

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



Do Direito Penal de Autor: A insustentável desadequação da  
tutela penal consagrada no Código dos Direitos de Autor e  
Conexos.

Daniela da Silva Ramalho

Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de  
estudos em Direito da Faculdade De Direito da  
Universidade de Coimbra

**Área de especialização:** Ciências Jurídicas

**Menção:** Direito Criminal

**Orientador:** Doutora Vera Lúcia Raposo.

Coimbra

Outubro de 2013

À Carolina e ao Fernando, pelo apoio e pelo esforço nos últimos dois anos,

Ao Mesquita, pela eterna paciência,

À Sara e à Joana, pelos pares de olhos emprestados,

À Rita, pela guarida,

À C e à F.

**Resumo:** O Direito Penal de Autor é uma das áreas do Direito Penal que suscita mais problemas do ponto de vista da eficácia prática das normas, sendo igualmente um dos domínios em que menos parece sentir-se a necessidade de intervenção do direito criminal como garante da protecção e respeito dos bens jurídicos em causa. Simultaneamente, é uma das áreas que mais desperta curiosidade e interesse por parte do universo dos não juristas, conflituando directamente com várias práticas que se tornaram quase automáticas no quotidiano dos cidadãos, profundamente motivadas pela evolução tecnológica. Não obstante, continua a ser um tema pouco explorado em termos académicos, pelo que na presente dissertação nos propomos a traçar um quadro o mais abrangente possível dos problemas associados aos tipos legais de crime tipificados no Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos. Partindo da análise da sua contextualização tanto no direito interno português, como no direito internacional e comunitário, sem descurar a importância do direito comparado, é problematizada desta forma a profunda desadequação da tutela penal consagrada aos direitos de autor.

### **Nota Prévia**

Cabe antes de avançar na dissertação, agradecer ao Professor Doutor Oliveira Ascensão por se ter disponibilizado a receber-me no seu escritório e dedicar-me algumas horas com conselhos e conhecimentos fundamentais na elaboração da presente dissertação. As notas tiradas nessa reunião foram por diversas vezes consultadas durante o estudo, sempre que foi necessário relembrar que este, como todos, se encontra limitado em termos de espaço. Bem como no tempo para a investigação.

Um agradecimento igualmente ao Professor Doutor Alexandre Dias Pereira que se disponibilizou, especialmente com o aconselhamento de bibliografia, bem como com o contributo que prestou na avaliação efectuada a um trabalho relacionado com este tema e apresentado para avaliação no ano curricular do mestrado em ciências jurídico-criminais, na disciplina opcional de Direitos de Autor.

Por último, cabe ainda agradecimento à Professora Doutora Vera Raposo, pelos conselhos que foram dados e sem os quais, certamente, a estrutura do presente estudo se teria tornado impossível de alcançar.

**ÍNDICE:**

<b>1 – INTRODUÇÃO:</b> .....	7
<b>1.1 - CONTEXTUALIZAÇÃO DA CRIMINALIDADE CONTRA OS DIREITOS DE AUTOR. ....</b>	7
<b>1.2 – DELIMITAÇÃO DO TEMA: PROBLEMAS CONTÍGUOS, METODOLOGIA DE ABORDAGEM DOS PROBLEMAS EM CAUSA.....</b>	12
<b>PARTE I – A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA JURÍDICO-PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR .....</b>	18
<b>1– EVOLUÇÃO HISTÓRICA:</b> .....	18
<b>2 – OS DIREITOS DE AUTOR ENQUANTO DIREITOS AUTONOMAMENTE PROTEGIDOS. ....</b>	31
<b>2.1 – ENTRE O DIREITO DE AUTOR DE CARÁCTER CONTINENTAL E O <i>COPYRIGHT</i> ANGLO-SAXÓNICO.....</b>	36
<b>2.2 – O CONCEITO DE OBRA. O PONTO DE PARTIDA DA PROTECÇÃO PENAL.....</b>	37
<b>2.3 – A TITULARIDADE DO DIREITO DE AUTOR. ....</b>	39
<b>2.4 – TUTELA DO CONTEÚDO MORAL DO DIREITO DE AUTOR OU TUTELA DO CONTEÚDO PATRIMONIAL?.....</b>	39
<b>PARTE II – A TUTELA PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR ENQUANTO REALIDADE JURÍDICA CONSAGRADA. ....</b>	43
<b>3 – A TUTELA PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS. ....</b>	43
<b>3.1 – BREVE ABORDAGEM DE DIREITO COMPARADO. ....</b>	43
<b>3.2 – PERSPECTIVAS PARA UMA TUTELA PENAL EM SEDE DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	51
<b>3.3 – O CRIME DE USURPAÇÃO.....</b>	56
<b>3.4 – O CRIME DE CONTRAFACÇÃO. ....</b>	62
<b>3.5 – O CRIME DE VIOLAÇÃO DO DIREITO MORAL DE AUTOR.....</b>	64
<b>3.6 – O CRIME DE APROVEITAMENTO DE OBRA CONTRAFEITA OU USURPADA.....</b>	69
<b>3.7 – OS LIMITES À TUTELA PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR.....</b>	72

<b>3.7.1 – A LIBERDADE DE CÓPIA PRIVADA.....</b>	<b>73</b>
<b>3.7.2 – A INSERÇÃO DAS CONDUTAS DE PARTILHA DE FICHEIROS PROTEGIDOS POR DIREITOS DE AUTOR EM REDE NOS TIPOS LEGAIS DE CRIME DO CDADC.....</b>	<b>80</b>
<b>3.8– PENALIDADES. ....</b>	<b>84</b>
<b>PARTE III – PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DA TUTELA JURÍDICO-PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR.....</b>	<b>90</b>
<b>4 – AS SOLUÇÕES INTERNACIONAIS: O ACTA. ....</b>	<b>90</b>
<b>5 - A SOLUÇÃO FRANCESA DE TUTELA DOS DIREITOS DE AUTOR NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO.....</b>	<b>95</b>
<b>6 – A INSUSTENTÁVEL DESADEQUAÇÃO DA TUTELA PENAL CONSAGRADA.....</b>	<b>101</b>
<b>7 – CONCLUSÃO. ....</b>	<b>108</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>111</b>

## **1 – Introdução:**

### **1.1 - Contextualização da criminalidade contra os direitos de autor.**

O direito penal de autor é o ramo do direito penal que consagra a tutela criminal da violação dos direitos de autor, articulando-se com as disposições de direito civil que regulam o conteúdo e limites destes direitos. Trata-se de uma matéria que vai assumindo especial relevância no contexto actual, especialmente impulsionada pelos problemas que a pirataria em rede tem suscitado, bem como pela generalização do desrespeito por estes direitos pela maioria dos utilizadores de *internet*. Fenómeno que, característico da última década do século XX e deste início do século XXI, se tem assumido como o grande inimigo das indústrias dedicadas à exploração da vertente económica dos direitos de autor, pugnando-se cada vez mais por uma eficaz aplicação de penas criminais com molduras penais progressivamente mais graves.

Trata-se de um domínio da criminalidade que se encontra em expansão, potenciada pela rápida troca de conhecimentos característica da sociedade de informação. Nos últimos dois séculos, mas especialmente neste início do século XXI, a galopante evolução dos meios tecnológicos e a difusão do acesso à *internet* a velocidades cada vez mais rápidas e com preços cada vez mais atractivos, tornou quase prática comum a partilha de ficheiros em rede, os quais muitas vezes se encontram protegidos por direitos de autor. O legislador penal encontra assim justificação para uma maior preocupação com este domínio da criminalidade, o que se relaciona necessariamente com o aumento da facilidade do cometimento de tais crimes, situação agravada com a circunstância de os mesmos serem praticados a partir do domicílio dos infractores e com fraca censurabilidade social. Os infractores passam a ser qualquer consumidor, sem necessidade de conhecimentos especiais ou tecnologicamente avançados. Isto implica e significa que são crimes que regra geral não envolvem violência – excepto, ocasionalmente, nos casos de redes organizadas -, sendo os danos causados por cada consumidor individual complicados de perceber e quantificar.

Paralelamente surgem redes de criminalidade relacionadas com o tráfico de bens produzidos com violação dos direitos de autor, domínio que suscita obviamente

problemas de maior gravidade. Contudo, o comércio global e a possibilidade de comprar produtos *online* e internacionalmente, permitem que muitos desses materiais ilícitos entrem em territórios onde existe protecção concedida a estes direitos, sem que os consumidores destes produtos e os próprios vendedores sejam punidos.

Daqui decorre o especial interesse e actualidade do tema, o qual deve, cada vez mais, preocupar os penalistas, especialmente pelas questões técnicas relativas às particulares deste ramo do direito que confluem directamente com o seu regime penal.

Não se pode desta forma negar que se trata de um fenómeno criminal moderno que se relaciona directamente com a evolução dos sistemas económicos dos países ocidentais, que permitem que as sociedades acedam e consumam avidamente cultura, a qual nem sempre se encontra disponível para todos e a preços acessíveis e/ou comportáveis. Relaciona-se igualmente com a importância que os direitos de autor assumem cada vez mais para a indústria e para o comércio, especialmente numa época em que se afirma a relevância cada vez maior da propriedade intelectual face à propriedade material. Nomeadamente em tempos de crise, onde muitas das oportunidades se sustentam agora na possibilidade da criação e exteriorização de uma ideia, da criação intelectual de obras que funcionem como formas novas de sustentabilidade para os autores. Na realidade, a primazia da informação e da troca de comunicações encontra-se plasmada na própria consideração de que vivemos numa sociedade da informação. Para alguns autores, isto demonstra que a violação dos direitos de autor não é mais, nem pode mais ser considerada como, uma mera bagatela penal<sup>1</sup>, tendo em consideração a forma massificada da difusão de obras.

Não obstante, coloca-se a pertinente questão sobre se será esta a tutela mais adequada, especialmente tendo em consideração que o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio* de protecção, entendendo-se largamente que deve ter sempre uma intervenção mínima, cingindo-se à punição dos bens jurídicos que têm verdadeira dignidade penal. Norteia-se assim pelas ideias de necessidade e utilidade social, pelo

---

<sup>1</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania análisis de derecho comparado: perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1995. ISBN: 8489171114, p. 33. Não deverá igualmente, na opinião da autora, ser encarada como mera consequência natural da transformação social resultante do acesso à cultura, tendo em especial consideração que se criam organizações criminais altamente especializadas nestes tipo de infracções em escala comercial e global.

que a intervenção do direito penal deve ser sempre ponderada em função dos bens jurídicos que se pretende tutelar. Bem como dos princípios básicos que o definem e moldam e que se traduzem nos princípios da legalidade, da referência jurídico-constitucional da ordem legal dos bens jurídicos, o da culpa, o da sociabilidade e o da preferência pelas sanções não privativas da liberdade face às privativas da liberdade<sup>2</sup>. A estes acresce o princípio da necessidade que reserva a tutela penal para aquelas condutas que se revelem merecedoras de dignidade penal, o que se traduz na consideração de que não basta a violação de um bem jurídico-penal para desencadear a intervenção da tutela penal, sendo ainda exigido que esta se demonstre absolutamente necessária e indispensável para que não se prejudique a paz social.

Torna-se portanto necessário questionar a adequação da consagração de uma tutela penal neste âmbito, tendo em consideração a dureza das medidas das penas de prisão consagradas<sup>3</sup>, bem como o seu potencial conflito com o acesso à cultura e à informação. Sendo o direito penal reservado para as condutas que atingem de forma mais gravosa a comunidade, e tendo em consideração que as suas sanções atingem de forma directa os direitos e liberdades dos cidadãos, restringindo-os, a sua intervenção deve sempre reservar-se para os casos em outras medidas se revelam desadequadas e ineficientes.

Assim, reconhecendo os princípios da tutela penal mínima, bem como do princípio da proporcionalidade, a previsão de uma tutela penal dos direitos de autor apenas se justifica pela consideração de que a tutela civil e a tutela administrativa não são eficientes no combate ao desrespeito por estes direitos. Contudo, o endurecimento das sanções penais demonstra que também estas não conseguem dissuadir as infracções cometidas, parecendo quase legislar-se através do medo e da frustração de não conseguir combater a criminalidade relacionada com este universo<sup>4</sup>. Abrindo-se desta

---

<sup>2</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões fundamentais da doutrina do crime, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. ISBN: 978-972-32-1523-6.*, p. 31 e ss.

<sup>3</sup> O tema será desenvolvido adiante, contudo, salienta-se que todos os crimes previstos no CDADC contra os direitos de autor são puníveis com pena de prisão até três anos e penas de multa de 150 a 250 dias. As medidas são ainda agravadas para o dobro em caso de reincidência, sendo de destacar a punição da negligência.

<sup>4</sup> Cfr. MEHRA, Salil K., *Keep America Exceptional! Against adopting Japanese and European-Style Criminalization of Contributory Copyright Infringement*, in *Vanderbilt Journal of Law and Technology*, [online], Vol. 13: 8, 2011 [consultado pela última vez em 17/09/2013], p. 811 e ss. Disponível em <[http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Mehra\\_PDF.pdf](http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Mehra_PDF.pdf)>, p. 812.

forma espaço para questionar a conformidade dos tipos legais de crime com os princípios basilares do direito penal.

Na realidade, sempre se dirá que o direito penal não cumpre qualquer tipo de função neste âmbito, além de se encontrar em flagrante contradição com os princípios que o regem, na medida em que a criminalização de algumas das condutas que se encontram tipificadas nos crimes contra os direitos de autor acabam por implicar a prática de cada vez mais crimes, por contraposição aos que se pretendem evitar.

Por seu turno, a justificação para a ineficácia das sanções aplicáveis neste domínio, pode relacionar-se com a existência de uma subcultura social impermeável à legislação neste âmbito. Na realidade, regra geral, as leis, especialmente as criminais, são compreendidas no seu sentido e finalidade, criando-se a convicção de que tais normativos devem ser respeitados por plenamente justificados enquanto garantes da paz social. Contudo, no âmbito da sociedade de informação, as comunidades que se formaram dentro da subcultura digital percebem de forma totalmente diferente as regras quanto aos direitos de autor. Esta percepção é reforçada pelo facto de a propriedade intelectual, ao caracterizar-se pela sua imaterialidade e pela capacidade de reprodução em massa, nunca ser inutilizada pelo facto de alguns poderem violar o direito do autor sobre a obra. Assim, o facto de mesmo com a violação dos direitos de autor a obra se manter intacta e os exemplares disponíveis no mercado inalterados, sustenta a construção de que as normas legais são neste âmbito totalmente desfasadas da realidade, não cumprindo nenhuma função de paz social. Como considera Castells, posição com que concordamos, “os movimentos sociais na era da informação são essencialmente mobilizados em torno de valores culturais. A luta para alterar os códigos de significados nas instituições e na prática da sociedade é essencialmente uma luta no processo de mudança social”<sup>5</sup>.

Desta forma, é possível concluir pela hipótese de que as normas sociais no ambiente digital se encontram em conflito aberto com as leis sobre direitos de autor, sendo contudo moldadas e influenciadas pela subcultura de partilha de ficheiros, especialmente em rede. Desta forma, a comunidade que se insere dentro desta

---

<sup>5</sup> Cit. por SCHARF, Nick, *Life through a lens: a “lessigan” model for understanding digital copyright infringement?*, in *Journal of Internet Law* [pdf.], July 2012, p. 20. Tradução pela autora.

subcultura, considera que a partilha de ficheiros, mesmo que em violação dos direitos de autor, são uma forma de maximizar o bem-estar e de estimular o consumo e o acesso à cultura por parte da população em geral. Na realidade, tudo leva a supor que os membros desta comunidade, não teriam a mesma percepção relativamente às infracções à propriedade material<sup>6</sup>.

Simultaneamente, o endurecimento das sanções penais neste âmbito tem suscitado reacções do mais variado tipo, sendo de destacar casos como os da criação de Partidos Piratas um pouco por todo o mundo<sup>7</sup>. Agregados sob a organização do *Pirate Parties International*, fundada em 2010, com o especial objectivo de preparar a participação nas eleições europeias de Maio de 2014, estes partidos defendem a livre partilha de ficheiros em rede, parecendo cada vez mais angariar votos e simpatizantes. Nas últimas eleições europeias de Junho de 2009 o Partido Pirata Sueco conseguiu ainda eleger uma deputada europeia, resultados que espelham a percepção dos cidadãos face à criminalização destas condutas. Desta forma, paralelamente ao endurecimento das sanções aplicáveis às condutas que tipificam violações dos direitos de autor, surgem reacções por parte dos cidadãos e da sociedade que suportam democraticamente movimentos políticos que na sua corrente mais radical defendem a irradicação por completo dos direitos de autor<sup>8</sup>.

É precisamente sobre estes problemas que são levantados pela tutela penal dos direitos de autor que incide o estudo aqui apresentado. Pretende-se dissertar sobre a problemática resultante da sua consagração, não perdendo nunca de vista a sua sistematização em legislação penal extravagante, nem as suas molduras penais – que consensualmente parecem ser encaradas como manifestamente excessivas –, tendo em consideração os bens jurídico-penais protegidos pelas normas, bem como as

---

<sup>6</sup> Consideração que nos remete precisamente para os anúncios que passaram a invadir as salas de cinema e onde se pode ver o desenrolar de vários crimes, sendo o espectador confrontado com a mensagem de que se não seria capaz de praticar tais crimes, não poderia igualmente ser capaz de cometer também crimes contra os direitos de autor, na medida em que a censurabilidade legal e social de ambos seria equiparável.

<sup>7</sup> Disponível em <http://www.pp-international.net/>.

<sup>8</sup> Não obstante, na sua forma mais moderada, muito dos apoiantes dos “partidos piratas” consideram que os direitos de autor devem ser tutelados, mas que essa tutela não deverá nunca colidir com o uso privado e a cópia privada. Desta forma, consideram necessariamente que existe uma intromissão demasiado grave do direito penal nesta matéria, pois a incriminação de condutas que consistem em actos de cópia privada, que escapam totalmente à intenção de obtenção de lucro com as cópias efectuadas, significam a restrição desse direito fundamental dos consumidores. Tais condutas não terão dignidade penal e a punição dos infractores será sempre vista como uma reacção desproporcional e desadequada.

necessidades de prevenção especial e geral que são suscitadas com o cometimento de crimes contra os direitos de autor.

O direito penal de autor no direito penal português encontra-se consagrado em legislação penal secundária, mais concretamente no Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos<sup>9</sup>, nos artigos 195º e seguintes. Consagram-se 4 tipos legais de crime: o crime de usurpação (art.195º), o crime de contrafacção, (art. 196º), o crime de violação do direito moral de autor (art. 198º), e o crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199º).

A sua inserção sistemática fora do Código Penal Português pode colocar, e coloca, algumas questões que se prendem com as molduras penais aplicáveis, bem como com a estrutura do tipo criminal que concretiza as condutas incrimináveis com referência a outros normativos em sede de direitos de autor. Na realidade, a consagração destes tipos legais de crime em direito penal secundário implica que se trate da protecção de bens jurídicos constitucionalmente consagrados enquanto direitos sociais, não se tutelando, portanto, bens jurídicos pertencentes ao domínio constitucional dos direitos, liberdades e garantias.

## **1.2 – Delimitação do tema: problemas contíguos, metodologia de abordagem dos problemas em causa.**

O presente estudo aborda os problemas jurídico-penais que se colocam em face da consagração de quatro tipos de legais de crime contra os direitos de autor. Contudo, a sua percepção e compreensão depende obviamente do conhecimento e da análise de aspectos próprios e característicos dos direitos de autor enquanto ramo do direito. Desta forma, a análise dos tipos legais e das problemáticas que lhe são subjacentes, não pode ser em absoluto separada do regime legal dos direitos de autor. Na realidade, os tipos legais de crime, inserindo-se no próprio corpo legal do CDADC, necessitam de ser articulados directamente com o resto do diploma, onde se destacam as disposições relativas ao conceito de obra, na medida em que este é o ponto de partida para a aplicação da tutela penal. Também o regime das utilizações livres, com máximo

---

<sup>9</sup> Decreto-Lei nº 63/ 85, de 14 de Março, doravante CDADC.

expoente na problemática da cópia privada, é essencial, na medida em que estabelece os limites da tutela penal.

Convém igualmente analisar as diferenças existentes entre os institutos do *copyright* e dos direitos de autor, as quais sendo cada vez mais ténues, continuam a assumir um papel importante. O que necessariamente obriga a que se detenha algum tempo na análise da dicotomia entre a vertente moral e a vertente patrimonial dos direitos de autor. Na realidade, e como será notório ao longo do presente estudo, reside naquela a fronteira entre as condutas em que será aceitável a consagração da tutela penal, e aquelas em que é de todo inaceitável o recurso ao direito penal.

Tem especial relevância a evolução histórica dos tipos legais de crime presentes<sup>10</sup>, bem como as condições socioculturais e económicas relacionadas com essa evolução. Onde a invenção da imprensa por Gutemberg em 1436, tem claramente um papel fundamental na percepção do valor atribuído aos direitos de autor enquanto mercedores de protecção pelo direito. É igualmente com a imprensa que se torna irremediável o surgimento de meios cada vez mais eficazes de divulgação de obras protegidas.

