

Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais

Cláudia Trabuco

(*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*)

Resumo

O presente texto analisa o limite estabelecido na maioria das legislações autorais ao direito de reprodução que dispensa do consentimento do titular do direito de autor as reproduções para uso privado.

Este limite aparece muitas vezes associado a um direito dos titulares de direitos a uma compensação equitativa pelos prejuízos que se estima dai terem resultado para a exploração normal das obras intelectuais, a qual se encontra actualmente em discussão pela Comissão Europeia e que obriga a repensar a própria subsistência de um limite relativo à cópia privada. São, por isso, passadas em revista as justificações que tradicionalmente têm fundamentado este limite e analisada a legitimidade das mesmas no contexto das reproduções digitais de obras, concedendo-se especial atenção àquele que parece ser o seu alicerce mais consistente, isto é, a protecção da privacidade do indivíduo.

Palavras-chave: Cópia privada – Direito de autor – Intimidade da vida privada – Privacidade – Obras intelectuais – Propriedade intelectual

Abstract

The present paper analyses private copying as an exception to the reproduction right of intellectual works established by the majority of Copyright Laws, which turns dispensable the consent of the right-holder for the making of copies for private use.

This exception is frequently connected to a system of fair compensation for right-holders, which is presently under public debate in the European Union and makes it necessary to discuss the subsistence of an exception for private copying in itself considered. The paper, therefore, appraises each of the traditional reasons pointed out to justify the exception within the present

digital environment, taking into particular consideration the reason considered to be its most solid support, that is the protection of privacy.

Key words: Private copying – Copyright – Intellectual property – Privacy – Intellectual works

I. Introdução e justificação do tema

O título do presente artigo constrói-se por referência aos três vértices de um triângulo em cuja área se situa e se torna possível estudar actualmente o problema da cópia privada das obras literárias e artísticas.

Fazer referência à “cópia privada” significa, em rigor, simplificar os termos de uma questão tradicional do Direito de Autor, a saber, a questão da licitude das reproduções das obras intelectuais destinada a uma utilização de carácter privado pelo indivíduo que as reproduz (ou, como veremos, por outro em resposta a um seu pedido e sob a sua orientação estrita).

Até ao momento em que as cópias digitais se tornaram uma realidade que o Direito de Autor se viu forçado a encarar e tratar, o argumento decisivo para justificar a necessidade de preservar a cópia privada era o facto de não se poder legitimamente controlar o que cada indivíduo faz no âmbito da sua esfera de intimidade privada.

Por esse motivo, mais do que pelas razões de ordem prática habitualmente também invocadas, relacionadas com a dificuldade em controlar o número de cópias produzidas para uso pessoal ou privado, o Direito de Autor acolheu no seu seio limites ou excepções que procuram isentar de responsabilidade os utilizadores que, ainda que na ausência de autorização dos titulares de direitos sobre as obras, procedem à sua reprodução desde que o façam sem um propósito comercial ou de modo profissional.

A geometria utilizada no início deste capítulo permite, deste modo, fixar o ponto de partida para um ensaio de resposta a uma questão que tem preocupado – justificadamente, diga-se – a literatura jus-autoral. Face às inúmeras alterações tecnológicas comportadas pela utilização da tecnologia digital e das redes telemáticas, em que a própria técnica é colocada ao serviço da protecção dos direitos exclusivos definidos pelo Direito de Autor, é mister voltar a analisar o problema no sentido de se indagar da conveniência da manutenção no presente contexto da espécie de *espaço de liberdade* que parece inferir-se da referência à cópia privada.

II. Enquadramento do uso privado de obras intelectuais no Direito de Autor

Não tem sido pacífico o entendimento das utilizações privadas das obras intelectuais na doutrina jus-autoralista, oscilando a literatura portuguesa entre

a sua qualificação como 'limite aos direitos patrimoniais exclusivos atribuídos a autores, artistas e demais titulares de direitos conexos, e o seu afastamento do conteúdo do direito de autor por aqueles que consideram que o uso privado em geral escapa pura e simplesmente ao âmbito de aplicação de tais direitos, impondo-se a estes como um espaço de liberdade cujo respeito é devido de *jure condendo* no momento da definição dos direitos exclusivos e, bem assim, de *jure condito*, aquando do exercício dos mesmos¹.

Um tal princípio de liberdade de uso privado não encontra acolhimento *qua tale* no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante, CDADC) português² mas tem vindo a ser afirmado como orientação geral que se extrai por abstracção a partir das seguintes normas jurídicas:

- (i) a norma que define como objecto fundamental da protecção pelo direito de autor as vantagens patrimoniais resultantes da exploração económica da obra (prevista no n.º 2 do artigo 67.º);
- (ii) a definição como comunicação ao público, e por isso sujeita a direito exclusivo do autor, da representação da obra já divulgada, “desde que se realize sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar”, regra que é expressamente estendida a todas as formas de comunicação (n.º 1 do artigo 108.º);
- (iii) e, finalmente, a norma segundo a qual a reprodução para “uso exclusivamente privado” é permitida mesmo que para tal não se tenha previamente obtido a autorização do titular desse direito (alínea b) do artigo 81.º e alínea a) do n.º 2 do artigo 75.º³.

¹ José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, *passim, maxime* p. 198 e ss. (“O uso privado não é excepção ao direito de reprodução, está pura e simplesmente de fora do exclusivo que é outorgado ao autor”); Luiz Francisco Rebello, *Introdução ao Direito de Autor*, Lisboa, SPA/Publicações Dom Quixote, 1994, p. 208 e ss. (“(...) o seu [da obra] uso privado escapa à disciplina do Direito de Autor”). Num artigo mais recente, Oliveira Ascensão parece, porém, retroceder um pouco na posição anteriormente sustentada ao afirmar que é através da consagração de limites “que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesses do público em geral, *como o uso privado*” (o itálico é nosso). José de Oliveira Ascensão, *O “fair use” no direito autoral*, in FDL/APDI, “Direito da sociedade da informação”, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 90.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de. A última alteração ao CDADC consta da Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que transpõe para o direito nacional a Directiva n.º 2001/29/CE. Por ser relevante para a matéria discutida no presente texto, refira-se que a Lei n.º 50/2004 procedeu igualmente a uma alteração substancial da lei que regula o direito de compensação relativo à reprodução incontrolável de obras, informalmente conhecida como “lei da cópia privada” (Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro).

³ A existência de duas referências no texto do CDADC às reproduções para uso privado origina legítimas dúvidas ao intérprete, porquanto, não existindo, nem na alínea b) do artigo 81.º nem na alínea a) do n.º 2 do artigo 75.º, alusão ao outro preceito sobre cópia privada, torna-se difícil articular as duas disposições. Como se disse noutra ocasião, parece que a alínea

Porém, mesmo nos casos em que se pretende uma dispensa do consentimento do titular do direito exclusivo nos casos de utilização meramente privada das obras, tal não significa que nos possamos referir a uma utilização inteiramente livre, no sentido de isenta de restrições. Pelo contrário, as utilizações privadas são consentidas apenas nos casos especiais definidos na lei e desde que não atinjam a exploração normal da obra e não causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor⁴.

A lei reserva ao autor um conjunto de faculdades de exploração patrimonial da sua obra, submetendo ao seu consentimento todas as utilizações desta última que se revistam de um significado, actual ou potencialmente, económico.

O carácter privado de determinadas utilizações das obras intelectuais, *verbi gratia* da sua reprodução para uso privado, não implica necessariamente a inexistência de uma expressão patrimonial de tais utilizações, mormente se, em virtude do número de cópias ou da frequência da reprodução, se traduzirem num desvalor ou num impacto negativo sobre os frutos que o autor espera receber por via da exploração económica da sua criação⁵. O uso privado não se confunde com o gozo passivo das obras intelectuais, esse sim subtraído, por princípio, ao âmbito de aplicação do direito de autor⁶.

No que diz respeito à qualificação do uso privado, tomam-se como boas as posições que defendem que este, como de resto outros limites ao direito de autor, não resulta do recorte positivo de tal direito, devendo antes ser entendido sob o prisma de *ius prohibendi* ou de uma vertente negativa do mesmo⁷.

b) do artigo 81.^º tem hoje apenas uma função, despicienda de resto, de servir de prova histórica de uma aplicação da regra dos três passos que descende do n.^º 2 do artigo 9.^º da Convenção de Berna de 9 de Setembro de 1886 (na versão resultante da revisão operada pelo Paris em 24 de Julho de 1971) e que cobria unicamente o direito de reprodução. A inutilidade deste preceito resulta actualmente do facto de o n.^º 4 do artigo 75.^º do CDADC aplicar a regra dos três passos a todos os tipos de utilizações patrimoniais previstas no n.^º 2 do artigo, inclusivamente às reproduções privadas da alínea a). Para um confronto crítico do conteúdo das duas disposições, vide Cláudia Trabuco, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006, pp. 502-503.

⁴ No CDADC português, a alínea b) do artigo 81.^º e o n.^º 4 do artigo 75.^º definem o uso privado em função dos critérios económicos que retiram do n.^º 2 do artigo 9.^º da Convenção de Berna. Isto significa que é unicamente uso privado aquele que não afecta a exploração normal da obra e não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular. Para uma crítica da imposição desta limitação adicional ao alcance das excepções previstas aos direitos exclusivos, vide José de Oliveira Ascensão, *O "fair use"...*, cit., p. 93, e Alexandre Dias Pereira, *A globalização, a OMC e o comércio electrónico*, in Temas de Integração 14 (2002), p. 140.

