

Direitos de Autor: A crónica de uma transposição anunciada¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.1>

Maria Miguel Carvalho²

Resumo

As Diretivas 2019/789 e 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que estabelece m regras relativas aos direitos de autor e direitos conexos, careciam de ser transpostas para o nosso ordenamento jurídico até 7 de junho de 2021, o que acabou por ocorrer apenas em 19 de abril de 2023, com a publicação dos Decretos-Leis n.º 46/2019 e n.º 47/2019.

Com o objetivo de enquadrar e de servir de introdução às restantes intervenções deste seminário, cujos textos são agora publicados, depois da sinopse dos trabalhos conducentes à transposição daquelas Diretivas, debruçamo-nos, em especial, sobre a transposição da Diretiva 2019/790, por ser a que, em geral, tem suscitado mais celeuma. Considerando unicamente as alterações previstas ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, referimos, muito brevemente, alguns dos pontos mais polémicos: as exceções e limitações ao direito de autor; o novo direito conexo do editor de imprensa e a utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha.

Palavras-chave

Direito de autor; Diretiva 2019/790; transposição; alteração do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos.

1 Este texto serviu de base à intervenção da autora no Seminário a que respeita este livro de atas. Nessa altura, as Diretivas referidas no texto ainda não tinham sido transpostas para o direito português. No entanto, e dado que, entretanto, foram publicados – e já entraram em vigor – os Decretos-Leis que as transpuseram, entendemos proceder à atualização do texto, apesar de termos mantido o título da intervenção.

2 Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada e Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov).

Sumário

Introdução; **I.** Sinopse dos trabalhos conducentes à transposição das Diretivas 2019/790 e 2019/789; **1.** A transposição da Diretiva 2019/790; **2.** A transposição da Diretiva 2019/789; **II.** A opção político-legislativa quanto à forma de transpor as Diretivas 2019/790 e 2019/789; **III.** A transposição da Diretiva 2019/790, em especial; **1.** Visão geral; **2.** As exceções e limitações ao Direito de Autor; **3.** O direito do editor de imprensa; **4.** A utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha.

Abstract

Directives 2019/789 and 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019, which set out rules on copyright and related rights, needed to be transposed into our legal system by 7 June 2021, which eventually only occurred on 19 April 2023, with the publication of DL no. 46/2019 and DL no. 47/2019.

To provide a framework and serve as an introduction to the other interventions in this seminar, whose texts are now published, after the synopsis of the proceedings leading to the transposition of those Directives, we focus in particular on the transposition of Directive 2019/790, as it is the one that, in general, has raised the most controversy. Considering only the amendments to the Portuguese Copyright Act, we will briefly mention some of the most controversial points: the exceptions and limitations to copyright; the new related right of the press publisher and the use of the work by a provider of online content sharing services.

Keywords

Copyright; Directive 2019/790; transposition; Portuguese Copyright Act amendment.

Summary

Introduction; **I.** Overview of the proceedings leading to the transposition of Directives 2019/790 and 2019/789; **1.** Transposition of Directive 2019/790; **2.** Transposition of Directive 2019/789; **II.** The legislative policy choice regarding the transposition of Directives 2019/790 and 2019/789; **III.** The transposition of Directive 2019/790 in particular; **1.** Overview; **2.** The exceptions and limitations to the copyright; **3.** The press publisher's right; **4.** The use of the work by a provider of online content sharing services.

Introdução

Como é sabido, até muito recentemente, existiam duas diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos que careciam de ser transpostas para o nosso ordenamento jurídico.

Uma era a Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio³. A outra era a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital⁴. Doravante designá-las-emos, abreviada e respetivamente, por Diretivas 2019/789 e 2019/790.

Em ambos os casos, o prazo de transposição – 7 de junho de 2021 – há muito fora ultrapassado (arts. 12.º e 13.º da Diretiva 2019/789 e 31.º e 29.º da Diretiva 2019/790). Porém, até àquela data, apenas quatro Estados-Membros tinham transposto e comunicado as medidas nacionais de transposição relativamente às duas Diretivas e a Diretiva 2019/789 tinha sido transposta somente noutros dois⁵. Por isso, em 23 de julho daquele ano, a Comissão Europeia iniciou procedimentos de infração, através do envio de cartas de notificação para cumprir, respetivamente, contra vinte e um⁶ e vinte e três Estados-Membros⁷ e, dado que aquela situação se mantinha em relação, respetivamente, a dez⁸ e a treze⁹ Estados-Membros, em 19 de maio de 2022, enviou-lhes pareceres fundamentados para que, no prazo de dois meses, corrigissem e/ou adotassem as medidas nacionais de transposição das Diretivas.

Todavia, considerando que, entretanto, o referido quadro não sofrera alterações em cinco Estados-Membros relativamente à Diretiva 2019/789 e em seis Estados-Membros no

3 JO L 130, de 17.5.2019, pp. 82-91 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/789/oj>).

4 JO L 130, de 17.5.2019, pp. 92-125 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>).

5 Transpuseram atempadamente ambas: a Alemanha, a Hungria, Malta e os Países Baixos. Transpuseram atempadamente apenas a Diretiva 2019/789 a Dinamarca e a Suécia.

6 No caso da transposição da Diretiva 2019/789, foram notificados os seguintes Estados-Membros: Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Estónia, Grécia, Espanha, Finlândia, França, Croácia, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Letónia, Polónia, Portugal, Roménia, Eslovénia e Eslováquia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market>).

7 No caso da transposição da Diretiva 2019/790, foram notificados os seguintes Estados-Membros: Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Grécia, Espanha, Finlândia, França, Croácia, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Letónia, Polónia, Portugal, Roménia, Suécia, Eslovénia e Eslováquia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market>).