Também o estudo do direito comparado é pertinente. Tendo em consideração a dicotomia existente entre o sistema continental dos direitos de autor e o sistema anglo-saxónico do *copyright*, como já mencionado, será imperativo discorrer sobre as diferenças ao nível da tutela penal resultantes da diferente natureza jurídica das figuras em causa. Diferenças que são essenciais para que se possam retirar conclusões sobre qual o sentido em que caminha o direito internacional nesta matéria, o qual começa a assumir marcadamente a tendência para encontrar nas soluções jurídico-penais o caminho mais adequado para a tutela dos direitos de autor.

Não obstante, será sobre os tipos legais de crime consagrados no CDADC que incidirá grande parte do estudo, centrando-se nos problemas que são colocados pela sua consagração legal. Novamente reiterando, os problemas relacionados com as molduras das sanções penais aplicáveis, bem como as questões relacionadas com a punição da

---

<sup>10</sup> Relevância que será também atribuída ao desenvolvimento histórico da própria protecção extrapenal dos direitos de autor, pois só dessa forma nos parece que a compreensão da figura e dos bens jurídicos protegidos em sede penal alcança total plenitude.

negligência, da reincidência, da tentativa, da natureza atribuída à criminalidade neste domínio, e os problemas das normas penais em branco. Não será igualmente de descurar a reflexão sobre a preferência do legislador penal em consagrar os crimes em legislação penal secundária, ao invés de os inserir no Código Penal<sup>11</sup>, bem como sobre a internacionalização da punição deste domínio, que influencia obviamente o próprio direito interno.

Não se trata contudo de matéria estanque, na medida em que no domínio da comumente denominada de propriedade intelectual o recurso ao direito penal se tornou como regra para tutelar a protecção de tais direitos. Convocando-se desta forma problemas comuns aos que serão abordados e analisados no presente estudo.

Contudo, por uma questão de racionalização do tempo e espaço de dissertação, foi excluído o estudo sobre a tutela penal da propriedade industrial<sup>12</sup>. Na realidade, muitos dos problemas levantados quanto aos direitos de autor, são levantados relativamente à tutela dos direitos da propriedade industrial. Mas agregar no mesmo estudo as duas problemáticas seria demasiado ambicioso tendo em consideração as condicionantes supra mencionadas.

Igualmente de fora ficou o estudo da tutela penal dos programas de computador<sup>13</sup>, bem como das bases de dados<sup>14</sup>. Os motivos são os mesmos expostos no

---

<sup>11</sup> Preferência que foi aliás assumida por outros legisladores de ordens jurídicas bem próximas da portuguesa, mas que foi totalmente recusada por outros, como é o caso do legislador espanhol.

<sup>12</sup> De forma paralela ao que acontece em sede de direitos de autor, também neste domínio o legislador optou por consagrar os tipos legais de crime no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n° 36/2003, de 5 de Março. Os tipos legais consagrados encontram-se na Secção II, nos artigos 321° e ss. Elemento comum a todos os tipos consagrados é a falta de autorização do titular dos direitos concedidos para a utilização dos direitos, sendo os crimes puníveis com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias (art. 324° e art. 326°), ou com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 360 dias (artigos 321°, 322°, 323°, 325°, 327° e 328°).

<sup>13</sup> A sua protecção resulta do Decreto-Lei n° 252/94, de 20 de Outubro, consagrando a transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva n° 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio. Aos programas de computador aplicam-se várias disposições dos direitos de autor, tais como as regras da autoria e titularidade destes direitos. Penalmente o programa de computador é protegido de todas as reproduções não autorizadas, nos termos do art. 14° do presente diploma. Quanto às penalidades, são aplicáveis as previstas no art. 9°/1 da Lei da Criminalidade informática, aprovada pela Lei n° 109/91, de 17 de Agosto, isto é, com pena de prisão até três anos ou pena de multa.

<sup>14</sup> O regime especial consagrado para a protecção das bases de dados electrónicas encontra-se previsto e regulado no Decreto-Lei n° 122/2000, de 4 de julho, transpondo desta forma a Directiva n° 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Maio para o direito interno português. Destaca-se igualmente a aplicação às bases de dados do regime aplicável aos direitos de autor, nos termos do capítulo II do diploma. Relativamente à tutela penal, encontra-se tipificado o crime de reprodução, divulgação ou

parágrafo precedente. Não obstante a íntima relação entre os direitos de autor e os direitos aqui em causa, as particularidades associadas à natureza da sua tutela, seriam suficientes para discorrer em dissertação própria, sendo que a sua abordagem em sede de direitos de autor, apenas faria perder o conteúdo e o sentido que os moldam.

Na mesma ordem de ideias se insere a tutela penal dos direitos conexos aos direitos de autor. A sua tutela penal levanta problemas muito semelhantes aos colocados relativamente aos direitos de autor, com a particularidade de a natureza do bem jurídico que é protegido estar intimamente relacionado com o mundo empresarial, não protegendo nenhum tipo de criação intelectual relacionada com o autor, mas meramente uma prestação artística decorrente da obra que é protegida pelo direito de autor. Contudo, o legislador penal português considerou que seria justificada a sua tutela penal. Na realidade, o regime aplicável é exactamente o mesmo, contudo, não faria sentido englobar a abordagem de direitos de autor e direitos conexos no mesmo estudo, sem dedicar especial atenção às particularidades de regime e natureza dos direitos conexos.

O mesmo consideramos sobre a protecção penal das medidas tecnológicas, onde não existe sequer a violação de nenhum direito, mas apenas a violação de um dispositivo tecnológico que se destina a prevenir actos relativos a obras, ou seja a uma futura violação de um direito de autor<sup>15</sup>. Elas são, ou parecem ser, formas de combater a livre partilha de ficheiros e consequentemente a “pirataria”, representando um investimento acrescido por parte dos titulares dos direitos de autor. Contudo, e tendo em consideração a evolução veloz que actualmente se verifica em termos de tecnologia, as mesmas tornam-se quebráveis, sendo portanto dispositivos falíveis. Desta forma, surgiu

---

comunicação ilegítima de bases de dados protegida, nos termos do art. 11º, prevendo-se a punição com pena de prisão até três anos ou pena de multa.

<sup>15</sup> No mesmo sentido Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Parecer sobre a proposta de lei nº108/IX – Transposição da Directiva nº 2001/29, de 22 de Maio (Direitos de autor e conexos na sociedade da informação)*, VV.AA, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116, p.179. O autor considera que a previsão de pena de prisão neste âmbito é totalmente desproporcionada, na medida em que não há violação do direito de autor, mas apenas de um dispositivo que restringe a utilização por terceiros das obras. Compara a moldura penal consagrada para estes crimes, no art. 218º CDADC, com a moldura aplicável ao crime de violação de domicílio, previsto e punido no art. 190º/1 do CP, em que a pena de prisão prevista é de até 1 ano. Destaca o absurdo da distinção na punição, concluindo que neste domínio, a punição deveria ser consagrada ao nível da contra-ordenação. Os crimes contra as medidas tecnológicas são ainda puníveis com pena de multa até 100 dias, sendo que a tentativa é igualmente punível com pena de multa até 25 dias.

uma pressão por parte dos titulares de direitos de autor – neste domínio essencialmente das empresas que exploram a titularidade da vertente económica dos direitos de autor -, que foi além do que seria esperável. Pugnou-se pela própria tutela penal destas medidas tecnológicas, criminalizando assim actos, como já foi referido, que não consagram uma verdadeira violação dos direitos de autor, mas que apenas neutralizam as medidas técnicas de protecção daqueles. Neste âmbito, a tutela penal foi primeiramente consagrada pelo *Digital Millenium Act* de 1998, onde se estabeleceram “portagens e multas pesadas para as auto-estradas da sociedade da informação”<sup>16</sup>. No CDADC as medidas tecnológicas são assim penalmente tuteladas, no Título VI<sup>17</sup>, o que não deixa de ser caricato em termos jurídico-penais<sup>18</sup>.

No CDADC prevê-se ainda a tutela penal da informação para a gestão electrónica de direitos, no seu artigo 224º, tutelando-se como bem jurídico os mecanismos que delimitam o acesso à obra ou prestação<sup>19</sup>.

Por último, convém salvaguardar a distinção que existe entre os crimes contra os direitos de autor, os quais são vulgarmente conhecidos pelo termo “pirataria”, e a criminalidade informática. Trata-se de domínios completamente diferentes, na medida em que na criminalidade informática não há a ofensa a direitos de autor ou direitos de propriedade intelectual, embora reflexamente tais direitos possam ser atingidos, mas

---

<sup>16</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Pirataria e Cópia Privada*, in Direito da Sociedade de Informação, Lisboa, Associação Portuguesa de Propriedade Intelectual, ISBN: 9789723218954, Vol. IX, 2011, p. 133.

<sup>17</sup>A consagração da protecção destas medidas na legislação portuguesa resulta da alteração introduzida pela Lei nº 16/2008, de 1 de Abril, em transposição da Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril. A norma tutela juridicamente os titulares de direitos de autor e direitos conexos, sendo que o bem jurídico é os mecanismos de protecção tecnológica. Não obstante, sempre se poderá considerar, atendendo ao disposto no art. 218º CDADC, que o bem jurídico se encontra no núcleo dos direitos de autor e conexos, pois o que se pretende é salvaguardar o acesso a obras protegidas. Apenas se pune o dolo, pelo que o agente tem de actuar com consciência e vontade de tornar inoperacionais as medidas de protecção. Punem-se ainda os actos preparatórios, nos termos do art. 219º, estabelecendo-se assim excepção à regra do art. 21º CP. Para mais detalhes sobre a protecção penal das medidas tecnológicas, Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, vol. II, ISBN: 9789725402900, p. 278 e ss.

<sup>18</sup> Outros problemas jurídicos se podem colocar a propósito da protecção legal das medidas tecnológicas, na medida em que as mesmas podem directamente chocar com a intimidade e a vida privada dos consumidores, os quais, estão além do mais, impedidos de exercer o seu direito de cópia privada, por exemplo. Não obstante, não é este o local mais indicado para discorrer sobre tais questões.

<sup>19</sup>O tipo objectivo deste crime exige a conduta intencional e dolosa do agente, excluindo-se assim a punição em sede de negligência. Contudo, a tentativa é punível, consagrando-se assim um regime excepcional e mais gravoso do que aquele que resulta da regra geral do art. 23º/1 do CP. As penas previstas são de prisão até 1 ano e de multa até 100 dias, sendo que no caso da tentativa, a conduta é punível com pena de multa até 25 dias. Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 280 e ss.

sim uma conduta que se consubstancia em alterações efectuadas sem autorização a sistemas informáticos, programas informáticos ou mesmo dados que se encontrem informaticamente disponíveis, entre outras condutas<sup>20</sup>.

Relativamente às fontes, procurou-se abordar e consultar o máximo possível de textos sobre o tema, os quais revelando-se escassos, abriram a possibilidade de consultar inúmeras fontes que não versando directamente sobre a tutela penal dos direitos de autor, com ela se cruzam ou sobre ela versam indirectamente. Foram consultados vários autores internacionais, procurando-se desta forma encontrar uma abordagem que focando-se na legislação portuguesa de direitos de autor, permitisse ter uma ampla noção de como o legislador consagrou a tutela a estes direitos em ordenamentos jurídicos diversos. Da mesma forma, só esta ampla noção da protecção consagrada noutros ordenamentos jurídicos permite perceber as opções que vão sendo consagradas nos instrumentos internacionais quanto a esta matéria. Também a consulta de fontes internacionais permite perceber qual poderá ser o desenvolvimento destas matérias, e se será a protecção penal consagrada em definitivo ou irremediavelmente substituída por métodos e meios de tutela que se revelem completamente eficazes. Não obstante, também houve um cuidado em pesquisar o maior número de fontes nacionais sobre o tema, as quais sendo mais escassas, trazem obviamente um contributo acrescido, reflectindo directamente sobre o regime que vigora entre nós. Desta forma, tentou-se consultar todas as fontes, reconhecendo-se contudo que algumas poderão ter ficado de fora. Na realidade, o estudo de um tema que se encontra em permanente mudança e que desperta tantas questões pertinentes pecará sempre pela impossibilidade de estudar todas as opiniões e estudos que foram feitos. Todavia, cremos que reunimos um conjunto bastante assinável de opiniões que poderão ser posteriormente consultadas para uma consolidação do tema que ora tratamos.

---

<sup>20</sup> A lei do Cibercrime, Lei n° 109/2009, de 15 de Setembro, veio transpor para o ordenamento jurídico português a Decisão Quadro n° 2005/22/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, adaptando ainda o direito interno português à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime. O diploma tipifica as condutas legalmente puníveis, estabelecendo ainda medidas de natureza processual penal para a perseguição e punição dos crimes previstos.

## PARTE I – A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA JURÍDICO-PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR

### 1– Evolução histórica:

A criação intelectual foi sempre uma das características da evolução das comunidades humanas, sendo que muitos dos principais inventos assumiram relevância até na própria capacidade de reprodução e manutenção da espécie, como é o exemplo de escola da invenção do fogo. Nas civilizações egípcias e mesopotâmicas, por volta de 3500 a.C destacava-se a arquitectura, a pintura, a escultura e as gravuras, havendo relatos de condenação de plagiadores nos termos do Tratado de Vitruvius<sup>21</sup>. Com os gregos a criação cultural atinge um dos seus auge, especialmente tendo em consideração a produção de obras literárias, dos textos de poesia e de prosa, bem como das peças de teatro. Também a arquitectura merece especial destaque, sendo que com a expansão dos Romanos para Oriente, a própria cultura grega por si absorvida é espalhada por outros territórios. Desta forma, a influência das criações intelectuais acaba por se expandir tanto pelo ocidente como pelo oriente, contudo, sem notícias de que alguma vez tinham sido cobrados direitos de compensação pela utilização dos direitos de autor. No direito romano, o trabalho intelectual era equiparado a qualquer trabalho manual. Também nas civilizações antigas americanas se destacam testemunhos de alto desenvolvimento intelectual, em áreas como a poesia, canto e dança, bem como na própria arquitectura e escultura.

Entende-se de forma generalizada que a vertente moral do direito de autor não encontrava protecção em sede de direito romano<sup>22</sup>, sendo de considerar que possivelmente os poderes e direitos atribuídos eram titularidade do explorador da obra e

---

<sup>21</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-40-3642-7, p. 49.

<sup>22</sup> Contudo, existem autores que consideram que na sua vertente moral, os direitos de autor seriam protegidos no direito romano através da *actio injuriarum*, instituto jurídico de natureza penal que tutelava todos os bens de personalidade. Contudo, não existem registos de que tal instituto alguma vez tenha sido utilizado para proteger o direito pessoal do autor. Cfr. ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *O direito pessoal de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, coord. Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, ISBN 9780001580534., p. 1065. Convém salientar, não obstante, que autores existem que consideram que a usurpação ilícita da paternidade da obra, a publicação sem autorização e o plágio eram punidos, o que parece resultar da leitura de textos de Virgílio, Marcial y Quintiliano. Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección penal del derecho de autor*, Valência, Tirant lo Blanch, 1994. ISBN: 8480021330, p.23.

não do criador intelectual. Isto é, a protecção era concedida apenas em termos de direitos patrimoniais, não se contemplando a obra como entidade distinta do suporte físico em que a mesma se contém. Não obstante, é possível concluir que o direito moral do autor viveu sempre na consciência jurídica da comunidade, na medida em que o direito ao inédito é o primeiro direito que se constitui com a criação intelectual. Ou seja, com a criação intelectual pertence sempre ao autor a decisão sobre a publicação e divulgação ou não da obra, o que reflecte a relevância do direito moral do autor. Desta forma se pode concluir que o direito de autor existe na esfera jurídica desde a antiguidade, não se encontrado legislado nem protegido juridicamente de forma orgânica. O primeiro reconhecimento legal do direito pessoal do autor surge apenas em 1545, em Veneza, inserindo-se num PARTI, reconhecendo aos autores e parentes mais próximos o poder de consentir na impressão e venda de livros. Todos os que fossem impressos e vendidos sem legítima autorização seriam destruídos, punindo-se com pena de prisão e de multa as condutas dos agentes.

Não obstante, a palavra plágio encontra raízes no latim. Embora a *Lex Fabia ex plagiaris* não fosse sobre direitos de autor, mas sim sobre roubo de escravas grávidas e de crias de animais roubados, foi ela que serviu de fundamento à condenação proferida por Dermott, Rei Irlandês medieval, que condenou Columba por ter realizado uma cópia não autorizada de uma colectânea de Salmos da autoria do seu antigo professor Abbot Finnion. Para Dermott, a lei romana aplicava-se na medida em que tal como cada cria pertencia à sua mãe, também toda a cópia pertencia ao livro de que tinha sido feita<sup>23</sup>.

Na época medieval, a partir do Renascimento, a protecção passa a ser concedida através de privilégios que tinham de ser solicitados pelos autores aos soberanos, juntando um exemplar da obra ao pedido. Desta forma, estes mantinham o controlo sobre a difusão de novas e antigas ideias, as quais com a invenção da imprensa começaram a circular de forma muito mais rápida deixando para trás a lentidão das cópias feitas manualmente. Regra geral, se o privilégio fosse concedido, englobava a venda por um prazo de um ano, findo o qual os direitos do autor estariam totalmente sem protecção. A invenção da impressão por tipos móveis por Gutemberg, em 1455, foi o grande motor da propagação das ideias, permitindo difundir a obra intelectual com

---

<sup>23</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor (...)*, p. 50.

maior rapidez e de forma mecânica, aumentando a relevância económica das próprias obras. Com a capacidade de reprodução em escala, surge igualmente o incremento das violações dos direitos de autor.

Gringoire foi aparentemente o primeiro poeta a ser pago por uma criação intelectual, tendo escrito uma obra sobre a vida de Monseigneur Saint-Loys de France para a Confraria de Carpinteiros de Paris<sup>24</sup>. Quanto ao primeiro privilégio de livraria foi concedido pelo Senado de Veneza a Giovanni Spira em 1469 para que pudesse editar cartas de Cícero e Plínio, durante 5 anos. O mesmo Senado concedeu a Aldo Manuzio, em 1495, privilégio para a publicação das obras de Aristóteles<sup>25</sup>, estabelecendo penas para quem os utilizasse os exemplares produzidos sem autorização.

Com os privilégios apenas se atribui direitos de exploração das obras e não qualquer tipo de direito que se assemelhe aos actuais direitos de autor, sendo que os mesmos são atribuídos aos editores e não aos autores. Não obstante são considerados como os antepassados dos direitos de autor. Assim, os primeiros privilégios concedidos directamente aos autores encontram-se no *Rerum Venetiarum libro XXIII di Sabellico* de 1486, e no *Phoenix di Pietro da Ravenna* de 1492<sup>26</sup>.

Em 1507 e 1508 durante o reinado de Luís XII foi concedido privilégio a Antoine Gerard para que pudesse imprimir e vender as epístolas de São Paulo e de São Bruno. Ainda no século XVI foi concedido em Inglaterra privilégio a Reginald Wolf para editar todas as suas obras, e em 1530 a Jean Palsgrave foi concedida a venda por 7 anos de uma gramática da língua inglesa por si feita. Em 1665 surgiu um conflito entre as livrarias de Paris e das províncias, pois as primeiras obtiveram por decreto real o exclusivo de publicação de obras novas, reservando para as editoras de província a exclusividade de edição de clássicos e de revenda das edições parisienses, o que demonstra que os próprios editores competiam entre si pela obtenção dos privilégios concedidos.

---

<sup>24</sup> Cfr. PIMENTA, Eduardo S., *Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudónimo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, ISBN: 8520311717, p. 20.

<sup>25</sup> Não obstante Eduardo S.Pimenta considerar que o 1º privilégio foi concedido a Giovanni Spira, para Virgílio Latorre o 1º foi concedido a Aldo Mannuci. Cfr., PIMENTA, Eduardo S., *Dos crimes contra (...)*, p.20 e LATORRE, Virgilio, *Protección penale del (...)*, p. 25.

<sup>26</sup> Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección penale del (...)*, p. 26.

Em França durante o século XVI foram concedidos privilégios a quase todos os autores sobre as suas próprias obras, na medida em que apenas desta forma podiam proceder à publicação e edição daquelas. Em 1776, o Rei Luís XVI de França reconheceu a prevalência do autor sobre o livreiro, depois de o Conselho de Estado Francês ter votado a abolição dos privilégios perpétuos concedidos aos editores. Sempre que o autor explorasse pessoalmente a obra, gozaria do privilégio concedido de forma perpétua, privilégios que eram transmitidos aos herdeiros, os quais beneficiariam sempre dos lucros obtidos com a exploração da obra. No caso de o autor optar pela atribuição da exploração da obra a um editor ou livreiro, o privilégio seria apenas de 10 anos, após os quais a obra cairia de forma absoluta no domínio público, podendo a partir desse momento ser explorada por todos os livreiros.

Após a Revolução Francesa são abolidos todos os privilégios na Assembleia Constituinte de 1789, sendo aos autores reconhecida a propriedade sobre as suas obras, ao mesmo tempo que aumenta a reprodução mecânica de obras como forma de difusão e divulgação dos ideais liberais. Por lei de 13 de Janeiro de 1791 aos autores de textos dramáticos são reconhecidos direitos sobre as suas obras durante toda a sua vida, gozando os herdeiros de direitos durante 5 anos. Apenas em Julho de 1793<sup>27</sup> é publicada a lei francesa sobre direitos de autor, onde este é classificado como um direito de propriedade, gozando os autores de protecção durante toda a sua vida e até 10 anos após a morte. Em Fevereiro de 1810 os prazos alteram-se e a protecção *post mortem* é elevada para 20 anos, voltando a ser elevada novamente em 1854 para 30 anos e em 1865 para 50 anos.

