

Reflexões críticas sobre a transposição do artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital para o direito português

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.5>

Tito Rendas¹

Resumo

O presente artigo procede a uma análise crítica da transposição do art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital. Na primeira parte, apresenta-se um breve enquadramento histórico da norma, com enfoque sobre a narrativa utilizada durante o processo legislativo para justificar a introdução do novo regime de responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos. De seguida, são explicados os aspetos fundamentais desse novo regime, à luz das orientações relativas à sua transposição e aplicação, publicadas pela Comissão Europeia a 4 de junho de 2021, e do Acórdão C-401/19, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia a 26 de abril de 2022. Por fim, discute-se o resultado da transposição do art. 17.º para o ordenamento interno, examinando-se criticamente os novos arts. 175.º-A a 175.º-I do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Palavras-chave

Direito de Autor; Diretiva do Mercado Único Digital; Diretiva (UE) 2019/790; art. 17.º; Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos; moderação de conteúdos; responsabilidade das plataformas.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e Diretor Executivo da Católica Global School of Law. O presente artigo corresponde, com ligeiras adaptações, ao texto que serviu de apoio à intervenção que fiz no dia 26 de abril de 2023 na Escola de Direito da Universidade do Minho, sendo uma versão revista e atualizada de Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790: Desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. I (2022), pp. 109-125. Agradeço às Professoras Maria Miguel Carvalho e Giulia Piora a generosidade do convite para participar na conferência.

Sumário

1. Enquadramento histórico; **2.** O artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital; **2.1.** Âmbito subjetivo de aplicação; **2.2.** Regime específico de autorização; **2.3.** Regime específico de imputação da responsabilidade; **2.4.** Salvaguardas para utilizações livres; **3.** A transposição para o direito português.

Abstract

The paper provides a critical analysis of the transposition of Article 17 of the Digital Single Market Directive. In the first part, I summarize the historical background of the provision, focusing on the narrative that was used during the legislative process to justify the introduction of a new liability regime for content sharing platforms. Next, I outline the fundamental aspects of this new regime, in light of the guidelines on its transposition and application that were published by the European Commission on 4 June 2021 and of the CJEU's judgment in Case C-401/19, handed out on 26 April 2022. Finally, I discuss the transposition of Article 17 into Portuguese law, critically examining the new Articles 175-A to 175-I of the Copyright and Related Rights Code.

Keywords

Copyright; Digital Single Market Directive; Directive (EU) 2019/790; Article 17; content moderation; Copyright and Related Rights Code; platform liability.

Summary

1. Historical background; **2.** Article 17 of the Digital Single Market Directive; **2.1.** Subjective scope of application; **2.2.** Special licensing regime; **2.3.** Special platform liability regime; **2.4.** Safeguards; **3.** Transposition into Portuguese law.

A minha intervenção versará sobre aquele que é o resultado da mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu: o art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital^{2/3}. Estatísticas internas do Parlamento Europeu revelam que os deputados raramente, ou nunca mesmo, haviam sido sujeitos a um nível de lobbying semelhante àquele que marcou o processo legislativo que levou à aprovação da Diretiva e, em particular, do art. 17.º⁴. Qualificar esta disposição como uma das mais controversas da história recente da legislação da União não será, pois, um exagero⁵.

Iniciarei a exposição com um breve enquadramento histórico do art. 17.º, explicando a narrativa que subjaz à introdução do novo regime de responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos. De seguida, examinarei os aspetos fundamentais desse regime, complementando a análise com as orientações dadas pela Comissão Europeia⁶ e com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

2 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.

3 Sobre a Diretiva, em geral, veja-se, Alexandre Dias Pereira, “Os direitos de autor no mercado único digital segundo a Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. II (2019), pp. 35-56; Alberto de Sá e Mello, “A Directiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. II (2019), pp. 15-34; Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021; João Pedro Quintais, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 1 (2020), pp. 28-41; e Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», *Revista de Direito Intelectual*, Vol. I (2020), pp. 245-270.

4 Cf. “Questions and Answers on issues about the digital copyright directive”, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>: “The directive has been the subject of intense campaigning. Some statistics inside the European Parliament show that MEPs have rarely or never been subject to a similar degree of lobbying before (through telephone calls, emails etc.)”.

5 O art. 17.º tem sido objeto de extensa reflexão doutrinária. Haja vista, entre outras, às seguintes obras: Alexandre Dias Pereira, “A responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos digitais segundo a Diretiva 2019/790/EU sobre direitos de autor no mercado digital”, in *Encontros de Direitos Civil III – Evolução Tecnológica no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, pp. 9-33 (p. 26); European Copyright Society, “Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law”, 2020; Gerard Spindler, “The Liability system of Article 17 DSMD and national implementation: Contravening prohibition of general monitoring duties?”, *JIPITEC*, Vol. 10(3) (2019), pp. 344 e ss.; Martin Husovec/João Pedro Quintais, “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive”, *GRUR International*, Vol. 70(4) (2021), pp. 325 e ss.; Matthias Leistner, “European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?”, *ZGE*, Vol. 2 (2020), pp. 123 e ss.; Sebastian Felix Schwemer, “Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation”, *Nordic Intellectual Property Law Review*, Vol. 3 (2020), pp. 400 e ss.; Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Em defesa do artigo 17.º da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital: contextualização de uma evolução inevitável”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. II (2019), pp. 57-78; e Tito Rendas, “Are copyright-permitted uses “exceptions”, “limitations” or “user rights”? The special case of Article 17 CDSM Directive”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 17(1) (2022), pp. 54 e ss.