⁵ No mesmo sentido, Dário Moura Vicente, *Cópia privada e sociedade da informação*, in FDUL, “Direito e Informação: I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 17.

⁶ Thomas Dreier, Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz - Kommentar*, München, Verlag C. H. Beck, 2004, Schulze, §15, pp. 218-219.

⁷ Assim, Manuel Botana Agra, *Los derechos de explotación de la obra de autor en la ley española de propiedad intelectual*, in ADI, T. XII (1988), p. 48.

O direito de autor situa-se na convergência de interesses frequentemente conflituantes, isto é, dos interesses pessoais e patrimoniais dos titulares de direitos, por um lado, e da sociedade (na promoção da cultura, da educação, do desenvolvimento científico), por outro. É em razão da necessidade de encontrar equilíbrios adequados entre tais interesses que os limites àquele direito são definidos.

A pretensa liberdade de uso privado não é entendível como princípio de base do sistema de Direito de Autor mas deve ser concebida, a par com os demais limites, como o resultado da ponderação de interesses⁸. O uso privado assume, assim, o papel de contrapartida social da protecção da liberdade de criação cultural pois que, no âmbito constitucional, esta liberdade é ponderada face a outros direitos fundamentais, entre os quais destacamos o direito de expressão e divulgação do pensamento, o direito de informar e de ser informado, a liberdade de aprender e de ensinar, e o próprio direito de propriedade privada⁹.

Como se defendeu anteriormente, é na necessidade de ponderação e nas constantes cedências a interesses gerais que se espelha a função social do direito de autor¹⁰. Na verdade, e mesmo se a reserva de um espaço livre para o uso privado se dirige *prima facie* à satisfação de interesses privados dos utilizadores, não pode deixar de ser integrada no interesse socialmente relevante do acesso à cultura, e, bem assim, da promoção da investigação e da educação, campos em que muitas das cópias privadas são produzidas.

Assim, de acordo com a maioria da doutrina, o uso privado não tem – não pode ter – a natureza de um princípio que escape *a priori* à esfera de incidência do direito de autor¹¹. Subscreve-se, pois, a conclusão de uma das

⁸ No mesmo sentido, Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 352.

⁹ Esta ponderação é particularmente visível na Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 27.^º tem uma sistematização de matérias que se julga digna de destaque pois que, após consagrar no seu n.^º 1 uma espécie de direito de acesso à cultura, estabelece no seu n.^º 2 o “direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”.

¹⁰ Destacando também a função social do uso privado, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997, Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, comentário ao artigo 31.^º, p. 600; Gerhard Schrieker, *Urheberrecht - Kommentar*, 2.^a ed. (reimp.), München, Verlag C.H. Beck, 1999, Loewenheim, § 53, pp. 836-837.

¹¹ No direito alemão, parece ter sido há muito abandonada a visão mais abrangente proposta por Kohler, ao considerar que, sendo apenas reservada ao autor a reprodução para fins comerciais, o uso pessoal encontrar-se-ia fora do âmbito de aplicação do direito de autor (Joseph Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, Scientia Verlag Aalen, 1980 (1.^a edição: 1907), pp. 175-178). Representativos da posição dominante da doutrina alemã mais recente são os escritos de Gerhard Schrieker, *Urheberrecht - Kommentar*, cit., Melichar, §§ 45 ff., p. 742; Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 13.^a ed., München, Verlag C.H.

mais relevantes e históricas decisões do BGH nesta matéria, segundo a qual “uma verdadeira fronteira do direito exclusivo do autor, que residisse na natureza das coisas, existiria apenas se o réu tivesse razão em afirmar que os direitos do autor são obrigados a resignar-se aos interesses dos indivíduos na manutenção da liberdade da esfera privada em relação às pretensões do direito de autor. Um tal princípio não pode, porém, com este sentido geral, ser deduzido do Direito de Autor”¹².

III. Fundamentação da liberdade de reprodução para uso privado

A justificação mais frequentemente apontada para o facto de a lei consagrar o carácter livre das utilizações que ocorrem na esfera privada assenta na impossibilidade de proceder ao seu controlo. Esta situação atraiu a atenção do legislador jus-autoral a partir do momento em que foram divulgados os primeiros meios analógicos, designadamente reprográficos, de reprodução em massa das obras intelectuais e em que se tornou progressivamente mais fácil e menos dispendioso realizar as chamadas “cópias privadas” de tais obras. Com efeito, por volta de 1960, o surgimento das máquinas fotocopiadoras com características surpreendentes na execução de cópias com qualidade, rapidez e a um preço pouco elevado, viriam a pôr seriamente em causa as actividades de edição e publicação¹³.

Contudo, a utilização deste meio tecnológico comportava uma dificuldade difícil de superar pois que tornava demasiadamente dispendiosa ou mes-

Beck, 2004, p. 214; considerando que a aplicação analógica destas excepções só em casos muito raros se colocará verdadeiramente; Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 220.

Na doutrina francesa, André Lucas, Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2.^a ed., Paris, Litec, 2001, p. 261; Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 2002, p. 215, e Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 4.^a ed., Paris, Puf, 2004, p. 375 e ss.. Contra, Christophe Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, in IIC 35, n.^o 3 (2004), p. 272, que, numa adaptação de uma posição expressa anteriormente por Foyer e Vivant sobre o direito de patente, qualifica metaforicamente os direitos de propriedade intelectual como “islands of exclusivity in an ocean of liberty”.

¹² BGH, *Grundig-Reporter*, 18/5/1955 (I ZR 8/54), in GRUR 10 (1955), p. 492: “Eine echte, in der Natur der Sache liegende Grenze des Ausschließlichkeitsrechts des Urhebers würde vorliegen, wenn die Ansicht der Beklagte zuträfēm daā die Rechte des Urhebers stets vor dem Interesse des einzelnen an einer Freihaltung seiner privaten Sphäre von urheberrechtlichen Ansprüchen zurücktreten müāten. Ein solcher Grundsatz kann aber in dieser Allgemeinheit dem Urheberrecht nicht entnommen werden”.

¹³ Tarja Koskinen-Olsson, *Reprography at the Dawn of the XXIst Century*, in “Num Novo Mundo do Direito de Autor? - II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos”, T. I, Lisboa, Edições Cosmos, 1994, pp. 281-290.

mo impossível a concessão de autorizações que tornassem as reproduções lícitas. Ademais, dada a divulgação das máquinas fotocopiadoras e o nível impressionante da sua utilização, mormente em empresas, escolas, bibliotecas e estabelecimentos comerciais criados para explorarem economicamente a actividade reprográfica, colocavam obstáculos práticos significativos à identificação da fonte da actividade.

Passou, assim, a tornar-se impossível determinar com certeza e controlar o número de cópias que diariamente passaram a ser produzidas a partir de materiais impressos, muitos dos quais correspondentes a obras protegidas pelo Direito de Autor. E, contudo, podendo colocar entraves a uma protecção efectiva dos direitos dos autores, a reprografia comportava um potencial de divulgação cultural inegável.

Para além da dificuldade existente em vigiar as reproduções efectuadas, a reprografia veio colocar ainda outros problemas relacionados com o seu potencial de divulgação cultural, contribuindo para a promoção da investigação, o progresso científico e a educação, enquanto tarefas a desempenhar pelo Estado.

Se tal não bastasse para justificar a necessidade de um adequado enquadramento jurídico deste fenómeno, haveria ainda que reconhecer que a reprografia aparecia frequentemente associada a uma utilização de carácter privado das obras, pelo que uma das questões que desde logo se suscitou foi, naturalmente, a de saber até onde deveria ir o controlo a exercer sobre este novo meio e, caso se entendesse salvaguardar o uso privado e alguns interesses específicos, como as necessidades do ensino ou da investigação científica, que tipo de soluções poderiam ser dadas ao problema da reprografia e de outros processos análogos¹⁴.

Com efeito, durante muito tempo, a relação do direito de autor com a protecção da privacidade não se colocou uma vez que não era entendido que as reproduções privadas anteriormente exequíveis afectassem os interesses dos titulares dos direitos. Conquanto o tratamento da questão tivesse sido perspectivado no sentido da resolução de um problema prático com contornos económicos evidentes, e menos do ponto de vista do eventual confronto com outros direitos e valores constitucionalmente tutelados (como o direito à intimidade) o uso privado constituiu-se como um limite ao direito de reprodução, escapando à habitual necessidade de consentimento do titular para efeitos da realização das cópias.

¹⁴ A expressão “reprografia” é, aliás, frequentemente utilizada em sentido amplo, como fórmula capaz de sintetizar todos os processos “que permitem a reprodução massiça de documentos sem dependência de uma matriz”. Assim, José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*... cít., p. 230.

Contudo, a difusão dos instrumentos de gravação doméstica de áudio e vídeo fez com que o problema assumisse relevância porquanto a realização de um controlo efectivo pelo titular de autor das reproduções domésticas das obras obrigaría necessariamente a uma violação da intimidade da vida privada dos utilizadores^{15 16}.