Apenas a partir de 1800 a jurisprudência francesa é chamada a decidir sobre questões relacionadas directamente com os direitos morais do autor, tendo de decidir pela violação de direitos ao inédito, do direito de modificação das obras, bem como do direito de retirada destas. Contudo, as leis do período revolucionário mantiveram-se em vigor até Março de 1957, quando foi publicada nova lei, que foi substituída em 1985 por novo diploma legal. Em 1992 o regime dos direitos de autor é integrado no Código da Propriedade Intelectual, unificando-se desta forma em legislação especial os regimes dos direitos de autor e da propriedade industrial. Mais recentemente a legislação nesta

---

<sup>27</sup> Neste mesmo ano surge na Alemanha o contrato de edição, protegendo assim o autor nos termos das cláusulas do contrato celebrado com o editor. Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección penale del (...)*, p. 27.

matéria foi alterada pela Lei nº 2006-961, de Agosto de 2006, a qual em transposição da Directiva sobre os direitos de autor na sociedade de informação veio marcar um novo paradigma em termos de tutela penal dos direitos de autor.

Em Inglaterra, destaca-se o papel da *Stationer's Company*, companhia de livreiros fundada em Londres em 1556, e que durante mais de um século representou e defendeu os autores e editores, instituindo o registo obrigatório de livros publicados e estabelecendo multas para os infractores de tais direitos. Tornados em companhia pela Carta Mary de 1557, detinham o monopólio da actividade de imprensa, explorando desta forma a publicação de obras sempre respeitando os limites impostos pela censura. Contudo, muitos dos autores acabaram por se insurgir contra esta companhia, na medida em que ela detinha o monopólio dos privilégios concedidos além de funcionar como instrumento de censura ao dispor da Corte. Em 1710 surge o Estatuto da Rainha Ana, que permite que os autores possam ser titulares do *copyright* sobre as suas próprias obras, mantendo todavia acautelados os interesses dos editores. O espírito da lei alicerçava-se essencialmente na ideia de que a protecção seria um estímulo à criação intelectual, o que iria ter finalidades de estimular a aprendizagem. O Estatuto concedeu o monopólio de exploração e de titularidade do direito ao autor, o qual fica a ter a prerrogativa de o ceder a um editor caso o pretenda. É desta forma o primeiro instrumento legal a consagrar o direito de autor como propriedade dos criadores das obras. Contudo, a pressão exercida pelos *Stationers* assegurou-lhes a introdução no Estatuto de uma regra transitória para os livros publicados antes da vigência da lei, que seriam protegidos por um prazo mais longo que o concedido a outras obras. Findo este prazo, outros editores poderiam proceder à publicação das obras, adoptando os *Stationers* a posição de que o *copyright* deveria ser perpétuo. A jurisprudência teve especial relevância na construção da figura do *copyright* inglês, mas também os grupos de pressão foram determinantes para moldar o conteúdo e limites deste. Em 1956 surge o *Copyright Act* que separou formalmente os direitos de autor dos direitos dos produtores, que foi revogado pelo *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988.

Na Alemanha, a ordenança de Nuremberga de 1623 reprimiu a contrafacção, independentemente de o autor dispor ou não de privilégio sobre a obra, sendo que em 1660 o Senado de Frankfurt decidiu no mesmo sentido. Também no direito alemão o

direito de autor nasceu a partir da consagração dos privilégios, tendo-se gerado em torno da figura uma ampla reflexão filosófica. Foi Kant quem construiu a base personalista do direito de autor, caracterizando-o como um direito inato à própria pessoa do autor, atribuindo a este todas as prerrogativas relacionadas com o exercício e a utilização da obra. Desenvolveu-se assim a concepção do direito de autor enquanto direito pessoal totalmente centrado no acto de criação intelectual, construindo-se a figura do *Urheberrecht* moldado pelo princípio de protecção dos mais fracos económica e socialmente.

A lei de direitos de autor da Prússia de 1838 tipificou a reimpressão não autorizada e a sua divulgação, prevendo a punição através de pena de multa, bem como a prerrogativa de confiscar os exemplares. Em 1870, a lei sobre direitos de autor da Confederação Germânica do Norte tipificou as condutas infractoras de forma muito semelhante à que actualmente é utilizada, tendo introduzido a punição através de pena de prisão e de pena de multa. Esta lei foi adoptada pelo Império Alemão em 1871, sendo que contudo em 1901 surgiu uma lei sobre direitos de propriedade literária e em 1907 a lei sobre direito de autor de obras de arte, introduzindo diferenças face ao regime de 1870. Assim, os crimes passam a ser puníveis apenas nos casos de dolo, ampliando-se ainda o catálogo de crimes tipificados e de condutas puníveis.

Em 1965 o legislador alemão fez uma intensa reforma na legislação, mantendo-se a regulação da tutela penal dos direitos de autor em sede de direito penal especial. Os direitos de autor são nesta lei consagrados de acordo com a teoria monista, em que os interesses patrimoniais e morais surgem de forma agregada e inseparável, posição que não foi alterada desde então. Nova reforma surgiu em 1985 tendo por objectivo melhorar a perseguição penal e a punição dos actos de pirataria contra os direitos de autor. Os crimes passam assim a ser públicos, voltando a criminalizar-se a tentativa<sup>28</sup>. A natureza monista do direito de autor mantêm-se idêntica na Lei dos direitos de autor na sociedade de informação de 2003.

Na Dinamarca, em 1741 foram publicadas ordenações proibindo as contrafacções de obras artísticas e literárias.

---

<sup>28</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p.58.

Em Espanha, Cervantes garantiu privilégio sobre o Dom Quixote de la Mancha em 1506, de forma a poder vender a obra no Reino de Castela durante 10 anos<sup>29</sup>. Em 1554, Carlos I ditou as regras a que deveriam obedecer as licenças para a impressão de novos livros, as quais ficaram fixadas na Lei 2ª, título XVI, livro 8º da *Novíssima Recopilación*.

Posteriormente em 1764, por Real Ordem do Rei Carlos III reconheceu-se ao autor o monopólio de exploração das obras, prevendo-se a transmissão de tais direitos aos herdeiros do autor entretanto falecido. Os autores podiam ainda solicitar o reconhecimento perpétuo dos seus direitos. Com a publicação dos Regulamentos de *Imprentas* de 1813, a propriedade intelectual é estabelecida por um prazo coincidente com a duração da vida do autor, mas caducando após 10 anos decorridos sobre a transmissão aos herdeiros. Em Junho de 1847 os direitos de autor são finalmente consagrados em lei, a qual foi modificada em 1879 por D. Afonso XII. Com esta alteração, a legislação espanhola utiliza pela primeira vez a expressão “propriedade intelectual” como forma de identificar todas as criações do espírito exteriorizadas. No Código Penal Espanhol de 1822 são tipificados os crimes contra os direitos de autor, punindo-se as infracções com pena de multa. Em 1870 é publicado o Código Penal de Montero Rios, onde se mantém a tutela penal destes direitos, mas utilizando ainda normas penais em branco, introduzindo a punição com pena de prisão de 1 mês a 6 meses. Durante a ditadura de Primo de Rivera é promulgado o Código Penal Espanhol de 1928 aumentando-se a pena de prisão aplicável, sendo que existem várias circunstâncias agravantes que se relacionam com o regime autoritário vigente e não propriamente com a gravidade das ofensas contra os direitos de autor<sup>30</sup>. Em 1932 o Código Penal Espanhol retoma as medidas penais de 1870, sendo que até à reforma levada a cabo em 1963 o crime era essencialmente visto como patrimonial, exigindo-se como condição essencial da sua verificação a existência de dano patrimonial. Contudo, manteve-se sempre a opção pela técnica das normas penais em branco, o que criava problemas em termos de interpretação e aplicação da lei por parte dos tribunais, na

---

<sup>29</sup> Não obstante, o privilégio concedido pelos reis de Espanha era distinto dos privilégios comuns, na medida em que o sistema de licença estava estruturado de forma a ser possível controlar tanto o conteúdo, como o preço das obras editadas. Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección penale del (...)*, p. 27 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 48 e ss.

medida em que estes tinham discricionariedade para decidir em que casos existiam ou não violação dos direitos de autor.

Em 1801 surge a lei de direitos de autor da República Cisalpina, consagrando a relevância dos direitos de autor enquanto tutela do criador intelectual da obra. Em 1811 um decreto milanês estabeleceu um acordo no sentido do tratamento recíproco entre os autores italianos e franceses, sendo que em 1840 um acordo com o mesmo conteúdo foi celebrado entre a França e a Holanda. No mesmo ano o Rei da Sardenha celebrou com a Áustria um acordo com o objectivo de proteger as produções literárias e artísticas, concedendo ao autor o direito de dispor e publicar livremente a sua obra durante toda a sua vida, direito que podia ser transmitido aos herdeiros durante os 30 anos subsequentes à sua morte.

Em 1826 o Estado do Vaticano reconheceu a propriedade intelectual, através de autorização do Papa Leão XIII, e logo em 1835 o Código Penal Haitiano criminalizou as utilizações sem autorização dos autores feitas por qualquer terceiro que não o autor, bem como pelos directores de teatros e representantes de associações de artistas. O Reino da Sardenha e o Império Austríaco celebraram uma convenção para a protecção dos direitos de autor ainda em 1840, à qual aderiram os Ducados de Parma, de Modena, de Lucca, o Grão Ducado de Tosca, o Reino das Sicílias e o Estado do Vaticano.

Decorria o ano de 1878 quando Victor Hugo e Meissonnier criaram a Associação Literária e Artística, a qual esteve presente na Exposição Internacional de Paris, onde reuniu um Congresso Literário e Artístico Internacional. A Associação propugnou sempre pela adopção de um sistema de protecção multinacional, elaborando em 1883 um esboço que serviu de base à Convenção de Berna, que foi assinada em 1886 pela Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Inglaterra, Suíça, Sibéria, Tunísia e Haiti<sup>31 32</sup>. No texto reconhece-se expressamente o direito moral de autor e não apenas o

---

<sup>31</sup>O Governo Suíço assumiu desde logo o desejo de realizar as reuniões que conduziram à adopção da Convenção de Berna. Foram realizadas três reuniões antes de ser adoptado o texto em definitivo da Convenção: a 1ª em 1884, a 2ª em 1885 e a 3ª em 1886. O texto entrou em vigor em Dezembro de 1887, tendo sido em Maio de 1896 completada em Paris pelo Acto Adicional de Paris. Em 1908, em Berlim a Convenção foi revista, sendo que em 1914, novamente em Berna, foi assinado o Protocolo Adicional de Berna que ampliou a Convenção. Em Junho de 1928, desta vez na cidade de Roma a convenção foi reexaminada, modificando-se em Bruxelas em 1948. Logo em 1967 há novamente uma alteração, desta feita em Estocolmo, alterações que nunca chegaram a entrar em vigor, pois foram novamente revistas, em

direito patrimonial, no art. 6º - bis<sup>33</sup>. Com a Convenção foi ainda criado o *Bureau International de la Propriété Intellectuelle*, que ficou sob autoridade do Governo Suíço, centralizando todas as informações sobre direitos de autor, fornecendo ainda informações quanto à protecção dos direitos de autor, realizando estudos e disponibilizando serviços que tornem mais fácil e ágil a protecção dos direitos de autor.

No direito norte-americano, as primeiras leis sobre *copyright* surgem pela iniciativa de Noah Webster, que influenciou a legislação de cada um dos estados nesta matéria. Em 1783 o Connecticut torna-se no primeiro Estado federado a aprovar legislação sobre *copyright*, seguindo-se os estados do Massachusetts, New Hampshire e Rhode Island. No ano seguinte foi a vez da Carolina do Norte legislar a matéria, sendo que em 1786, todos os estados originários, excepto o Delaware, tinham legislado sobre *copyright*. Em 1789 a Constituição Americana assegurou aos autores direito exclusivo sobre as suas obras e invenções, e em 1790 é aprovada a lei federal sobre *copyright*, o *Federal Copyright Act*, concedendo-se um período de 14 anos de protecção, renovável por idêntico período de 14 anos, no caso de o autor ainda ser vivo. Apenas os cidadãos e residentes em território norte-americano beneficiavam da tutela conferida pelo *Copyright Act*, situação que se manteve inalterada até 1890. Contudo, a Constituição Americana tem aqui um poder essencial na modelação do *copyright*, pelo que este deveria obrigatoriamente ter por escopo a estimulação da aprendizagem, a preservação do domínio público e o encorajamento da criação e distribuição de obras tendo em vista o progresso.

Em finais do séc. XVIII o comércio dos editores e da imprensa ainda se encontrava em fraca expansão e desenvolvimento no território norte-americano, sendo que a protecção fraca que era concedida às obras, especialmente tendo em consideração que apenas os cidadãos e residentes beneficiam da mesma, permitiu a expansão da imprensa e das editoras. Isto traduziu-se em benefícios enormes em termos de literacia da população da ex-colónia britânica, aumentando a percentagem de cidadãos que

---

Paris em 1971, onde foram igualmente introduzidas novas alterações que apenas entraram em vigor em Outubro de 1974.

<sup>32</sup> Portugal aderiu à Convenção em 18 de Março de 1911 através de Decreto, tendo apenas ratificado em 16 de Novembro de 1978, entrando a Convenção em vigor no nosso ordenamento jurídico em 12 de Janeiro de 1979.

<sup>33</sup> Cfr. ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *O direito pessoal (...)*, p. 1066.

sabiam ler e escrever, especialmente em comparação com as taxas verificadas no Reino Unido. Simultaneamente, grande parte da indústria editora mantinha-se graças à impressão massificada de obras de autores ingleses que não estavam protegidos nos seus direitos em território norte-americano<sup>34</sup>.

Em 1893 formou-se o *American Copyright Club* com o objectivo de legislar e de pressionar a legislação já existente nos estados federados no sentido de agilizar e tornar mais justa a relação da protecção dos direitos de autor em território americano e no resto dos países. Criaram um manifesto denominado de *An Address to the People of the United States on Behalf of the American Copyright Club*, onde expressaram essas preocupações. Contudo, nenhuma conclusão foi retirada das reuniões levadas a cabo.

Em 1868, perante o falhanço do *American Copyright Club*, foi fundada a *American Copyright Association*, de forma a tentar assegurar os direitos dos autores e dos editores. Em 1882 é fundada a *American Author's Copyright League* que em 1887 se juntou à *American Publishers' Copyright League* tentando desta forma obter um acordo internacional que versasse sobre esta matéria com o objectivo de encontrar uma protecção internacional equitativa. Das negociações e do *lobbying* efectuado foi elaborada a *Chace Bill*, aprovada em 1891. No mesmo ano surgiu o *International Copyright Act*. Em 1909 as sanções criminais previstas no *Copyright Act* passam a abranger todas as obras protegidas pelos direitos de autor, mantendo-se aquelas iguais até 1970. A partir daquele ano começam a introduzir-se alterações que agravam a protecção concedida. Em 1971 o *Sound Recording Act* conferiu pela 1ª vez protecção às gravações musicais, sendo que em 1976 o *Copyright Act* viu as multas aumentarem de montante, associando-se assim as perdas registadas pela indústria fonográfica com o aumento das reproduções sem autorização do autor. Em 1997 foi aprovado o *No Electronic Theft Act*, que estendeu a penalização aos infractores que actuam sem fins lucrativos<sup>35</sup>. E em 1998 o *Digital Millennium Copyright Act* vai ainda mais longe ao criminalizar os actos de neutralização das medidas tecnológicas utilizadas para proteger

---

<sup>34</sup> Cfr. SEVILLE, Catherine, *From pirates to eagles: America's changing view of copyright*, in *European Intellectual Property Review*, Oxford, Sweet and Maxwell, ISSN: 0142-0461, Vol. 29, issue 10, October, 2007, p. 406 a 408.

<sup>35</sup> Para mais desenvolvimentos, Cfr. MANTA, Irina D., *The puzzle of criminal sanctions for intellectual property infringement*, in *Harvard Journal of Law and Technology* [pdf.], vol. 24, number 2, Spring 2011 [consultado pela última vez 10/04/2013]. Disponível para consulta em <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech469.pdf>>, p.481 e ss.

as obras. O *Anti-Counterfeiting Amendments Act* de 2004 criminalizou o tráfico de obras contrafeitas, sendo reforçado pelo *The Artists' Rights and Theft Prevention Act* de 2005, especialmente dirigido à pirataria de filmes. Por fim, em 2008, o Congresso norte-americano aprovou o *Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*, que endureceu as sanções para os reincidentes.

Em 1889 e 1890 foi realizado o I Congresso Internacional Sul-Americano onde se celebrou um tratado sobre propriedade literária e artística, estabelecendo a favor do autor da obra e dos seus sucessores o gozo dos mesmos direitos nos estados signatários que lhes eram concedidos nos estados em que fizeram a primeira publicação ou edição da obra. A I Conferência Pan Americana foi realizada em Washington salientando a necessidade de os países americanos aderirem à protecção da propriedade intelectual. A II Conferência Pan Americana foi realizada no México em 1902 criando-se a União Americana tipificando tanto os direitos intelectuais reconhecidos, como as preocupações com as peculiaridades criativas das nações reunidas. A III foi realizada no Rio de Janeiro em 1906, tendo sido elaborada uma Convenção, consagrando-se no IV Congresso em Buenos Aires, em 1910, que a protecção dos direitos conferidos num Estado nos termos da sua legislação interna era reconhecida em todos os outros, sem qualquer tipo de formalidades. Em Santiago do Chile em 1923 reuniu o V Congresso, e em Havana em 1928 foi organizado o VI. Contudo, nestas reuniões nada foi definido e decidido em matéria de direitos de autor, apenas se tendo regulado aspectos da propriedade industrial.

Com a Conferência de Berlim de 1908 é colocada a preocupação do reconhecimento internacional do direito pessoal do autor, mas a consagração em definitivo apenas surgiu com a Conferência de Roma de 1928. O reconhecimento resultou da pressão efectuada pela delegação italiana presente na conferência, o que era totalmente justificado pelo facto de ser o estado onde a lei de direitos de autor protegia expressamente o direito pessoal.

Em Julho de 1967 foi assinada em Estocolmo a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, também com sede em Genebra. A Convenção Universal regulou os conflitos de normas sobre protecção de direitos de autor, dispositivo essencial considerando a actual sociedade da informação global.

Quanto a Portugal, a tradução do livro Marco Polo de 1502 de Valentim Fernandes é considerado como o primeiro privilégio concedido. Em Fevereiro de 1537 D. João III atribui por Alvará a Baltazar Dias privilégio para imprimir e vender as suas próprias obras<sup>36</sup>. No Livro V das Ordenações Filipinas de 1603 já se previa a existência de cópia de livros e obras sem autorização, estabelecendo no título CII sob a epígrafe de “Que não se imprimirão Livros sem Licença del Rey”, que “Por se evitarem os inconvenientes, que se podem seguir de se imprimirem em nossos Reinos e Senhorios, ou de se mandarem imprimir fóra delles Livros, ou obras feitas por nossos Vassallos, sem primeiro serem vistas e examinadas, mandamos, que nenhum morador nestes reinos imprima, nem mande imprimir nelles, nem fóra delles obra alguma, de qualquer matéria que seja, sem primeiro ser vista e examinada pelo Dezembargadores do Paço, depois do ser vista e aprovada pelos Officiaes do Santo Officio da Inquisição”<sup>37</sup>.

A influência da legislação francesa é a mais notável entre nós, sendo que conseqüentemente, após as Revoluções Liberais, o direito constitucional português começou a prever os direitos dos autores, deixando de parte o regime dos privilégios. A Carta Constitucional de 1826 previa os direitos dos inventores no art. 145º, §24, atribuindo-lhes a propriedade das suas descobertas e produções. A Constituição de 1838, no art. 23º §4 introduz os direitos dos escritores, deixando de parte a consideração de que estes são instrumentos de promoção da aprendizagem e do progresso das artes, para assumir que os mesmos são direitos naturais.

Na consagração dos direitos de autor entre nós destaca-se o importante papel de Almeida Garrett<sup>38</sup>, sendo o responsável por apresentar nas Cortes, em 18 de Abril de 1839 um projecto de lei, o qual foi discutido em 1840 e finalmente aprovado em 1841, embora, não obstante, nunca tenha sido convertido em Lei. Apenas em Julho 1851 surge a primeira lei portuguesa sobre propriedade literária, a qual deu cumprimento a direitos a que Portugal se tinha obrigado a respeitar na sequêcia de Convenção bilateral celebrada com França em 12 de Abril de 1851.

---

<sup>36</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor(...)*, p. 52.

<sup>37</sup> Cfr. PIMENTA, Eduardo S., *Dos crimes contra (...)*, p. 100.

<sup>38</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor(...)*, p. 53.

Entre nós, nem a Lei de 1851, nem o Código de Seabra de 1867 regularam o direito pessoal do autor, apenas se considerando o direito na sua perspectiva patrimonial. Neste a propriedade literária e artística tinha carácter perpétuo. Todavia, o autor tinha um direito de exclusivo de publicação da obra, o que resultava na previsão implícita do direito ao inédito, cuja violação era punida. Em alguns casos era necessária a autorização do autor para que fosse possível a utilização da obra, contudo, tal revestia sempre um carácter eminentemente patrimonial. Em 1911 Portugal adere à Convenção de Berna, tendo em consequência desta sido publicado e adoptado o Decreto nº 13725, de 27 de Maio de 1927. Neste é reconhecido o direito pessoal do autor, regulando-se directamente o direito ao inédito, à paternidade da obra, o direito de retirada e o direito de integridade da obra. Contudo como requisito de protecção é estabelecida a obrigatoriedade da publicação. Em 1922 foi assinado entre Portugal e Brasil, em 26 de Setembro, uma Convenção bilateral, consonante com a Convenção de Berna, garantindo que as garantias decorrentes do registo de obras literárias num dos países serão assegurados de forma recíproca no outro, nos termos da sua legislação interna.