8 Bulgária, Chipre, Grécia, Irlanda, Letónia, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia e Finlândia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-urges-member-states-fully-transpose-eu-copyright-rules-national-law>).

9 Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Grécia, França, Letónia, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia, Finlândia e Suécia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-urges-member-states-fully-transpose-eu-copyright-rules-national-law>).

que respeita à Diretiva 2019/790, incluindo, em ambos os casos, Portugal¹⁰, a Comissão Europeia acabou por intentar, em 16 de março de 2023, uma ação no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), tal como previsto nos arts. 258.º e ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Na verdade, como referiremos, em setembro de 2021 e, portanto, já posteriormente à receção da carta de notificação para cumprir referida acima, o Governo português apresentou duas propostas legislativas, que acabaram por caducar. Mais recentemente, foram publicadas duas (novas) leis de autorização legislativa respeitantes a estas iniciativas e, entretanto, foram publicados o DL n.º 46/2023 e o DL n.º 47/2023, ambos de 19 de junho, que procederam, final e respetivamente, à transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790. É sobre estes diplomas legais que esta intervenção incidirá e, em especial, sobre a transposição da Diretiva 2019/790, em jeito de enquadramento e de introdução aos textos que se seguem.

I. Sinopse dos trabalhos conducentes à transposição das Diretivas 2019/790 e 2019/789

As diretivas de que nos ocupamos integram-se num pacote legislativo que visou concretizar a Estratégia para o Mercado Único Digital.

1. A transposição da Diretiva 2019/790

A Diretiva 2019/790¹¹ estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável no mercado interno, atendendo, em especial, a que a rápida evolução tecnológica, que provocou mudanças relativamente à criação, produção, distribuição e exploração das obras; o surgimento de novos modelos empresariais e as utilizações transfronteiriças em contexto digital aumentam a insegurança jurídica para todos os intervenientes (prestadores de serviços de partilha em linha, titulares de direitos e utilizadores).

Como referimos, foi aprovada na reunião do Conselho de Ministros, de 23 de setembro de 2021, a Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.¹² que autorizava o governo a transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2019/790.

Esta proposta – que deu entrada no Parlamento, como autorização legislativa, em 28 de setembro de 2021, tendo sido admitida no dia seguinte¹³ – foi discutida na generalidade na Assembleia da República (AR) em 20 de outubro¹⁴ e, no seguimento

10 Para além de Portugal, foram também referidos, a Bulgária, a Finlândia, a Letónia, a Polónia e, relativamente à Diretiva 2019/790, a Dinamarca também integrou aquela lista.

11 JOL 130, 17.5.2019, pp. 92-125.

12 V. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=445>. O texto da referida proposta foi publicado no DR II, série A, n.º 7, 2021.09.28, da 3.ª SL da XIV Leg (pp. 50-74).

13 Para mais detalhes sobre esta iniciativa, v. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121135>.

14 V. <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/14/03/013/2021-10-21/26?pgs=26-33&org=PLC>.

da apresentação de um requerimento para baixar à Comissão de Cultura e Comunicação, foi aprovada, por unanimidade, na Reunião Plenária n.º 15, em 22 de outubro de 2021. Porém, com a dissolução da Assembleia da República, na sequência da rejeição da Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2022, esta iniciativa caducou.

Já na nova legislatura, em 23 de maio de 2022, foi apresentado o “Projeto de Resolução n.º 64/XV/1.^a (PSD) – Pela transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital”, que, depois de votado em 8 de julho de 2022, deu origem à Resolução que “Recomenda ao Governo a transposição das Diretivas (UE) 2019/789 e (UE) 2019/790, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativas a direitos de autor e direitos conexos”¹⁵.

Não obstante, só em 24 de novembro de 2022 viria a ser aprovado na reunião do Conselho de Ministros¹⁶ o projeto de decreto relativo à Proposta de Lei n.º 52/XV/1.^a (GOV), que deu entrada na Assembleia da República, a 28 de novembro¹⁷, como pedido de autorização legislativa. Este projeto foi aprovado na generalidade, especialidade e em votação final global a 26 de janeiro de 2023, para subsequente envio ao Presidente da Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto e, depois de ter sido promulgada a lei de autorização legislativa, em 16 de março e referendada no dia seguinte, foi então publicada, no Diário da República, a Lei n.º 11/2023, de 22 de março, com validade por 180 dias. Encontrava-se, entretanto, desde 7 de março e até 25 de abril, em consulta pública aquela proposta de lei, que contou com trinta e quatro comentários¹⁸. Por fim, foi aprovado no Conselho de Ministros de 25 de maio de 2023 e publicado em 19 de junho o DL n.º 47/2023, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, que entrou em vigor em 4 de julho de 2023 (art. 15.º, n.º 1), com exceção da alteração ao art. 195.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)¹⁹, que entrará em vigor a 1 de janeiro de 2024 (art. 15.º, n.º 2).

Esta proposta legislativa não era, porém, e como já referimos, a única em curso, em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

15 V. <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259533969597a56685a5449355a6930324f4468684c5452685a6d55744f5441794e6931684e444533596d4d354e444a684f5463755a47396a&fich=bc5ae29f-688a-4afe-9026-a417bc942a97.doc&Inline=true>.

16 V. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=521>.

17 V. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152096>.

18 V. https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=294.

19 Aprovado pelo DL n.º 63/85, de 14 de março.

2. A transposição da Diretiva 2019/789

A Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, regulou a coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo²⁰. Esta Diretiva, que já se encontra transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, foi alterada pela Diretiva 2019/789²¹, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a *determinadas transmissões em linha* dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio, correspondendo a uma necessidade que se fazia sentir há muito²².