O uso privado assume, deste modo, a natureza de uma restrição aos direitos fundamentais em que assenta a tutela do direito de autor, isto é, a liberdade de criação cultural prevista no artigo 42.º da Constituição e, pelo menos no que respeita à sua esfera patrimonial, o direito de propriedade regulado pelo artigo 62.º do texto da Lei Fundamental¹⁷.

¹⁵ Assim, Lee A. Bygrave, Kamil Koelman, *Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), “Copyright and Electronic Commerce”, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p.101. A propósito da determinação da natureza jurídica do direito de remuneração por cópias reprográficas de obras, Angel Fernández-Albor Baltar (*La obra cinematográfica reproducida en cintas de video (Home video exploitation)*), Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 141, n. 372), considera que um dos elementos dessa obrigação legal de remuneração reside precisamente na protecção da privacidade. Na sua óptica, o uso privado consentido por lei coincide com o isso em “âmbito estritamente doméstico” das obras. Pelo contrário, no direito estadunidense, e apesar de a cópia privada de formatos analógicos ter sido considerada como *fair use*, a justificação encontrada pelo *Supreme Court* não contém uma linha de argumentação baseada na privacidade de tais utilizações. Cfr. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

¹⁶ Não deixa de ser interessante aqui lembrar a constatação feita, em geral, por Rita Amaral Cabral (*O direito à intimidade da vida privada*, in “Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha”, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1989, p. 389) de que as formas mais correntes de violação deste direito essencial do homem “surgem na sequência do progresso da técnica”.

¹⁷ A respeito a tutela constitucional “bipartida” em atenção à estrutura bipolar do direito de autor, veja-se, por exemplo, António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, reimpr. (da edição de 1979), p. 164 e ss., que separa os direitos patrimoniais – cuja protecção se integra na constituição patrimonial privada, em especial no disposto no artigo 62.º da Lei Fundamental – dos direitos morais, que se encontram compreendidos na previsão do n.º 2 do artigo 42.º da Constituição, a qual deve ser, por isso, ser alvo de uma interpretação restritiva quando se refere aos “direitos de autor”. Oliveira Ascensão opina também no sentido da inclusão do direito patrimonial de autor na previsão do artigo 62.º da Constituição, esclarecendo que a referência à “propriedade” se dirige a todos os direitos patrimoniais. Num tal contexto, a verdadeira função do artigo 42.º, n.º 2 seria a de estender a garantia já resultante daquele artigo ao direito pessoal de autor (José de Oliveira Ascensão, *Direitos de autor e direitos fundamentais*, in Jorge Miranda, “Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976”, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 182). Partilha deste entendimento José Joaquim Gomes Canotilho, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, 2004, in “Estudos sobre direitos fundamentais”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 222-223, para quem o complexo patrimonial que faz parte do direito de autor “se inclui inequivocamente no âmbito normativo da propriedade constitucionalmente garantido (CRP, art. 62.º)”.

Contra, Jorge Miranda, *A Constituição e os direitos de autor*, in Direito e Justiça, Vol. VIII, T. I (1994), p. 50, considerando que a amplitude do artigo 42.º, n.º 2 da Constituição permite incluir a protecção tanto dos direitos morais quanto dos direitos materiais do autor na medida

Com efeito, o problema dos limites ao direito de autor ultrapassa o círculo do Direito Privado e reveste-se de implicações constitucionais pelo facto de, quer na protecção do direito de autor, quer na salvaguarda dos interesses subjacentes aos seus limites, nos encontrarmos perante direitos constitucionalmente garantidos.

Se nos cingirmos à justificação do uso privado como resultado da necessidade de proteger a privacidade dos utilizadores das obras, teremos perante nós uma fundamentação da imposição de um limite aos direitos exclusivos de autor (no caso, ao direito de reprodução) que assenta num interesse subjacente difícil de determinar. Com efeito, definir com exactidão o que devia entender-se pelo bem “privacidade” é tarefa a que se dedica, com dificuldade e desde há muito, a doutrina, parecendo apenas certo que a referência é feita para concentrar a atenção no facto de a privacidade se reportar à salvaguarda de “*informação (num sentido lato)*”¹⁸.

Em Portugal, a tutela da privacidade neste seu sentido “informacional” faz-se, desde logo, no texto da Lei Fundamental, consagrando o n.º 1 do artigo 26.º, entre outros direitos pessoais, o direito “à reserva da intimidade da vida privada”. O n.º 2 do mesmo artigo cria, na esfera do legislador, a obrigação de estabelecer “garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

Densificando este direito pessoal, inserido no catálogo dos direitos, liberdades e garantias a que se dedica o Título II da Constituição da República

em que “só por causa destes faz sentido, não é redundante o preceito constitucional acabado de citar”. E, noutra sede, considera que os direitos de autor não apenas traduzem um espaço de autonomia pessoal perante o poder público como “derivam essencialmente do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação” (Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, T. I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao artigo 42.º, p. 454. Sobre o alcance da protecção do artigo 62.º da Constituição, aí incluindo a protecção constitucional da “propriedade intelectual”, cfr. ainda os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 491/2002, de 26/11/2002 (DR, II Série, n.º 18, 22/1/2003, p. 1057), 374/2003, de 15/7/2003 (DR, II Série, n.º 254, 3/11/2003, p. 16552), 139/2004, de 10/3/2004 (DR, II Série, n.º 90, 16/4/2004, p. 5967) e 273/2004, de 20/4/2004 (DR, II Série, n.º 134, 8/6/2004, p. 8862).

¹⁸ Assim, Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in BFDUC, Vol. LXIX (1993), p. 506; *Idem. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in Jorge de Figueiredo Dias, et. al, “Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 531-533. Uma tal restrição ao controlo sobre a informação permite à doutrina excluir do domínio da tutela da privacidade, em si mesma considerada, outros interesses “que têm a ver com a liberdade de conduzir a própria vida (liberdade da vida privada), a reputação e o bom nome pessoais, e a livre fruição (económica ou não) de atributos pessoais como o nome ou a identidade pessoal”. Para um confronto entre a privacidade e outros interesses, em particular na apropriação da imagem do indivíduo, cfr. também Cláudia Trabuco, *Contratos relativos ao direito à imagem*, in O Direito 133, n. H. 2001, pp. 396-397.

portuguesa em vigor, a doutrina constitucional decompõe-no em dois direitos menores, a saber: “(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”¹⁹.

Para além da protecção constitucional, o bem jurídico “privacidade” beneficia também de tutela penal, por via da tipificação de vários crimes agrupados sob a denominação comum de “crimes contra a reserva da vida privada”²⁰, e, naturalmente, de tutela civil através da previsão e regulação como direito de personalidade, no artigo 80.º do Código Civil, de um direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Sobre o que devia considerar-se incluído no conteúdo de um tal direito, defende alguma doutrina que o mesmo deve ser compreendido a partir da decomposição da designação adoptada pelo legislador (“direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”) nos seus vários elementos, explicitando-se que, sendo a vida privada a que “diz respeito apenas aos particulares”²¹, por contraste com a vida pública, a referência ao termo “intimidade” quer “significar que só os aspectos íntimos, no sentido de ligados a um domínio mais particular da pessoa, seriam tutelados”²².

Por outro lado, é a própria Constituição que estabelece que há determinados direitos que, sendo em si mesmos direitos fundamentais, funcionam também como garantias do direito à privacidade. É o caso tanto do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a que se dedica o artigo 34.º, como da proibição constitucional de tratamento informático de dados referentes à vida privada (n.º 3 do artigo 35.º)²³. Em relação ao primeiro, na medida em que se compreenda a referência ao domicílio de forma ampla, o mesmo sucedendo em relação às formas intrusivas de forma a incluir aí os meios técnicos que actualmente “possibilitam a invasão e devassa do domicí-

¹⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 467.

²⁰ Artigos 176.º a 185.º do Código Penal.

²¹ Aí se inclui a informação relativa à “identidade”, “dados pessoais”, “estado de saúde”, “vida conjugal”, “vida do lar” e ainda acontecimentos que, mesmo ocorrendo noutras lugares privados que não o lar ou em lugares públicos, posam preencher o mesmo critério de dizer respeito apenas à esfera privada e familiar do indivíduo. Cfr. Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva...*, cit., pp. 527-528.

²² *Idem*, p. 531. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição....*, cit., p. 468) referem-se também à distinção feita por alguma doutrina e mesmo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional entre aquilo que denominam “esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público)”. Consideram, porém, que, face à previsão do artigo 26.º da Constituição, uma tal distinção não deve relevar.

²³ *Idem*, pp. 467-468. e, bem assim, anotações aos artigos respectivos.

lio mediante meios electrónicos”²⁴. E o segundo porque consagra uma interdição absoluta de tratamento informático de determinados dados pessoais “salvo mediante expresso consentimento do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis” e que se prendem com informação relativa a “convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica”.

Transpondo as considerações gerais que se tem vindo a ilustrar para o plano do Direito de Autor, temos, assim, que a perda do exclusivo do titular do direito de autor em casos específicos impostos por lei deverá respeitar os princípios constitucionais que orientam as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, também aplicáveis aos direitos fundamentais de natureza análoga. No quadro do cumprimento dos pressupostos materiais para a existência de uma restrição legítima a um direito, liberdade ou garantia, as leis restritivas têm que estar, naturalmente, alicerçadas na salvaguarda de um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, o que é o mesmo que dizer que “o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado”²⁵.

