e ainda que em abstracto, exploração económica, enquadra-se no âmbito do direito de autor⁽¹⁵¹⁾ e por isso é objecto da correspondente tutela legal.

A contrario poderemos concluir que, se a utilização da obra for feita em circunstâncias que em abstracto não permitam uma exploração económica da obra nem visem fins comerciais directos ou indirectos, e se limitem à satisfação de necessidades pessoais do agente, já não estaremos no âmbito do direito do autor, mas antes no domínio da utilização livre, prevista nos arts. 75.º e seguintes (ou, no âmbito dos direitos conexos, no art. 189.º), dentro da qual é consentida a reprodução (ou cópia privada) de obras protegidas, para fins exclusivamente privados, nos termos do art. 81.º.

No entanto, para essa reprodução ser lícita, terá a mesma de passar pelo crivo da regra dos três passos⁽¹⁵²⁾, prevista no art. 75.º, n.º 4, a qual, se conjugada com a al. b) do art. 81.º relativa à reprodução de obra protegida para uso privado, determina que “*a reprodução de obras protegidas para uso privado só é consentida se não prejudicar a exploração normal da obra ou prestação nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos*”⁽¹⁵³⁾.

apreço. Para um confronto entre as teses divergentes de Oliveira Ascensão e Alberto Vieira, cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit., pp. 446-447.

⁽¹⁵¹⁾ *Idem*, p. 441.

⁽¹⁵²⁾ Para uma perspicaz e incisiva crítica da solução adoptada pelo legislador português aquando na transposição da regra dos três passos a partir da Directiva 2001/29/CE, cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit., pp. 456-458.

⁽¹⁵³⁾ DÁRIO MOURA VICENTE, «Cópia privada e Sociedade da Informação», *APDI*, 2005, p.4, disponível em <[http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/c%C3%B3pia %20privada%20e%20sociedade%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/c%C3%B3pia%20privada%20e%20sociedade%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o.pdf)>.

A cópia privada, enquanto respeitadora dos limites impostos pela regra dos três passos, é uma liberdade imperativa e insusceptível de ser eliminada por qualquer cláusula contratual, sem prejuízo da possibilidade de as partes poderem acordar livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas — cf. art. 75.º, n.º 5, CDADC.

Contudo, e considerando que o tema objecto de estudo se foca na Sociedade da Informação, haverá que precisar em que constitui a reprodução através de *download*. Cumpre notar, antes de mais, que o disco rígido é um suporte interno — em oposição aos externos como os CD, DVD, Blu-Ray ou Cassetes — que funciona de um modo bastante distinto aos tradicionais suportes, ora fazendo gravações automáticas e temporárias de certos ficheiros, ora gravando-os por tempo indefinido por ordem e à vontade do utilizador.

Daqui decorrem duas questões. Em primeiro lugar, será o mero *download* de obra protegida, com a necessária gravação do ficheiro no disco rígido, considerada cópia privada nos termos do CDADC? Se sim, então dever-se-á entender que a mera visualização de obras na Internet também poderá ser considerada cópia privada, uma vez que geralmente são gravadas cópias temporárias em memória RAM ou em disco rígido?

Começaremos por responder à primeira das questões.

O problema foi abordado, entre outros, por Rui Saavedra⁽¹⁵⁴⁾ que, seguindo o entendimento propugnado por Simon Jones já em 1996, defendeu que, em cada *download* efectuado para a memória do computador se realiza uma cópia privada⁽¹⁵⁵⁾. A Directiva 2001/29/CE viria a dar-lhes razão em certa medida, logo no seu art. 2.º, ao referir as reproduções “*por quaisquer meios e sob qualquer forma*”, e ainda no art. 5.º n.º 2, al. b), ao prever as “*reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos (...)*”,

⁽¹⁵⁴⁾ RUI SAAVEDRA, *A protecção jurídica do software e a Internet*, cit., p. 375.