6 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”, COM(2021) 288 final, 4 de junho de 2021 (adiante, simplesmente, “Orientações da Comissão”). O n.º 10 do art. 17.º exige que

no Proc. C-401/19, que negou provimento ao recurso de anulação do art. 17.º interposto pela República da Polónia. Por fim, debruçar-me-ei sobre a transposição da norma para o ordenamento interno, dissecando criticamente as opções tomadas pelo legislador português no Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho.

1. Enquadramento histórico

Nos anos que precederam a apresentação da Proposta de Diretiva, a indústria fonográfica iniciou uma campanha de comunicação assente na ideia de que existia uma “lacuna de valor” (na expressão inglesa, um *value gap*) no mercado de conteúdos protegidos por direitos de autor e conexos disponíveis *online*. Essa lacuna, assim alegavam, devia ser suprida⁷.

Os titulares de direitos e seus representantes chamavam a atenção para o facto de nem sempre lograrem receber uma justa remuneração da parte das plataformas de partilha de conteúdos, apontando para um suposto desequilíbrio entre o valor que plataformas como o YouTube obtêm ao explorar os conteúdos em questão e os montantes que entregam aos titulares de direitos. Acrescentavam, ainda, que a injustiça se tornava particularmente evidente quando se considerava a diferença entre a remuneração que era voluntariamente paga pelos operadores dessas plataformas e a remuneração paga por operadores de serviços por subscrição, como o Spotify Premium⁸. O objetivo fundamental da campanha passava por levar a uma redistribuição do lucro gerado pelas plataformas de partilha de conteúdos, forçando as empresas que as operam a concluir acordos de licenciamento com os titulares de direitos.

É com esse objetivo que surge o célebre art. 13.º, que constava da Proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em setembro de 2016, e que veio a dar lugar à aberração normativa que é o atual art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital. O art. 17.º – uma norma que, à medida que foi progredindo pelas várias fases do processo legislativo europeu, se tornou extraordinariamente complexa – é um

a Comissão emita orientações sobre a aplicação desta norma, nomeadamente no que diz respeito à cooperação entre plataformas e titulares de direitos. Essas orientações – que não têm carácter vinculativo – refletem os resultados de seis diálogos de *stakeholders* que ocorreram entre outubro de 2019 e fevereiro de 2020.

7 É na Comunicação da Comissão intitulada “Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu”, COM(2015) 626 final, publicada na sequência de uma consulta pública sobre a revisão das regras europeias de direito de autor, conduzida entre dezembro 2013 e março 2014, que se lê pela primeira vez que a Comissão ponderava apresentar medidas com o objetivo de “assegurar que todos os intervenientes que contribuem para gerar esse valor [associado a novas formas de distribuição em linha de obras protegidas por direitos de autor] tenham a possibilidade de exercer plenamente os seus direitos, contribuindo assim para uma afetação justa desse valor”.

8 A narrativa era, no mínimo, questionável: os titulares de direitos demonstravam que existia uma diferença de valores, mas não explicavam a razão pela qual essa diferença devia deixar de existir. Da mera existência da diferença não decorre, naturalmente, que a diferença seja injustificada e deva ser eliminada. É que plataformas abertas como o YouTube – que dependem de conteúdo gerado e carregado pelos seus utilizadores – operam com base em princípios e modelos de negócio fundamentalmente diferentes daqueles que guiam, por exemplo, o Spotify – uma plataforma de distribuição que depende quase inteiramente de conteúdo que carece de licenciamento.

exemplo de experimentalismo legislativo⁹. Em resultado da pressão exercida por diferentes grupos de interesses, o legislador acabou a tentar acomodar as pretensões divergentes de titulares de direitos e plataformas (e, em certa medida, também dos utilizadores). Martin Husovec e João Pedro Quintais usam uma imagem ilustrativa para caracterizar este esforço: como um pai de duas crianças desavindas, a norma tenta serenar ambas ao mesmo tempo¹⁰.

2. O artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital

2.1. Âmbito subjetivo de aplicação

O art. 17.º dirige-se aos “prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, definidos no art. 2.º, n.º 6, da Diretiva como “prestador[es] de um serviço da sociedade da informação que [têm] como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza[m] e promove[m] com fins lucrativos”¹¹. Para além do YouTube – plataforma a pensar na qual o regime foi gizado –, estão abrangidos também serviços como o Facebook, o Instagram, o Snapchat, o Twitter, o TikTok, o LinkedIn, o Slideshare, o DailyMotion, o Vimeo, entre outros. Por outro lado, plataformas que armazenem conteúdos carregados pelos utilizadores, mas que não se enquadrem na definição do art. 2.º, n.º 6, nomeadamente por não darem acesso a uma “quantidade significativa” de conteúdos protegidos, permanecem sujeitas ao regime do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação¹² (que, em relação ao art. 17.º, opera como *lex generalis*)¹³.