Ao decreto de 1927 sucedeu o Decreto-Lei nº 46980, de 27 de Abril de 1966, aprovando o primeiro Código dos Direitos de Autor português. Com o novo Código Civil do mesmo ano, a matéria é considerada na sistemática dos direitos de propriedade, quando se reconhece que o mesmo pode ter por objecto propriedade não material, sendo que nenhuma posição é tomada quanto à natureza jurídica do direito de autor no nosso ordenamento jurídico.

Quanto à Constituição da República Portuguesa de 1976, tal como já foi referido, consagra os direitos de autor como garantia da liberdade de criação cultural, nos termos do art. 42º/2. Sobre o seu domínio, o código de direitos de autor de 1966 vigorou até 1985 quando foi aprovado o actual Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março. Este foi entretanto alterado por diversas vezes, essencialmente em virtude da necessidade de transposição para o ordenamento jurídico interno das diversas directivas comunitárias já mencionadas<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Não obstante, a matéria que regula os direitos de autor não se encontra toda no código, existindo diversos diplomas avulsos que gravitam em torno deste e que contêm a regulamentação específica de

No direito comunitário, inicialmente foi concedida margem de conformação interna das legislações dos Estados membros. Contudo, a partir dos anos 80 iniciam-se esforços no sentido da harmonização dos direitos nacionais. Logo em 1988 é publicado o Livro Verde sobre Direitos de Autor e Desafio Tecnológico: problemas de direitos de autor que requerem uma iniciativa imediata [COM (88) 72 final]. Segue-se em Maio de 1991 a Directiva 91/250/CEE, do Conselho, sobre a protecção jurídica dos programas de computador, e em Outubro de 1993 a Directiva 93/98/CEE, do Conselho, que harmoniza o tempo de protecção dos diferentes direitos reconhecidos ao criador intelectual das obras. A Directiva 96/9/CEE estabelece a protecção das bases de dados, em Março de 1996, e em 2001 surge a Directiva 2001/29/CE que harmoniza o problema dos direitos de autor na sociedade da informação, adaptando as regras do Tratado da OMPI de 1996 ao direito interno da União. Em 2004 surge a Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de Abril, que estabelece a protecção dos direitos de autor, mas nada prevê quanto à tutela penal dos mesmos. Esta surge como forma de forçar os estados membros a uniformizar a sua legislação interna, tendo ainda o intuito de colmatar a não transposição ou adequação dos ordenamentos jurídicos internos ao estabelecido no Acordo TRIPS. Considerando assim que tais disparidades eram prejudiciais ao bom funcionamento do mercado interno, a Directiva tem por objectivo caminhar para a uniformização, garantindo assim uma elevada e eficaz protecção destes direitos. Fica contudo a sua interpretação e aplicação por parte de cada um dos Estados membros sempre condicionada pelo disposto no art. 50º do Acordo TRIPS<sup>40</sup>.

## **2 – Os direitos de autor enquanto direitos autonomamente protegidos.**

Os direitos de autor são protegidos na ordem jurídica portuguesa antes de mais por imposição constitucional, na medida em que nos termos do art.42º/2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) a liberdade de criação cultural implica a protecção legal dos direitos de autor. Desta forma, eles encontram-se constitucionalmente consagrados como indispensáveis à própria concretização da liberdade de criação cultural, sendo que a sua inscrição em sede constitucional garante que eles serão sempre protegidos e reconhecidos aos criadores intelectuais da obra.

---

aspectos consagrados nos direitos de autor, resultantes da evolução e do surgimento de novas tecnologias. Não obstante, não nos ocuparemos deles, por escaparem ao essencial do presente estudo.

<sup>40</sup> Relativamente a este aspecto Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de Autor (...), p. 683.

Desta forma, eles relacionam-se e encontram-se em interacção com outros valores e interesses constitucionalmente protegidos, especialmente com as liberdades e direitos fundamentais atinentes à comunicação, à liberdade de expressão e ao acesso à cultura por parte de todos os cidadãos. Esta consideração implica obrigatoriamente que se compreenda que a tutela penal concedida a estes direitos, terá sempre como limite os direitos fundamentais dos cidadãos, limites que regra geral coincidem com os impostos na própria legislação de direitos de autor.

Contudo, o texto constitucional português, não oferece resposta quanto à concreta natureza destes direitos, sendo opinião dominante que os mesmos devem ser considerados como direitos de propriedade, encontrando-se portanto protegidos com as mesmas garantias que àquela são consagradas. Todavia, não poderão estes direitos almejar uma equiparação plena à propriedade material ou real em sentido tradicional<sup>41</sup>, não podendo portanto configurar-se os direitos de autor enquanto direitos absolutos. Estes encontram-se assim fortemente restringidos, especialmente devido à importante função social que cumprem, restrição que é desde logo notável pelo facto de serem direitos temporalmente limitados. Compreende-se que seja desta forma, tendo em consideração que os direitos de autor entram directamente em colisão com outros direitos constitucionalmente consagrados e que constituem direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como são os direitos à liberdade de informação e de expressão, nos termos do art. 37º CRP, bem como os direitos de liberdade de aprendizagem e de ensino do art. 43º CRP. Será ainda de considerar a restrição provocada pelos próprios direitos de autor à liberdade de criação cultural, não obstante a sua protecção legal ser ela mesma uma dimensão daquela. Estas restrições devem ser precisamente tomadas em conta quando se tipificam legalmente como crime condutas que lesando os direitos de autor, estão de certa forma relacionadas com outros direitos fundamentais dos cidadãos, como já foi anteriormente mencionado.

Assim, estes direitos protegem o criador intelectual da obra, mas não de forma absoluta, sendo concedidos aos outros espaços de utilização daquela que não são considerados como ofensivos dos direitos tutelados. São os casos da cópia privada, bem como das utilizações livres das obras.

---

<sup>41</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor (...)*, p. 174.

Na lei civil, os direitos de autor são directamente consagrados como propriedade, nos termos do art. 48º e do art. 1303º do Código Civil (doravante CC), que os engloba na propriedade intelectual, não obstante o código remeter para legislação especial a regulamentação destes direitos<sup>42</sup>. O CC afasta ainda a aplicação automática do regime da propriedade real aos direitos de autor, ao estabelecer que as disposições da lei civil que regulam aquela serão aplicáveis aos direitos de autor apenas nos casos em que com eles se harmonizem e não contradigam o estabelecido em legislação especial. Este afastamento entre o regime jurídico da propriedade e o dos direitos de autor<sup>43</sup> encontra-se desde logo espelhado no art. 1302º do CC que considera que “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código”. Desta forma, e compreendendo-se que as obras não se confundem com os seus suportes físicos, os direitos de autor têm por objecto coisas não corpóreas, o que faz com tais direitos, concebidos como direitos de propriedade, apenas o possam ser enquanto propriedade “especial” e com características próprias. A remissão do CC encontra consagração actualmente no Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, que aprovou o Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos.

Na lei portuguesa, no Título IV do CDADC encontram-se previstos diversos meios de tutela dos direitos de autor, destacando-se além das medidas de natureza penal, medidas de carácter civil (art. 203º e 211º CDADC), de natureza contra-ordenacional (art. 205º e ss. CDADC) e de natureza administrativa (art. 209º CDADC), estando ainda ao dispor do titular deste direito o decretamento de providências cautelares (art. 210º-G CDADC).

Tendo em consideração o catálogo alargado de mecanismos de tutela, e sendo a indemnização um dos meios mais benéficos ao autor, especialmente quando são violados os seus direitos de exploração económica, revela-se surpreendente que tenha sobrado espaço para a introdução da tutela penal.

Não obstante a consagração em legislação especial, convém ter em consideração que existe uma assinalável internacionalização da protecção dos direitos de autor, a qual

---

<sup>42</sup> Todavia, nem sempre foi desta forma. Apenas em 1927, com o Decreto nº 13725 os direitos de autor ganham autonomia e deixam de estar regulados no Código Civil (na altura no Código de Seabra), para passarem a estar regulados em legislação especial.

<sup>43</sup> Bem como dos restantes direitos de propriedade intelectual.

cada vez mais parece convocar soluções de direito criminal para resolver os problemas da violação destes direitos à escala global. Não é todavia de espantar que assim aconteça. Trata-se de direitos com cada vez maior relevo para o comércio internacional, sendo que a globalização convocou problemas relacionados com a possibilidade de as obras protegidas por direitos de autor circularem internacionalmente, apenas podendo continuar a gozar de protecção se forem uniformemente, ou pelo menos da forma mais harmoniosa possível, protegidas globalmente. Logo nos finais do séc. XIX consagrou-se pela primeira vez a tutela internacional destes direitos, na Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, em 1883, e na Convenção de Berna relativa à Protecção de Obras Literárias e Artísticas, de 1886. Destaca-se igualmente em 1961 a Convenção de Roma<sup>44</sup>, bem como o Acordo relativo aos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC/TRIPS), em 1994. Este foi provavelmente o tratado internacional mais relevante na matéria assinado até ao momento, na medida em que obrigou os estados signatários a respeitar um mínimo comum de protecção conferida aos direitos de autor<sup>45</sup>. Paralelamente à protecção conferida por estes instrumentos jurídicos salienta-se ainda a sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 27º, podendo desta forma concluir-se pelo seu carácter universal.

Desta forma, estes direitos têm ainda protecção em sede comunitária, sendo que neste domínio, especialmente na prossecução do objectivo de criar um mercado interno e estável, a União Europeia, anteriormente Comunidade Europeia, tem produzido diversos instrumentos jurídicos em sede de direitos de autor. Não obstante, o Tratado de Roma não versava directamente sobre os direitos de autor, tendo os mesmos sido enquadrados neste através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, inserindo-se no âmbito da propriedade comercial, e consequentemente na política de criação do mercado comum<sup>46</sup>. Uma vez enquadrados no tratado os direitos de autor, começou a produção legislativa da comunidade sobre a matéria. Um dos mais

---

<sup>44</sup> Ou Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas e Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão.

<sup>45</sup> Não obstante, enquanto “*magna carta*” do neo-liberalismo e da globalização mercantil no domínio da propriedade intelectual, o Acordo ADPIC/TRIPS é norteado sobretudo pelos interesses do comércio mundial”. Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor(...)*, p. 287.

<sup>46</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este tema, aconselha-se a consulta de PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor (...)*, p. 221 e ss.

notáveis, talvez pela sua precocidade, destes instrumentos foi o Livro Verde sobre os direitos de autor e os desafios da tecnologia um plano de acção<sup>47</sup>, que em 1988, quando ainda se falava da cópia privada em ambiente analógico, veio defender a necessidade de introduzir sanções de natureza criminal para combater o cometimento da pirataria. A posição da Comissão Europeia era na altura de considerar que as sanções criminais poderiam dissuadir aqueles que se frustravam à aplicação de sanções de natureza civil, considerando ainda que a instituição de sanções criminais mais duras, como seria o caso de penas de prisão, poderia aumentar a consciência da gravidade destes actos por parte das próprias autoridades, as quais ficariam assim desta forma alertadas para a necessidade de perseguir e punir tais actos.

São várias as Directivas que foram publicadas pela Comunidade Europeia, algumas com incidência directa sobre os direitos de autor<sup>48</sup>, como é o caso da Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos<sup>49</sup>, bem como a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação<sup>50</sup>. Na realidade, a forma como a Comunidade tem produzido directivas nesta matéria leva a considerar que se pode caminhar para a adopção de um Código da Propriedade Intelectual para a Europa, posição que parece sair reforçada pela adopção do comunicado COM (2011) 287 final, pela Comissão Europeia, relativo ao mercado único para os direitos de propriedade intelectual<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> COM (88) 172 final. Disponível para acesso em <[http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green\\_paper\\_copyright\\_and\\_challenge\\_of\\_thechnology\\_com\\_\(88\)\\_172\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green_paper_copyright_and_challenge_of_thechnology_com_(88)_172_final.pdf)>. O mesmo documento salienta que efectivamente a Comunidade tinha vindo a traçar um caminho no sentido de suavizar cada vez mais a intervenção do direito penal, especialmente através da redução da previsão de penas de prisão em vários casos, opção que ia no sentido contrário à que se adoptou com os direitos de autor. O documento destaca o aumento das molduras penais aplicáveis em países como Portugal.

<sup>48</sup> Destaca-se ainda a produção de diversas directivas que regulam os problemas dos programas de computador, das bases de dados, dos direitos conexos aos direitos de autor, bem como de outras matérias pertencentes ao domínio da propriedade industrial.

<sup>49</sup> Disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0098:PT:HTML>>, que foi revogada e substituída pela Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:0012:0018:PT:PDF>>.

<sup>50</sup> Disponível para consulta em <[https://ciist.ist.utl.pt/docs\\_da/directiva\\_2001-29-CE.pdf](https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/directiva_2001-29-CE.pdf)>.

<sup>51</sup> Disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0287:FIN:PT:PDF>>. Para mais

## 2.1 – Entre o direito de autor de carácter continental e o *copyright* anglo-saxónico.

Não obstante a tendência internacional e comunitária de harmonização da protecção destes direitos, convém ter em consideração que os direitos de autor assumem no direito continental uma natureza muito diferente comparativamente ao *copyright* do direito anglo-saxónico. A compreensão da diferença existente entre os dois institutos projecta a sua relevância no domínio da tutela penal destes direitos, na medida em que se ainda se pode considerar que existem aspectos do direito de autor que merecem tutela penal, a natureza do *copyright* leva a assumir que não deve o direito penal intervir na sua tutela.

Assim, enquanto o direito de autor continental protege acima de tudo o autor, o *copyright* centra a sua protecção nas obras enquanto bens económicos, o que faz com que no primeiro os direitos de autor assumam tanto uma natureza pessoal como patrimonial, sendo a primeira inseparável do autor, e o segundo seja um direito de carácter patrimonial que se encontra totalmente disponível na esfera jurídica do titular. Desta forma, nos direitos de autor protege-se a criação e o criador intelectual da obra, enquanto no *copyright* se protege o investimento tanto dos criadores como dos produtores, sendo objectivo exclusivo garantir a protecção da exploração económica da obra. O autor é assim protegido na medida em que tal protecção se relacione com o valor mercantil da sua criação. Os autores são no *copyright* protegidos de todas as agressões que possam ser cometidas contra os seus investimentos, os quais tanto podem ser espirituais como materiais, sendo este um direito puramente de propriedade. A personalidade dos autores é protegida apenas e unicamente dentro dos mecanismos gerais ao seu dispor na *Common Law*. Desta forma, a ligação dos autores ao *copyright* termina com a transmissão que estes façam dos seus direitos aos editores, tal como se processa em qualquer tipo de contrato celebrado dentro da liberdade contratual característica das sociedades liberais, motivo pelo qual não se entende a relevância ou pertinência de consagração de um regime especial para os autores.

---

desenvolvimentos sobre a admissibilidade ou não da criação de um Código de Propriedade Intelectual, Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor(...)*, p. 233 e ss.

Ora, com a uniformização internacional da regulação desta matéria, coloca-se a questão de compreender até que ponto se pode pugnar pela adopção de medidas de carácter criminal cada vez mais fortes e graves para os agentes, se o que se pretende proteger é tão só o investimento e as possibilidades económicas de exploração das obras, e já não a personalidade criativa do autor<sup>52</sup>.

A diferença existente entre um instituto jurídico e outro acarreta diferenças de protecção legal, implicando que os conceitos de obra e de autoria sejam distintos, por exemplo. É precisamente nesta diferença que as Directivas da UE e os tratados internacionais têm que encontrar a correcta medida de protecção, bem como aquilo que se quer proteger em concreto.

## **2.2 – O conceito de obra. O ponto de partida da protecção penal.**

Relativamente ao direito português, podemos concluir pela essencialidade da obra como criação do espírito para que exista a protecção pelos direitos de autor. Em conformidade, o art. 1º CDADC menciona que as obras são “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código”. O mesmo artigo excluiu da protecção as meras ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios e as descobertas, os quais não merecem assim tutela enquanto não forem exteriorizados. Ou seja, elemento essencial para a protecção da obra, e como tal para a verificação do ilícito-típico, é que a mesma se encontre exteriorizada seja por que forma for<sup>53</sup>. Não obstante, a obra não se confunde nunca com a sua exteriorização, isto é, com o suporte material que a contém, o que implica que mesmo que sejam destruídos todos os exemplares físicos de uma obra, ela não deixa de ser protegida pelos direitos de autor. Esta ideia encontra aliás consagração no art. 10º CDADC que considera que o direito do

---

<sup>52</sup> Convém contudo, e não alongado demasiado a discussão, ter em consideração que existem ainda dentro do próprio direito de autor de matriz continental diferenças entre o instituto no direito-alemão e o instituto tal como consagrado nos países do sul da europa, fortemente influenciados pela legislação francesa. Enquanto o direito de autor alemão encontra raízes na concepção monista do direito de autor, em que o carácter moral e patrimonial são vistos como unidade, no direito de autor de origem francesa as duas vertentes são consideradas separadamente, sendo o direito moral inalienável e o direito patrimonial disponível. Também o *copyright* inglês e o *copyright* norte-americano são diferentes entre si.

<sup>53</sup> A forma pode ser qualquer uma, sendo que com a evolução tecnológica, vão surgindo cada vez mais formas de divulgação das criações intelectuais. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992. ISBN: 972-32-0476-2.p. 60 e ss.

autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade que eventualmente exista sobre as coisas materiais que servem de suporte àquela. Da mesma forma, a exteriorização da obra em nada se relaciona com a divulgação, o que resulta aliás óbvio da existência de um direito ao inédito (art. 6º CDADC). Desta forma, encontra-se penalmente tutelada a obra que não tendo sido ainda divulgada já se encontra exteriorizada<sup>54</sup>. Os artigos 2º e seguintes do CDADC enumeram alguns exemplos de obras que estão protegidas pelos direitos de autor, contudo, casos haverá em que a determinação não será feita de forma tão fácil, o que acarreta problemas em termos de aplicação da lei penal.

Nos mesmos termos é exigível a criatividade da criação intelectual para que exista obra e conseqüentemente tutela pelo direito de autor. O que encontra tipificação nos termos do art. 7º/1/a) CDADC, por exemplo, mas que trará novamente problemas em outros casos em que seja difícil de perceber se existe ou não criatividade.

O conceito legal de obra é bastante importante como ponto de partida para a construção da tutela penal neste domínio, sendo que a originalidade no domínio dos direitos de autor não fica demonstrada simplesmente por uma obra não ser cópia de outra, caso em que todas as obras originais mereceriam tutela penal, sendo portanto exigível à obra que transpareça a criatividade<sup>55</sup>. Na realidade, é este artigo que ocupa grande parte da jurisprudência penal no que respeita à criminalidade no domínio dos direitos de autor, na medida em que é precisamente a partir da existência ou não de obra tutelada nos termos do CDADC, que se pode concluir pela existência ou não de um crime contra os direitos de autor. E sem esta, isto é sem o esforço criativo por parte do autor, não podem determinadas condutas ser perseguidas e punidas pelo direito penal.

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 195º/2/a) CDADC que tipifica como usurpação a divulgação de obra ainda não divulgada nem publicada pelo seu autor.

<sup>55</sup> Cfr. por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Fevereiro de 2009, que deu razão ao recorrente ao considerar que uma planta de arquitectura que se limita estabelecer limites espaciais entre divisões não goza de escopo criativo que a torne protegida em sede de direitos de autor. Não possuindo essa planta nenhum traço de originalidade e de criatividade que fizesse dela um novo acrescento em termos de plantas de arquitectura, que introduzisse algo que não existia até ao momento nesse domínio, pelo que não poderia nesses termos exigir a protecção pelos direitos de autor, e conseqüentemente, pela sua tutela penal. Por seu turno, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de Julho de 2010 concluiu que um jogo de futebol não é uma obra para efeitos do art. 1º do CDADC, pelo que não pode ser condenado pelo crime de usurpação o dono de um estabelecimento comercial que transmite um jogo de futebol sem ter licença para tal. Também sobre os requisitos da obra em termos de protecção pelo CDADC consultar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2008, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Julho de 2004.

### 2.3 – A titularidade do direito de autor.

Ainda relevante para a delimitação da aplicação da tutela penal neste âmbito é a questão da titularidade do direito de autor, a qual se encontra determinada de acordo com os artigos 11º e seguintes do CDADC.

Convém ter em especial consideração que nos crimes em que existe violação dos direitos morais do autor, é o ofendido que tem a titularidade do direito de queixa (art. 200º/1 CDADC), caso em que aquela apenas pode ser exercida por quem for o titular do direito violado. Deste modo, será o autor considerado como tal na lei, que é o titular do direito de queixa.

O artigo 11º estabelece a regra geral de que o direito de autor pertencerá ao criador intelectual da obra, mas há casos em que tal não sucede. Não obstante, convém salientar que regra geral a autoria pertencerá ao criador intelectual da obra (art. 27º/1 CDADC), pelo que o autor será em regra o detentor do direito de autor. Desta forma, o autor pode identificar-se nos termos do art. 28º CDADC pelo seu nome próprio, completo ou abreviado, ou meramente através das iniciais daquele, de pseudónimo ou de outro sinal convencional<sup>56</sup>.