A Diretiva 2019/789 estabelece regras destinadas a melhorar o acesso transfronteiriço a um maior número de programas televisivos e radiofónicos, facilitando o apuramento dos direitos para a prestação de serviços em linha acessórios às transmissões de determinados tipos de programas de televisão e de rádio e para a retransmissão de tais programas e, ainda, regras relativas à transmissão de programas de televisão e de rádio pelo processo de injeção direta (art. 1.º).

Pouco depois do início dos trabalhos relativos à apresentação da Proposta de transposição da Diretiva 2019/790, deu entrada na AR o pedido de autorização legislativa relativo à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2019/789²³ que, depois de ter caducado, foi substituída pela Proposta de Lei n.º 51/XV, visada na Lei n.º 7/2023, de 27 de fevereiro, com validade de 90 dias²⁴. A consulta pública decorreu entre 22 de fevereiro e 7 de março de 2023, tendo contado com seis comentários²⁵ e, em 27 de abril, o Conselho de Ministros aprovou o DL n.º 46/2023, que viria a ser publicado em 19 de junho no Diário da República e entrou em vigor no dia seguinte.

II. A opção político-legislativa quanto à forma de transpor as Diretivas 2019/790 e 2019/789

A primeira decisão do legislador português que importa aqui destacar respeita ao modo como este formalizou a transposição das Diretivas em análise e que consistiu

20 JO L 248, de 6.10.1993, pp. 15-21 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/83/oj>). Sobre esta Diretiva, cfr., nesta obra, Pedro Dias Venâncio, “Reflexões para um regime dos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão”, *infra*, pp. 83 e ss.

21 A versão consolidada pode ser consultada em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A01993L0083-20190606>.

22 Cfr., entre nós, Sofia de Vasconcelos Casimiro, “A convergência dos meios de comunicação social e o Direito de Autor – tempos de mudança”, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2016), pp. 179-204.

23 O *iter* legislativo desta outra proposta (Proposta de Lei n.º 113/XIV) pode ser consultado em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121134>.

24 O *iter* legislativo desta proposta pode ser consultado em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=152095>.

25 V. https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=286.

em aprovar diplomas legais *específicos* para cada uma delas²⁶, que implicam diversas alterações à legislação atualmente em vigor.

No que respeita à transposição da Diretiva 2019/790, esta implicou a modificação do CDADC, do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 96/9/CE de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados²⁷) e ainda da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril (que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto).

A transposição da Diretiva 2019/789 assentou na aprovação de um diploma legal, o DL n.º 46/2023 e na alteração do DL n.º 333/97, de 27 de novembro (radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo).

Esta opção concretiza, assim, uma decisão de não reformar amplamente o CDADC (teimando em não acolher o que é, há tantos anos, reclamado pela doutrina²⁸), o que – podendo à partida ser justificado pelo atraso na transposição das Diretivas – deixa de fazer (tanto) sentido, dado que a transposição já estava em estudo, pelo menos, desde 2021. É que, mesmo que se considerasse inviável uma reforma profunda do CDADC, tal não obstaria a que fossem introduzidas alterações pontuais mais prementes²⁹, como foi em tempo assinalado, nomeadamente, pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), sem que se possa justificar tal omissão com a finalidade exclusiva da transposição das Diretivas, pois “o legislador propõe algumas intervenções, designadamente em matéria penal, sem qualquer relação com as normas europeias”³⁰.

Por outro lado, a transposição da Diretiva 2019/789 concretizada no DL n.º 46/2023 incorre ainda noutras críticas que, de resto, já tinham sido apontadas às propostas legislativas que o antecederam. Uma é que, atenta a diluição da transposição por dois diplomas, não só se enfraquece a codificação, como é dificultada a tarefa da interpretação e aplicação do Direito³¹. Outra decorre da inclusão de uma remissão,

26 Diferentemente do que aconteceu, p.e., em Espanha (v. *Real Decreto* 24/2021, de 2 de noviembre).

27 JO L 77, 27.3.1996, pp. 20-28 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>).

28 Referimo-nos à “Nótula sobre as propostas de lei n.ºs 113/XIV e 114/XIV em matéria de direito de autor e direitos conexos no mercado único digital” (Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro), *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2021), pp. 177-197. Com efeito, como foi referido num dos contributos apresentados à Proposta de Lei n.º 114/XIV, existindo consenso na doutrina portuguesa quanto à necessidade de reforma do CDADC, a transposição da Diretiva 2019/790 e da Diretiva 2019/789, propiciá-la-iam (pp. 178 e ss.).

29 Para uma súmula, cfr. Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, pp. 178 e ss.

30 P. 179 da “Nótula...”, *cit.*

31 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 180 e p. 196.

no art. 5.º, n.º 1, do DL n.º 46/2023, para uma norma – o art. 7.º do DL n.º 333/97, de 27 de novembro – cujo n.º 3 (que impõe a arbitragem obrigatória quando não haja acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo) foi declarado inconstitucional por ofensa do art. 165.º, n.º 1, alínea p), da Constituição da República Portuguesa³². Acresce ainda que foram omitidos aspetos constantes da Diretiva 2019/789 que deveriam ser previstos, como é o caso do regime transitório relativamente aos acordos sobre o exercício de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis aos atos de comunicação ao público e de colocação à disposição do público de obras ou outros materiais protegidos, com ou sem fios, de modo que este possa aceder aos mesmos em local e data da sua escolha, que ocorram no decurso da prestação de um serviço acessório em linha, bem como aos atos de reprodução necessários à prestação, acesso ou utilização desses serviços acessórios em linha. Com efeito, o art. 11.º da Diretiva determina que aqueles que estivessem em vigor em 7 de junho de 2021 só ficam sujeitos ao disposto no art. 3.º a partir de 7 de junho de 2023, se caducarem após essa data. Como já se sabe, a Diretiva não foi transposta atempadamente, não estando, portanto, em vigor nem em 7 de junho de 2021, nem em 7 de junho de 2023. Não obstante, o DL n.º 46/2023 estabelece, no n.º 2 do art. 10.º, que os acordos que estivessem em vigor em 7 de junho de 2021 e estejam em vigor em 7 de junho de 2023 se regem pelos arts. 3.º e 4.º daquele Decreto-Lei. Ou seja, não só não estabelece nenhum regime transitório, como – limitando-se a regular a aplicação da lei no tempo – faz aplicar o regime jurídico ali fixado retroativamente, uma vez que o mesmo só entrou em vigor a 20 de junho de 2023...