O considerando 62 exclui do âmbito de aplicação da norma, de forma não exaustiva, plataformas como enciclopédias em linha sem fins lucrativos (*e.g.*, Wikipedia), repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos (*e.g.*, SSRN e Research Gate), plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta (*e.g.*, GitHub), prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 (*e.g.*, WhatsApp, Telegram e Signal), mercados em linha (*e.g.*, eBay,

9 E que já tem vindo a produzir ecos além-fronteiras: um estudo do U.S. Copyright Office sobre o art. 512 do título 17 do U.S. Code – que institui o sistema de *notice-and-takedown* no direito norte-americano – dedica uma secção inteira ao art. 17.º da Diretiva – cf. U.S. Copyright Office, “Section 512 of Title 17: A Report of the Register of Copyrights”, 2020, pp. 61-63.

10 Martin Husovec/João Pedro Quintais, “Too Small to Matter? On the Copyright Directive’s bias in favour of big right-holders”, in *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism: Hedging Exclusive Rights* (coords.: Jonathan Griffiths/Tuomas Mylly), Oxford University Press, 2021, pp. 219-237 (p. 220) (“Like a parent of squabbling toddlers, it tries to appease both children at the same time”).

11 Doravante, por motivos de facilidade expositiva, referir-me-ei a estes prestadores como “operadores de plataformas” ou, simplesmente, “plataformas”.

12 Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação.

13 Contudo, o TJUE já teve o ensejo de esclarecer, no Acórdão C-682/18 e C-683/18, *YouTube/Cyando*, que uma plataforma como o YouTube não realiza atos de comunicação ao público na aceção do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação (§§92-96).

OLX e Vinted), e serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso (e.g., Dropbox, Google Drive e OneDrive).

Para além desta delimitação negativa do âmbito da norma, prevê-se, no n.º 6 do art. 17.º, uma exoneração de certos deveres para novas empresas do setor com volumes de negócios e números médios mensais de visitantes mais baixos (*startups*), mas cujo campo de aplicação é, na verdade, pouco expressivo.

2.2. Regime específico de autorização

O n.º 1 do art. 17.º determina que a oferta ao público de acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores destas plataformas constitui um ato de comunicação ao público sujeito a autorização dos titulares de direitos. Ao regular desta forma a disponibilização dos meios destinados a facilitar a disponibilização em rede de conteúdos protegidos, a norma converte um conjunto de intermediários em verdadeiros autores de atos de comunicação ao público desses conteúdos¹⁴. As plataformas tornam-se, assim, *diretamente* responsáveis pelos atos de carregamento praticados pelos seus utilizadores, estando, nos termos do n.º 3 do art. 17.º, excluídas da isenção de responsabilidade prevista no art. 14.º da Diretiva do Comércio Eletrónico¹⁵ e, atualmente, no art. 6.º do Regulamento dos Serviços Digitais¹⁶.

Para não serem apanhadas nas malhas da responsabilidade, as plataformas devem, pois, obter uma licença¹⁷. Em teoria, essas licenças podem ser adquiridas através de diferentes formas. Podem, desde logo, ser concedidas diretamente pelos titulares de direitos aos operadores das plataformas, mediante a celebração de acordos individuais de licenciamento. É neste sentido que aponta a própria norma, ao estabelecer que os operadores devem “obter uma autorização dos titulares de direitos (...), por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças”¹⁸.

Apresenta-se, contudo, uma dificuldade óbvia: atendendo ao número e dispersão de titulares de direitos sobre obras ou excertos de obras que estão disponíveis nas plataformas, a obtenção de licenças numa base individual é simplesmente inexecutável. Para responder a esse problema, o legislador esclareceu, no n.º 4 do art. 17.º, que aquilo que

14 Cf. Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), “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”, 2021, p. 16.

15 Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

16 Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE.

17 Pese embora, nos termos do considerando 61, os titulares de direitos não possam ser obrigados a conceder tal licença.

18 Sobre o tema, explorando vários modelos de licenciamento possíveis para além dos acordos individuais, cf. Martin Husovec/João Pedro Quintais, “How to License Article 17? ?...”, *cit.*, pp. 325-348.

as plataformas devem fazer é envidar os “melhores esforços”¹⁹ para obter uma autorização. O preceito tem sido lido como impondo às plataformas uma obrigação de contactar proativamente *apenas* os titulares de direitos que sejam facilmente identificáveis e que representem um amplo catálogo de obras ou prestações protegidas, como os grandes estúdios de cinema e editoras de música, ou outras entidades, como as sociedades de gestão coletiva²⁰. Exigir que as plataformas tomem a iniciativa de contactar todos os pequenos autores e titulares de direitos seria inteiramente desproporcional.

Independentemente do modelo de licenciamento a que se recorra, o n.º 2 vem esclarecer que a autorização obtida pelos operadores deve abranger os atos dos utilizadores que se enquadrem numa de duas categorias: (i) aqueles que atuem para fins não comerciais (*e.g.*, o *upload* de um vídeo doméstico que inclua música de fundo sujeita a proteção) ou (ii) aqueles cuja atividade não gere receitas significativas²¹ (*e.g.*, o *upload* de vídeos que incluam excertos de obras protegidas e que gerem receitas de publicidade limitadas). Os utilizadores que ajam com carácter comercial e obtenham receitas significativas a partir dos conteúdos que carregam não estarão abrangidos pela autorização que haja sido concedida aos operadores das plataformas. Assim, a não ser que as partes tenham estipulado contratualmente que tais utilizadores se encontram abrangidos pela licença, as atividades dos mesmos cairão no âmbito de aplicação do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação.