Existem contudo casos que são excepcionais e que se relacionam com as situações de obra feita em colaboração, de obra colectiva e de obra compósita, entre outros, os quais se encontram previstos no art. 14º e seguintes CDADC, e nos quais a questão da autoria deverá ser sempre analisada com especial atenção.

### 2.4 – Tutela do conteúdo moral do direito de autor ou tutela do conteúdo patrimonial?

O direito de autor tal como consagrado no direito português assume uma dupla vertente: pessoal e patrimonial<sup>57 58</sup>. Ora, enquanto os direitos morais ou pessoais do

---

<sup>56</sup> Confirmar também o disposto no art. 27º/2 CDADC que estabelece uma presunção quanto à autoria. O nº 3 do mesmo artigo estabelece ainda, curiosamente, que a “referência ao autor abrange o sucessor e o transmissário dos respectivos direitos”.

<sup>57</sup> O facto de no direito de autor continental se distinguir entre as duas vertentes destes direitos, leva a questionar sobre a adequação de utilização do termo “propriedade intelectual” como sinónimo de direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial. Isto porque a propriedade tem um carácter de direito real que se associa directa e quase exclusivamente a conteúdos patrimoniais. Neste sentido, por exemplo, Cfr. GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y, *Los derechos de autor y conexos. Su protección penal:*

autor<sup>59</sup> são no nosso sistema intransmissíveis e perpétuos, o autor pode dispor dos direitos patrimoniais que tem sobre a obra, estando os mesmos sujeitos a um prazo de duração que se concretiza até 70 anos após a morte do autor<sup>60</sup>. Em conformidade, o CDADC reconhece tanto direitos morais como direitos patrimoniais aos titulares dos direitos de autor, os quais são nas duas vertentes criminalmente tutelados, nos termos do art. 9º CDADC.

De acordo com o art. 56º CDADC apenas são reconhecidos dois direitos morais sobre as obras: o direito de reivindicar a paternidade da obra<sup>61</sup> e o direito de assegurar a genuinidade e integridade daquela. O direito à paternidade da obra encontra-se penalmente tutelado no art. 196º CDADC, cometendo crime de contrafacção quem utilizar obra alheia como sendo própria. O direito à integridade da obra é o segundo direito moral que se encontra previsto entre nós, o qual não envolve toda e qualquer utilização da obra protegida, mas apenas aquelas modificações que prejudicam a obra ou atingem a honra ou reputação do autor. Este direito encontra tutela penal no art. 198º/b) do CDADC.

Contudo, o art. 62º prevê ainda a existência de um direito de retirada, condicionado pela existência de razões morais atendíveis por parte do autor, o que faz supor que existe um direito ao inédito da obra contraposto àquele, consubstanciado no direito de todo o criador intelectual de não divulgar obra que tenha criado. A existência

---

*questiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido*, in Anuário de derecho penal y ciências penales, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, ISSN: 0210-3001, Tomo 43, Fascículo 3, Sep/Dic 1990, p. 815 e ss.

<sup>58</sup> É ainda essencial ter em consideração que existe uma diferença assinalável entre o modelo monista do direito alemão e o modelo dualista característico do direito português e dos direitos de autor dos países latinos. Cfr. nota de rodapé nº 52.

<sup>59</sup> Não existe um consenso quanto à correcta denominação do direito pessoal do autor, na medida em que existe quem pautar pela denominação direito moral, enquanto outros preferem o termo direito de personalidade e outros ainda a expressão direito intelectual, entre outros. Cfr. ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *O direito pessoal (...)*, p. 1055 e ss. ISBN 9780001580534, p. 1072 e ss.

<sup>60</sup> Confrontar o art. 31º CDADC. Existem ainda outras regras relativamente à duração temporal dos direitos de autor que se encontram nos artigos 32º ss CDADC.

<sup>61</sup> Este distingue-se do direito ao nome, o qual encontrando-se consagrado no CDADC não é verdadeiramente um direito de autor, mas sim um direito pessoal do autor, tal como o direito ao nome consagrado nos direitos de personalidade do CC. Desta forma, os artigos 28º e 29º do CDADC não podem ser encarados como direitos morais do autor consagrados, mas apenas como direitos de personalidade que se manifestam no direito de o autor ter o seu nome na obra. Relativamente à violação do direito à menção da designação da obra, encontra-se tutelado como contra-ordenação no art. 205º/2 CDADC.

de um direito moral ao inédito assenta ainda no facto de o art. 195º/2/a) CDADC tipificar a violação do direito ao inédito como crime de usurpação.

Os direitos morais ou pessoais do autor são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não podendo portanto o seu titular originário ceder estes direitos seja a que título for e de forma definitiva, podendo contudo, autorizar o seu exercício por terceiros. Não pode igualmente renunciar a eles integralmente. Quanto à imprescritibilidade dos direitos morais, ela assume especial relevância no domínio da tutela penal destes direitos, na medida em que sendo os mesmos imprescritíveis, ao contrário do que acontece com os direitos patrimoniais, mesmo após a morte do autor, a tutela penal permanece, sendo exercida pelos seus sucessores, pelo Ministério da Cultura assim que a obra cair em domínio público, ou por este, mesmo antes de a obra cair em domínio público, se existir por parte dos sucessores do autor inércia na tutela destes direitos, nos termos do art. 57º CDADC<sup>62</sup>.

Paralelamente aos direitos morais, o CDADC prevê direitos patrimoniais que pertencem ao titular dos direitos de autor, os quais reservam ao autor vantagens económicas resultantes da exploração da sua obra. Estes direitos são, ao contrário do que acontece com os direitos morais, livremente transmissíveis, nos termos do art. 40º e seguintes do CDADC, estando os seus conteúdos descritos nos artigos 67º e seguintes do código. Deste modo, as utilizações da obra encontram-se atribuídas de forma exclusiva ao autor como forma de garantir que este recebe as vantagens patrimoniais que resultam da exploração da sua criação, pelo que serão de excluir do conteúdo destes direitos todos aqueles casos em que a utilização da obra não atinge de forma alguma os direitos económicos do autor, como acontece com o uso privado, por exemplo. Relativamente aos meios de utilização e exploração da obra que são concedidos ao autor, os mesmos não se encontram taxativamente previstos, sendo de salientar que o art. 68º/1 CDADC ao consagrar que as formas de utilização englobam “qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser”, coloca problemas do ponto de vista da articulação entre o tipo de usurpação do art. 195º/1 e este artigo, como iremos ver.

---

<sup>62</sup> Contudo, esta consideração, como será visto, não é isenta de problemas.

A determinação do bem jurídico protegido pelas normas jurídico-criminais neste domínio depende assim de cada tipo concreto, o que será analisado quando se versar directamente sobre a análise dos tipos legais de crime previstos e punidos no CDADC. Desta forma, permite-se adequar a norma penal à relevância jurídico-criminal da conduta, explicitando ainda a justificação em termos de política criminal para a sua tutela.

## **PARTE II – A TUTELA PENAL DOS DIREITOS DE AUTOR ENQUANTO REALIDADE JURÍDICA CONSAGRADA.**

### **3 – A tutela penal dos direitos de autor no ordenamento jurídico português.**

Como já foi anteriormente referido, o legislador penal português inseriu os tipos legais de crime que consubstanciam a violação dos direitos de autor em legislação penal extravagante, mais precisamente, no CDADC.

Os tipos legais consagrados correspondem a várias alterações e uniformizações de modo a ficarem conformes ao estabelecido em legislação internacional nesta matéria, mais concretamente com o estipulado na Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas, de 3 de Março de 1886, com as sucessivas alterações e aditamentos<sup>63</sup>, bem como pela Convenção Internacional do Direito de Autor, assinada em Genebra em 6 de Setembro de 1952. Os dispositivos resultam ainda do estabelecido em Directivas Comunitárias, mais especificamente na Directiva 2001/29/CE que harmoniza o problema dos direitos de autor na sociedade da informação, adoptando as regras do Tratado da OMPI de 1996 ao direito interno da União, e a Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de Abril de 2004. Não obstante nenhum destes instrumentos estabelecer a obrigatoriedade de adopção da tutela penal no âmbito dos direitos de autor, Portugal optou por consagrar também esta tutela, a par da tutela civil e administrativa<sup>64</sup>. Não foi contudo o único Estado a fazê-lo.

#### **3.1 – Breve abordagem de direito comparado.**

A opção pela consagração destes tipos legais de crime em legislação penal extravagante não foi uma opção exclusiva do legislador português. No direito alemão o legislador tipificou as ofensas contra os direitos de autor na Lei de Direito de Autor de 1965<sup>65</sup>, em dois crimes. O crime de exploração não autorizada de obras, nos termos do art. 106º, e o crime de plágio do art. 107º. No art. 108ºa encontra-se uma circunstância

---

<sup>63</sup> Ver o que foi dito a propósito da evolução histórica da tutela destes direitos.

<sup>64</sup> Opção que foi aliás assumida pelos legisladores de vários ordenamentos jurídicos da família jurídica do ordenamento jurídico português, entre outros.

<sup>65</sup> Em Alemão no impronunciável *Urheberrechtsgesetz*, UrhG.

agravante da pena aplicável em virtude de os actos serem cometidos com intuito lucrativo ou comercial. Nos artigos 106º e 108º da UrhG protegem-se os direitos de exploração da obra pertencentes ao titular dos direitos de autor, sem qualquer tipo de obstáculos, o que engloba direitos de reprodução, distribuição, interpretação, execução, emissão e comunicação através de meios audiovisuais. Deste modo, é a vertente patrimonial do direito de autor que se encontra especialmente protegida com esta norma, sendo que não se tutelam apenas meras esperanças ou expectativas indeterminadas, tendo sempre de ser provado em concreto a obtenção de lucro. O objectivo é fomentar a produção cultural e intelectual, o que acaba por ser um interesse geral da comunidade<sup>66</sup>. O art. 14º UrhG protege o direito moral do autor, sendo que o art. 106º não protege de forma alguma direitos de personalidade. Assim, na legislação alemã a protecção da componente moral destes direitos é bastante mais insipiente do que na legislação espanhola e portuguesa<sup>67</sup>.

Relativamente ao elemento subjectivo, é exigido o dolo, conclusão que se retira da ausência de previsão especial no UrhG e da regra geral do art.15º StGB que estabelece que no direito penal alemão, em regra, apenas são punidas as acções dolosas e típicas.

Quanto às agravantes previstas no direito alemão, o art.108ºa UrhG apenas menciona o intuito comercial da infracção, sendo portanto de concluir que apenas há agravamento dos limites das penas aplicáveis quando o agente pratica as acções típicas de forma repetida e com o objectivo claro de fazer da prática dos crimes uma fonte de rendimento estável e com certo valor monetário. A tentativa é punível no direito alemão nos dois tipos legais de crime previstos, sendo que por remissão para o art. 22º do StGB se conclui que é exigível que o autor tenha iniciado os actos que configuram a tentativa de violação dos direitos de autor, bem como que tais actos tenham por objectivo a produção dos efeitos do crime.

---

<sup>66</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 78. A autora considera que não deve existir a protecção de bens jurídicos supraindividuais nestes tipos legais, na medida em que se trata de criminalidade que não atinge de forma tão essencial a paz jurídica da comunidade.

<sup>67</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 75.

O mesmo acontece no direito holandês, que regula esta matéria no *Dutch Copyright Act* adoptado em 1912<sup>68</sup>, sendo o direito de autor protegido nos termos do art.31º de forma genérica, punindo-se com pena de prisão até seis meses e pena de multa todas as infracções. Nos artigos seguintes as penas vão aumentando na sua moldura, consoante os actos contra os direitos de autor que são concretamente cometidos, sendo que o intuito lucrativo ou a prática com objectivo comercial constitui uma circunstância agravante, nos termos do art.31ºb, sendo a moldura penal aplicável até quatro anos de prisão. Na Austrália, as ofensas aos direitos de autor encontram-se penalmente tuteladas na Parte V, da divisão 5 do *Copyright Act* de 1968, com as alterações introduzidas pelo *Copyright Amendment Act* de 2006<sup>69</sup>, sendo punidas com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa, quando os crimes são cometidos com dolo. Quando cometidos com negligência os actos são puníveis com pena de prisão até 2 anos.

No Reino Unido, os crimes encontram-se tipificados na *section 107* e *110* do *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988, mantendo-se a opção por inserir na legislação de direitos de autor os crimes. Relativamente ao bem jurídico protegido consubstancia-se na protecção da sociedade face a práticas injustas, protegendo-se os consumidores da compra de cópias falsas que são colocadas no mercado como sendo genuínas. Devido ao carácter supraindividual do bem jurídico, apenas há punição nos casos de uso ou intenção de uso comercial do material obtido de forma ilícita. A protecção que é concedida ao autor por estas normas é assim meramente reflexiva.

No direito canadiano, os crimes contra os direitos de autor são regulados na Parte IV do *Copyright Act* de 1985, sendo as penas aplicáveis de prisão até 6 meses ou de multa até 25.000 dólares, podendo nos casos mais graves a pena de prisão ser elevada até 5 anos de prisão, e a de multa até 1 milhão de dólares. Relativamente às práticas de *download*, a sua punição e inserção em sede de tipos legais depende de

---

<sup>68</sup> No original *Auteurswet*.

<sup>69</sup> Cfr. URBAS, Gregor, *Copyright , crime and computers: new legislative frameworks for intellectual property rights enforcement*, in *Journal of International Commercial Law and Technology* [pdf.], Vol.7, Issue 1 (2012). [consultado pela última vez em 02/05/2013]. Disponível para *download* em <<http://www.jiclt.com/index.php/jiclt/article/view/145/143>>, p. 13.

diversas circunstâncias, não sendo estas práticas penalizadas como regra geral<sup>70</sup>. O mesmo acontece no direito norte-americano, onde os crimes se inserem no *Copyright Act* de 1976, no *Title* 18, nos §2318 e seguintes. A protecção conferida pelo direito norte-americano ao *copyright* é uma das mais ferozes, tendo em consideração o peso na economia que representam as indústrias ligadas ao entretenimento e à exploração dos direitos de autor. Relativamente à pena de prisão, varia consoante a classificação do crime e da infracção, sendo a pena mínima aplicável até 1 ano e a pena máxima até 10 anos. Desta forma, pode-se concluir pela dureza assinalável das penas aplicáveis, quando comparadas com aquelas consagradas no direito continental. A sua protecção resulta desde logo do art. 1º da Constituição Federal. Esta situação de protecção excessiva destes direitos, como foi explicitado no capítulo dedicado à evolução histórica, não foi sempre encarada desta forma, tendo em consideração que inicialmente a protecção era bastante débil, o que permitiu que os editores tivessem atingindo proporções negociais assinaláveis sem respeitar direitos de autor de criadores intelectuais que não fossem cidadãos da união.

Também no direito francês os crimes se encontram previstos e punidos no Código da Propriedade Intelectual francês de 1992, com as alterações introduzidas em 2006, nos artigos L-335-2 e seguintes. Contudo, o direito francês, tal como já mencionado anteriormente, adoptou algumas das medidas mais polémicas em termos de tutela dos direitos de autor, com a reforma de 2006, soluções que serão estudadas mais adiante.

Compreende-se que o legislador tenha optado por não consagrar estes crimes em sede de direito penal primário ou clássico, na medida em que se entende que neste se consagra a tutela penal aos bens jurídicos directamente relacionados com a tutela jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias, enquanto no direito penal secundário se reserva a tutela dos bens jurídicos relacionados com a “ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização económica”<sup>71</sup>. Pelo que, o bem jurídico que se pretende tutelar com estes tipos legais de crime, terá uma

---

<sup>70</sup> Cfr. JUDGE, Elizabeth F.; AL-SHARIEH, Saleh; *Join the club: the implications of the anti-counterfeiting trade agreement enforcement measures for Canadian Copyright Law*, in *Alberta Law Review* [pdf.], Vo. 49, number 3 [consultado pela última vez em 27/08/2013], p. 726.

<sup>71</sup> A propósito da distinção dogmática entre estas categorias, Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (...)*, p. 121 e ss.

dimensão de relevância social que ultrapassará a sua relevância meramente pessoal. Não se duvida, desta forma, que as normas penais consagradas neste domínio têm que ter em consideração a função de protecção e de tutela da cultura, enquanto bem jurídico da humanidade, que é assegurada pelo reconhecimento de direitos aos autores de obras intelectuais. Como temos vindo a analisar, a própria previsão de direitos de autor juridicamente tutelados tem por função assegurar a liberdade de criação intelectual, sendo na sua justa medida um estímulo aos criadores intelectuais de obras. Contudo, é inegável que o art. 42º CRP se encontra sistematicamente inserido no capítulo dos direitos, liberdades e garantias, pelo que a sistemática penal destes crimes parece colidir desde logo com a própria consideração de que não é em legislação penal extravagante a sede da tutela penal dos direitos de autor. Assim, e como será verificado, existe também uma dimensão intimamente ligada à personalidade do autor que é protegida com a tutela penal destes direitos, motivo pelo qual, não seria totalmente desprovida de sentido, a sua consagração no Código Penal Português. Seria aliás dogmaticamente mais adequado. Para alguns autores, a previsão destes tipos legais em legislação penal secundária contrasta com a consideração de que se trata de crimes altamente lesivos para a sociedade, especialmente tendo em consideração as molduras penais que são aplicáveis<sup>72</sup>.

A inserção sistemática destes crimes no corpo do Código Penal foi a alternativa escolhida pelo legislador espanhol, tipificando os crimes no capítulo dedicado aos crimes contra o património e a propriedade, nos artigos 270º e seguintes. Desta forma, estes crimes encontram-se relacionados sistematicamente com a ordem socioeconómica. Não obstante, também a opção por inserção sistemática destes crimes no código penal levanta alguns problemas. Inicialmente as normas de direito penal de autor espanholas tinham de resolver a questão das normas penais em branco<sup>73</sup>, situação que se alterou com a *Ley Orgánica* nº 6/1987, de 11 de Novembro<sup>74</sup>. A punição no caso concreto

---

<sup>72</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale de (...)*, p. 63.

<sup>73</sup> Cfr. ZAPATERO ARROYO, L.; RIVAS GARCIA, Nicolás, *La protección penal de la propiedad intelectual*, in *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2ª edição, Madrid, Tecnos, 1997, ISBN: 8430929983, p. 113 e ss. e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los derechos de autor*, in *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, ISSN: 0210-3001, Tomo 44, Fascículo 1, Enero/Abril 1991, p. 66 e ss.

<sup>74</sup> Contudo, para Ferré Olivé, o problema continua a existir, na medida em que não obstante a tipificação das condutas, continua a ser necessária a remissão para a lei de propriedade intelectual para se

deixou desta forma de depender da concreta interpretação dos juízes. Em 2003 houve nova reforma desta matéria, introduzida pela *Ley orgánica* nº 15/2003 que veio endurecer as penas aplicáveis, bem como tornar estes crimes em crimes públicos, deixando portanto de ser necessário para o início do procedimento criminal a queixa do ofendido. Alargou-se ainda o leque das circunstâncias agravantes. Relativamente ao endurecimento das molduras penais, os autores consideram que mantendo-se a conduta tipificada exactamente a mesma, a mudança na natureza do crime apenas se pode justificar com a alteração da realidade que tornou estas condutas mais graves em termos de impacto causado. Isto porque os avanços da tecnologia aumentaram de facto o número de crimes cometidos, tornando-os de mais fácil e rápido cometimento. Ao mesmo tempo, as entidades criminosas organizadas também passaram a beneficiar de um ambiente mais favorável de actuação, sendo os prejuízos causados aos autores e às indústrias de exploração dos direitos de autor maiores. Consequentemente, o impacto causado por estes crimes deixa de ser sentido apenas ao nível pessoal pelos próprios autores, passando supostamente a ter um impacto de relevo na sociedade<sup>75</sup>.

As infracções no direito penal espanhol encontram-se tipificadas num único tipo básico e dois tipos agravados, não existindo diferenciação entre a vertente patrimonial e a vertente pessoal destes direitos, levantando-se desta forma problemas quanto ao bem jurídico que é protegido. Os direitos protegidos são entendidos de acordo com a sua previsão na lei de propriedade intelectual. Desta forma, concluiu-se que no art. 270º do Código Penal Espanhol se protegem os direitos de exploração da obra pertencentes ao titular do direito de autor, previstos no art.102º.1 da Lei de Propriedade Intelectual Espanhola, o que engloba a reprodução, plágio, distribuição e comunicação pública da obra<sup>76</sup>. Tendo em consideração que no tipo é exigida a existência de lucro ou de ânimo de lucro por parte do agente, pode-se concluir que é a vertente patrimonial do direito de autor que é protegida de forma primária nesta norma. O direito moral concede faculdades e direitos ao criador intelectual da obra que têm impacto no conteúdo

---

compreender quais os limites das condutas permitidas e não permitidas. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 67 e ss.

<sup>75</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MORO, Luis, *La nueva protección penal de la propiedad intelectual (Análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003)*, in Separata de actas de derecho industrial y derecho de autor, Madrid, Marcial Pons, Tomo 24, 2003, p. 353 e 354.