III. A transposição da Diretiva 2019/790, em especial

A transposição da Diretiva 2019/790 tem, em geral, suscitado mais celeuma, pelo que cingiremos a nossa exposição à proposta que lhe respeita e, por razões de economia, referiremos, muito brevemente, alguns dos pontos mais polémicos, considerando unicamente as alterações previstas ao CDADC.

1. Visão geral

As alterações a introduzir no CDADC previstas nos arts. 13.º, 5.º, 3.º e 7.º do DL n.º 47/2023 incluem, respetivamente, para além da revogação³³, do aditamento³⁴ e de modificações de normas³⁵, outras respeitantes à sistematização do Código³⁶, de

32 V. Acórdão n.º 102/2016 do Tribunal Constitucional, de 23 de fevereiro (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160102.html>).

33 São revogados: a alínea n) do n.º 1 do art. 2.º [o DL n.º 47/2023 refere-se, tal como já o fazia a Proposta, ao n.º 2 do art. 2.º do CDADC. Contudo, o n.º 2 não tem qualquer alínea], os arts. 49.º e 191.º e os n.ºs 5, 6 e 7 do art. 221.º.

34 V. arts. 39.º-A, 44.º-A, 44.º-B, 44.º-C, 44.º-D, 44.º-E, 44.º-F, 74.º-A, 74.º-B, 74.º-C, 74.º-D, 74.º-E, 175.º-A, 175.º-B, 175.º-C, 175.º-D, 175.º-E, 175.º-F, 175.º-G, 175.º-H, 175.º-I, 188.º-A e 188.º-B.

35 V. arts. 14.º, 26.º-A, 31.º, 75.º, 76.º, 105.º, 144.º, 170.º, 176.º, 183.º, 189.º, 192.º, 195.º, 196.º e 221.º, que já constavam da Proposta legislativa e ainda as alterações aos arts. 82.º, 149.º, 184.º e 217.º, que foram incluídos no art. 3.º do DL n.º 47/2023.

36 V. art. 7.º.

que se destaca a introdução de uma nova secção – a Secção XI, no Capítulo III do Título II, com a epígrafe “da utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha”, que agrega os (novos) arts. 175.º-A a 175.º-I.

Considerando a relevância e a extensão das alterações introduzidas ao CDADC – que abarcam as matérias correspondentes à transposição da referida Diretiva, assumindo-se, expressamente, a “opção consciente” de seguir “uma lógica de elevada proximidade” com o texto da Diretiva³⁷ –, justificava-se a republicação deste diploma, o que não sucedeu.

No que respeita à entrada em vigor destas alterações, prevê-se no n.º 1 do art. 15.º do DL n.º 47/2023 uma *vacatio legis* de quinze dias – previsão que (apesar de ser, na nossa opinião, mais sensata do que a entrada em vigor no dia seguinte à publicação no Diário da República, que chegou a constar da primeira Proposta legislativa³⁸), considerando a importância das modificações visadas, nos parece excessivamente curta³⁹. Na versão que acabou por ser aprovada, estabelece-se ainda especificamente que a alteração do art. 195.º apenas entra em vigor a 1 de janeiro de 2024.

O DL n.º 47/2021 inclui também uma norma respeitante à aplicação no tempo, onde se registaram alterações significativas relativamente ao teor da proposta que o precedeu. Por um lado, em linha com o art. 26.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790, estabelece-se no n.º 2 do art. 14.º que este regime não se aplica às obras e outro material protegido que não estejam protegidos por direito de autor ou outros direitos conexos antes de 7 de junho de 2021. Por outro, no n.º 1 do art. 14.º (numa inversão da sistematização lógica relativamente ao disposto no n.º 2, diga-se), prevê-se que os direitos conferidos no art. 188.º-A do CDADC, com a redação introduzida pelo presente decreto-lei, não se aplicam às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes do dia 6 de junho de 2019, assim se corrigindo o regime diretamente oposto que constava, por lapso, do art. 10.º, n.º 1, da Proposta⁴⁰ e que, assim, passa a respeitar o disposto no art. 15.º, n.º 4, da Diretiva.

Finalmente, foi incluída no DL n.º 47/2023 uma disposição transitória – o art. 12.º – que não constava da Proposta que o precedeu.

Por razões de economia e atendendo à já referida finalidade introdutória desta exposição, assinalaremos apenas três das principais alterações visadas, começando pelas exceções e limitações ao direito de autor.

37 V. Preâmbulo do DL n.º 47/2023.

38 V. art. 11.º da proposta 114/XIV. Prevvia-se ainda uma exceção respeitante ao art. 44.º-B do DL n.º 63/85, de 14 de março, na redação dada pelo presente decreto-lei, que entraria em vigor a 7 de junho de 2022.

39 Advogando um prazo nunca inferior a um mês, cfr. Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 181.

40 Proposta que incluía um n.º 2, que desapareceu no DL n.º 47/2023.

2. As exceções e limitações ao direito de autor

O art. 75.º, n.º 2, do CDADC já continha vinte alíneas que previam utilizações livres de obras protegidas por direitos de autor. E, entre essas, as alíneas e) e f) permitiam, respetivamente, “a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras” e “a reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins de ensino e educação, de partes de uma obra publicada, contando que se destinem exclusivamente aos objectivos do ensino nesses estabelecimentos e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta”.