2.3. Regime específico de imputação da responsabilidade

Decorre do art. 17.º, n.º 1, que, para evitar que sejam diretamente responsabilizados por violação de direitos de autor ou conexos, os operadores das plataformas devem obter uma autorização da parte dos titulares de direitos. Esta não é, contudo, a única forma de se eximirem de responsabilidade. Nos casos em que não lhes tenha sido concedida qualquer licença, os operadores podem ainda demonstrar o cumprimento dos deveres (cumulativos) enunciados no n.º 4. Na ausência de autorização, os operadores das plataformas serão responsáveis a não ser que demonstrem que:

- (a) envidaram “todos os esforços” para obter uma autorização²²;

19 Na versão portuguesa da Diretiva, a expressão “*best efforts*” surge erradamente traduzida como “todos os esforços”. Porém, no novo art. 175.º-C, n.º 1, alínea a), do CDADC, optou-se, corretamente, pela expressão “melhores esforços”, em linha com as Orientações da Comissão, que esclarecem que as plataformas, no âmbito do art. 17.º, n.º 4, alínea a), não devem ser sujeitas à obrigação de contactar proativamente *todos* os titulares (p. 8).

20 Cf. Orientações da Comissão, p. 10.

21 Segundo as Orientações da Comissão (p. 8), os Estados-Membros não devem definir limiares quantitativos ao transporem o conceito de “receitas significativas”, cujo preenchimento deverá ser avaliado de forma casuística.

22 As diferentes versões linguísticas da Diretiva recorrem a expressões distintas: “todos os esforços” em português e alemão, “melhores esforços” em inglês e francês, “maiores esforços” em espanhol ou, ainda, “máximos esforços” em italiano. O cumprimento desta obrigação deve ser apurado casuisticamente, analisando-se, entre outros fatores, se os operadores abordaram os titulares proativamente, que titulares foram abordados, se lhes foram oferecidas licenças com termos justos, etc.

- (b) efetuaram os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de conteúdo ilicitamente carregado, na medida em que os titulares de direitos tenham fornecido às plataformas as informações pertinentes e necessárias;
- e
- (c) agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso ou retirar o conteúdo objeto de notificação (*notice-and-takedown*) e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento (*notice-and-staydown*)²³.

Com o nítido objetivo de salvaguardar a liberdade de empresa e de iniciativa económica, o n.º 5 impõe que o cumprimento destes deveres seja aferido à luz do princípio da proporcionalidade. Para o efeito, devem ser tidos em conta vários elementos, como (i) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, o tipo de obras carregadas pelos utilizadores do serviço, e (ii) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, assim como o respetivo custo para as plataformas. Neste contexto, deverá determinar-se, por exemplo, quão dispendiosas são as tecnologias de reconhecimento de conteúdos em relação aos recursos de que o operador da plataforma dispõe.

2.4. Salvaguardas para utilizações livres

O art. 17.º, n.º 7, divide-se em dois parágrafos, que podem ser caracterizados como contemplando, respetivamente, uma salvaguarda geral e uma salvaguarda especial para utilizações livres. O primeiro parágrafo estipula que a cooperação entre plataformas e titulares, ao abrigo do n.º 4, não pode resultar na indisponibilidade de conteúdos que *não* violem direitos de autor ou conexos, nomeadamente nos casos em que sejam aplicáveis exceções a esses direitos. Já o segundo parágrafo prevê um regime especial para duas exceções: os utilizadores, ao carregar e disponibilizar conteúdos por si gerados, devem poder invocar, pelo menos, a exceção de citação e a exceção de paródia. Estas duas exceções – que, nos termos do art. 5.º da Diretiva Sociedade de Informação, são de transposição optativa – passam a ser obrigatórias no que se refere ao tipo de utilizações previstas no art. 17.²⁴ No que respeita à paródia, o legislador português optou – a meu ver, bem – por acrescentar ao catálogo do art. 75.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) uma exceção de âmbito mais geral, aplicável a todos os tipos de reprodução e comunicação ao público, e não apenas aos atos a que se refere o art. 17.²⁵

²³ Note-se que os operadores não poderão ser responsabilizados por conteúdo que não tenha sido devidamente identificado ou notificado pelos titulares de direitos. Este ónus, que se retira também do considerando 66, mitiga, embora esteja longe de eliminar, os problemas resultantes deste mecanismo específico de responsabilidade.

²⁴ No considerando 70, reconhece-se que estas exceções são de particular importância para “garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual”.

²⁵ Cf. nova alínea x) do art. 75.º, n.º 2.