⁽¹⁵⁵⁾ Também Mata y Martín entende aborda este problema dizendo que: “*La reproducción ya no exige la fijación en un soporte material y — como indica SEMINARA — basta que la duplicación adquiera autonomía respecto al original*”, MATA Y MARTÍN, RICARDO, «Protección penal de los derechos del autor en Internet», cit., p. 100.

expressão que foi incorporada no art. 75.º, n.º 2, CDADC, aquando da transposição daquela Directiva.

Assim se pode concluir que a resposta à primeira das questões efectuadas será afirmativa, isto é, o *download* de obra protegida sem autorização e para uso privado e a consequente gravação do ficheiro no disco rígido do computador é susceptível de constituir cópia privada, nos termos já referidos.

Esta resposta leva-nos à segunda questão: dever-se-á entender, então, que a mera visualização de obras na Internet também poderá ser considerada cópia privada, uma vez que geralmente são gravadas cópias temporárias em memória RAM ou em disco rígido?

Este é o problema do *caching*⁽¹⁵⁶⁾, isto é, da criação automática pelo *browser* de cópias dos ficheiros visualizados e/ou escutados directamente em sítios da Internet. Estas cópias poderão ter uma duração maior ou menor, consoante sejam criadas no disco rígido ou somente em memória (neste último caso geralmente desaparecem logo que o utilizador abandone o sítio da Internet ou desligue o computador).

A resposta a esta questão surgiu com a transposição do art. 5.º, n.º 1 da Directiva 2009/29/CE para o art. 75.º, n.º 1 do CDADC, o qual passou a prever expressamente a exclusão do âmbito do direito de reprodução dos “*actos de reprodução temporária que sejam transitórios ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico*”.

Quer isto dizer que a mera recepção pelo computador de ficheiros automaticamente armazenados pelo *browser*, por hipótese porque observados em *streaming*, estará excluída do exclusivo atribuído ao titular do direito de autor e consiste numa utilização livre.

Resta, então, concluir, neste ponto, que o *download* de obra protegida feito por pessoa singular para uso privado consubstancia

⁽¹⁵⁶⁾ Para uma análise do problema do *caching* na transposição da Directiva, v. MANUEL LOPES ROCHA, e, HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, cit., pp. 14-22.

uma conduta, não só desprovida de tipicidade, como abrangida pelo regime da cópia privada e, consequentemente, lícita (independentemente de provir, ou não, de um exemplar divulgado ilicitamente, nomeadamente por via de *upload* ilegal⁽¹⁵⁷⁾, pois a lei não distingue⁽¹⁵⁸⁾).

§ 5.2.5. O *download* em simultâneo com o *upload*: a problemática dos programas de *peer-to-peer*.

Os programas de *peer-to-peer* (puros), que tiveram o seu precursor no *Napster*⁽¹⁵⁹⁾, consistem, basicamente, num *software* a ser instalado por cada utilizador no seu computador que permite a troca de ficheiros directamente entre os computadores dos utilizadores privados, sem recurso a servidores centrais⁽¹⁶⁰⁾.

Cada utilizador do programa, ao fazer o *download* de um *torrent*⁽¹⁶¹⁾, estará — em regra por imposição do próprio *software* — a fazer o *upload* simultâneo das partes desse ficheiro que já copiou para o seu computador. Isto permite que cada utilizador faça o *download* do seu ficheiro a partir de vários outros computadores de

⁽¹⁵⁷⁾ Ao contrário do que sucede com a lei espanhola, que exige que a cópia privada seja obtida “*a partir de obras a las que haya accedido legalmente*”, cf. RICARDO MATA Y MARTÍN, *Protección penal de los derechos del autor en Internet*, cit., p. 101.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», p. 455.

⁽¹⁵⁹⁾ Para uma breve explicação das origens, entraves e reaparecimento do *Napster* v. MANUEL LOPES ROCHA, e, HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, cit. pp. 68-70.