A Diretiva 2019/790, preservando o *acquis communautaire*, estabelece normas para adaptar certas exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos aos meios digital e transfronteiriços, nomeadamente, mas não em exclusivo, no âmbito da difusão de obras fora do circuito comercial e de outro material protegido, e da disponibilidade em linha de obras audiovisuais em plataformas de vídeo a pedido, bem como regras para facilitar a utilização de conteúdos que estão no domínio público (Considerandos 3 e 4).

Considerando que, nos domínios da inovação, da educação e da conservação do património cultural, as tecnologias digitais permitem novos tipos de utilização, não abarcados pelas exceções e limitações previstas, *facultativamente*, até então no Direito de Autor da UE⁴¹, particularmente relevantes no âmbito das utilizações transfronteiriças, a Diretiva 2019/790 determina a introdução de exceções e limitações ao direito de reprodução e de extração do conteúdo de bases de dados *imperativas* para a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica, para a ilustração didática no contexto digital e para a conservação do património cultural (Considerandos 5 e ss. e arts. 3.º a 6.º)^{42/43}.

Estas exceções, que apenas serão aplicadas em casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal das obras ou outro material protegido e não

41 Sobre estas, cfr. Tito Rendas, *Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Wolters Kluwer, 2021.

42 De todo o modo, determina que as exceções e limitações previstas no direito da União deverão continuar a ser aplicadas, nomeadamente às atividades de prospeção de textos e dados, à educação, às atividades no domínio da conservação, desde que essas atividades não limitem o âmbito das exceções ou limitações obrigatórias.

43 Cfr., ainda nesta obra, Giulia Piora, “A nova exceção ao direito de autor para fins educativos e a sua transposição para o direito português”, pp. 27 e ss., e Alexandre L. Dias Pereira, “As novas exceções aos direitos de autor e o desenvolvimento da Inteligência Artificial na Europa: a prospeção de textos e dados”, pp. 41 e ss.

prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos dos titulares de direitos (Considerando 6), visam o equilíbrio dos interesses em conflito: titulares de direitos e utilizadores.

Neste contexto, merece ainda especial referência a previsão respeitante à utilização de obras e outro material protegido *fora do circuito comercial* por instituições responsáveis pelo património cultural.

As obras ou outro material protegido estão fora do circuito comercial quando se possa presumir de boa-fé que não estão acessíveis ao público através dos canais habituais de comércio depois de se efetuar um esforço razoável para determinar a sua disponibilidade ao público (art. 8.º, n.º 5, 1.ª parte, da Diretiva).

Por um lado, atendendo a que pode ser difícil obter a prévia autorização dos titulares de direitos, a Diretiva determina que os Estados-Membros têm de prever mecanismos que permitam que as licenças emitidas por entidades de gestão coletiva sejam aplicáveis, em determinadas condições, aos direitos dos titulares de direitos que não tenham conferido mandato nesse sentido (Considerando 31 e art. 8.º, n.º 1) e essas licenças permitem que a instituição responsável pelo património cultural utilize, em qualquer Estado-Membro, as obras ou outro material protegido fora do circuito comercial (art. 9.º, n.º 1). Além disso, como esta medida poderá não ser suficiente – *v.g.*, no caso de não existir uma prática de gestão coletiva competente –, os Estados-Membros devem ainda prever uma exceção ou limitação aplicável em tais casos (Considerando 32 e art. 8.º, n.º 2), considerando-se que a utilização ao abrigo destas ocorre exclusivamente no Estado-Membro onde esteja estabelecida a instituição responsável pelo património cultural que procede a essa utilização (art. 9.º, n.º 3). Por outro lado, consagra a necessidade de serem previstas medidas de salvaguarda adequadas para todos os titulares de direitos (Considerando 35 e art. 8.º, n.º 4).

No DL n.º 47/2023, o legislador português alterou os arts. 75.º e 76.º do CDADC, respeitantes às utilizações livres. Relevam, especialmente, neste contexto as alíneas g), v), w) e y) do n.º 2 do art. 75.º.

Na (nova) alínea g) estabelece-se a licitude da reprodução, da comunicação ao público ou da colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos, docentes e técnicos em contexto escolar desse mesmo estabelecimento de educação e ensino e seja acompanhada da indicação da fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível. Deve, contudo, sublinhar-se que a redação desta alínea – como foi assinalado face à primeira proposta legislativa pela APDI – adotou a máxima amplitude permitida (já que podiam ser excluídas as partituras

musicais e obras dirigidas ao ensino e podia ser fixada uma compensação equitativa – art. 5.º, n.º 2 e n.º 4, da Diretiva 2019/790), sem que seja dada qualquer justificação para esta opção⁴⁴.

As alíneas v), w) e y) visam transpor, respetivamente, os arts. 3.º, 4.º e 6.º da Diretiva, i.e., a prospeção de textos e dados, incluindo para fins de investigação científica e a utilização para fins de preservação do património cultural.

Quanto à exceção/limitação respeitante a *text and data mining*, as alíneas v) e w) seguem de perto as previsões da Diretiva. A alínea v) refere-se ao ato de reprodução de obras ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, quando efetuadas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural⁴⁵, para a realização de prospeção de textos e dados relativos a tais obras ou material protegido, para fins de investigação científica, e a alínea w) ao ato de reprodução de obra ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, para fins de prospeção de textos e dados, desde que tal utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica, no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha, sem prejuízo do disposto na alínea anterior.

No que respeita à exceção relativa à utilização para fins de preservação do património cultural, a alínea y) prevê a licitude da reprodução, por parte de instituições responsáveis pelo património cultural, para obtenção de cópias de obras e outro material protegido que integrem, com carácter permanente, as suas coleções, independentemente do formato ou suporte, exclusivamente para garantia da sua conservação e na medida em que tal seja necessário para assegurar essa conservação. Refira-se ainda que a previsão da alínea y) do n.º 2 do art. 75.º vem juntar-se à da alínea e), que tem sido objeto de crítica⁴⁶.