Na transposição da Diretiva, o maior desafio para os Estados-Membros tem sido seguramente o de compatibilizar as alíneas b) e c) do n.º 4, que contemplam obrigações de realizar esforços para impedir *uploads* ilícitos, com o n.º 7, que impõe o respeito por liberdades fundamentais dos utilizadores. É que as exigências do n.º 4 traduzem-se, na prática, numa obrigação de utilizar tecnologias automatizadas de reconhecimento de conteúdos, como o ContentID ou o Audible Magic, capazes de examinar preventivamente todo o conteúdo carregado nas plataformas²⁶. O próprio TJUE assim o reconhece, no Acórdão C-401/19, ao admitir que, “para poder efetuar esse controlo prévio, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são (...) obrigados a recorrer a ferramentas de reconhecimento e de filtragem automáticas”²⁷. Ou seja, muito embora o n.º 8 estipule que a aplicação do art. 17.º não constitui uma obrigação geral de vigilância – numa tentativa vã de afastar conflitos com a proibição consagrada no art. 15.º da Diretiva do Comércio Electrónico (atualmente, o art. 8.º do Regulamento dos Serviços Digitais)²⁸ –, na prática, as alíneas b) e c) do n.º 4 impõem uma tal obrigação²⁹.

O anterior regime – de natureza reativa, já que exigia que os titulares tomassem a iniciativa de notificar as plataformas da existência de conteúdo especificamente carregado – foi convertido num regime que exige maior proatividade da parte dos operadores das plataformas, em virtude da não aplicação da isenção de responsabilidade para prestadores de serviços de armazenagem. Estas medidas de filtragem que os operadores se veem agora obrigados a implementar devem conciliar duas obrigações: por um lado, devem prevenir o carregamento ilícito de conteúdos protegidos e identificados previamente pelos titulares de direitos; por outro, não podem ter por efeito o bloqueio ou remoção de conteúdos que fazem uso de obras ou prestações protegidas ao abrigo de exceções e que são, por isso, disponibilizados de forma lícita³⁰.

26 A norma acaba, assim, por resultar na criação de um mercado para tecnologias de reconhecimento de conteúdos, que poderão ser licenciadas pelas maiores empresas do setor a outras incapazes de investir no desenvolvimento das suas próprias tecnologias – cf. Alexandre Dias Pereira, “A responsabilidade das plataformas...”, *cit.*, p. 26.

27 Acórdão C-401/19, *Polónia*, §54.

28 Nas palavras, de Nuno Sousa e Silva, “Subsídios...”, *cit.*, p. 266, o art. 17.º, n.º 8, ao dizer que uma obrigação de filtragem não constitui uma obrigação geral de monitorização, faz “uma homenagem ao surrealista belga René Magritte”, em alusão à conhecida pintura *La Trahison des Images*.

29 Não obstante, no Acórdão C-682/18 e C-683/18, *YouTube/Cyando* – aresto, assinala-se, que não versava diretamente sobre o regime que veio a ser instituído pelo art. 17.º –, o TJUE sugeriu que ferramentas como o ContentID não são as únicas medidas possíveis ou apropriadas a assegurar a indisponibilidade de *uploads* ilícitos. O Tribunal identificou um conjunto de outros mecanismos destinados a combater violações aos direitos de autor implementados pelo YouTube, entre os quais os apelos aos utilizadores das plataformas no sentido de que respeitem os direitos de autor de terceiros; os bloqueios de contas de utilizadores em casos de reincidência no carregamento ilícito; a existência de procedimentos internos para notificação de conteúdos ilícitos; e a existência de processos especiais de alerta para titulares de direitos (§§93-94).

30 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, acrescentando que os operadores das plataformas “se encontram numa posição profissional bilateral relativamente aos utilizadores e aos titulares de direitos”, devendo “agir ‘diligentemente’ relativamente a estas duas categorias” (§§191-192).

O problema fundamental é que mesmo as tecnologias de reconhecimento de conteúdos mais avançadas são altamente falíveis³¹. Numa notícia recentemente publicada pelo *Wall Street Journal*, são lançadas dúvidas fundadas sobre a eficácia das tecnologias de reconhecimento de conteúdos – eficácia propalada oficialmente pela administração de empresas como a Meta, mas de que os seus funcionários desconfiam, segundo relatam documentos internos a que o referido jornal teve acesso. Um dos exemplos discutidos nesses documentos, e que gerou alguma perplexidade no seio da empresa, foi o de vídeos de lutas de galos. Estes vídeos violam os termos e condições do Facebook, sendo que o sistema de reconhecimento de conteúdos tinha sido treinado a detetá-los e removê-los. Ora, o sistema, apesar de ter sido alimentado com milhares de horas de vídeos de lutas de galos, revelou-se incapaz de distinguir lutas sangrentas, em que os intervenientes saem visivelmente maltratados, de quezílias relativamente inócuas. Outro exemplo conhecido é o do bloqueio, por parte do Facebook, de uma fotografia da milenar estátua da Vénus de Willendorf, por conter conteúdo pornográfico.

As mesmas dificuldades existem no domínio do direito de autor, em que a distinção entre utilizações lícitas e ilícitas é altamente contextual e dependente de juízos de ponderação. Identificar uma paródia ou uma citação legítima é, para um sistema tecnológico, uma missão espinhosa, precisamente por depender de apreciações de natureza eminentemente *humana*. Veja-se o caso do vídeo de uma aula de direito de autor, carregado por um professor da Universidade de Harvard na plataforma YouTube, que foi bloqueado por usar excertos de músicas de Jimi Hendrix, Joe Cocker e Santana – uma utilização feita para fins de ilustração didática e, por isso, obviamente lícita³².