⁽¹⁶⁰⁾ “*En los actuales sistemas de intercambio de archivos de intervenir alguna página Web ésta no pone las obras a disposición de los usuarios, sino que se limita a ponerlos en contacto. Por ello los titulares de la página Web no realizan conductas que infrinjan los derechos de propiedad intelectual, ya que no actúa como servidor central en las descargas y ofrecimiento de archivos. Quienes realizan las descargas y puesta a disposición de los archivos (música, películas, fotografías, etc.) son los usuarios directamente desde su terminal.*” RICARDO MATA Y MARTÍN, «*Protección penal de los derechos del autor en Internet*», cit., p. 91.

⁽¹⁶¹⁾ Grosso modo, um *torrent* é um ficheiro que tem de ser aberto num programa específico (de *peer-to-peer*) e que permite localizar e fazer o *download* do conteúdo pretendido através dos computadores de outros utilizadores do mesmo programa, de onde vão ser copiadas várias partes do conteúdo cujo *download* se realiza até perfazer uma cópia íntegra do mesmo.

outros utilizadores (*seeds* ou sementes), isto é, indo “buscar” pedaços de um mesmo ficheiro a vários computadores ao mesmo tempo até obter um único ficheiro, enquanto, simultaneamente envia as partes dos ficheiros cujo *download* já fez para outros utilizadores que estejam a fazer o mesmo.

Na eventualidade de esse ficheiro cujo *download* se faz ser uma obra protegida, surgirá um problema pois, por um lado, o *download* é legal, e por outro, o *upload* é ilegal. Porém, em regra não haverá maneira de separar os dois, o que implica que apenas se poderá fazer o *download* se, no mínimo durante o tempo em que o mesmo está a ser feito, se fizer o *upload* desse mesmo ficheiro.

Para Alberto Vieira, o *upload* simultâneo ao *download* para uso privado por imposição do *software* de *peer-to-peer*, “*não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia*”. Adianta ainda que, a entender-se de outro modo, “*um processo técnico de funcionamento do software de partilha de ficheiros serviria de obstáculo ao exercício da liberdade de copiar obra ou prestação para uso privado, eliminando esta, o que não parece aceitável*”⁽¹⁶²⁾.

Salvo o devido respeito pelo Insigne Autor, não parece poder proceder esta posição.

Em primeiro lugar porque a argumentação aduzida poderá servir para fundamentar os *uploads* puros naqueles programas de *peer-to-peer* que impõem a existência de um rácio entre os *downloads* e os *uploads*. Com efeito, alguns programas de *peer-to-peer*⁽¹⁶³⁾ exigem que entre a quantidade de dados recebidos por *download* e a quantidade de dados enviados por *upload* exista uma proporção, sob pena de, havendo uma discrepância entre esses dois valores, o utilizador ser impedido de fazer mais *downloads* até que faça os *uploads* necessários para que o rácio de *downloads/uploads* seja considerado aceitável. Portanto, o utilizador tem de enviar tanto quanto recebe sob pena de não poder receber mais até ter

⁽¹⁶²⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado», cit., p. 460.

⁽¹⁶³⁾ Por exemplo, o BT Next.

enviado o suficiente para atingir uma proporção tida por desejável no referido programa.

O que muitas vezes sucede com estes programas é que, dada a tendencial velocidade superior dos *downloads* em relação aos *uploads* e a necessidade de existência de procura para os ficheiros que cada utilizador tem para que o seu rácio suba, tende a ser descarregada mais informação do que aquela que é enviada, criando um rácio negativo para o utilizador. Isto vem a ser acentuado quando o *download* efectuado consiste num ficheiro com pouca procura, uma vez que haverá uma recepção rápida do ficheiro mas não haverá procura suficiente desse ficheiro para que seja efectuado rapidamente o *upload*.