Em atenção ao chamado *princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo* (consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição)²⁶, tais restrições devem ser *adequadas* à prossecução da finalidade de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, *necessárias*, por esses fins não poderem ser obtidos por meios considerados menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias que são objecto de restrição, e *proporcionais* em relação a tais fins²⁷. Destes princípios tem sido extraído um carácter excepcional das restrições, que só devem ser admitidas quando esteja em causa a salvaguarda de um outro valor ou interesse constitucionalmente protegido²⁸.

²⁴ Para uma definição do objecto da “inviolabilidade do domicílio”, *idem*, pp. 540-541. Apesar da sua possível instrumentalidade em relação à protecção da privacidade, os direitos não se confundem totalmente pois que, nas palavras de Paulo Mota Pinto (*O direito à reserva...*, cit., pp. 544-545) “por um lado, o direito à reserva não se restringe à inviolabilidade do lar; por outro lado, esta última garantia pode abranger dados que não são tutelados pelo direito à reserva, designadamente por não serem de incluir na vida privada de uma pessoa”.

²⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição...*, cit., p. 391.

²⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Liberdade e exclusivo...*, cit., p. 224.

²⁷ Para uma explicação mais aprofundada dos sub-princípios da *idoneidade*, da *exigibilidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, leia-se José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição...*, cit., pp. 392-393.

²⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 308; Jónatas Machado, *Liberdade de expressão - dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, STVDIA IVRIDICA 65, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 743. Neste sentido, afirma ainda Jorge Miranda, *Manual de*

Tive anteriormente ocasião de afirmar que estudar o direito de autor exige, da parte de quem realiza um tal estudo, estar atento a perspectivas antagónicas e a interesses muito distintos, entre os quais é, o mais das vezes, necessário encontrar pontos de equilíbrio. A esta concepção das normas de direito de autor como centros de confluência de interesses divergentes chamei tensão social do direito de autor, simultaneamente atento à salvaguarda da personalidade e à protecção do património do autor mas também à promoção da vida cultural da sociedade onde o criador intelectual está inserido e onde bebe, aliás, as suas influências e a sua inspiração²⁹.

É à luz deste tipo de considerações que se torna possível compreender as opções feitas pelo legislador, em cada caso e consoante os valores em presença, entre a concessão sem mais de um direito exclusivo e o estabelecimento de restrições a esse direito. Estas últimas podem, ainda, ter lugar por um de dois modos: pela consagração pura e simples de utilizações livres, ou seja, por via da concessão de certas liberdades aos utilizadores sem contrapartidas, ou, em alternativa, pela previsão de licenças ou de limites ao direito exclusivo condicionados pela consagração de direitos de remuneração aos seus titulares.

No caso das reproduções para uso privado, é útil dizer que a divulgação dos processos reprográficos pôs em causa a própria organização da protecção do autor em torno de um sistema de direitos exclusivos segundo o qual cada reprodução, para que fosse lícita, deveria ser precedida de uma autorização por parte do titular do direito. Tornou-se impraticável obrigar cada um dos utilizadores de uma fotocopiadora ou de um gravador de CD-ROM (*Compact Disc – Read Only Memory*), CD-RW (*Compact Disc – Rewritable*) ou DVD (*Digital Versatile Discs*), a, em momento anterior à reprodução de uma obra, requererem a autorização do autor daquela.

Sendo tais reproduções consideradas necessárias com vista a salvaguardar outros interesses socialmente relevantes, entre os quais a divulgação cultural e o desenvolvimento da educação e do conhecimento, a que se acrescenta a protecção dos interesses individuais dos utilizadores na preservação da sua privacidade, a solução encontrada, no ordenamento jurídico português como, de resto, em vários outros ordenamentos, passou pela dispensa de consentimento para a sua realização.

Assinale-se, aliás, a existência de uma necessidade de prever expressamente um tal limite na lei. Com efeito, contrariamente ao que se passa em

Direito Constitucional, T. IV - Direitos fundamentais, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 307, que “(...) na dúvida, os direitos devem prevalecer sempre sobre as restrições (*in dubio pro libertate*, como é quase lugar comum); e as leis restritivas devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia”.

²⁹ Cláudia Trabuco. *O direito de reprodução.... cit., passim, maxime pp. 476-477.*

sede de protecção do direito de comunicação *ao público*³⁰, o direito de reprodução não é concedido excluindo desde logo da esfera de actuação do direito os actos de reprodução na esfera privada³¹.

Para obstar, porém, ao prejuízo financeiro que uma tal liberdade confere aos titulares de direitos exclusivos, optou-se pela consagração legal de um direito de diferentes categorias de pessoas (autores, artistas, produtores de fonogramas e videogramas e, no direito português, editores) a uma compensação económica em contrapartida da realização incontrolável de cópias³².

IV. Delimitação da noção de reprodução para uso privado das obras intelectuais

Uma vez explicitada aquela que julgo ser a natureza jurídica da chamada *cópia privada*, urge esclarecer também o sentido de um tal limite, procurando determinar que cópias integram a reprodução “para uso exclusivamente privado” ou “para fins exclusivamente privados” a que se referem, respectivamente, a alínea *b*) do artigo 81.^º e a alínea *a*) do n.^º 2 do artigo 75.^º do CDADC português.

Em primeiro lugar, e porque os preceitos o não esclarecem, convém explicitar que a utilização em causa, devendo ocorrer no âmbito da esfera privada do indivíduo, não deve ser confundida com uma utilização num lugar privado³³.

³⁰ Cfr. os artigos 11.^º, 11.^º *bis*, 11.^º *ter* e 14.^º da Convenção de Berna, os artigos 6.^º e 8.^º do Tratado daOMPI sobre Direito de Autor de 1996 e, no CDADC português, os artigos 68.^º, n.^º 2, alínea *b*), 107.^º, 108.^º, n.^º 2, 149.^º, n.^º 2 e 155.^º.

³¹ Cfr. a comparação feita a respeito por Lee A. Bygrave, Kamiel Koelman, *Privacy...*, cit., p. 99.

³² No ordenamento jurídico português, o direito a “compensação” aparece previsto no artigo 82.^º do CDADC e é regulamentado pela Lei n.^º 62/98, de 1 de Setembro. Tendo por base uma quantia destinada a beneficiar autores, artistas, editores e produtores de fonogramas e videogramas, que se inclui no preço de venda ao público de aparelhos e equipamentos analógicos que permitem a fixação e a reprodução de obras de todos e, bem assim, de quaisquer suportes materiais (análogicos e digitais) das fixações e reproduções que por esse modo se possa obter, este direito de remuneração reveste-se de uma natureza *suplementar* e *indirecta* relativamente aos proventos económicos que os titulares de direitos tenham já obtido como resultado da exploração normal das obras intelectuais, procurando compensá-los pela perda de rendimentos resultante da actividade de reprodução em massa de tais obras. Contudo, é duvidosa a sua relação directa com o limite relativo à cópia privada, desde logo porque a base de incidência do mecanismo de compensação instituído, não se reflectindo directamente sobre os indivíduos que realizam as reproduções para uso privado, coincide com os meios que possibilitam e favorecem a actividade de reprodução em massa, qualquer que seja a respectiva justificação. Para maiores desenvolvimentos sobre o funcionamento deste mecanismo em Portugal, comparando-o com experiências estrangeiras, e a análise da respectiva natureza jurídica, cfr. Cláudia Trabuco, *O direito de reprodução...*, cit., pp. 520-539.

³³ Esta distinção é usualmente feita a propósito do direito de comunicação ao público (cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor...*, cit., p. 203), para justificar a liberdade de

Ao determinar a liberdade de reprodução para uso meramente privado, o legislador parece atender sobretudo aos interesses e necessidades de pessoas individualmente consideradas³⁴. Não obstante, as disposições do CDADC são redigidas de modo a permitirem uma interpretação no sentido da permissão de utilizações por um grupo circunscrito de pessoas com quem aqueles indivíduos tenham uma relação pessoal ou familiar³⁵.

No que concerne ao autor material do acto de reprodução, a lei portuguesa não é suficientemente esclarecedora. Considero, porém, poder interpretar-se os termos empregues pela alínea *a)* do n.º 2 do artigo 75.º do CDA-DC como querendo significar que o agente da reprodução pode ser quer a pessoa que fará do exemplar obtido um uso meramente privado, quer também um terceiro cuja função seja meramente instrumental a um tal uso. Essencial, neste último caso, é que ao utilizador da obra, e não ao agente material da reprodução, pertença a decisão sobre a escolha do objecto a reproduzir e o volume da reprodução a realizar³⁶.

comunicação privada ou em ambiente familiar, mas pode ser aplicada também em sede do direito de reprodução.

³⁴ Incluindo, por exemplo, necessidades profissionais na utilização das obras literárias ou artísticas, desde que essa utilização se situe ainda na esfera privada daquele que procede a tal utilização. No mesmo sentido, Eduardo Serrano Gómez, *Los Derechos de Remuneración de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 21.

³⁵ A expressão “uso privado” tem, assim, um alcance mais amplo que a expressão “uso pessoal”, dizendo este último respeito à reprodução com vista exclusivamente à utilização individual por uma pessoa, enquanto o “uso privado”, contrapondo-se ao “uso público”, integra as utilizações “por un único sujeto o por una pluralidad de personas dentro de un ámbito estrictamente doméstico, esto es, en el ámbito integrado por personas que convivan en familia”, ainda que não existam entre elas laços familiares. Assim, Manuel Botana Agra, *Los derechos de explotación de la obra de autor en la ley española de propiedad intelectual*, ADI, T. XII (1988), p. 49.