As salvaguardas previstas no art. 17.º, n.º 7, são complementadas pelo n.º 9, que prevê a criação de mecanismos de reclamação e recurso contra bloqueios indevidos. Trata-se de uma salvaguarda *ex post* que pode ser acionada depois de o conteúdo ser bloqueado, destinando-se já não a prevenir, mas a *reagir* contra bloqueios ilegítimos, com fundamento, por exemplo, na aplicabilidade de uma das exceções referidas no n.º 7.

Em primeiro lugar, o n.º 9 estabelece a obrigação de as plataformas criarem mecanismos internos de reclamação e de recurso. Os titulares de direitos devem justificar devidamente os pedidos de bloqueio ou de remoção de conteúdos que façam ao abrigo desses mecanismos e as reclamações apresentadas deverão ser processadas sem demora injustificada e sujeitas a controlo humano³³.

Em segundo lugar, e para além destes mecanismos de autorregulação, os Estados-Membros devem assegurar a disponibilidade de mecanismos de resolução

31 De resto, como a própria Comissão Europeia reconhece nas suas Orientações (pp. 20 e 23).

32 Torrent Freak, “YouTube Copyright Complaint Kills Harvard Professor’s Copyright Lecture (Update)”, 2016.

33 Cf. considerando 70.

extrajudicial de litígios³⁴, assim como o acesso a tribunais ou outros órgãos jurisdicionais, para que os utilizadores possam reclamar o exercício das prerrogativas concedidas pelas exceções³⁵.

Não obstante a relevância destas salvaguardas reativas, associações representativas de utilizadores e consumidores, assim como certos setores da doutrina, têm vindo a apontar que as mesmas não são suficientes para garantir a efetividade prática do n.º 7 e não afetar as utilizações livres nele previstas, defendendo a consagração, em sede de transposição, de salvaguardas concretas que evitem *a priori* bloqueios de *uploads* lícitos. Para que se dê cumprimento ao n.º 7, alegam, não basta um mecanismo de reclamação e recurso que permita restaurar o conteúdo depois de ele ter sido erradamente removido; são necessárias, também, salvaguardas de natureza *preventiva*³⁶.

O objetivo de tais salvaguardas passa por prevenir o risco de zelo excessivo (*over-compliance*) da parte das plataformas, resultante da adoção de filtros tecnológicos demasiado apertados e, conseqüentemente, de bloqueios de conteúdos lícitamente carregados. O problema dos bloqueios injustificados é real, como resulta, aliás, de informação disponibilizada pelos próprios operadores das plataformas. Segundo o primeiro *YouTube Copyright Transparency Report*, publicado no final de 2021³⁷, a plataforma tinha processado mais de 700 milhões de casos relacionados com direitos de autor na primeira metade desse ano, dos quais 99% foram decididos de forma automatizada pelo Content ID. 3.7 milhões dessas reclamações foram apresentadas por utilizadores que entendiam que os seus conteúdos haviam sido erradamente bloqueados (ou objeto de ações de desmonetização). Dessas, 60% foram decididas a favor dos utilizadores, o que significa que, na primeira metade de 2021, terá havido pelo menos 2.2 milhões de bloqueios injustificados³⁸.

Uma solução possível para o problema passaria por limitar a obrigação de bloqueio automático aos casos de carregamentos que fossem *manifestamente* ilícitos. Tal solução implicaria que os *uploads* cuja ilicitude não fosse evidente pudessem ser efetuados e que o respetivo bloqueio só pudesse ser levado a cabo *a posteriori*, após verificação humana, que seria desencadeada pelos titulares de direitos através de notificação às plataformas.

34 A configuração concreta destes mecanismos extrajudiciais é deixada à discricionariedade dos Estados-Membros.

35 Estas salvaguardas, creio, transformam as prerrogativas em questão em verdadeiros direitos subjetivos dos utilizadores. Sobre essa questão, cf. Tito Rendas, "Are copyright-permitted uses...", *cit.*

36 Cf. Orientações da Comissão, p. 23.

37 Cf. YouTube Copyright Transparency Report, <https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>.

38 Importa sublinhar que este é apenas um número mínimo, já que só uma pequena percentagem de utilizadores que entende que o seu conteúdo foi removido injustificadamente apresenta reclamações. É provável, por isso, que o número real seja muito superior ao reportado no relatório. Veja-se, a esse propósito, o estudo de Jennifer M. Urban/Joe Karaganis/Brianna Schofield, "Notice and Takedown in Everyday Practice", UC Berkeley Public Law Research Paper n.º 2755628, 2016.