Quando esta situação ocorre, o utilizador terá duas opções: ou disponibiliza ele próprio mais ficheiros para que sejam feitos mais *uploads* na sua conta e possa voltar a fazer *downloads* (caso em que estará, ele próprio, a fazer novos *uploads*), ou, terá de fazer somente *uploads* dos ficheiros que recebeu para, posteriormente, vir a ter um rácio que lhe permita fazer mais *downloads*.

Ora, a propugnar-se o entendimento de Alberto Vieira, teríamos de aceitar a prática destes *uploads* puros pois, caso contrário, estaríamos perante uma situação em que a exigência imposta pelo processo técnico de funcionamento do *software* de partilha de ficheiros serviria de obstáculo ao exercício da liberdade de fazer cópia para uso privado.

Portanto, teríamos de justificar a prática de um crime de usurpação consubstanciado no *upload* de obras protegidas com base no exercício de uma liberdade — de natureza legal — susceptível de ser exercida de outro modo.

Em segundo lugar, e no seguimento do que acabámos de referir, entendemos que o *upload* simultâneo ao *download* constituirá sempre crime de usurpação, porquanto a mera imposição da prática de um facto ilícito — a saber, a disponibilização de obras protegidas em linha através de *upload* — para o exercício da liberdade de cópia privada, praticada através da escolha de um meio que a tal obriga, não pode servir como causa de justificação para aquele facto.

Apesar de as causas de justificação não estarem sujeitas ao princípio da legalidade penal, ainda assim as mesmas têm de

preencher certos requisitos para poderem excluir a ilicitude. Não basta a justificação do exercício de uma liberdade para fundamentar a irrelevância do meio pelo qual o crime se pratica.

Tão-pouco se poderá invocar a licitude, face ao Direito de Autor, da acção que desencadeia o *download*, para fundamentar a exclusão da ilicitude penal do *upload*. Por um lado, porque a acção que desencadeia o *download*, desencadeia igualmente o *upload*, logo, há a vontade de obter um resultado lícito recorrendo a um meio ilícito (note-se que o crime de usurpação é um crime de mera actividade, pelo que bastará o início do *upload* para se consumir o crime, sendo que a interrupção deste *upload* apenas será relevante para efeitos de determinação da medida da pena, e nunca para a subsunção da sua prática a uma tentativa não punível por via da conjugação dos arts. 197.º, n.º 1 do CDADC e 23.º, n.º 1 do CP). Por outro lado, porque o reconhecimento de que os efeitos dessa mesma acção serão susceptíveis de consubstanciar um facto típico, ilícito e culposo a partir do momento em que termine o *download*⁽¹⁶⁴⁾, implica a consciência, no mínimo, da potencial ilicitude da conduta, o que não pode configurar uma aprovação jurídica global⁽¹⁶⁵⁾ dessa mesma conduta para efeitos de justificação e consequente exclusão da ilicitude.

Salvo melhor opinião, parece dever concluir-se que o entendimento propugnado por Alberto Vieira nos levará a concluir que a causa de justificação, consubstanciada no exercício da liberdade de cópia privada simultâneo ao crime de usurpação, apenas funcionaria até ao final do *download*, sendo que a partir daí regressaria a ilicitude do *upload*, embora a acção que desencadeou, quer a conduta justificada, quer o crime, seja exactamente a mesma.

Teríamos ainda que concluir que a transformação da conduta lícita em ilícita ocorreria independentemente do conhecimento por parte do agente do momento exacto da cessação dessa causa de jus-

⁽¹⁶⁴⁾ A menos que se entenda que a partir do momento em que termina o *download* se passe a verificar uma omissão, o que não é de todo verosímil, nem poderia levar à punição a título de crime omissivo impróprio, uma vez que não existe uma verdadeira posição de garante.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal — Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008 (1.ª ed. em dois volumes de 2003 e 2004), p. 331.

tificação (pode não se encontrar perto do computador, por exemplo), o que levaria a que o agente pudesse, a partir do momento em que termina o *download* e se mantém exclusivamente o *upload*, ser punido a título de dolo (eventual) por um crime de usurpação, punível até três anos de prisão e multa de 150 a 250 dias.