³⁶ Adiro, pois, neste campo, à posição expressa de modo que me parece claro por Gerhard Schricker, *Urheberrecht - Kommentar*, 1999, Loewenheim, § 53, p. 843. No direito espanhol, vide Eduardo Serrano Gómez, *Los Derechos de Remuneración...*, cit., p. 218, e as sentenças da AP de Madrid (Secção 1.ª) de 10/5/2002 (*in ADI*, T. XXIII, 2002, p. 639) e da AP de Madrid (Secção 17.ª) de 11/7/2002 (*in ADI*, T. XXIII, 2002, p. 644). Cfr., no entanto, as alterações legislativas recentemente ocorridas (por acção da Ley 23/2006, de 7 de Julio), que, no n.º 2 do artigo 31.º da *Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido)*, aprovado pelo *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril*), conduziram ao desaparecimento da expressão “copista” e à sua substituição por uma referência à reprodução realizada “por una persona física para su uso privado”. Foi, assim, no entender da doutrina (Cfr. o comentário de Sara Martín Salamanca ao artigo 31.º *in* José Miguel Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Navarra, Civitas, 2007, p. 241), estabilizada aquela que já era a interpretação consolidada da anterior versão do preceito, no sentido de beneficiar apenas as cópias realizadas materialmente pela pessoa que destas fará um uso meramente privado. No mesmo sentido, criticando duramente a manutenção inalterada de uma situação que não se conjuga bem com o reconhecimento pela lei de uma “compensación equitativa por copia privada” no artigo 25.º, a qual se justifica apenas pela consideração de que existe um número avultado de cópias que,

Será, deste modo, indiferente que a reprodução seja realizada “por pessoa singular para uso privado”, como estabelece a segunda parte da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 75.º, ou que a reprodução da obra seja realizada por terceiro, com ou sem fins lucrativos, na medida em que se destine a “fins exclusivamente privados” do utilizador, como parece poder concluir-se a partir da primeira parte do mesmo preceito.

O mesmo critério – isto é, a existência de um uso privado – deve presidir à decisão sobre o número de cópias que são consideradas livres nos termos desta restrição ao direito de reprodução. Não sendo apontada qualquer orientação pela lei, julga-se defensável defender que o número de cópias lícitas terá de ser justificável em face do fim em vista³⁷. Naturalmente, na maioria dos casos, o utilizador produzirá ou solicitará a produção de um único exemplar, não se enjetando, contudo, a realização de mais do que uma cópia se o número de pessoas que a utilizam e a categoria de obra em causa o justificarem, e desde que se não ultrapasse a barreira da utilização da obra na esfera privada ou familiar.

Finalmente, é de considerar apenas cópia privada a que não afecta a exploração normal da obra e não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular, sendo esta delimitação, resultante quer dos termos da alínea *b)* do artigo 81.º quer também do n.º 4 do artigo 75.º do CDADC, nada mais do que uma concretização, no campo das reproduções das obras,

conquanto lícitas, são susceptíveis de causar prejuízo económico aos titulares de direitos, leia-se o comentário de Javier Plaza Penadés ao artigo 25.º da lei *in* José Miguel Rodríguez Tapia, *Comentarios... cit.*, pp. 212-215. Nas palavras do autor, que sentido pode fazer estabelecer um sistema de compensação que se baseia na licitude das cópias e reduzi-lo aos casos em que o utilizador das fotocópias as realizou ele mesmo (excluindo, por isso, as situações em que as cópias são realizadas a seu pedido por um estabelecimento aberto ao público), ou seja, “que sentido tiene establecer un sistema de compensación de um dano económica mente irrelevante” ?.

No direito francês tem prevalecido uma interpretação segundo a qual a qualidade de “copista” é atribuída prioritariamente àquele que detém a titularidade ou explora o material utilizado na reprodução das obras. Assim, Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 1999, pp. 183-187; Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur... cit.*, pp. 236-237.

³⁷ No direito alemão, face ao silêncio da lei, alguma doutrina foi construindo uma orientação, estabilizando em 7 o número de exemplares que, em princípio, se considera poder ainda preencher o critério do uso privado. Assim, Wolfgang Nippe, *Die Sieben im Urheberrecht - Gedanken zur Anzahl zulässiger Vervielfältigungsstücke*, GRUR 12 (1994), pp. 888-889. Conquanto tenha logrado alguma aplicação na jurisprudência, um tal número é rejeitado, por ser pouco razoável e demasiado elevado, pela maioria dos autores. Cfr. Friedrich Karl Fromm, Wilhelm Nordemann, *Urheberrecht - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 9.ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1998. Nordemann, § 53, p. 419; Haimo Schack, *Urheber...* cit., p. 228.

do direito patrimonial de autor como um direito exclusivo de exploração económica das obras intelectuais e artísticas³⁸.

V. A cópia privada digital

No ambiente digital, a cópia privada aparece uma vez mais questionada. Num primeiro momento, com o surgimento da necessidade de protecção dos programas de computador, a questão prendeu-se sobretudo com a vontade de restringir o uso privado aos actos absolutamente indispensáveis para garantir o “uso legítimo” de tais objectos.

Esta restrição fundava-se, inicialmente, no facto de se ter tornado mais difícil distinguir, nestes casos, o controlo sobre as utilizações patrimoniais da obra, por natureza reservadas ao titular do direito de autor, e o mero gozo ou consumo daquela, que tem sempre permanecido livre. E isto porque, sobretudo no que respeita ao direito de reprodução, a prática de alguns actos técnicos de reprodução se tornou prejudicial ao gozo do conteúdo da obra.

A questão coloca-se de modo paralelo para as bases de dados electrónicas, na medida em que a Directiva que harmoniza o regime de protecção das bases de dados³⁹ apenas autoriza os Estados-membros a preverem como restrição ao direito exclusivo a reprodução para fins particulares de uma base de dados *não* electrónica (artigo 6.º, n.º 2, alínea *a*) e, no que respeita ao direito *sui generis*, artigo 9.º, alínea *a*).

Para garantir uma maior segurança na utilização destas obras, restringem-se, assim, os limites ao direito de autor. Destarte, em lugar de se partir da consagração de um limite geral relativo ao uso privado, proíbe-se essa utilização privada salvo nos casos excepcional e expressamente previstos na lei⁴⁰. É, aliás, por esta razão que, comentando a Directiva n.º 91/250/CEE⁴¹, alguma doutrina portuguesa considera que se operou uma inversão nos princípios fundamentais do Direito de Autor, porquanto, em lugar de se partir do

³⁸ Sobre a generalização e significado actual da chamada “regra dos três passos”, enquanto limite aos limites aos direitos exclusivos do autor, *vide* Cláudia Trabuco, *O direito de reprodução...*, cit., pp. 487-496.

³⁹ Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (JOCE L 77, de 27/3/1996, pp. 20-28)

⁴⁰ Refiro-me, no caso dos programas informáticos, ao fabrico de cópias de apoio, à observação, estudo ou ensaio do programa para determinar as ideias e princípios que estão na base de algum dos seus elementos, o carregamento, visualização, execução, transmissão e armazenamento para efeitos da utilização do programa ou correcção de erros do mesmo e ainda à chamada “descompilação”. Cfr. artigos 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que transpõe para o direito português a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio.

⁴¹ Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (JOCE L 122, de 17/5/1991), pp. 42-46.

princípio segundo o qual o uso privado é livre, pelo que o direito de autor apenas visa tutelar as utilizações públicas das obras literárias e artísticas, proíbe-se esse uso privado, apenas se introduzindo alguns limites a esta regra⁴².

Com o desenvolvimento da exploração digital em rede das obras intelectuais, a capacidade e a facilidade das utilizações não consentidas foi progressivamente intensificada, afectando inevitavelmente os interesses dos titulares dos direitos.

No ambiente digital, dada a assunção de uma enorme relevância das reproduções temporárias das obras intelectuais (que deixaram, em rigor, de constituírem a excepção para passarem a ser a regra), o direito de reprodução, ainda que conservando os seus traços definidores essenciais, tornou-se indiscutivelmente mais amplo no que respeita ao seu âmbito de aplicação. Ora, este movimento de extensão, caracterizado pela reserva da maioria dos actos de reprodução, mesmo os transitórios ou provisórios desde que não prenchessem os termos das excepções legalmente consagradas, aos titulares de direitos de autor, de uma forma por vezes pouco criteriosa e imprópria, conduziu a que, em muitas situações, se começasse a confundir o exercício pretensamente legítimo de um direito de reprodução com o exercício de um controlo efectivo sobre os actos de utilização passiva das obras, ou seja, a consulta ou gozo das mesmas⁴³.