<sup>76</sup> Cfr. LATORRE, Virgílio, *Protección penale (...)*, p. 115. Os actos tipificados correspondem às protecções dos artigos 18º, 19º e 20º da lei de propriedade intelectual espanhola, pelo que convém sempre ter em atenção as exigências que são legalmente previstas para que haja uma violação do direito de autor.

patrimonial, sendo que portanto se pode vislumbrar que o tipo legal básico protege um bem jurídico misto<sup>77</sup>. Isto porque tanto as faculdades constantes do conteúdo moral como do conteúdo patrimonial do direito de autor pertencem ao criador intelectual da obra enquanto direitos que lhe são legalmente atribuídos. Pelo que ambos são tutelados pela lei civil, bem como pela lei penal, não existindo qualquer diferenciação. Contudo, como na legislação espanhola apenas se prevê um tipo legal de crime, existem divergências quanto à natureza do bem jurídico tutelado, não sendo consensual a sua classificação como misto. Assim, alguns autores consideram que são protegidos dois bens jurídicos, devendo portanto ser criados dois tipos legais de crime. Um dos bens jurídicos seria o direito à imagem como agregador de todas as faculdades pertencentes ao direito moral de autor, e o outro seria o direito à exploração da obra<sup>78</sup>. Para outros, contudo, o bem jurídico relaciona-se meramente com a natureza patrimonial do direito de autor, pelo que apenas esta é tutelada no tipo legal de crime<sup>79</sup>.

Neste mesmo artigo são protegidos os direitos morais de autor, tendo em consideração que se tipifica o plágio nesta norma. As várias circunstâncias agravantes relacionam-se igualmente com aspectos do direito moral de autor, como o direito à autoria da obra, de divulgação e integridade da mesma. Não são penalmente tutelados os direitos de personalidade do autor protegidos pelo art.14º.5, 14º.6 e 14º.7 da lei propriedade intelectual espanhola.

Quanto ao elemento subjectivo, parece ser de exigir que os crimes sejam praticados com dolo directo, nos termos do art.270º e seguintes do Código Penal Espanhol, exigindo-se portanto que o autor tenha consciência dos direitos que estão a ser violados, bem como das consequências da sua conduta<sup>80</sup>, conclusão que pode ser aplicada à lei portuguesa.

---

<sup>77</sup> Cfr. LATORRE, Virgílio, *Protección penale (...)*, p. 128 e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 86. Ferré Olivé considera ainda que os problemas quanto à interpretação do bem jurídico em causa surgem pelo facto de os tipos legais se encontrarem sistematicamente inseridos na classificação de “Delitos contra a propriedade intelectual” o que de certa forma indicia a protecção de aspectos económicos, sugestionada pela expressão “propriedade”. Desta forma, para si, seria mais correcto alterar a classificação para “Delitos contra os direitos de autor”. O problema da natureza jurídica do bem jurídico pode ainda ser aprofundado através da leitura de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y, *Los derechos de autor y conexos (...)*, p. 817 e seguintes.

<sup>78</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 69.

<sup>79</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 70 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. LATORRE, Virgílio, *Protección penale del (...)*, p. 346 e seguintes.

A existência de ânimo de lucro é um dos elementos subjectivos do tipo para que exista crime na lei espanhola, tendo-se eliminado a sua consagração como circunstância agravante. Para a doutrina espanhola tem especial relevo apurar nestes casos o prejuízo em concreto, isto porque não se protege uma propriedade já existente que é retirada ao titular, mas meramente expectativas patrimoniais que adviriam da exploração destes direitos<sup>81</sup>. O ânimo de lucro em sentido estrito existirá em todos os casos em que o agente deseja e procura o enriquecimento próprio através dos crimes que comete, enquanto em sentido amplo existirá ânimo de lucro sempre que o autor obtenha qualquer tipo de vantagem com a prática do crime. É à jurisprudência que cabe adoptar um ou outro conceito, sendo que a jurisprudência maioritária espanhola tem adoptado o sentido amplo do conceito de ânimo de lucro<sup>82</sup>. No art. 271º do Código Penal Espanhol a circunstância agravante é o número ou valor de cópias ilícitas com especial transcendência económica, circunstância que se relaciona com a possibilidade de multiplicação de cópias ilícitas na sociedade de informação. Na alínea b) do mesmo artigo é a especial gravidade do dano causado que é estabelecida como agravante.

Também o legislador brasileiro optou por inserir estes crimes no Código Penal Brasileiro<sup>83</sup>, no Título III, Capítulo I, sobre a epígrafe de crimes contra a propriedade intelectual, nos artigos 184º e seguintes. Não se definem, contudo, quais são os direitos que se inserem dentro dos direitos concedidos aos autores, pelo que se cria desta forma uma norma penal em branco no art. 184º, sendo necessário recorrer à legislação brasileira de direitos de autor para complementar o sentido completo da norma. Os crimes previstos têm por regra natureza semi-pública, nos termos do art.186º, dependendo portanto o procedimento criminal de queixa, o que se articula com o código de processo penal brasileiro. Consagram-se três tipos legais básicos, sendo que todos são puníveis com pena de prisão e com pena de multa. O limite máximo da pena de prisão aplicável é de quatro anos, nos casos de violação do direito de autor com intuito de lucro.

---

<sup>81</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 71.

<sup>82</sup> Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M *Delincuencia informática y derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2001. ISBN 84-89493-55-3., p. 87.

<sup>83</sup> Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940, sucessivamente alterado.

### **3.2 – Perspectivas para uma tutela penal em sede de direito da União Europeia.**

Os primórdios da tutela comunitária dos direitos de autor já foram sucessivamente analisados ao longo deste estudo. Pelo que se evita a sua repetição.

Em conformidade, em 1994 foi adoptado o Regulamento (CE) nº 3295/94 do Conselho de 22 de Dezembro, que regulou a forma de actuação das autoridades aduaneiras nos controlos efectuados a mercadorias importadas sob as quais recaísse a suspeita de violarem a propriedade intelectual. As medidas incidiam essencialmente sobre os direitos de propriedade industrial, mas tiveram igualmente impacto sobre mercadorias infractoras de direitos de autor. Em 1998 a Comissão publicou um livro verde sobre combate à contrafacção e pirataria no mercado único, sendo que em Novembro de 2000 foi criado um plano de acção que se focou na necessidade de harmonização da legislação dos Estados membros em termos de protecção dos direitos de propriedade intelectual. A Comissão destacou ainda a importância de melhorar a formação na área do respeito por estes direitos, a criação de programas educativos direccionados aos consumidores e a necessidade de se estudar os dados relativos à pirataria e contrafacção<sup>84</sup>.

Surgiu ainda a Directiva nº 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, que foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei nº 50/2004, de 24 de Agosto de 2004. Esta transposição ocorreu com atraso, o que motivou a interposição de uma acção contra Portugal no Tribunal de Justiça da União Europeia. Esta directiva teve por especial motivação a harmonização dos direitos de autor na sociedade de informação, considerando esta como uma forma de proteger a propriedade intelectual dentro do espaço da União, desta forma procurando estimular os investimentos na educação, bem como na criação cultural. Curiosamente, contudo, a directiva exclui explicitamente do seu âmbito a protecção dos direitos morais do autor, estabelecendo que os mesmos devem ser protegidos pela legislação interna de cada

---

<sup>84</sup> Entretanto, a par da regulação dos direitos de autor, a União Europeia foi produzindo instrumentos legislativos relacionados com a protecção da propriedade intelectual ao nível do controlo fronteiriço. Destacam-se assim o Regulamento (CE) nº 1383/2003, do Conselho, de 22 de Julho de 2003, a comunicação da Comissão Europeia COM (2004) 709, e o Regulamento (CE) nº 1383/2003. Cfr. OSÓRIO, Margarida, *Contrafacção e pirataria*, in Revista Aduaneira, Lisboa, Direcção Geral das Alfândegas, ISSN: 0870-5445, nº 60, Janeiro de 2006, p.36.

Estado-membro, bem como pelo disposto nos tratados internacionais sobre a matéria. Não obstante, a mesma salienta que as excepções aos direitos de autor devem ser repensadas em face do novo ambiente electrónico e digital, na medida em que se deve buscar o equilíbrio entre os direitos dos autores e os interesses dos utilizadores. O legislador comunitário estabeleceu em conformidade que estas devem ser repensadas tendo em consideração o adequado funcionamento do mercado interno, pelo que se deve buscar a harmonização das excepções e dos limites. A Directiva não estabelece directamente sanções de natureza criminal, pelo que neste domínio deixou também aos Estados membros a faculdade de estabelecerem quais as medidas e penalidades mais adequadas, bem como a tipificação dos crimes.

Consequentemente, a Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, prevê tanto a tutela de natureza civil como administrativa dos direitos de autor, mas deixou para conformação interna dos Estados-membros quais as medidas de tutela penal a aplicar. Após esta directiva surgiram várias propostas de directiva que acabaram retiradas<sup>85</sup>, mas não é de excluir que num futuro próximo a União Europeia legisle sobre um quadro mínimo em matéria de tutela penal a aplicar nestes casos. Neste sentido destaca-se a Resolução Legislativa do Parlamento Europeu de 25 de Abril de 2007 que obrigaria os Estados-membros a criminalizar todas as violações de natureza comercial e intencional de direitos de propriedade intelectual, criminalizando igualmente tanto a cumplicidade, como a instigação ao cometimento de tais crimes. Não obstante, a resolução legislativa salvaguardava os casos de utilização de obras protegidas para fins de cópia privada, de crítica, reportagem noticiosa, ensino, estudo ou investigação, consagrando desta forma as excepções tradicionais aos direitos de autor do ponto de vista da legislação interna dos estados. Não obstante, destaca-se o

---

<sup>85</sup> São os casos da proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho COM (2005) 276, de 12 de Julho de 2005, bem como a decisão-quadro do Conselho SEC (2005)848 final, da mesma data. O mesmo aconteceu com a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, alterada apresentada pela Comissão COM (2006)168 final, de 26 de Abril de 2006. Em 12 de Julho de 2007, o Comité Económico e Social Europeu tinha-se pronunciado sobre a Directiva, criticando o facto de conceitos como “escala comercial” e “carácter comercial” não se encontrarem clara e concretamente delimitados e definidos. Apontou ainda o problema da severidade das sanções, considerando que devem ser os estados a concretizar as penas aplicáveis no seu direito interno, apenas devendo a União estabelecer a obrigatoriedade de previsão de sanções penais. Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M., *Derecho Comunitario y responsabilidad penal por lesión de la propiedad intelectual*, in *La propiedad intelectual en la era digital, limites e infracciones a los derechos de autor en la internet*, organização de Ricardo M. Mata y Martín e Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín, p. 191.

facto de o texto prever a punição tanto através de pena de prisão como de pena de multa, sendo que a pena de prisão seria de pelo menos até quatro anos de prisão nos casos mais graves e especificados no art. 5º, pelo que os limites das penas aplicáveis não teriam à partida um máximo estabelecido. Um dos mais importantes aspectos contidos no texto da proposta relaciona-se com a obrigação dos Estados assegurarem a punição de quem utilizasse de forma abusiva as ameaças de aplicação de sanções criminais, bem como os casos em que aquelas são utilizadas de forma excessiva, nos termos do art. 7º. Esta previsão acaba por ser bastante interessante do ponto de vista prático, na medida em que pode servir como importante barreira à denúncia e queixa por parte dos titulares dos direitos de autor contra os utilizadores dos serviços de partilha em rede. Na realidade, esta reacção pode entupir totalmente os sistemas judiciais dos Estados membros, sendo que tomando em consideração a prática destes crimes de forma organizada, no seio de organizações que utilizem as cópias privadas com intuito lucrativo e comercial, tais infracções cometidas pelos utilizadores particulares acabam por se traduzir em casos sem relevância do ponto de vista dos recursos que são despendidos com a investigação e perseguição dos utilizadores. Todavia, a menção expressa no texto da proposta de directiva à pirataria em escala comercial parece claramente deixar de fora a criminalização em sede de direito da União Europeia dos casos de partilha de ficheiros em rede realizados por utilizadores particulares para uso privado e sem intuito lucrativo. O documento salienta o estabelecimento de relações diplomáticas entre a UE e outros estados preocupados com o fenómeno da pirataria, como é o caso do Japão, país que criou e esteve por detrás das negociações do ACTA.

Em Setembro de 2008 surgiu um Comunicado do Conselho da União Europeia inserido na problemática da Competitividade (Mercado Interno, Indústria e Investigação), onde se salientou a necessidade de reforçar a protecção dos direitos de propriedade intelectual ao nível internacional, essencialmente através de acordos bilaterais e multilaterais celebrados pela UE.

Em Abril de 2009 foi criado o Observatório Europeu da Contrafacção e da Pirataria, tendo em conformidade em Setembro do mesmo ano a Comissão adoptado a Comunicação COM (2009) 467 final, onde resume as tarefas e o objectivo do Observatório. Esta estrutura que funciona em Bruxelas tem por objectivo melhorar a

informação existente quanto à contrafacção e pirataria no espaço da UE, de forma a poder avaliar o impacto económico de tais actos no mercado interno, e desta forma poder delimitar e criar medidas e políticas internas de combate a estes fenómenos. Enquanto simultaneamente tem por objectivo alertar a consciência dos cidadãos da UE para os problemas que se colocam com as práticas atentatórias dos direitos de propriedade intelectual.

A 1 de Março de 2010 surgiu uma Resolução do Conselho da União Europeia que exortou à previsão de sanções de natureza penal neste domínio, considerando que a pirataria ao nível dos bens culturais em ambiente digital prejudica efectivamente o comércio desses mesmos bens, o que terá por consequência a criação de obstáculos à indústria cultural europeia. A Comissão assume que a protecção dos direitos de autor continua a ser inserida numa lógica de protecção e estimulação do mercado único, contudo, considera que as sanções penais são as mais eficazes para introduzir o respeito por estes direitos no espaço europeu, parecendo ignorar por completo o falhanço desta solução no direito interno de cada um dos Estados-membros. Os direitos de autor e conexos aparecem desta vez claramente mencionados e delimitados no universo da propriedade intelectual, com a ressalva de que neste âmbito existem consequências para o mercado dos suportes físicos dos bens culturais e criativos, o que bloqueia a potencialidade de surgimento de novos modelos económicos competitivos na oferta destes mesmos conteúdos. Na realidade, o texto salienta várias vezes a necessidade de proteger os direitos de autor para proteger o surgimento de novos modelos económicos alternativos para a exploração destes direitos, o que não deixa de ser caricato, quando o objectivo das medidas deveria ser proteger os cidadãos europeus, os criadores intelectuais e não novos nichos de mercado digital.

Perspectiva mais moderada foi adoptada contudo no Parecer da Comissão sobre mercado interno e a protecção dos consumidores, de 12 de Abril de 2010, onde embora se inste ao estabelecimento de sanções penais no domínio da propriedade intelectual, estas parecem reservar-se apenas para as situações em que as violações implicam riscos para a saúde humana. Desta forma pode concluir-se que estas estariam reservadas para a violação de direitos de propriedade industrial e já não para as violações dos direitos de

autor, considerando que dificilmente estas podem acarretar riscos para a saúde dos consumidores.

Ainda durante as negociações do ACTA<sup>86</sup>, surgiu o relatório Gallo<sup>87</sup> que indicou como prioritária a adopção por parte da união, de medidas eficazes na protecção dos direitos de autor, especialmente em rede. O texto considera que a pirataria em rede atingiu proporções verdadeiramente preocupantes, atingindo de forma directa as indústrias de conteúdos criativos, as quais necessitam igualmente de espaço para desenvolver conteúdos legais que disponibilizem a preços competitivos as obras protegidas. O relatório destaca a criação de serviços de subscrição ilimitada de conteúdos culturais, voltando desta forma a atribuir relevo a novos mercados e produtos comerciais de disponibilização de obras. Considera ainda que a violação dos direitos de autor, bem como de outros direitos de propriedade intelectual, dentro da união, acaba por ser prejudicial para as economias locais dos estados, o que sempre se reflecte no funcionamento do mercado interno. As consequências tornam-se ainda mais graves na medida em que cada um dos Estados protege de forma diferente e consagra diferentes direitos de autor, o que prejudica obviamente a cooperação internacional ao nível europeu no combate a esta criminalidade. Considerando de forma bastante explícita que já existe ao nível da união um quadro instituído e firme de protecção a estes direitos, mas que as sanções penais continuam a ser deixadas de parte, afirma que deve ser em definitivo estabelecida a protecção criminal. Relembra igualmente que foram deixados sucessivamente de parte os problemas que são criados com o surgimento e difusão da *internet* entre os consumidores Contudo, deve ser concretamente estabelecidos quais os limites punitivos a que a União deve estar sujeita, na medida em que não obstante o peso destes crimes para o mercado interno, se deve ter presente que será mais importante a preservação do princípio da proporcionalidade e da tutela mínima, devendo os esforços ser concentrados na protecção dos direitos através de outros mecanismos que não os penais. Simultaneamente deve sempre ter-se em vista a protecção da

---

<sup>86</sup> No próprio relatório é salientada a importância de a Comissão Europeia negociar o ACTA zelando pelos melhores interesses da UE, informando com regularidade o Parlamento sobre o andamento das negociações, e pautando sempre pelo respeito pelos direitos fundamentais tais como consagrados na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Não obstante, o ACTA acabou por ser chumbado no Parlamento Europeu em Julho de 2012.

<sup>87</sup> Relatório disponível para consulta em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0175+0+DOC+XML+V0//PT&language=pt>>, datado de 3 de Junho de 2010 a apresentado ao Parlamento Europeu pela Deputada Europeia Marielle Gallo.

privacidade e da reserva da vida privada dos cidadãos da União Europeia, centrando esforços na criminalidade organizada e não nos consumidores finais, atribuindo deste modo um papel fulcral à Europol num futuro combate aos crimes no território da UE. Desta forma, e não obstante no relatório, que foi aprovado pelo Parlamento Europeu, se ataque a Comissão Europeia por considerar que a tutela civil é e deve ser suficiente, a posição da Comissão parece ser a mais ponderada, pois como já foi salientado, também ao nível interno as sanções penais não têm tido especial eficácia. Por último, convém salientar que o relatório lança um forte ataque à cópia privada e aos seus limites, o que pode ser sinal de um endurecimento da tutela dos direitos de autor que atinja a própria liberdade de cópia privada, que sempre foi vista como um limite ao conteúdo daqueles, e como um dos direitos mais importantes dos consumidores finais.

Em 2011 surge a COM (2011) 287 final da Comissão Europeia sobre um mercado único para a propriedade intelectual<sup>88</sup>, onde aquela se debruça sobre a necessidade de reformular o Observatório Europeu da Contrafacção e da Pirataria para que se torne mais efectivo, insistindo ainda na revisão da Directiva 2004/48/CE. Tudo isto faz concluir pelo estabelecimento, em tempos próximos, da tutela penal dos direitos de autor como imposição comunitária, deixando desta forma esta matéria de estar regulada no direito interno de cada Estado, e assumindo em definitivo carácter europeu, tanto em termos de uniformização das penas aplicáveis, como da perseguição dos infractores. O que pode tornar mais eficiente a condenação dos agentes, mas que claramente pode conduzir à impossibilidade de alterar o paradigma de tutela penal destes direitos, considerando-se a mesma como viável e alternativa às outras sanções legais, ao invés de se procurar a sua revogação e adequação aos princípios que norteiam o direito penal moderno.

### **3.3 – O crime de usurpação.**

No artigo 195º do CDADC prevê-se o crime de usurpação, o qual consiste em “sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma ou videograma ou do organismo de radiodifusão, utilizar obra ou prestação por qualquer das formas previstas

---

<sup>88</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions, “A single market for intellectual property rights”.*

neste código”<sup>89</sup>. Comete ainda o crime de usurpação quem actuar por alguma das formas descritas nas alíneas do n.º 2 do presente artigo, o que engloba a divulgação ou publicação de obra não divulgada nem publicada pelo autor, ou que não se destine a ser divulgada ou publicada<sup>90</sup>. Abrange ainda os casos de agente que colige ou compila obras publicadas ou inéditas sem autorização do autor<sup>91</sup>, e que estando autorizado a utilizar obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão radiodifundida, exceda os limites da autorização concedida<sup>92</sup>.

A primeira vez que o crime de usurpação aparece previsto entre nós é no art. 126.º do Decreto n.º 13725, de 3 de Junho de 1927. Em 27 de Abril de 1966 surge o Decreto-Lei n.º 46980 que prevê este crime nos artigos 190.º a 201.º<sup>93</sup>.

No n.º 1 do artigo 195.º protegem-se os direitos patrimoniais do autor na medida em que se proibem utilizações da obra, pelo que o bem jurídico, sendo em sentido lato os direitos que são abrangidos pela figura dos direitos de autor, é em sentido estrito o carácter patrimonial daqueles. A norma tutela assim o direito que o titular do direito de autor tem em beneficiar dos proveitos da sua criação intelectual nos termos em que quiser, podendo assim explorar a obra por todos os meios actualmente conhecidos de exploração, bem como por todos aqueles que possam de futuro vir a ser conhecidos<sup>94</sup>. Desta forma, é questionável e criticável a utilização do vocábulo “autor” na descrição legal do tipo, na medida em que protegendo-se essencialmente a vertente patrimonial dos direitos de autor, regra geral não será o próprio autor o beneficiário da protecção concedida por esta norma<sup>95</sup>. Trata-se de um crime formal, na medida em que para que se verifique basta a utilização da obra sem autorização do autor, independentemente da

---

<sup>89</sup> Da construção do tipo legal de crime, é desde logo possível compreender que o legislador tutela penalmente da mesma forma, tanto os direitos de autor como os direitos conexos, opção que dificilmente se consegue compreender ou sustentar do ponto de vista da dignidade da tutela penal, na medida em que os direitos conexos protegem meramente prestações empresariais.