Além do mais, a entender-se a fundamentação aduzida por Alberto Vieira como susceptível de configurar uma causa de exclusão da ilicitude, seríamos forçados a entender, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada⁽¹⁶⁶⁾, que o cúmplice do facto justificado não seria também punível.

Isto implicaria que, não só não seria punível aquele que fizesse *download* simultâneo ao *upload* por imposição de um programa de *peer-to-peer*, como, nesse âmbito, não seria punível aquele que se limitasse a fazer o *upload* da obra protegida para que outros dele fizessem o *download*, pois encontrar-se-ia somente a providenciar auxílio material a uma conduta justificada.

Deverá ainda entender-se que o facto de o agente poder exercer a sua liberdade de cópia privada de outro modo, como, por exemplo, através do recurso a *sites* como o *Rapidshare* ou o *Megaupload*, que não impliquem o envio de dados mas antes permitam um simples descarregamento, deverá também obstar à justificação da conduta.

Poderemos fazer aqui também um paralelo com a teoria da imputação objectiva — que, como refere Figueiredo Dias, deverá ter-se por aplicável às causas de justificação⁽¹⁶⁷⁾ —, nomeadamente com a teoria do comportamento lícito alternativo. Neste caso seríamos forçados a concluir pela inexistência de comportamento lícito alternativo, uma vez que, caso o agente tivesse actuado lícitamente, o resultado típico da usurpação não se verificaria, pelo que não seria — nem por esta via — justificada a conduta do utilizador.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 143 e ainda JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral — Tomo I*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, (1.^a ed. 2004), p. 401.

⁽¹⁶⁷⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral — Tomo I*, cit., p. 400.

Concluímos, portanto, que a ilicitude do *upload* “consome” a licitude do *download* quando ambos são realizados em simultâneo num programa de *peer-to-peer*, embora reconheçamos a desadequação da imputação de um ilícito criminal a uma conduta de tão reduzida gravidade, bem como a impossibilidade prática actual de monitorização e detecção desta conduta, pelo que a sua criminalização (desejável) dificilmente poderá surtir efeitos.

§ 6. Da eventual criminalização do *download* não autorizado de obras protegidas efectuado por pessoa singular sem intuito comercial

Como já tivemos ocasião de expor, afigura-se como provável uma futura alteração legislativa no sentido da criminalização dos *downloads* não autorizados, efectuados por pessoa singular, sem intuito comercial. Não só tem sido esse o caminho a começar a ser seguido por alguns países europeus, como parece ser nesse sentido que se dirige a União Europeia, agora com mais meios para impor tipos de ilícito criminal aos Estados-Membros.

Com efeito, não parece ser essa a melhor via a ser seguida pelo legislador.

Em primeiro lugar porque não existe uma verdadeira consciência social da validade jurídico-penal de uma norma desse género. Embora a propriedade intelectual seja um bem jurídico constitucionalmente tutelado e goze, inclusivamente, “*de uma protecção constitucional mais intensa do que o direito de propriedade sobre as coisas*”⁽¹⁶⁸⁾, a verdade é que do ponto de vista da hierarquização valorativa social⁽¹⁶⁹⁾ e da consciência de ilicitude jurí-

⁽¹⁶⁸⁾ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 622.

⁽¹⁶⁹⁾ Paulo Sousa Mendes parece ter uma concepção semelhante, ao dizer que “*Actualmente, o apoio do público à protecção dos direitos de propriedade intelectual é fraco. Ora, se o novo regime jurídico vier a ser considerado opressivo, então isso só poderá ser contraproducente para a criação do almejado espírito de reprovação social da violação dos direitos de propriedade intelectual.*”, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “*A tutela penal de direitos de propriedade intelectual na Proposta de Directiva*” ... p. 324.

dico-penal⁽¹⁷⁰⁾, a violação do direito à propriedade, por exemplo, através de um furto, não é comparável ao *download* ilegal de obra protegida⁽¹⁷¹⁾ — não obstante, a pena aplicável aos crimes jus-autoralísticos é igual à do furto.