Os autores que se dedicam à análise económica das temáticas de Direitos da Propriedade Intelectual procuram justificar esta extensão do âmbito jurídico do direito de reprodução aos mais variados actos técnicos de reprodução afirmando que a extensão óptima do direito de autor cresce com o aumento do valor da obra e este valor será, naturalmente, tanto maior quanto maior for a procura dessa obra e menor o custo marginal das suas cópias. Assim, na medida em que os avanços tecnológicos se traduzem num aumento da procura das obras e paralelamente é diminuído o custo da produção de

⁴² De acordo com José de Oliveira Ascensão (*Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Idem*, “Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação”, Coimbra, Almedina, 2001, *maxime* p. 30 e ss.), “temos assim um «direito de autor» perante o qual o próprio uso da obra para as finalidades internas do usuário passa a ficar na dependência do titular do direito”. Na legislação portuguesa, o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, ao afirmar que, muitos embora sejam em princípio aplicáveis aos programas de computador os limites estabelecidos em geral para o direito de autor sobre outras obras, se considera que o uso privado dos programas deve apenas ser admitido “nos termos do presente diploma”, despromove o princípio geral relativo à liberdade de uso privado, reduzindo-o a algumas excepções de carácter bastante limitado.

⁴³ Para uma compreensão dos contornos deste movimento de extensão do direito de reprodução, tomando por referência o direito português, Cláudia Trabuco, *O direito de reprodução...* cit., *passim*, *maxime* pp. 232- 459.

exemplares, que fica a cargo dos próprios utilizadores, a consequência é um alargamento da protecção conferida pelo direito de reprodução⁴⁴.

Daqui resulta, porém, que o direito de reprodução se assume, em diversas circunstâncias, como um controlo sobre a fruição das obras pelo público, a quem supostamente se destinariam. Acresce ainda que a paulatina extensão do alcance do direito de reprodução aparece aliada aos meios técnicos que se encontram hoje ao dispor dos seus titulares, permitindo-lhes quer a negociação e a contratação em rede dos bens intelectuais, quer o exercício de um controlo mais eficaz e a detecção de uma grande parte das utilizações não autorizadas. Em conjunto, estes factores obrigam a passar em revista o pressuposto segundo o qual o exercício do direito de autor não conflita com a esfera privada dos indivíduos⁴⁵.

VI. Os dispositivos técnicos de prevenção, vigilância e de gestão das utilizações de obras

Com o propósito de garantir a aplicação efectiva dos direitos de autor e direitos conexos, têm surgido e sido tratados no âmbito deste ramo do Direito vários e cada vez mais sofisticados sistemas técnicos de identificação e protecção das obras intelectuais. Assim, a tecnologia digital, se por um lado foi, num primeiro passo, apenas factor condicionante da alteração verificada nas condições de desenvolvimento da criação, divulgação e utilização daquele s obras, passou posteriormente a constituir também uma ferramenta utilizada pelo Direito para minorar e mesmo neutralizar os seus potenciais efeitos negativos⁴⁶.

As medidas tecnológicas em causa proporcionam aos autores um meio adicional de protecção dos seus direitos, não se substituindo aos meios de tutela estadual, mas aliando-se a estes últimos na acção contra o uso ilegítimo e contra actividades preparatórias desse uso e contribuindo, deste modo, para assegurar a protecção ou a gestão daqueles direitos. Não surpreende, pois, que, reconhecendo as potencialidades destes mecanismos, o Direito de Autor tenha integrado no seu seio uma “regulação adicional” dos interesses

⁴⁴ Vide, por todos, William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 84.

⁴⁵ Assim, Lucie Guibault, *Contracts and Copyright Exemptions*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), “Copyright and Electronic Commerce”, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 132.

⁴⁶ Por causa deste papel na aplicação efectiva dos direitos, tornou-se célebre e frequentemente referido o título de um texto de Charles Clark que defende uma utilização progressivamente mais intensa destes sistemas tecnológicos de protecção – *The Answer to the Machine is in the Machine*, in P. Bernt Hugenholtz, “The future of Copyright in a digital environment”, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International 1996, pp. 139-145.

dos autores, mediante o enquadramento jurídico e legitimação conferidos a tais medidas⁴⁷. Esta intervenção legislativa foi, ademais, justificada com base no elevado investimento implicado pelo lançamento e prossecução de projectos de desenvolvimento destas medidas, que apenas será levado a cabo caso estes beneficiem de uma protecção jurídica adequada.

Contudo, na medida em que tem apenas por função reforçar a protecção conferida aos direitos exclusivos e não *ampliar* o respectivo âmbito, não deve esta “legislação para-autoral”⁴⁸ comprometer a regra do equilíbrio ou proporcionalidade entre os interesses em jogo. Por este motivo tem-se procurado alertar para a necessidade de salvaguardar o exercício legítimo das utilizações que, nos termos da lei, beneficiam de um limite ou excepção, como é actualmente o caso das reproduções para uso privado.

Na definição do n.º 3 do artigo 6.º da Directiva n.º 2001/29/CE⁴⁹, estas medidas incluem “quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito *sui generis* previsto no capítulo III da Directiva n.º 96/9/CE”⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. Peter Wand, *Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht – Vergleich des internationalen, europäischen, deutschen und US-amerikanischen Rechts*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, p. 67.

⁴⁸ A expressão “*para-copyright*” foi utilizada pela primeira vez em 1998 por um conjunto de professores de Direito que se dirigiram ao Congresso americano expressando as suas preocupações sobre a pretensão de regular o funcionamento de medidas tecnológicas sob o tecto do Direito de Autor. Cfr. H. R. 105-551, Part II – *Digital Millennium Copyright Act of 1998*, House of Representatives, 105th Congress, 2nd Session, 22/7/1998, 24-25.

⁴⁹ Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JOCE L167, de 22/6/2001, pp. 10-19)

⁵⁰ Transposta para o direito português e inserida no CDADC (n.º 2 do artigo 217.º) pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. A regulação destas matérias por aquela Directiva baseia-se na necessidade de dar cumprimento às obrigações assumidas pela União Europeia como parte contratante dos Tratados sobre Direito de Autor e sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas da OMPI de 1996. Por seu turno, estes tratados respondiam a uma necessidade, reconhecida no decorrer dos seus trabalhos preparatórios, de existência de uma legislação internacional específica que tivesse por finalidade criar condições de segurança jurídica para a salvaguarda das tecnologias de protecção dos direitos de autor e direitos conexos. Cfr. Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford, Oxford University Press, 2002, *maxime* pp. 367-373, 384-406. Era objectivo dos tratados que a regulação neles consagrada, conquanto estabelecesse regras básicas neste sector, se mantivesse “tecnologicamente neutra” por forma a mais facilmente poder adaptar-se às evoluções tecnológicas que pudessem futuramente ocorrer. Para maiores desenvolvimentos, Jacques de Werra, *Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres legislations (Japon, Australie)*, RHDA 189 (2001), p. 91.

Estão, por isso, aqui incluídas, na classificação proposta por Koelman e Helberger, quatro grandes tipos de medidas tecnológicas: em primeiro lugar, as medidas que controlam o acesso; em segundo lugar, as medidas que controlam alguns usos (ou seja, reprodução, distribuição e comunicação ao público ou colocação à disposição do público da obra que já foi acedida); em terceiro, as tecnologias que protegem a integridade da obra; e, finalmente, em quarto e último lugar, as medidas que possibilitam uma gestão de direitos eficaz e em condições de segurança, em linha, através de mecanismos de medição do acesso ou da utilização das obras e prestações⁵¹.

O último dos grupos de medidas de identificadas, correspondente aos chamados sistemas de gestão de direitos de autor e direitos conexos (*Electronic Copyright Management Systems* ou simplesmente, na terminologia que se tem vulgarizado, *Digital Rights Management*), integra medidas tecnológicas de identificação e de seguimento do percurso das obras e prestações que circulam em rede, que se destinam essencialmente a facilitar a exploração patrimonial das obras e prestações por via de um sistema de contratação em linha⁵².

Tais sistemas baseiam-se numa infra-estrutura que permite o desempenho de funções bastante diversificadas: a identificação das obras e sua autenticação, a garantia da integridade das mesmas, o controlo do acesso às obras, a protecção da confidencialidade das transações, e, bem assim, o registo e cobrança de compensações pelas utilizações não autorizadas das obras e prestações. Entre as tecnologias de gestão de direitos que contribuem para o desempenho daquelas funções, contam-se as técnicas de identificação das obras intelectuais, de que é exemplo o sistema de identificação de objectos digitais, a protecção da integridade das obras e a sua autenticação através das assinaturas digitais e dos sistemas de estenografia, o controlo do acesso mediante a utilização de palavras-chave, a criptografia ou componentes de hardware, o rastreio das utilizações das obras e prestações nas redes interdigitais através de programas de busca ou “agentes”, de hardware instalado nos terminais dos computadores dos utilizadores, designadamente sob a forma

⁵¹ Kamil J. Koelman, Natali Helberger, *Protection of Technical Measures*, in P. Bernt Hugenholtz, “Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Management”, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 166-169. Classificação semelhante, ainda que não totalmente idêntica, é a proposta por Peter Wand, *Technische Schutzmaßnahmen...*, cit. 10-22.

⁵² Há também quem se lhes refira como “trusted systems”, que garantem o cumprimento de determinadas regras no controlo sobre os termos, as condições e as remunerações relativas à utilização das obras em formato digital. Assim, Mark Stefik, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge us to Rethink Digital Publishing*, Cambridge, MIT Press, 1997, p. 139.

de “contadores electrónicos”, ou ainda os sistemas de processamento de pagamentos electrónicos.