<sup>90</sup> Alínea a), do n.º 2 do art. 195.º.

<sup>91</sup> Art. 195.º/2/b) CDADC. Neste artigo não há tutela dos direitos conexos, como se depreende pelo elemento literal.

<sup>92</sup> Art. 195.º/2/c) CDADC.

<sup>93</sup> Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 247 e ss.

<sup>94</sup> O artigo deve desta forma ser conjugado directamente com o art. 68.º do CDADC de forma a que a sua tipicidade se complete. Não obstante, e como será referido posteriormente, esta remissão para uma cláusula geral que engloba tudo, e acaba por em concreto não englobar nada, em termos de meios de utilização de uma obra, é problemática do ponto de vista do princípio da tipicidade.

<sup>95</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Propriedade intelectual, concorrência desleal e sua tutela (penal) em Portugal*, in Revista da ABPI, Rio de Janeiro, Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, ISSN: 1980-2846, n.º 56, Janeiro/Fevereiro 2002, p. 27.

finalidade da utilização. Nestes termos, e como salienta o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Março de 2011, a utilização sem autorização do autor apenas é lícita nos casos de cópia privada, sendo que em todos os outros, e tendo em consideração o art. 68º CDADC, a tutela penal é total, abrangendo todos os actos conhecidos e que possam vir a ser conhecidos. O ónus de demonstrar que as utilizações são efectuadas no âmbito privado cabe sempre ao arguido, salientando ainda o acórdão que sempre será de ter em consideração a regra dos três passos, pois apenas verificada esta a cópia privada pode ser tida como lícita<sup>96</sup>.

Alguns autores consideram que não existe neste artigo um único tipo legal de crime, sendo possível distinguir 5 tipos legais<sup>97</sup>, não existindo desta forma uma definição legal do crime de usurpação. Deste modo existe um crime de usurpação previsto no nº 1 do artigo 195º, o qual é meramente um crime formal e que se produz independentemente do resultado. Assim, não é necessário que ao autor seja causado qualquer prejuízo nos seus direitos de exploração, bastando a utilização da obra sem a sua autorização para o preenchimento do tipo<sup>98</sup>.

Já na alínea a) do nº 2 do art. 195º tutela-se penalmente e de forma directa os direitos ao inédito e de retirada, sendo que cometerá o crime de usurpação o agente que divulgue ou publique a obra nos termos descritos no artigo, mesmo que indique a autoria do criador intelectual da obra, e mesmo que não se proponha a nenhuma

---

<sup>96</sup> Convém ter ainda em consideração o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Março de 2011, que excluiu do âmbito de protecção dos direitos de autor a conduta do dono de estabelecimento comercial que transmitia ao público conteúdos provenientes da programação da televisão por cabo, considerando que o operador que obtém o licenciamento de acordo com os direitos de autor, sendo a posterior transmissão uma mera veiculação dos conteúdos. Nos mesmos termos destaca-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15 de Novembro de 2004, o da Relação de Coimbra de 28 de Fevereiro de 2011, o Acórdão da Relação do Porto de 19 de Setembro de 2012, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de Janeiro de 2013. Em todos estes casos a jurisprudência se pronunciou no sentido de que a transmissão dos conteúdos televisivos efectuada não carecia de autorização por parte dos autores, na medida em que essa é directamente concedida à entidade difusora. Já não assim quando as obras que são difundidas o são pelo próprio dono do estabelecimento comercial e já não por uma entidade difusora. Nestes casos, verifica-se o crime de usurpação sempre que não há autorização prévia por parte dos autores para se seja feita a transmissão em público. É precisamente o caso sustentado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19 de Março de 2013.

<sup>97</sup> Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 252.

<sup>98</sup> Relativamente à aplicação do art. 201º CDADC no crime de usurpação convém ter em atenção o bastante recente Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de Junho de 2013, que confirmou a decisão de apreensão dos bens utilizados para a prática da reprodução de obras sem autorização do autor. Desta forma, convém ter em consideração que as aparelhagens de som, por exemplo, utilizadas para para utilizações não autorizadas de obras podem ser apreendidas, não se cingindo desta forma a aplicação prática do artigo aos casos em que são produzidos exemplares da obra.

vantagem económica. Não existe aqui nenhuma violação do direito de paternidade da obra, consagrado no art. 27º CDADC, na medida em que a identificação errada do autor ou a não identificação de todo, não é elemento do tipo objectivo. Este artigo protege ainda o direito de não publicar ou divulgar a obra. Isto é, o direito de não explorar economicamente a mesma, bem como o direito de interromper aquela exploração económica no momento em que o autor o considerar como pertinente<sup>99</sup>. Destaca-se ainda o facto de o artigo exigir nesta alínea que o agente actue *abusivamente*, colocando relevo na consciência por parte do agente de que actua de forma abusiva, consagrando assim um elemento específico subjectivo do tipo que acresce ao dolo.

Na alínea b) do nº 2 do art. 195º o que se tutela é a compilação de obras sem autorização do autor, quer estas estejam publicadas ou sejam inéditas. Comummente parece ser de considerar que se englobam igualmente as obras divulgadas, existindo um lapso de linguagem por parte do legislador<sup>100</sup>. Tendo em consideração que a compilação ou colecção são utilizações, nos termos do nº 1, parece ser de considerar, em consonância com o explicitado por Oliveira Ascensão, que neste artigo se tutelam penalmente os casos específicos de artigos como o 3º/1/b), 7º/2 e 76º/3<sup>101</sup>.

Por seu turno, na alínea c) tutela-se penalmente uma violação contratual, na medida em que se pune a utilização feita pelo agente que exceda a autorização que lhe foi concedida, conduta que sempre se dirá, deveria ser tutelada única e exclusivamente em sede de responsabilidade civil contratual<sup>102</sup>.

Por último, no nº 3 é tipificada a violação por parte do próprio autor que tendo transmitido os seus direitos patrimoniais sobre a obra ou autorizado na sua utilização, actua violando os direitos do terceiro titular da autorização e dos direitos patrimoniais. Coloca-se aqui o mesmo problema quanto à pertinência de tal matéria ser apenas regulada em sede de responsabilidade civil contratual. Ao que acresce o absurdo de o próprio autor poder ser autor, salvo a redundância, do crime de usurpação<sup>103</sup>. Isto não

<sup>99</sup> Cfr. O direito de retirada previsto no art. 62º do CDADC, bem como o denominado de direito ao inédito.

<sup>100</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993. ISBN: 9789729495076, p. 25 e BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 256.

<sup>101</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p.25.

<sup>102</sup> Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, 256 e ss.

<sup>103</sup> Neste sentido Cfr. BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 257. Em sentido discordante, por exemplo, BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 89, na medida em que considera que o titular do

será possível relativamente à violação dos direitos morais do autor, na medida em que estes não são transmissíveis a terceiros, todavia, a situação, mesmo em relação aos direitos patrimoniais é caricata, pois não parece a conduta do criador intelectual ser nestes casos digna de pena, resolvendo-se o diferendo em sede de direito contratual. Esta solução expressamente contida na lei portuguesa tem a vantagem de resolver diferendos que se pudessem levantar ao nível da jurisprudência quanto à possibilidade de o autor ser autor de um crime de usurpação sobre a sua própria obra, problema que não parece resolvido em ordenamentos jurídicos próximos do nosso<sup>104</sup>.

Relativamente às formas de utilização previstas no CDADC, encontram-se reguladas no Título II, Capítulo I, Secção I, nos artigos 67º e seguintes, sendo de ressaltar a parte final do art. 68º que expressamente estabelece que a utilização pode ser feita por “qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro venham a ser”. Existe desta forma uma remissão para uma norma extra penal<sup>105</sup> de modo a preencher o tipo, a qual não contém uma descrição fechada do que seja a utilização ou utilizações, consagrando aliás uma cláusula aberta que prevê métodos de utilização da obra protegida ainda não conhecidos nem existentes. Assim, o tipo legal de usurpação é uma norma penal em branco<sup>106</sup>, na medida em que não se encontra completo e da sua leitura isolada não resulta concretamente qual a conduta que é típica, pelo que não encerra em si mesma a descrição completa do facto. O tipo apenas se preenche com remissão para as normas sobre utilização que se encontram dispersas pelo CDADC, o que torna complicada a orientação da conduta por parte dos destinatários da norma, especialmente tendo em consideração que o destinatário médio não conhece as previsões legais do Código dos direitos de autor. Para Oliveira Ascensão, a norma “não descreve minimamente o comportamento típico, de molde a permitir ao destinatário orientar a sua

---

direito exclusivo de exploração deve ser protegido dos actos que ofendam o direito que lhe foi cedido pelo autor, valendo tal protecção mesmo nos casos em que o titular originário dos direitos de autor é o agente.

<sup>104</sup> Sobre o diferendo na legislação espanhola e alemã, Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal (...)*, p.88 e ss.

<sup>105</sup> Quanto ao estatuto da norma extra-penal, Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 35 e seguintes.

<sup>106</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 28 e BRANCO, José António, *Comentário das (...)*, p. 257 e ss.

conduta”<sup>107</sup>, na medida em que não se determina directamente no tipo o que é uma obra literária ou artística, o que significa o “sujeito a autorização”, nem quais são as formas de utilização previstas no CDADC. Não estabelece ainda quais são os limites da autorização – os quais sempre serão variáveis e dependentes do estabelecido no caso concreto. Situação que se agrava, em termos de exigências do princípio da tipicidade e da legalidade, tendo em conta a parte final do art. 68º CDADC<sup>108</sup>. Na realidade, se é no tipo de ilícito que se exprime “um sentido de ilicitude, individualizando uma espécie de delito e cumprindo, desde modo, a função de dar a conhecer ao destinatário que tal espécie do comportamento é proibida pelo ordenamento jurídico”<sup>109</sup>, tal função não foi definitivamente cumprida. Se a concretização das condutas puníveis se torna difícil para o próprio jurista, dificuldade acrescida se pode prever para o homem médio que no seu quotidiano pratica sistematicamente violações aos direitos de autor por não saber que qualquer tipo de utilização da obra pode afinal estar ferida de ilicitude.

O problema das normas penais em branco nesta matéria não é exclusivo da lei portuguesa. Veja-se por exemplo o direito espanhol, no qual a protecção penal dos direitos de autor se encontra prevista no Código Penal, no capítulo dedicado aos crimes contra o património e a propriedade. Inicialmente colocava-se o problema das normas penais em branco<sup>110 111</sup>, mas a alteração introduzida pela *Ley Orgánica* nº 6/1987, de 11 de Novembro, alterou esta situação deixando a punição no caso concreto de depender da concreta interpretação dos juízes. Não obstante, os tipos espanhóis em sede de direito penal de autor continuam a depender do recurso à lei de propriedade intelectual para que se preencha correctamente o tipo objectivo.

---

<sup>107</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p.29. Para o autor, o que se consagra neste artigo resume-se na frase “Quem violar todo um Código, em qualquer dos seus preceitos – comete um crime!”.

<sup>108</sup> Para Oliveira Ascensão este preceito, bem como os outros relativos à tutela penal dos direitos de autor, encontra-se ferido de inconstitucionalidade, interpretação de que não partilham Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 30 e MIRANDA, Jorge; MACHADO, Miguel Pedrosa; *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1995. Parecer, p. 38 e seguintes.

<sup>109</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (...)*, p. 284 e ss.

<sup>110</sup> Cfr. ZAPATERO ARROYO, L.; RIVAS GARCIA, Nicolás, *La proteccion penal (...)*, p. 113 e ss. e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 66 e ss.

<sup>111</sup> Contudo, para Ferré Olivé, o problema continua a existir, na medida em que não obstante a tipificação das condutas, continua a ser necessária a remissão para a lei de propriedade intelectual para se compreender quais os limites das condutas permitidas e não permitidas. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Delitos contra los (...)*, p. 67 e ss.

### 3.4 – O crime de contrafacção.

O crime de contrafacção encontra-se tipificado no art. 196º CDADC, consistindo na utilização de obra alheia como sendo criação própria. A obra da qual se arroga paternidade será assim meramente reprodução, total ou parcial, de obra alheia, divulgada ou não, ou que não sendo mera reprodução, seja por tal modo semelhante, que não tenha individualidade própria. Não se exige para que se verifique o tipo, que a reprodução seja feita nos mesmos termos que a da obra original, nem com as mesmas dimensões, nem com o mesmo formato. O bem jurídico tutelado neste artigo é o feixe de direitos que constitui o direito moral do autor, englobando-se deste modo os casos de plágio e reprodução servil no mesmo tipo legal de crime<sup>112</sup>.

A diferença entre a contrafacção e a usurpação reside assim no facto de na primeira o agente se arrogar a autoria da obra, utilizando-a, portanto, sem autorização do autor, mas agindo como se fosse ele próprio o autor, violando desta forma o direito moral de paternidade da obra, nos termos do art. 27º CDADC. Exige-se expressamente no tipo a existência de reprodução, pelo que será sempre necessário que o agente produza exemplares da obra. São dois, deste modo, os requisitos para que se preencha o tipo legal de crime. Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Outubro de 2004 que estabelece que a contrafacção é avaliada pelas semelhanças e não pelas diferenças que existem entre a obra original e a obra que a contrafaz, sendo necessário, além da reprodução sem autorização, como acontece na usurpação, que o autor da reprodução apresente a obra como sendo sua. De onde resulta que a norma protege em igual grau o direito moral do autor consubstanciado na paternidade da obra, bem como o direito patrimonial que é atingido em consequência da utilização abusiva daquela.

O requisito de reprodução em exemplar da obra implica que em todos os casos em que exista reprodução, com a respectiva invocação da paternidade da obra, mas não a exteriorização em suporte material, não se preencha o tipo do art. 196º, mas sim o do art. 198º/a), sendo portanto cometido pelo agente um crime de violação do direito

---

<sup>112</sup> A reprodução servil consiste numa reprodução idêntica à da obra original, sem qualquer tipo de subterfugio que tente ocultar o facto de a obra ser idêntica a outra existente. Por outro lado, o plágio consiste numa reprodução dissimulada da obra original, tornando-se portanto mais difícil de detectar.

moral. Convém ainda salientar, como faz Oliveira Ascensão<sup>113</sup>, que não se exige que a obra protegida esteja fixada em exemplar, ao contrário da obra contrafeita.

O nº 3 descreve situações que não são de verificação obrigatória para que haja contrafacção, indicando-se, além da reprodução pelo mesmo processo que o utilizado na obra original, o formato e as dimensões. Este artigo deve ser conjugado com o art. 2º/2 do CDADC, que estabelece que as edições posteriores de uma obra, mesmo que aumentadas ou refundidas, ou com mudança de formato, não consubstanciam a criação de uma obra nova. Pelo que este nº 3 acaba por ser uma mera reprodução do disposto no art. 2º/2, bem como do disposto no seu nº 1, na medida em que uma obra semelhante a outra, excepto no tipo de formato ou nas dimensões, não tem obviamente individualidade própria. Desta forma, não basta alterar o formato, as dimensões nem o processo de reprodução da obra original para ludibriar a aplicação da sanção penal.

Tem especial importância compreender que a individualidade da obra é tão ou mais importante que a semelhança objectiva que ela possa ter com outra, na medida em que a jurisprudência, nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2010, considera que a individualidade se sobrepõe à semelhança, identificando-se necessariamente aquela com a criatividade da criação. Deste modo, o importante nestes casos é perceber se a nova obra acrescenta ou não alguma coisa à obra que se contrafaz, pelo que apenas haverá contrafacção quando seja seguro afirmar que não há nada na obra que intrinsecamente a distinga de uma outra já existente e legalmente protegida, não almejando por isso nenhum tipo de individualidade.

O nº 4 do art. 196º exclui a tipicidade de determinadas condutas, enumerando-as em duas alíneas distintas. Assim, por um lado excluiu-se o caso das semelhanças entre traduções, devidamente autorizadas, da mesma obra, bem como os casos de semelhança entre fotografias, desenhos, gravuras ou outra forma de representação do mesmo objecto, desde que independentemente das semelhanças, cada uma das obras tenha individualidade própria. Na realidade, nem se compreende porque é que é feita a exclusão expressa de tais actos, na medida em que traduções, sendo autorizadas, nunca poderiam ser contrafeitas, pois a tradução pressupõe a identificação do autor da obra. O

---

<sup>113</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 42.

mesmo acontece quanto ao segundo caso, tendo em consideração que se as obras são semelhantes, mas apresentam individualidade própria, não poderia nunca se preencher o requisito de tipicidade da parte final do nº1 do art. 196º, o qual exige expressamente que não haja individualidade própria. Quanto à exclusão contida na alínea b), consiste na “reprodução pela fotografia ou pela gravura efectuada só para o efeito de documentação da crítica artística”. Também neste caso não se compreende a necessidade de estabelecer a excepção às reproduções efectuadas com o objectivo de documentação crítica, na medida em que nestas se identifica claramente o autor da obra que se pretende criticar<sup>114</sup>, sob pena de se frustrar o objectivo do próprio acto de criticar.

Tratando-se de um crime que tutela essencialmente os direitos morais do autor, convém ter em consideração que também os direitos patrimoniais estão reflexamente protegidos na norma. Isto porque, embora primariamente o objectivo seja tutelar o direito de paternidade da obra, a verdade é que a criação de reproduções de uma obra original, mesmo que identificadas com outra autoria, atinge sempre a exploração económica normal da obra, lançando a confusão entre os consumidores e trazendo prejuízos para o autor original. Mais graves serão os casos de plágio, em que muitas vezes largos períodos de tempo medeiam entre a reprodução e colocação em circulação da obra contrafeita e a sua identificação como tal. Em muitos outros, lança-se confusão sobre quem será no fim o autor legítimo das obras, como é o caso de muitas obras literárias, o que sempre provoca impacto no valor de mercado das obras e da sua procura pelos consumidores.

Trata-se desta forma de um crime de natureza pública, na medida em que apenas nos casos de crimes exclusivamente respeitantes ao direito moral de autor o procedimento criminal depende de queixa, nos termos do art. 200º/1 do CDADC. Simultaneamente, assume especial relevância o disposto no art. 201º do CDADC, na medida em que serão sempre apreendidos exemplares das obras contrafeitas.

### **3.5 – O crime de violação do direito moral de autor.**

No art. 198º do CDADC encontra-se tipificado o crime de violação do direito moral, o qual tutela exclusivamente os direitos morais do autor. Estes direitos protegem

---

<sup>114</sup> Neste mesmo sentido ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 38.

a personalidade do autor de forma reflexa, protegendo directamente a sua personalidade criativa, bem como a sua dignidade. O autor, enquanto criador intelectual da obra, exerce a sua liberdade de criação intelectual produzindo algo, que sendo criativo, enriquece o lastro cultural da humanidade. Reconhecendo-se igualmente que existe na criação intelectual esforço e trabalho desenvolvidos pelo criador, não pode negar-se que existe uma ligação que deve ser protegida entre aquele e a sua obra. Apenas desta forma se pode dar concretização à protecção da honra e reputação dos autores. E apenas desta forma se pode admitir que o direito penal lance mão da sua intervenção particularmente lesiva dos direitos, liberdades e garantias, para assegurar que no exercício da sua liberdade de criação cultural os autores são protegidos de actos externos que atinjam directamente a sua personalidade.

Relativamente aos actos tipificados, consistem em duas condutas distintas. Por um lado, a acção de um terceiro que se arrogue a paternidade de uma obra que sabe conscientemente que não lhe pertence, e por outro, os actos que prejudiquem a genuinidade e integridade<sup>115</sup> da obra, através de uma actuação que descaracterize aquela em termos que afectem a honra e a reputação do autor.

Convém ter em consideração que ao contrário do que acontece com os direitos patrimoniais do autor<sup>116</sup>, os direitos morais são inalienáveis<sup>117</sup>, irrenunciáveis e imprescritíveis, o que demonstra a importância do carácter moral dos direitos de autor na legislação portuguesa, bem como nos ordenamentos jurídicos dos países que perfilham do sistema continental de direitos de autor.

Os direitos morais concedidos ao autor encontram-se enumerados no art. 56º/2 CDADC, consistindo no direito à paternidade<sup>118</sup>, à integridade e à genuinidade da obra. Sendo direitos inalienáveis, imprescritíveis e perpétuos<sup>119</sup>, discute-se se os mesmos têm natureza absoluta, isto é, se o autor pode ou não consentir na violação dos seus direitos

---

<sup>115</sup> Cfr. art. 182º CDADC.

<sup>116</sup> Cfr. art. 9º/2 e arts. 40º e ss. CDADC.

<sup>117</sup> Cfr. art. 9º/3, 42º e 56º/2 CDADC.

<sup>118</sup> Cfr. art. 27º CDADC. Convém ter em consideração a distinção que existe entre o direito à paternidade e o direito ao nome.

<sup>119</sup> Pelo que não se aplica em sede de direitos morais o estabelecido no artigo 31º e ss. CDADC que prevê como regra geral a duração dos direitos patrimoniais do autor por um período de 70 anos após a morte do autor.

morais. Problema que não se coloca relativamente aos direitos patrimoniais, tendo em consideração que os mesmos podem ser livremente cedidos pelo autor.