O próprio facto de ser requerida uma alteração legislativa para extrair o *download*, mesmo que proveniente de obra ilicitamente divulgada, do âmbito da cópia privada para o da criminalização, indicia estarmos perante um crime meramente proibido, isto é, um “*delicta mere prohibita*”, ou seja, o que ontem era uma liberdade imperativa amanhã passaria a ser crime porque se entendeu ser lesivo.

Socorremo-nos das características apontadas por Augusto Silva Dias para a qualificação dos crimes enquanto “*delicta mere prohibita*”. Diz o Ilustre Penalista o seguinte: “*E no âmbito dos ‘delicta mere prohibita’, que se encontram arredados da validade jurídico-penal e em cuja qualificação como crimes a pena tem um papel decisivo (ao ponto de, se a omitirmos, se tornar óbvia ou pelo menos plausível a sua natureza não penal) (...)*”. Continua, dizendo que “*Já no domínio dos ‘delicta mere prohibita’, a estatuição de uma pena tem, como dissemos, um significado constitutivo da própria qualidade criminal do comportamento. A mera violação da norma jurídica funcional, sem mais, não lhes confere essa qualidade*”⁽¹⁷²⁾.

Em segundo lugar porque uma alteração no sentido que se antevê implicaria uma correspondente alteração a nível processual

⁽¹⁷⁰⁾ Apesar da publicidade inteligente e repetidamente feita nalgumas salas de cinema portuguesas e nalguns filmes comprados ou alugados a equiparar os ilícitos típicos, em vídeo disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=Ki7AgLUN1Tg>>.

⁽¹⁷¹⁾ “*O mesmo se diga em relação às descargas (downloads) ilegais da Internet, feitas de forma quase incontrollável um pouco por todo o mundo. Qualquer pai que proporcione e incuta ao seu filho padrões culturais e de conduta cívica medianos censurá-lo-á, sendo para ele motivo de desgosto e apreensão, se o jovem furtar um objeto. O mesmo pai é capaz de, em simultâneo, sem que a consciência lhe pese, incentivar ou pelo menos tolerar sem censura, que o filho copie ilegalmente um disco ou um filme através da Internet.*” LUCAS SERRA (2010), “*Gestão e Defesa do Direito de Autor*”, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 69/70, Agosto/Setembro de 2010, p. 24.

⁽¹⁷²⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 747.

penal para permitir uma monitorização e prossecução criminal dos infractores. Uma alteração deste género poderia implicar uma intromissão inadmissível no sistema informático do utilizador, violando o seu direito — constitucionalmente consagrado — à reserva da intimidade da vida privada.

Além de que, uma alteração neste sentido, que permitisse a detecção dos infractores através do recurso ao seu endereço de IP poderia representar graves violações do princípio da culpa, bem como das garantias de defesa do titular da conta de acesso à Internet, uma vez que as violações poderão nem ter sido perpetradas por si — basta pensar no caso do vizinho que acede à rede informática de outrem e faz *downloads* através dela ou até no caso de serem várias as pessoas na mesma casa a utilizar o mesmo computador.

Além do mais, tal permissão da detecção do IP dos utilizadores domésticos da Internet que fizessem *download* de obras protegidas, implicaria a consagração de uma medida até agora reservada aos crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, al. g) e 3.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2008.

Muito menos se poderá considerar admissível a colocação, por parte de uma qualquer entidade administrativa criada para o efeito, de ficheiros com *trojans* (como já tem sido sugerido) em programas de *peer-to-peer* ou até em quaisquer outros onde possam ser feitos *downloads* ilegais, para que os utilizadores os carreguem para o seu computador na expectativa de estarem a fazer o *download* de uma obra (por exemplo, um filme, um álbum ou um livro) e, assim, possam ser mais facilmente detectados.