A Comissão Europeia, nas suas orientações a respeito do art. 17.^º³⁹, e o Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, nas conclusões proferidas no âmbito do Proc. C-401/19⁴⁰, acolheram expressamente essa ideia. O Advogado-Geral pronunciou-se contra a invalidade do art. 17.^º, concluindo que o novo regime constitui uma ingerência na liberdade de expressão e de informação dos utilizadores, mas que esta ingerência não é desproporcional, na medida em que é acompanhada de salvaguardas que se destinam a minimizar os riscos para tais liberdades fundamentais, nomeadamente as previstas nos n.ºs 7 e 9. No entanto, não deixou de alertar para os efeitos colaterais negativos decorrentes da obrigação de filtragem e de eventuais bloqueios excessivos. Para mitigar tais riscos, o Advogado-Geral propôs que a obrigação de filtragem se cingisse aos casos de *uploads* manifestamente ilícitos, aplicando-se apenas a conteúdos que sejam idênticos aos conteúdos identificados pelos titulares de direitos ou equivalentes, no sentido de que lhes foram introduzidas apenas alterações insignificantes, por exemplo, simples modificações técnicas destinadas a ludibriar o sistema de filtragem, tais como alterações do formato ou da velocidade da imagem. Por outro lado, em casos mais ambíguos, relativamente aos quais se pode plausivelmente argumentar no sentido da aplicação de uma exceção, os conteúdos não poderiam ser bloqueados preventivamente⁴¹. Ou seja, segundo a interpretação proposta pelo Advogado-Geral, se a ilicitude do *upload* não fosse manifesta, o conteúdo em causa não poderia ser objeto de bloqueio preventivo e os titulares teriam de solicitar a respetiva remoção através de notificações devidamente justificadas.

A Grande Secção do TJUE, cujo acórdão foi proferido a 26 de abril de 2022, parece ter ecoado as preocupações do Advogado-Geral, embora de modo não inteiramente explícito. Lê-se no parágrafo 90 da decisão que os operadores das plataformas “não podem ser obrigados a prevenir o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos cuja constatação do caráter ilícito necessitaria (...) 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”⁴². Ora, se as

39 Lamentavelmente, a Comissão propôs também que se acrescentasse um mecanismo que acabava por permitir que os titulares de direitos, na prática, derrogassem esta salvaguarda: o chamado mecanismo de “marcação prévia” (*earmarking*). Nos termos desta proposta, ao fornecerem as informações necessárias às plataformas, no âmbito do art. 17.^º, n.º 4, alínea b), os titulares de direitos poderiam optar por identificar conteúdos específicos cuja disponibilização *online* pudesse causar-lhes prejuízos económicos significativos, como conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo, designadamente o pré-lançamento de músicas ou filmes ou destaques de transmissões de eventos desportivos recentes – cf. Orientações da Comissão, p. 16. Mas a verdade é que, segundo este regime, os titulares de direitos poderiam marcar o conteúdo que bem entendessem, sem qualquer critério limitativo de marcações abusivas. Esta proposta da Comissão previa ainda que, se o conteúdo estivesse marcado, as plataformas deveriam exercer especial cuidado no cumprimento das suas obrigações de melhores esforços. Esse especial cuidado poderia incluir, quando razoável e exequível, uma verificação humana *ex ante* e expedita. Ou seja, as plataformas deveriam bloquear a título preventivo e, idealmente, sujeitar o bloqueio a um controlo humano rápido. A existência de controlo humano, porém, não alterava o facto de a Comissão pretender, com esta proposta, um bloqueio *prévio*, ainda que potencialmente temporário, de carregamentos potencialmente lícitos.

40 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, §§198-203.

41 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, §206.

42 Destaque acrescentado.

plataformas não devem bloquear conteúdos cuja licitude exija uma “apreciação autônoma”, parece daí retirar-se que só devem bloquear conteúdos que – pela sua ilicitude ser manifesta, evidente, indiscutível – não exijam uma tal apreciação.

3. A transposição para o direito português

A transposição da Diretiva do Mercado Único Digital para o ordenamento nacional conheceu dois momentos: um primeiro, com a apresentação da Proposta de Lei n.º 114/XIV (PPL 114/XIV), que caducou com o termo da XIV Legislatura na sequência da dissolução do Parlamento decretada pelo Presidente da República; e um segundo, com a apresentação de uma segunda proposta em novembro de 2022 – a PPL 52/XV – que veio a dar lugar ao Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho (DL 47/2023)⁴³.

Em ambos, a opção expressa foi a de transpor de forma quase literal o art. 17.º, delegando nos tribunais a missão de densificar o regime⁴⁴. A opção afigurava-se compreensível no contexto em que a primeira proposta havia sido apresentada, desde logo pelo facto de, à altura, se encontrar pendente o recurso de anulação interposto pela Polónia, que poderia levar à revogação das normas de transposição do art. 17.º. Contudo, e apesar de a decisão do TJUE já ser conhecida à data da apresentação da segunda proposta, a preferência pela “lógica de elevada proximidade com o texto original” manteve-se.

Na PPL 114/XIV, o legislador havia optado por dividir o longo preceito da Diretiva em oito artigos – os arts. 175.º-A a 175.º-H, a ser aditados ao CDADC –, ao invés de o condensar numa única disposição, como se fez, por exemplo, em Espanha. Também no DL 47/2023 se seguiu a opção de dividir a disposição, mas desta feita em nove artigos, com o art. 175.º-I a corresponder ao art. 175.º-B, n.º 5, da redação da PPL 114/XIV. No que à inserção sistemática diz respeito, aditou-se uma nova secção XI ao Capítulo III do Título II, referente às “utilizações em especial”, em vez de se autonomizar esta matéria em legislação avulsa, como fez o legislador alemão.

43 Para uma visão panorâmica do diploma de transposição, veja-se Nuno Sousa e Silva/Giulia Piora, “A summary look at the Portuguese transposition of the CDSM Directive”, *Kluwer Copyright Blog*, 2023.