Foram ainda feitas duas alterações no art. 75.º, n.º 2.

Uma, na alínea c), que não decorre de qualquer imposição da Diretiva 2019/790, e que até aqui se limitava à seleção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa e que agora exige que tal utilização não tenha por

44 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 189. Assinalando, igualmente, a referida omissão, cfr. Nuno Sousa e Silva/Giulia Piora, “A summary look at the Portuguese transposition of the CDSM Directive”, Kluwer Copyright Blog, 27.6.2023 (<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/06/27/a-summary-look-at-the-portuguese-transposition-of-the-cdsm-directive/>).

45 Considerando “reduzido e impróprio limitar esta exceção às actividades de instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, institutos de investigação e hospitais que se consagram à investigação” e defendendo que a Diretiva “se refere não às reproduções para uso próprio destas entidades (...), mas às que estas façam em benefício dos investigadores seus usuários”, Alberto de Sá e Mello, “A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE) relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital – subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2021), pp. 7-33 (p. 12).

46 A crítica que lhe é apontada por Alberto de Sá e Mello (*ult. op. cit.*, p. 14) é que “exclui entidades tão estimáveis, na perspectiva da preservação do património cultural, como fundações e associações culturais de *direito privado* titulares de estabelecimentos como os designados acessíveis ao público”.

objetivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, direta ou indireta. Porém, como a APDI sublinhou relativamente à proposta inicial, “esta alteração é de duvidosa compatibilidade com o art. 5.º, n.º 3, alínea c), da Diretiva 2001/29, cujo texto difere significativamente da proposta, pelo que, querendo o legislador português estabelecê-la, (...) [deveria] seguir a letra da referida norma da Diretiva 2001/29...”⁴⁷ e suscita preocupação relativamente à liberdade de imprensa⁴⁸.

Outra, na alínea x), acolhendo-se a exigência do art. 17.º, n.º 7, alínea b), da Diretiva e do art. 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29, onde se estabelece a utilização livre relativamente a caricaturas, paródias ou *pastiche*.

Refira-se ainda que foi aditada ao Título II do CDADC uma nova secção – Secção III – Utilização de obras fora do circuito comercial –, que compreende os arts. 74.º-A a 74.º-D, mas que não foi revogado o art. 52.º (Reedição de obra esgotada). A falta de revogação da norma materialmente conexa à secção agora aditada torna ainda mais difícil a compreensão do regime instituído.

3. O direito do editor de imprensa

A Diretiva 2019/790, invocando que “uma imprensa livre e pluralista é indispensável para assegurar um jornalismo de qualidade e o acesso dos cidadãos à informação, proporcionando igualmente uma contribuição fundamental para o debate público e o correto funcionamento de uma sociedade democrática” (Considerando 34), estabeleceu, no art. 15.º, um *novo direito conexo* aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em linha de prestadores de serviços da sociedade da informação, sem que sejam afetadas as utilizações privadas ou não comerciais por utilizadores individuais – e que se justifica face à emergência de novos serviços em linha, como o *clipping* (agregadores de notícias) ou os serviços de monitorização dos meios de comunicação social, que assentam na reutilização de publicações de imprensa.

Sensível à conveniência de garantir a sustentabilidade do setor da edição, a Diretiva estabeleceu uma proteção jurídica para as publicações de imprensa no que respeita às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação. Com efeito, como é referido no Considerando 54 da Diretiva, “se os editores das publicações de imprensa não forem reconhecidos como titulares de direitos, a concessão de licenças e o respeito dos direitos nas publicações de imprensa relativamente às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação no contexto digital são, muitas vezes, complexos e ineficientes”.

47 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 187.

48 Neste sentido, cfr. Nuno Sousa e Silva/Giulia Priora, “A summary look...”, *cit.*

O balanço da alteração é feito por Nuno Sousa e Silva⁴⁹. Aqui adianta-se apenas que a norma em questão inclui o direito do editor de imprensa no elenco dos direitos conexos previstos no art. 176.º, n.º 1, do CDADC, introduzindo igualmente alterações, designadamente, no art. 183.º, no que respeita à duração (tendo-se aproveitado para estabelecer aqui a regra geral da caducidade⁵⁰ – art. 13.º, alínea b), do DL n.º 47/2023), e no art. 189.º, quanto às utilizações livres e aditando os arts. 188.º-A e 188.º-B, pelo que não se afigura fácil a interpretação do regime jurídico instituído⁵¹.

4. A utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha

A Diretiva 2019/790 inclui ainda uma norma – o art. 17.º – que originou aquela que já foi considerada, nas palavras de Tito Rendas, que analisará a transposição desta disposição mais adiante⁵², “a mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu”⁵³.

Esta norma procura regular o funcionamento do mercado de conteúdos em linha (v.g., YouTube, Spotify, Pinterest, Facebook, Instagram, Twitter, etc.), que se tornou consabidamente mais complexo⁵⁴, proporcionando o acesso a um elevado número de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores, pois esta prática – que, positivamente, alarga o acesso a obras culturais e criativas – pode, igualmente, suscitar problemas quando esses conteúdos estejam protegidos por direitos de autor e forem carregados sem a prévia autorização dos titulares dos direitos, já que tanto podem corresponder a atos lícitos (v.g., por se integrar nalguma exceção ou limitação do direito de autor), como a atos ilícitos⁵⁵.