Tratar-se-ia de uma espécie de “agente infiltrado cibernético” à espera do momento certo para deter os utilizadores domésticos que optem por fazer o *download* de obras protegidas.

Este tipo de medidas são próprias de Estados polícia e não podem ser levadas a cabo por um Estado de Direito, especialmente com base no argumento *ad terrorem* da impunidade dos infracto-

res, insusceptível de fundamentar qualquer violação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Como refere Paulo de Sousa Mendes “*A pena criminal é a mais forte de quantas o legislador tem dependuradas no mostruário das sanções jurídicas. A cominação da pena criminal devia, pois, obedecer a rigorosos critérios de oportunidade e eficácia sociais: o princípio da subsidiariedade do direito penal*”⁽¹⁷³⁾.

Portanto, antes de proceder à criminalização, deverá o legislador procurar alternativas para a prossecução justa e eficaz da finalidade dissuasora que pretende promover, sem recurso à *ultima ratio* do Direito.

Deverá ainda o legislador procurar promover aquilo que Mata y Martín qualifica como “*el establecimiento de una sensación de ilicitud penal generalizada para todo lo que tenga que ver con la aplicación no consentida de las tecnologías a las obras protegidas sin señalar ni matizar los diferentes casos, los ámbitos librés ni los distintos tipos de responsabilidad*”⁽¹⁷⁴⁾, pois enquanto não houver uma verdadeira consciência da ilicitude, o nível de infracções cometidas permanecerá a um nível impossível de controlar.

§ 7. Conclusão

Afigura-se-nos que a melhor solução a adoptar será semelhante à já proposta no Parlamento Francês aquando da discussão da Lei DADVSI e que consiste na licença global ou licença legal. Esta licença assemelha-se em muito à “*compensação devida pela reprodução ou gravação de obras*”, prevista no art. 82.º do CDADC e regulamentada pela Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que impõe a inclusão, no preço de venda ao público de aparelhos e suportes virgens de fixações e reproduções, de uma “*quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou os execu-*

⁽¹⁷³⁾ PAULO DE SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 309.

⁽¹⁷⁴⁾ RICARDO MATA Y MARTÍN, «Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal», cit., p. 68.

tantes, os editores, os produtores fonográficos e os videográficos” (art. 2.º da Lei 62/98).

Esta compensação⁽¹⁷⁵⁾ tem como fundamento a “*assunção que há uma ‘realização incontrollável de cópias’*”⁽¹⁷⁶⁾, isto é, o legislador reconhece que não pode controlar a existência de cópias (legal ou ilegal) de obras protegidas e, como tal, impõe o pagamento de uma quantia adicional para compensar os eventuais prejuízos que os titulares dos direitos de autor venham a sofrer.

Semelhante raciocínio deverá ser adoptado com a imposição da referida licença global. Deverá ser cobrada uma quantia adicional⁽¹⁷⁷⁾ aos subscritores de ligações de Internet de banda larga, a qual deverá ser distribuída aos autores, nos mesmos moldes que a compensação equitativa incluída nos suportes virgens (CDs, DVDs, etc.).

Tal não implicará a legalização dos programas de *peer-to-peer*, mas apenas o seu reconhecimento enquanto sistema incontrollável e acima de tudo, o humilde reconhecimento por parte do Estado legislador de que é melhor conceder e procurar alternativas justas e eficazes do que perseguir a todo o custo e reprimir violenta e desproporcionadamente uma conduta que, ainda que gravemente lesiva, não justifica a gravidade de uma sanção penal.