44 Com efeito, segundo se lê no texto da exposição de motivos, foi “opção consciente seguir-se uma lógica de elevada proximidade com o texto original, permitindo que se encete o caminho jurisprudencial que a mesma terá de fazer”.

Tabela 1

Tabela de correspondência entre os articulados do CDADC e da Diretiva.

CDADC	Diretiva do Mercado Único Digital
Art. 175.º-A (Definições)	Art. 2.º, n.º 6; considerando 62
Art. 175.º-B (Utilização de conteúdos protegidos por OCSSPs)	Art. 17.º, n.ºs 1, 2, e 3
Art. 175.º-C (Atos de comunicação ao público não autorizados)	Art. 17.º, n.ºs 4 e 5; considerando 61
Art. 175.º-D (Limitação de obrigações quanto a novos OCSSPs)	Artigo 17.º, n.º 6; considerando 67
Art. 175.º-E (Dever de informação)	Artigo 17.º, n.º 8, ii; Artigo 17.º, n.º 9, iv
Art. 175.º-F (Procedimento de reclamação e reapreciação)	Artigo 17.º, n.º 9, i e ii
Art. 175.º-G (Resolução alternativa de litígios)	[concretização do Artigo 17.º, n.º 9, ii]
Art. 175.º-H (Proteção de dados pessoais)	Artigo 17.º, n.º 9, iii
Art. 175.º-I (Disponibilidade de conteúdos)	Artigo 17.º, n.º 7, i

Sem prejuízo de me parecer avisada a decisão de se seguir de perto o texto da Diretiva, a margem de liberdade conferida aos legisladores nacionais permitiria verter no texto da transposição soluções mais protetoras das liberdades fundamentais dos utilizadores. Especificamente, poderia ter-se optado pela restrição dos bloqueios automáticos aos casos de ilicitude manifesta, conforme se deixou explicado acima⁴⁵.

A primeira parte do n.º 8 do art. 17.º (“a aplicação do artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização”) deveria também ter constado do diploma de transposição. Bem sei que é difícil interpretar o art. 17.º como não gerando uma obrigação de monitorização, mas a transposição do conteúdo do n.º 8 para a lei nacional poderia contribuir para uma interpretação minimalista das obrigações de melhores esforços previstas nas alíneas b) e c) do n.º 4.

No que respeita ao âmbito subjetivo de aplicação deste novo regime, poderia o DL 47/2023 ter incorporado o esclarecimento feito no considerando 62 da Diretiva, segundo o qual o art. 17.º visa os operadores que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos *online* ao “competirem com outros prestadores de serviços de conteúdos em linha, como os prestadores de serviços de transmissão de áudio e vídeo em linha, relativamente ao mesmo público”. Este esclarecimento poderia ter

45 A terminologia da “ilicitude manifesta”, aliás, não seria nova entre nós, tendo sido utilizada no art. 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que procedeu à transposição da Diretiva do Comércio Eletrónico. A seguir-se este caminho, poderia ainda definir-se o conceito de “ilicitude manifesta” ou prever critérios para a identificação de *uploads* manifestamente ilícitos. Nas suas orientações, a Comissão propõe alguns critérios possíveis, tais como a proporção dos conteúdos que é detetada em relação à totalidade do *upload* (e.g., se os conteúdos com correspondência são utilizados isoladamente ou em combinação com outros) ou o nível e propósito da alteração da obra utilizada (se foi alterada com fins criativos – por exemplo, adicionando elementos de texto a uma imagem com o propósito de criar um *meme* – ou, pelo contrário, apenas com o fim de evitar a sua deteção). Cf. Orientações da Comissão, pp. 24-25.

constado do novo art. 175.º-A, n.º 1, alínea a), tal como se fez na Alemanha e tal como proposto pela Comissão nas suas Orientações⁴⁶. Para além disso, o art. 175.º-A, n.º 2, não especifica que a lista de exclusões é meramente exemplificativa, como resulta do considerando 62 da Diretiva e também como recomendado pela Comissão⁴⁷.

Por fim, a previsão, no art. 175.º-G, de um mecanismo de arbitragem necessária para resolução de litígios entre operadores de plataformas e utilizadores – que não constava da PPL 114/XIV – merece também reparos. Estipula a norma que tais litígios “estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos referidos utilizadores, sejam submetidos à apreciação de centro de arbitragem institucionalizada a que se refere a que se reporta o artigo 8.º” do DL – solução para a qual se espera vir a ser desenvolvida regulamentação. Como oportunamente alertado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, em parecer relativo à segunda proposta de transposição da Diretiva, a referência à arbitragem necessária não pode deixar de considerar-se “equivocada”, já que “não é em virtude de os interessados recorrerem a um centro de arbitragem institucionalizada que a arbitragem adquire a condição de necessária”; sê-lo-á apenas se a lei a impuser “quanto a certo ou certos tipos de litígios”, o que não acontece no diploma. A norma deveria prever, portanto, que tais litígios *podem* ser submetidos a arbitragem⁴⁸.

46 Cf. Orientações da Comissão, p. 4.

47 Cf. Orientações da Comissão, p. 4.

48 APDI, “Parecer sobre as Propostas de Lei n.ºs 51/XV e 52/XV em Matéria de Direitos de Autor e Conexos”, 2022, p. 7.