Com efeito, como refere Jorge Ortega Doménech, “(...) a transposição do art. 17 resulta extremamente complexa para os Estados-membros, pois não supõe uma simples modificação do articulado de cada legislação sobre direito de autor, antes implicando um elevado grau de interpretação e adaptação do conteúdo do referido artigo, assim como do restante conteúdo da Diretiva, porquanto se apresenta como

49 Nuno Sousa e Silva, “Irrelevante ou revolucionário? O novo direito conexo do editor de imprensa”, pp. 53, *infra*. Sobre o tema, cfr. ainda Gonçalo Barreiros, “Os direitos dos editores de publicações de imprensa na Diretiva 2019/790 e no direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2022), pp. 7-25.

50 Com a concomitante revogação do art. 3.º do DL n.º 334/97, de 27 de novembro, onde estava previsto até então.

51 No mesmo sentido, Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 191.

52 Tito Rendas, “Reflexões críticas sobre a transposição do artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital para o direito português”, pp. 67 *infra*.

53 Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790: Desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2022), p. 110.

54 V. Considerando 61 da Diretiva 2019/790.

55 Maria Miguel Carvalho, “A tutela da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Jurismat Revista Jurídica*, n.º 16 (2022), pp. 123-142 (p. 135) – DOI: <https://doi.org/10.60543/jurismat.vi16.8856>.

uma espécie de princípios retores e não como um texto diretamente aplicável por simples ‘cópia’ da sua redação”⁵⁶.

Não obstante, a dificuldade relativa a esta transposição foi sentida por praticamente todos os Estados-Membros, que optaram, por isso, em geral, por seguir de perto o texto da Diretiva 2019/790, com a vantagem de permitir uma maior aproximação legislativa, mas com o inconveniente de deixar os mesmos pontos duvidosos da norma da Diretiva para serem decididos judicialmente. E esta é, assumidamente, a “técnica” a que recorreu também o legislador português, que, no Preâmbulo do DL n.º 47/2023, como já referimos, menciona expressamente essa opção “consciente”, incluindo uma referência às orientações da Comissão Europeia quanto à transposição do art. 17.º da Diretiva⁵⁷ e também ao Acórdão da Grande Secção do TJUE, proferido no Processo n.º C-401/19 há precisamente um ano⁵⁸.

Relativamente à transposição do art. 17.º da Diretiva, tratando-se da regulação de uma forma específica de utilização, no direito português, optou-se por criar uma secção própria, relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha no CDADC⁵⁹: a Secção XI, no Capítulo III do Título II, que agrega os novos arts. 175.º-A a 175.º-I, parecendo-nos que a sistematização da proposta é francamente melhor do que, como consta da Diretiva, concentrar toda a regulamentação num único preceito.

No que respeita aos aspetos substanciais, importa, desde já, recordar que o Considerando 62 da Diretiva estabelece a orientação geral quanto à definição de prestador de serviços de partilha de conteúdo em linha, que assenta em três eixos. Por um lado, “deverá visar apenas os serviços em linha que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha”, que serão aqueles cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor, com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto. Por outro lado, e no seguimento do que se

56 Jorge Ortega Doménech, “La transposición del artículo 17 de la Directiva en Derecho español y la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2022), pp. 45-73 (pp. 50-51).

57 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital*, de 4.6.2021, Bruxelas, COM(2021) 288 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288&from=EN>).

58 V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 26 de abril de 2022, República da Polónia/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, no Processo C-401/19 (ECLI:EU:C:2022:297). Neste processo, a Polónia requereu a anulação das alíneas b) e c), *in fine*, do art. 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790 e, subsidiariamente, a anulação integral deste preceito, invocando a violação do direito à liberdade de expressão e de informação (art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). Já tivemos oportunidade de referir este Acórdão em “A tutela da propriedade intelectual...”, *cit.*, esp. pp. 137 e ss.

59 Diferentemente do que sucedeu noutros ordenamentos, como a Alemanha que dedicou uma lei específica à transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790, a *Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz vom 31. Mai 2021* (BGBl. I S. 1204, 1215) – *UrhdAG*.

referiu, são excluídos os serviços que tenham *outro* objetivo principal, que não seja permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros dessa atividade. Por fim, e para assegurar um nível elevado de proteção dos direitos de autor, garante-se que o mecanismo de isenção de responsabilidade previsto na Diretiva – e que referiremos adiante – não deverá ser aplicado aos prestadores de serviços cujo principal objetivo seja realizar ou facilitar pirataria de direitos de autor.

A fim de proporcionarem segurança jurídica, os Estados-Membros devem estabelecer *explicitamente* nas suas disposições de execução a definição de “prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha” que consta do art. 2.º, n.º 6, primeiro parágrafo, na sua totalidade e excluir explicitamente os prestadores de serviços enumerados no art. 2.º, n.º 6, segundo parágrafo, embora especificando, à luz do Considerando 62, que esta lista de prestadores de serviços excluídos *não é exaustiva*. Daqui resulta que *não há* margem para os Estados-Membros irem além disto, ou seja, alargando ou reduzindo o âmbito de aplicação da definição. Acresce que os Estados-Membros são aconselhados a transpor e a aplicar os diferentes elementos da definição à luz dos Considerandos 61, 62 e 63, que fornecem esclarecimentos importantes sobre os tipos de prestadores de serviços incluídos ou excluídos.

No DL n.º 47/2023, esta definição consta da alínea a) do n.º 1 do art. 175.º-A, remetendo as exclusões para o n.º 2 e, em qualquer caso, sem aludir a alguns dos referidos critérios orientadores. Pensamos que teria sido melhor: i) agregar a definição e as exclusões, num mesmo número, ainda que em parágrafos diferentes (e aqui, sim, seguindo a Diretiva); ii) cuidando de incluir a referência, na primeira, à partilha de uma “grande quantidade” de conteúdos protegidos pelo direito de autor e com o fim de atrair um público vasto e iii) substituir o elenco, aparentemente taxativo, das exclusões previstas no n.º 2 do art. 175.º-A por uma formulação que explicita que aquele é exemplificativo, como resulta literalmente dos Considerando 62 e art. 2.º, n.º 6, da Diretiva e ainda das orientações da Comissão Europeia quanto à transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790.