Deste modo se beneficiam, por um lado os autores, os quais, caso se opte pela criminalização, apenas serão remunerados por eventuais indemnizações cíveis nos casos residuais em que se conseguir detectar o infractor, e, por outro, os utilizadores, que não arriscarão ver a sua intimidade devassada e a Internet “policiada” mediante novos procedimentos a implementar por uma qualquer reforma legislativa mais invasiva.

⁽¹⁷⁵⁾ Para uma abordagem das teses existentes acerca da natureza jurídica desta compensação v. DÁRIO MOURA VICENTE, «*Cópia privada e Sociedade da Informação*», cit., pp. 10-13

⁽¹⁷⁶⁾ NUNO MIGUEL COSTA PINHO, *O direito à Cópia privada digital: dois mundos em conflito*, Tese de Mestrado em Estudos Editoriais, Direito de Autor e Propriedade Industrial, 2009, p. 6.

⁽¹⁷⁷⁾ Em França falava-se na quantia de 7€. Embora os serviços conjuntos de Internet, telefone e televisão em França tenham um custo médio de 30€, cerca de 20€ a menos que em Portugal.

No entanto, e para contornar as injustiças decorrentes do pagamento automático por parte daqueles que não efectuam *downloads*, nomeadamente em programas de *peer-to-peer*, essa quantia apenas deverá ser cobrada a partir de um certo limite de tráfego.

Contudo, e com o intuito de educar e na procura de uma solução equitativa, deverão ser criados instrumentos que permitam excluir certos *sites* da contabilização do tráfego, como *sites* onde possam ser feitos *downloads* legais, ou *sites* onde estejam alojados e-mails (embora se saiba que também podem ser trocados ficheiros protegidos por e-mail), *sites* de notícias ou alguns *sites* onde se possam assistir a vídeos em *streaming*, como o *Youtube* ou o *Meta-caffe* (apesar de, também nestes *sites*, com o *software* necessário, se poder fazer *downloads* dos ficheiros nele contidos) e vários outros *sites* considerados inofensivos ou “vitais” a uma utilização comum da Internet.

Dada a constante mutação da Internet, deverá ser criada uma autoridade administrativa que permita a inclusão (e nunca a exclusão, pelo menos sem autorização judicial) de novos *sites* na lista dos *sites* isentos de contagem de tráfego e um mecanismo onde um número mínimo de utilizadores possa propor a inclusão de novos *sites*, se necessário, mediante aprovação judicial.

Deverão ser incluídos nessas categorias de isenção de tráfego, várias classes de *sites* (de notícias, de *streaming*, governamentais, alojamento de e-mails, *sites* de compra de ficheiros protegidos *online*, etc.) para evitar a necessidade de inclusão taxativa de todos os *sites* permitidos (o que seria impossível de detectar) e a detecção de cada tipo deverá ser automática, mediante a criação de mecanismos específicos para o efeito.

Além do exposto, deverá a quantia a pagar pelos utilizadores ser delimitada consoante a quantidade de tráfego de cada conta de Internet, devendo ser criados escalões cujo pagamento será mais alto em proporção directa da quantidade de descarregamentos feitos.

O essencial será que os programas de *peer-to-peer* estarão sempre incluídos neste sistema.

O valor da quantia a pagar deverá, contudo, ser o suficiente para desincentivar o *download* não autorizado e tornar mais one-

rosa a sua prática do que a compra legal dos mesmos ficheiros em *sites* criados para o efeito.

Por fim, deverão ser criadas alternativas viáveis ao *download* ilegal e ser as mesmas devidamente publicitadas e incentivadas (nomeadamente mediante a concessão de isenções de tráfego).

Além de tudo o exposto, a verdade é que a supressão de uma liberdade concedida e respectiva substituição por um crime, num ambiente tão propício à criação de soluções alternativas como a Internet, apenas poderá resultar numa rotunda ineficácia, porquanto, como tivemos ocasião de referir, “*Quand une fois la liberté a explosé dans une âme d’homme, les Dieux ne peuvent plus rien contre cet homme-là*”.