O desenvolvimento destes sistemas tem incalculáveis vantagens quer do lado dos utilizadores consumidores, no mais fácil e célere acesso aos conteúdos desejados e na maior autonomia no que respeita à sua escolha (o que é, por exemplo, visível na possibilidade de aquisição apenas das cópias das músicas da sua preferência de entre as várias que integram um álbum), quer naturalmente do lado dos titulares dos direitos sobre as obras, pelos modelos negociais que são colocados ao seu alcance e que lhes concedem a oportunidade de explorar economicamente os seus direitos de uma forma eficiente e, simultaneamente, efectiva no que concerne à garantia dos seus direitos de autor e direitos conexos.

Suscita, porém, vários problemas, a que a doutrina tem vindo progressivamente a dar maior atenção. O primeiro grupo de problemas enquadrava-se ainda dentro das fronteiras do Direito de Autor e diz respeito à relação, estabelecida na legislação comunitária e transposta para os Estados-membros da União Europeia, entre a protecção conferida pelas medidas técnicas e as actuações livres concedidas aos utilizadores por via da fixação de limites aos direitos exclusivos. O segundo grupo respeita já a questões que extravasam as fronteiras deste ramo do Direito e que têm que ser compreendidas à luz da interacção entre os valores subjacentes à tutela do direito de autor e outros valores do ordenamento jurídico em que aquele se insere.

As maiores dúvidas têm sido sobretudo colocadas em relação ao primeiro problema que, aliás, constituiu o principal obstáculo a um decurso célere do processo de negociação da Directiva n.º 2001/29/CE, pois que as propostas de articulado inicialmente apresentadas pela Comissão Europeia não continham excepções ao artigo 6.º que tivessem por função articular a possibilidade de adopção de medidas tecnológicas com os limites aos direitos exclusivos, igualmente tutelados por este instrumento comunitário.

O n.º 4 do artigo 6.º introduziu, assim, uma divisão entre aqueles limites, privilegiando claramente alguns dos da lista do artigo 5.º, em detrimento de outros. Existe um elenco de limites “privilegiados”, em relação aos quais compete aos Estados-membros tomar medidas que garantam que esses limites serão obrigatoriamente respeitados pelos titulares de direitos mesmo nos casos em que tenham posto em funcionamento uma medida tecnológica para protecção das suas obras ou prestações⁵³. No entanto, grande parte dos limi-

⁵³ O legislador português deu cumprimento a esta norma através do estabelecimento de um mecanismo que associa uma obrigação por parte dos titulares de direitos de depósito legal junto de uma instituição pública “dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas”, a quem os utilizadores podem dirigir-se nos casos de omissão de conduta por aqueles titulares, a um cometimento do litígio a uma Comissão de Mediação e Arbitragem.

tes aos direitos exclusivos fica sujeita à vontade dos titulares dos direitos que explorem as suas obras ou prestações através da Internet mediante a celebração de contratos em linha.

Para mais, com a solução vertida no quarto parágrafo do n.º 4 do artigo 6.º, respeitante aos chamados “serviços a pedido”, nos termos da qual esta articulação estabelecida pelos parágrafos anteriores não se aplica nos casos de “obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido”, consagra-se claramente um predomínio da autonomia das partes para a celebração de contratos (ao abrigo dos quais serão estabelecidos os termos em que se poderá licitamente fazer a utilização das obras) sobre os limites ou exceções estabelecidos. É dizer, na prática, que existe um predomínio dos interesses dos titulares de direitos sobre os interesses dos utilizadores das obras e prestações protegidos, pois que, desde que se cumpram os requisitos deste quarto parágrafo da directiva, os limites aos direitos exclusivos perdem simplesmente a sua relevância por não serem considerados imperativos⁵⁴.

No que diz respeito às reproduções para utilização privada, a técnica utilizada pela directiva comunitária consistiu em deixar uma maior margem de autonomia aos legisladores nacionais no estabelecimento da articulação deste limite com a protecção das medidas tecnológicas. Possibilita-se, deste modo, aos Estados a tomada de medidas coactivas no caso da não adopção de um comportamento voluntário pelos titulares de direitos no sentido da salvaguarda dos limites traçados pelos princípio do uso privado. A única imposição do legislador comunitário neste domínio é que os titulares de direitos em caso algum sejam impedidos de adoptarem “medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições” (segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 6.º, *in fine*).

Tendo presentes os diferentes sistemas nacionais relativos ao estabelecimento de uma compensação equitativa nos casos ditos de cópia privada (considerando 38) da directiva), o legislador comunitário apenas fornece algumas orientações, demasiado genéricas e ambivalentes, para o estabelecimento de uma relação entre o regime das reproduções para uso privado e as medidas tecnológicas de protecção dos titulares de direitos. E de que modo?

a quem caberá a arbitragem necessária do caso. Cfr. o artigo 221.º do CDADC. Para uma análise crítica da solução estabelecida na lei portuguesa, *vide* Cláudia Trabuco, *O direito de reprodução...*, cit., pp. 669-676.

⁵⁴ Cfr., a respeito, a análise de jurisprudência francesa recente criticando de forma clara a solução encontrada pelo legislador comunitário feita por Natali Helberger, *Christophe R. vs Warner Music: French court bans private-copying hostile DRM*, 2006, disponível in URL:<http://www-ivir.nl/>.

Nos considerandos iniciais, é fixado o princípio segundo o qual, pelo menos em certos casos, a aplicação dos limites previstos deve dar lugar a uma compensação “equitativa” como forma de minorar os efeitos negativos sentidos pelos titulares de direitos em consequência da utilização das suas obras ou prestações. Esclarece-se também que “na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso”⁵⁵.

O principal critério a ter em conta é “o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos”. Impede-se igualmente que os titulares que tenham já recebido pagamento sob qualquer forma (por via da negociação de uma autorização entre o titular e o utilizador da obra, designadamente como contrapartida da obtenção de uma licença) tenham direito “a qualquer pagamento específico ou separado”, para evitar duplicações de pagamentos. Finalmente, determina-se que o nível de compensação equitativa deve necessariamente ter em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico pelos titulares de direitos, não sendo, porém, a directiva clara quanto aos termos em que pretende que esta obrigação se cumpra⁵⁶.

Em resumo, em vez de se decidir por uma das duas opções possíveis (a imposição de um limite relativo às cópias privadas, acompanhado de um direito a uma compensação equitativa pelos titulares de direitos, ou um sistema de controlo destes titulares sobre o acesso e utilização da obra por via do emprego de medidas técnicas de protecção), a Directiva n.º 2001/29/CE procurou conciliar os dois sistemas⁵⁷. Esta incapacidade de escolha clara conduziu, lamentavelmente, à construção de um sistema que deixa muitas dúvidas quanto à eficácia do método adoptado, o que de resto parece ser comprovado pelas grandes disparidades verificadas entre os diversos Estados-membros no que respeita à metodologia adoptada para a sua transposição⁵⁸.

O segundo grupo de problemas põe em evidência as questões que se prendem com a consideração dos sistemas de gestão de direitos à luz de outros direitos e interesses juridicamente relevantes, problemas esses que, podendo porventura ser colocados a propósito da protecção de obras literá-

⁵⁵ Considerando 35).

⁵⁶ Considerando 39), *in fine*.

⁵⁷ Considera Reinbothe que a opção entre um sistema e outro caberá ao mercado e dependerá essencialmente da aceitação dos sistemas técnicos de protecção por aqueles que exploram economicamente as obras e prestações protegidas nesse mercado. Jörg Reinbothe, *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht*, ZUM 46, n.º 1 (2002), p. 49.

⁵⁸ Cfr. o estudo realizado e entregue como relatório à Direcção-Geral do Mercado Interno da Comissão Europeia por Lucie Guibault, G. Westkamp, T. Riber-Mohn, P. Bernt Hugenholtz, et. al. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, 2007, disponível *in URL*:<http://www.ivir.nl>.

rias e artísticas, se revestem de um alcance mais extenso do que as fronteiras do Direito de Autor. Na medida em que os direitos e interesses em causa são normalmente considerados sob o prisma da protecção do utilizador dos materiais disponibilizados através destes sistemas, este conjunto de matérias tem sido reconduzido *grosso modo* a uma relação entre os sistemas de gestão de direitos e o Direito do Consumo⁵⁹.

É precisamente neste contexto que se colocam as dúvidas no que respeita à articulação da utilização destes sistemas com a protecção da intimidade e dos dados pessoais dos utilizadores, na medida em que estes últimos são sujeitos, assim, a uma vigilância e controlo das suas actividades em rede, por vezes até com vantagens comerciais por parte daqueles que disponibilizam as obras e prestações protegidas⁶⁰.

E aqui que assumem enorme importância os direitos fundamentais à intimidade da vida privacidade e à protecção dos dados pessoais, protegidos, no contexto do Direito europeu, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (que consagra o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência de cada pessoa) e do regime consagrado na Directiva sobre a protecção dos dados pessoais⁶¹, sendo igualmente contemplados pelos artigos 7.º e 8.º, respectivamente, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶².