No que respeita à definição de serviço da sociedade da informação, esta opera por remissão para a alínea g) do art. 3.º do DL n.º 30/2020, de 29 de junho⁶⁰, corrigindo-se assim a remissão que constava da Proposta legislativa, que se referia ao n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, ignorando que o Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais⁶¹ e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais) substitui parcialmente o DL n.º 7/2004.

60 Este diploma procedeu à transposição da Diretiva (UE) n.º 2015/1535, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação (codificação), JO L 241, 17.9.2015, pp. 1-15 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj>).

61 JO L 277, 27.10.2022, pp. 1-102 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>).

Imediatamente após as definições e exclusões referidas, o art. 175.º-B estabelece o princípio de que a disponibilização ao público, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos utilizadores daqueles serviços, constitui um ato de comunicação ou de colocação à disposição do público e que, para que não sejam responsabilizados, estes devem ser autorizados pelos respetivos titulares de direitos (n.º 1 e n.º 2). Não obstante, estabelece-se expressamente no n.º 3 do art. 175.º-C, como previsto na Diretiva, a não obrigatoriedade de concessão de autorização ou licença e da não limitação do direito de autorizar ou proibir as utilizações visadas⁶².

O n.º 3 do art. 175.º-B, transpondo o n.º 3 do art. 17.º da Diretiva 2019/790, prevê que, existindo a referida autorização, esta compreende os atos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores de tais serviços, se estes não agirem com caráter comercial, direto ou indireto, ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

Por outro lado, no art. 175.º-C, seguindo *quase* textualmente a orientação da Diretiva, estabelece-se o regime jurídico aplicável aos atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público não autorizados e as circunstâncias em que vigora uma isenção de responsabilidade dos prestadores (*safe harbour*).

A redação do CDADC tem a vantagem de explicitar que os requisitos para a isenção de responsabilidade são cumulativos. Porém, não é feita referência à ausência de uma obrigação geral de monitorização – trave-mestra do sistema instituído (v. art. 17.º, n.º 8) e reafirmada na Comunicação da Comissão relativa às orientações para a transposição do artigo 17.º da Diretiva.

No que respeita aos requisitos, cuja verificação os prestadores têm de provar, para aproveitarem a isenção de responsabilidade, o primeiro é o de que envidaram os melhores esforços para obter uma autorização⁶³. O segundo obriga à demonstração de que efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e o terceiro que agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na Internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente de os titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação

62 Do ponto de vista sistemático, parece-nos que teria sido melhor incluir esta referência entre os atuais n.ºs 2 e 3 do art. 175.º-B.

63 Não valorizamos a alteração da expressão “todos os esforços” para “os melhores esforços” que figurava na Proposta inicial e correspondente à versão em português da Diretiva 2019/790, quer porque as diferentes versões linguísticas da Diretiva apresentam expressões distintas, quer porque, em termos substanciais, está em causa a mesma obrigação de meios.

relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, nos termos da alínea anterior (art. 175.º-C, n.º 1, alíneas a)-c)).

Segue-se o regime especial respeitante a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 175.º-D); o dever de informação que incide sobre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 175.º-E); os procedimentos de reclamação e reapreciação (art. 175.º-F); a resolução alternativa de litígios (art. 175.º-G); a proteção de dados pessoais (art. 175.º-H); e a disponibilidade de conteúdos (art. 175.º-I), normas que serão analisadas mais adiante⁶⁴. Porém, não são referidas medidas de salvaguarda *preventiva* das liberdades fundamentais dos utilizadores. E este é o nó górdio do sistema instituído pela Diretiva 2019/790, pois a observância dos requisitos que permitem a isenção de responsabilidade dos prestadores obriga-os a recorrer a mecanismos de filtragem automatizada que, para surtirem o efeito desejado (e desejável), devem ser capazes de diferenciar os conteúdos ilícitos dos lícitos, pois não pode ser vedada a disponibilização de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação (art. 17.º, n.º 7 da Diretiva). Ora, as tecnologias que permitem a filtragem automatizada podem examinar *todos* os conteúdos carregados nas plataformas – incluindo os que correspondam a utilizações livres que são lícitas –, pelo que surge um problema bem real de bloqueios injustificados e excessivos. Apesar de, como já mencionamos, o TJUE se ter debruçado sobre a conciliação do direito de autor com as liberdades fundamentais dos utilizadores, não se refere expressamente à sua concretização⁶⁵. Porém, no n.º 90 do Acórdão citado, sustentou que “o artigo 17.º, n.º 8, da Diretiva 2019/790, ao enunciar, à semelhança do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31, que a aplicação deste artigo 17.º não implica qualquer obrigação geral de monitorização, impõe uma garantia *adicional* para o respeito do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, já que “esta precisão implica que os prestadores desses serviços *não podem ser obrigados a prevenir* o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos cuja constatação do carácter ilícito necessitaria, por seu lado, de uma apreciação autónoma do conteúdo à luz das informações fornecidas pelos titulares de direitos, bem como de eventuais exceções e limitações aos direitos de autor” (itálicos nossos). Possivelmente, a desejável concretização ficará para a apreciação que o TJUE vier a empreender da compatibilidade das normas de transposição da Diretiva 2019/790 pelos Estados-Membros com os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

64 Cfr. Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790...”, *cit.*

65 Referimo-nos ao Acórdão da Grande Secção do TJUE, proferido no Processo n.º C-401/19, *cit.* Seguimos aqui de perto o que escrevemos em “A tutela da propriedade intelectual...”, *cit.*, pp. 134 e ss.