A possibilidade de afectação destes direitos pode potencialmente ocorrer em qualquer sistema de gestão de direitos em que haja lugar à obtenção ou revelação de dados pessoais mas, enquanto nos sistemas de *controlo* e *bloqueio* do acesso e de determinadas utilizações (*verbi gratia*, a reprodução) das obras, o que poderá ser posto em causa é essencialmente a autonomia do utilizador (que pode, por exemplo, ser impedido de beneficiar de um limite ou excepção cujos pressupostos preenchia), nos sistemas ditos de *monitorização*, em que se procura acompanhar o percurso das cópias digitais, detectando por essa via eventuais infracções aos direitos exclusivos, o risco de

⁵⁹ Vide, por todos, Natali Helberger, *Digital Rights Management from a Consumer's Perspective*, 2005, disponível in URL:<http://www.ivir.nl>. A autora aponta como exemplos relevantes desta relação as questões relativas ao acesso à informação disponibilizada por esta via, ainda que não protegida pelo Direito de Autor, as garantias de interoperabilidade que se tornam necessárias para efectivar esse acesso, o acesso por pessoas com necessidades especiais, a transparéncia nas informações disponibilizadas aos consumidores sobre os bens comercializados e serviços prestados, a existência de eventuais práticas comerciais desleais, e, bem assim, as questões relativas à protecção da privacidade dos consumidores.

⁶⁰ Cfr., Lee A. Bygrave, Kamil Koelman, *Privacy...*, cit., 2000, *passim, maxime* pp. 104-120.

⁶¹ Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, (JOCE L 281, de 23/11/1995, pp. 31-50).

⁶² JOCE C 364, de 18/12/2000, pp. 1-22.

afectação da privacidade assume particular relevância graças à ténue fronteira que divide hoje a esfera privada da esfera pública dos utilizadores⁶³.

VII. Da necessidade de salvaguarda do limite relativo à cópia privada?

Em Outubro de 2004, a Comissão Europeia iniciou um procedimento de consultas aos Estados-membros com vista à obtenção de informações seguras e pormenorizadas sobre a aplicação dos sistemas de compensação pela realização de “cópias privadas” nos vários Direitos nacionais. A consulta foi alargada, em 2006 ao público em geral e, em particular, aos titulares de direitos e interesses, com vista a determinar qual a política a adoptar no âmbito comunitário no que respeita à regulação da matéria da cópia privada⁶⁴.

Nos documentos que foram divulgados daquilo que já intitula sugestivamente como “*Copyright Levies Reform*”, comprovando as intenções de alteração legislativa que há muito se avizinhavam, a Comissão Europeia revela-se preocupada com o facto de as compensações relativas à reprodução de obras, que foram concebidas para funcionar num contexto analógico, poderem estar a ser aplicadas a equipamentos e suportes digitais sem que seja tomado devidamente em conta o impacto das novas tecnologias e equipamento e, em especial, da existência e uso crescente dos sistemas digitais de gestão de direitos, que podem consubstanciar meios alternativos de compensação económica aos titulares de direitos⁶⁵.

Num primeiro momento, terá sido considerado preferível pelas instâncias comunitárias, em virtude da reduzida harmonização conseguida pela Directiva n.º 2001/29/CE, não proceder a qualquer intervenção mais intensa no mercado interno e aguardar até um momento em que efectivamente se verificasse uma generalização dos sistemas de gestão electrónica individualizada dos direitos que tornasse dispensável a existência de regimes de compensação equitativa por cópia privada. No entanto, os estudos realizados nesta matéria, a que se fez já referência⁶⁶, denotam uma evidente discrepância quer no entendimento da noção de cópia privada quer no tratamento da matéria das compensações, considerada prejudicial ao desenvolvimento do mercado interno e convenceram a Comissão Europeia quanto a uma necessidade de proceder a alterações neste domínio.

⁶³ Assim, Lee A. Bygrave, Kamiel Koelman, *Privacy...*, cit., 2000, pp. 108-109.

⁶⁴ Cfr. a informação disponibilizada em URL:http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/_index_en.htm .

⁶⁵ Cfr. *Commission's Work Programme for 2006 - Roadmap, 2006/MARKT/008*, em URL:http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm .

⁶⁶ Cfr. *supra* nota 58.

Conquanto o rumo a seguir doravante pela legislação comunitária não esteja ainda definido, há que ter em consideração que repensar a questão da compensação equitativa obriga, a meu ver, a repensar a difícil questão da cópia privada em si mesma considerada. Em última análise, assentando a justificação para a atribuição de uma tal compensação na necessidade de minorar os efeitos económicos prejudiciais sentidos pelos titulares de direitos em virtude de uma actividade lícita (mesmo assumindo-se o risco de os mesmos meios de reprodução serem também utilizados para o fabrico de cópias ilícitas), aquilo que deve verdadeiramente equacionar-se é se é ou não desejável a manutenção de um limite relativo às reproduções para uso privado no contexto digital⁶⁷.

A existência e funcionamento de sistemas cada mais avançados de controlo e gestão de direitos de autor permite, é certo, um controlo cada vez mais eficaz e completo sobre as utilizações de obras no ambiente digital, aí incluídas as utilizações em linha.

Ou seja, tanto a justificação apontada *supra* relativa à impossibilidade ou impraticabilidade de estabelecimento de um sistema de consentimento/remuneração individualizadas como a excessiva dificuldade em conseguir estabelecer uma vigilância eficaz dos actos de reprodução para uso privado perdem força no momento em que se verifique um funcionamento em pleno dos sistemas electrónicos de gestão de direitos⁶⁸. Pelo que, se fossem apenas estes os alicerces do limite relativo à cópia privada, e nenhum outro fundamento dogmático pudesse ser encontrado para esta construção, talvez se tornasse imediato o abandono do limite e a sua substituição pelos sistemas que aliam medidas técnicas de protecção e a contratação em linha.

A doutrina tem procurado, porém, fazer também referência a um outro factor que atende à conjugação entre o limite e o estabelecimento, por diversas legislações, do direito a uma compensação equitativa, dizendo que, existindo tal compensação, não pode legitimamente ser defendido que a reprodução para uso privado afecte negativamente a exploração normal das obras⁶⁹. Sem querer explorar exaustivamente tal argumento, sempre se dirá que, ainda que seja possível reconhecer a sua validade, se torna difícil encontrar aqui

⁶⁷ Como afirma Javier Plaza Penadés, “el debate político-social sobre la existencia de un «canon» que compense la copia privada lícita no puede ni debe plantearse en términos de «canon sí o canon no» sino de «copia privada sí o copia privada no», ya que sólo en los sistemas legales donde se admite la copia privada se podrá establecer sistema de «compensación equitativa» de los efectos que esa copia tiene en la explotación de la obra” (Comentário ao artigo 25.º, *in* José Miguel Rodríguez Tapia, *Comentarios...*, cit., p. 212).

⁶⁸ Leia-se o confronto feito a propósito destas justificações entre as cópias analógicas e as cópias digitais por Ignacio Garrote Fernández-Díez, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 201-206.

⁶⁹ *Idem*, pp. 206-208.

uma razão que consubstancia a subsistência da cópia privada. Não apenas não existe uma relação directa e proporcional entre os prejuízos eventualmente sofridos pelos titulares de direitos e a valor da compensação equitativa, como um limite não pode justificar-se exclusivamente pela circunstância de não originar um dano significativo à exploração patrimonial da obra, sendo necessário encontrar valores ou interesses relevantes que o expliquem e legitimem.

No caso da cópia privada, como se afirmou *supra*, esses interesses são dignos de relevo, na medida em que se torna possível estabelecer uma relação, ainda que indirecta, entre a liberdade de cópia privada e a tutela constitucional de interesses da comunidade, como sucede em geral com a promoção da educação e da cultura. Julgo muito discutíveis as dúvidas que têm sido avançadas por alguns autores sobre os interesses subjacentes à liberdade de reprodução para uso privado, considerando insuficientes os efeitos em geral benéficos para a comunidade que se extraem dessa liberdade de cópia para o fito de justificação da mesma⁷⁰.

Em todo o caso, e mesmo que se adira a uma tal corrente, urge ainda que se equacione a manutenção deste limite à luz daquele que parece ser o apoio mais sólido para a conveniência de manter livres as utilizações de cópias na esfera privada, isto é, o direito à reserva da intimidade da vida privada, equacionado devidamente o alcance amplo deste direito especialmente na medida em que o mesmo conflitue com o direito de autor.

A prazo, poderá encontrar-se nas medidas tecnológicas um substituto adequado para a actual compensação equitativa, que padece de falhas e de ineficiências em vários sistemas. No ínterim, faz sentido que se encontrem meios que garantam que, nos casos em que os titulares de direitos tenham, por via da negociação individualizada protegida pelo uso de medidas tecnológicas, recebido adequada remuneração pela autorização concedida para utilização das obras, não venham a receber uma compensação suplementar, que daria lugar a uma insustentável duplicação do pagamento ao titular.

Em qualquer dos cenários, julgo existir sempre, porém, um factor de ponderação imprescindível e que se refere à protecção da intimidade dos indivíduos, cuja protecção não cabe descurar, nem numa *lógica de equilíbrio de interesses*, nas situações em que, vigorando ainda o limite relativo à cópia privada, se torna essencial encontrar uma proporcionalidade adequada entre os valores em presença na protecção do direito de autor e na protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, nem numa *lógica de protecção da intimidade e, maxime, de defesa dos dados pessoais*, caso se verifique em algum momento a substituição da liberdade de cópia privada por sofisticados sistemas de gestão electrónica dos direitos de autor.

⁷⁰ *Idem*, pp. 208-209.