Este problema não é exclusivo da legislação portuguesa, colocando-se em face de outras leis de ordenamentos jurídicos que partilham do carácter inaliável dos direitos morais do autor. Na lei espanhola, os artigos 42º e seguintes e 121º da lei de propriedade intelectual permitem que o autor ceda os seus direitos patrimoniais sobre a obra, caso em que pode indirectamente estar a consentir na violação dos mesmos. O problema coloca-se assim quanto ao carácter moral, na medida em que o art. 14º da lei de propriedade intelectual espanhola parece excluir tal possibilidade, tendo em consideração que tais direitos são vistos como direitos de personalidade, sendo ainda indisponíveis. Isto é, o autor não pode consentir na sua violação nem decidir que não pretende que tais direitos sejam protegidos. Contudo, e neste sentido se pronunciam alguns autores<sup>120</sup>, convém ter em atenção que impedir que o autor disponha dos seus direitos morais sobre a obra, acaba por limitar a disponibilidade que o mesmo tem sobre a mesma, na medida em que não pode, por exemplo, consentir que alguém faça um plágio da mesma ou que a deturpe completamente e faça uma obra derivada, hipótese que, pelo menos academicamente poderá ser equacionada.

A possibilidade de cedência dos direitos patrimoniais sobre a obra também se encontra prevista no direito alemão, mais precisamente no art. 31º e seguintes do UrhG. Desta forma, também se coloca o problema quanto a saber se apenas no caso do conteúdo patrimonial se pode consentir na violação, ou se tal pode acontecer igualmente quanto ao conteúdo moral. Todavia, convém salientar que os tipos do art.106º e 107º UrhG tipificam expressamente o “sem autorização”<sup>121</sup>, o que parece indiciar que casos haverá em que a lei prevê que seja concedida autorização do autor.

Da leitura do art. 198º CDADC nada resulta quanto à autorização ou não do autor, ao contrário do estabelecido no art. 195º, pelo que a interpretação quanto a este problema dependerá sempre da doutrina e da própria jurisprudência. Contudo, entendemos que o autor poderá sempre consentir na violação dos seus direitos morais, na medida em que a ele pertence a disponibilidade sobre a obra. Assim, estabelecendo-

---

<sup>120</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 209.

<sup>121</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 214.

se a irrenunciabilidade e a inalienabilidade do conteúdo moral, nos termos do art. 56º/2 CDADC garante-se que o autor não é despojado destes direitos tendo em consideração a posição contratual mais debilitada que poderá assumir perante os empresários dos direitos de autor. E garante-se simultaneamente que fora dessas situações, poderá consentir livremente que terceiros possam praticar actos que de outra forma seriam incriminados como violações do direito moral de autor.

Tem aqui especial importância perceber se tal autorização é uma causa de justificação ou uma causa de exclusão do tipo. Para quem compreende que se trata de uma causa de justificação, o argumento assenta no facto de não ser possível dispor de direitos de personalidade, motivo pelo qual a conduta será sempre típica, logo, apenas pode ser justificada pelo consentimento posterior do autor. Contudo, outros autores consideram que também aqui se verifica o consentimento como elemento delimitador negativo do tipo, na medida em que quem autoriza que seja praticada determinada conduta lesiva sobre uma obra sua, exclui a verificação do tipo, na medida em que a não existência de autorização faz parte do mesmo<sup>122</sup>. Na doutrina alemã maioritária, vigora a ideia de que a existir o consentimento da violação do conteúdo moral, tal será sempre uma causa de justificação.

O problema da correcta qualificação da renúncia do direito moral por parte do autor irá sempre depender da doutrina adoptada quanto ao estatuto dogmático-sistemático do consentimento do ofendido. Ora, este tanto pode ser encarado como uma causa de justificação, caso em que existe uma conduta ilícita e típica que não é punível porque sobre ela actua uma causa de justificação, ou como uma causa de exclusão de tipicidade, situação em que verificando-se o consentimento, o acto nunca é ilícito nem típico. Este problema é sucintamente explicitado por Figueiredo Dias, sendo que concordamos com a sua consideração relativamente a este problema. Assim, para o autor quando a falta de consentimento é elemento objectivo do tipo, o consentimento será sempre uma causa de exclusão de tipicidade, pois havendo consentimento, não se preenche um dos elementos do tipo<sup>123</sup>. Pelo que, qualquer das doutrinas que seja

---

<sup>122</sup> Na primeira opinião encontra-se Romeo Casabona, e na segunda Cristina Busch. Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal* (...), p. 212.

<sup>123</sup> Desta forma, o autor dá conta da existência de um *paradigma monista do relevo jurídico-penal do consentimento* e de um paradigma dualista. Para os defensores do primeiro, o consentimento nunca é uma causa de justificação, mas sim sempre uma causa de exclusão da tipicidade, sendo que mesmo nos casos

adoptada quanto à correcta qualificação dogmática do consentimento apenas se pode conceber sempre como causa de exclusão da tipicidade o consentimento prestado nos casos de tipos em que expressamente se prevê a falta de autorização na descrição da factualidade. É o caso claro do art. 195°. Quanto ao art. 198°, apenas podemos concluir que o consentimento funciona como causa de justificação, na medida em que do tipo legal de crime não faz parte o requisito de “sem autorização do autor”.

Protegendo-se em exclusivo os direitos morais do autor, convém ter em consideração que este crime tem natureza semi-pública, por contraposição à regra geral da natureza pública que caracteriza os crimes contra o direito de autor, nos termos do art. 200° do CDADC.

Questão diferente relaciona-se com a aplicação ou não do disposto no n° 2 do art.200°, no caso dos crimes contra o direito moral. No caso de obras caídas no domínio público, nos termos do art. 38° e 57°/2 CDADC, o Ministério da Cultura assume a legitimidade para a defesa da integridade e genuinidade das obras. Nada é dito no artigo quanto à legitimidade para defender a paternidade da obra, pelo que nunca terá legitimidade o Ministério Público nos casos do art.198°/a) CDADC. Relativamente à alínea b) do mesmo artigo, convém salientar que se exige que seja atingida a honra e reputação do autor, pelo que, e tendo em consideração que a tutela concedida ao Estado neste âmbito se prende essencialmente com a protecção e tutela da cultura enquanto bem da comunidade, dificilmente se compreende que este possa neste caso ter titularidade do direito de queixa. Assim sendo, dificilmente se compreende a *ratio* por detrás da criação do n° 2 do art. 200° do CDADC<sup>124</sup>. Contudo, poderá entender-se que o art. 200°/2 CDADC atribui o direito de queixa ao Ministério da Cultura nestes casos,

---

em que o consentimento ou ausência deste não faz parte do tipo, os autores partidários desta concepção consideram que protegendo a lei a liberdade de disposição do indivíduo, o seu assentimento na conduta lesiva do seu bem jurídico, faz com que não se possa falar verdadeiramente numa violação do bem jurídico. Para os autores que defendem o paradigma dualista, existem casos em que não fazendo o consentimento parte da descrição do tipo, a lei claramente sobrepõe a protecção do bem jurídico à auto-realização pessoal do titular do direito de autor. Nestes casos, o consentimento será sempre uma causa de justificação. É com esta segunda doutrina que o autor concorda, contudo, e não sendo este o lugar adequado para discorrer sobre este problema recomenda-se a consulta de DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (...)*, p. 472 e ss.

<sup>124</sup> Para Oliveira Ascensão, trata-se de uma norma em branco que apenas será preenchida no futuro, no caso de se criarem e reconhecerem direitos pessoais que incidam sobre obras caídas no domínio público, caso em que o Estado terá legitimidade processual para a sua defesa. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 44.

não como ofendido, mas precisamente como forma de defender a paternidade das obras, a sua integridade e genuinidade no interesse e na garantia de proteger a cultura enquanto património da humanidade. Esta questão encontra-se intimamente ligada à perpetuidade do direito moral do autor, consagrada no art. 56º/2 e 9º/3 CDADC, tutelando-se assim, mesmo após da morte do autor, a sua personalidade, como acontece aliás no art. 71º/1 CC. Deste modo, apenas se pode concluir pela ficção desta perpetuidade, pois uma vez caída a obra em domínio público, as protecções da obra que possam ser feitas por iniciativa do Ministério da Cultura resultam claramente da protecção da cultura, como já mencionado, e não de considerações de tutela da personalidade do autor<sup>125</sup>.

### **3.6 – O crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada.**

No artigo 199º encontra-se o crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada, o qual se relaciona essencialmente com os direitos patrimoniais e directamente com a exploração económica da obra e dos seus exemplares. O artigo encontra-se dependente dos artigos 195º e 196º CDADC, pois será sempre por remissão para estas normas que se compreenderá o que é a obra usurpada e contrafeita. Relativamente ao tipo objectivo, resulta da comercialização ao público de obras obtidas ilicitamente, independentemente de as cópias terem sido produzidas em Portugal ou no estrangeiro. Certo é que se exige sempre a comercialização de um exemplar, pelo que a obra protegida terá sempre que estar fixada em suporte material. Desta forma, trata-se de um crime de dano, tendo sempre que se verificar em concreto a lesão do bem jurídico, o que significa que todos os actos que integrem meramente a vontade de aproveitamento da obra contrafeita ou usurpada, sem que esta se concretize, consubstanciam meramente a tentativa de cometimento do crime do art. 199º CDADC<sup>126</sup>.

No nº 1 do presente artigo são tipificados os actos de quem “vender, puser à venda, importar, exportar ou qualquer modo distribuir ao público”, criminalizando-se desta forma tanto a importação como a exportação de exemplares ilícitos. Esta opção foi igualmente adoptada pelo legislador espanhol, o qual incriminou de forma expressa

<sup>125</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor(...)*, p. 478 e ss.

<sup>126</sup> Neste sentido tem especial relevância o teor dos Acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação do Porto em 19 de Outubro de 2005 e em 2 de Dezembro de 2009.

estes actos no artigo 270º/2 do Código Penal espanhol, garantindo assim, tal como o legislador português, a protecção e perseguição destas infracções no comércio internacional de produtos. O que permite portanto às autoridades actuar nos casos de importação de produtos que foram importados de países em que as obras usurpadas e contrafeitas não são tidas como ilícitas. Tal opção não foi, pelo contrário, assumida pelo legislador alemão, pois nos casos de importação e exportação apenas existe ilicitude se existir efectiva colocação em circulação, requisito que diminui a amplitude da punição<sup>127</sup>. O direito penal intervém assim na criminalização de operações comerciais que são legais no ordenamento jurídico em que são obtidas. Esta previsão legal demonstra para alguns autores, de forma bastante clara, a extrapolação da protecção penal, na medida em que o mesmo passa a tentar tutelar situações que claramente são criadas pelos conflitos de direitos e de aplicação de normas legais ao nível internacional. Isto é, trata-se de problemas de direito privado, que são resolvidas em sede de Direito Internacional Privado e não nunca através do direito penal<sup>128</sup>. Esta situação não se verifica contudo em sede de direito português, na medida em que ao exigir-se que a obra seja usurpada ou contrafeita nos termos da lei de direitos de autor portuguesa, se exclui a importação de exemplares licitamente produzidos num outro país, mesmo que tal licitude se deva à não protecção dos direitos de autor, porque nestes casos os exemplares não se qualificam nunca como usurpados ou contrafeitos<sup>129</sup>.

Existe ainda a previsão de “por qualquer outro modo distribuir ao público”, sendo de entender que a norma se refere ao conceito económico de distribuição e já não ao direito de colocar a obra em circulação. Desta forma, o tipo tenta englobar todas as actividades empresariais de comercialização de exemplares ilícitos, pelo que se deverá entender que caso a distribuição não seja comercial, não estará subsumida ao tipo do art. 199º CDADC<sup>130</sup>. Relativamente à concretização jurisprudencial do tipo, convém ter em consideração de que regra geral o facto de um mesmo agente possuir várias cópias de obras originais, mas apenas uma cópia de cada obra, não indicia por si só que as

<sup>127</sup> Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal (...)*, p. 194.

<sup>128</sup> Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M., *A protecção penal da propriedade intelectual e os serviços de radiodifusão e interactivos: excessos e equívocos*, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN: 9770871856792, p. 201.

<sup>129</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 48. O autor não descarta contudo que possam ser aplicadas outras sanções, por exemplo, ao nível da responsabilidade civil contratual.

<sup>130</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 47 e seguintes.

mesmas se destinam à venda ou à actividade comercial do indivíduo. Já não assim, contudo, nos casos em que o mesmo agente detém várias cópias de uma mesma obra, caso em que o número de cópias pode indicar que as mesmas não se destinam exclusivamente ao uso privado. Nestes termos, veja-se por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Setembro de 2011.

Analisando ainda o elemento literal do tipo, podemos concluir que haverá sempre punição por cometimento deste crime quando há uma mera comercialização de exemplares usurpados e contrafeitos, não se punindo nesta sede os actos de contrafacção e usurpação de obras, na medida em que estes actos por si só são punidos nos termos do art. 195º e 196º CDADC. Simultaneamente, a ilicitude reside desde logo na produção do exemplar e não apenas no acto de comercialização, pelo que a concreta conduta do agente é extremamente importante para apurar qual o tipo legal de crime cometido. Não obstante, considerando que as penalidades são exactamente as mesmas, o desvalor da acção parece ser para o legislador exactamente o mesmo. Não obstante, pode considerar-se que nos casos em que o mesmo agente é o autor da usurpação ou contrafacção de uma obra, e de seguida aproveita comercialmente os exemplares ilícitos que produziu, apenas comete em concreto ou o tipo do art. 195º ou do art. 196º, existindo um concurso aparente entre estas normas e o art. 199º. Isto porque o bem jurídico tutelado é exactamente o mesmo, pelo que já se encontra protegido inicialmente pelas normas relativas à contrafacção e à usurpação<sup>131</sup>. Desta forma tutela-se criminalmente e reprime-se a actividade dos que não cometendo directamente os crimes do art. 195º e 196º, acabam por atentar contra os direitos de exploração económica da obra.

Não obstante todos os crimes contra os direitos de autor serem puníveis também a título de negligência, o art. 199º/2 estabelece um regime especial para a punição da negligência nestes casos, aplicando-se pena de multa até 50 dias, pena que corresponde ao limite mínimo do art. 197º/2 CDADC.

---

<sup>131</sup> É esta também a conclusão explicada e vertida no texto do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Outubro de 2005, que considera que nestes casos se verifica a existência de um facto posterior não punível, em que os arguidos se limitam a aproveitar o “ganho antijurídico” que já obtiveram com a contrafacção e usurpação da obra, não existindo lesão de novo bem jurídico, nem criação de novo dano aos ofendidos. No mesmo sentido o Acórdão do mesmo tribunal de 2 de Dezembro de 2009.

### 3.7 – Os limites à tutela penal dos direitos de autor.

Os direitos de autor não são direitos absolutos que atribuam um poder totalizante ao seu titular, capaz de paralisar totalmente qualquer tipo de uso que possa ser feito das obras publicadas e distribuídas. Desta forma, embora sejam englobados na chamada de propriedade intelectual, não são direitos de propriedade tradicional, não sendo portanto direitos de *plena in re potestas*. São assim consagradas as denominadas de utilizações livres, que no CDADC se encontram discriminadas no elenco extenso do art. 75º CDADC. Na realidade, a sua consagração relaciona-se intimamente com a protecção de interesses colectivos que o próprio direito de autor encerra, sendo portanto limites intrínsecos ao próprio direito e não limites que lhe são externamente impostos<sup>132</sup>. Destaca-se ainda a evidência de que a maioria destes limites choca precisamente com a liberdade de exploração económica da obra.

A concretização de limites resulta ainda da interpretação dos direitos de autor de acordo com a CRP, tendo em consideração por um lado a necessidade de protecção da reserva de intimidade da vida privada, na medida em que seria altamente lesiva desta a fiscalização de todas as reproduções ou utilizações efectuadas de uma obra em ambiente privado e familiar. E de, por outro lado, da conformação com outros direitos fundamentais de que já tivemos oportunidade de falar anteriormente, como são os de liberdade de ensino, da liberdade de criação cultural, e da informação.

Desta forma, encontram-se, além das utilizações livres que serão analisadas mais adiante, figuras como as das licenças compulsórias que encontram consagração no art. 52º CDADC. Trata-se de uma forma de assegurar que os interesses de terceiros são tutelados perante a inércia do autor. Neste caso, nas situações de obras que se encontrem esgotadas e nas quais o titular do direito de autorização da reedição nada faz, garante-se que um terceiro possa requerer autorização judicial para proceder em conformidade.

A principal limitação do exclusivo em que se traduz o direito de autor reside na utilização das obras na esfera privada e sem contrapartidas, isto é, em todos os actos que não sejam actos de destinação pública do acto. Desta forma, em ambiente privado são autorizadas todas as comunicações, reproduções, transformações ou distribuições de

---

<sup>132</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito de Autor e Direitos Conexos* (...), p. 212 e ss.

obras, e a que não correspondam contrapartidas como condição necessária desses mesmos actos de utilização da obra<sup>133</sup>. Se tradicionalmente era mais fácil conseguir delimitar o âmbito privado, com o desenvolvimento das novas tecnologias e com a exposição da própria vida privada em rede, começa a ser cada mais difícil traçar a linha entre o que se considera âmbito privado ou não. Contudo, existem comunidades que se criam, especialmente em rede, que embora não possam inserir-se nos tradicionais laços de vida privada, implicam a construção de laços tão íntimos e tão próximos como aqueles, resultantes deste espaço enquanto lugar privilegiado em termos de comunicação<sup>134</sup>. Desta forma, a cópia privada em rede estaria garantida, mas como será exposto mais tarde, tal não parece ser a interpretação mais comum.

Fora do âmbito privado, existem algumas utilizações livres legalmente previstas. Desta forma, no âmbito académico e nas situações para fins de educação, cultura e investigação, bem como nos casos de informação pública encontram-se limites ao direito exclusivo consagrado pelo direito de autor, como resulta do art. 75º/2/e), f) e o) CDADC. Desta forma, permite-se a reprodução pública, desde que para fins de ensino e educação, bem como no âmbito de bibliotecas públicas, arquivos, museus, centros de documentação, ou instituições de investigação ou ensino. São assim consagrados legalmente os limites justificados pelo interesse geral.

### **3.7.1 – A liberdade de cópia privada.**

Outro dos limites ao exercício destes direitos encontra-se na previsão da cópia privada, nos termos dos artigos 75º/2/a) e 4 e art. 81º/b) do CDADC, os quais prevêm a licitude dos actos de reprodução de obras nestes casos, desde que não seja atingida a normal exploração da obra e não se causem prejuízos aos interesses do autor. Desta forma pode concluir-se que esta se encontra igualmente sujeita a regras para que possa ser considerada legítima, mas quando realizada nos termos legalmente balizados é imperativa. Regras essas que se inserem nos três passos estabelecidos no art. 9º/2 da

---

<sup>133</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Propriedade intelectual, concorrência desleal (...)*, p. 15. O autor questiona contudo qual a qualificação que é feita ao ambiente digital e em rede característico da *internet*, na medida em que se parece admitir que nestes casos se está em público e já não em privado.

<sup>134</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor (...)*, p. 535. Para quem tal como nas redes de contactos pessoais se trocam exemplares de obras sem fins comerciais ou intuítos lucrativos, o mesmo pode acontecer em rede, não devendo portanto tal faculdade ser excluída à partida apenas por não se processar nos moldes tradicionais de contacto pessoal.

Convenção de Berna e que moldam o direito de cópia privada em todos os países signatários da Convenção<sup>135</sup>.

O art. 75º/5 estabelece claramente a nulidade de toda e qualquer disposição contratual que elimine ou impeça o exercício da cópia privada, não obstante o seu exercício poder ser contratualmente moldado como acontece, por exemplo, nos casos de estabelecimento de compensações equitativas, nos termos do art. 75º/5 e do art. 76º/2/b) e art. 82º, todos do CDADC. Quanto à regulamentação da compensação equitativa, tem de ser feita por diploma próprio, tendo sido regulamentada pela Lei nº 62/98, de 1 de Setembro<sup>136</sup>, a qual remetia a fixação do preço para despacho ministerial. Contudo, depois de o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 616/2003, de 16 de Dezembro, ter considerado que a previsão era inconstitucional, o art.3º da Lei nº 62/98, de 1 de Setembro, passou a prever directamente o montante da compensação no preço de venda ao público dos equipamentos abrangidos.

A cópia privada é um dos limites mais complexos ao exercício dos direitos de autor, assumindo acrescida relevância em sede de tutela penal destes direitos, na medida em que os seus concretos contornos e limites excluem a verificação do tipo. A tensão que se vive neste domínio relaciona-se essencialmente com o choque entre os direitos dos autores, que vêm neste instituto sempre um prejuízo à normal exploração das obras, e os direitos dos consumidores que consideram que devem ter também direitos sobre o gozo dos conteúdos protegidos, sem que haja intromissão nas suas vidas privadas.

---

<sup>135</sup> A regra dos três passos é ainda repetida no art.13º do ADPIC, no art. 10º do Tratado OMPI, bem como no art. 5º/5 da Directiva nº 2001/29/CE.

<sup>136</sup> A propósito da compensação equitativa foi discutido amplamente qual a sua natureza jurídica. Para alguns autores seria uma remuneração pela utilização da obra, a qual seria peculiar, por não ser feita directamente aos titulares dos direitos. Para outros, contudo, seria uma indemnização pelos prejuízos sofridos pelos titulares de direitos na exploração normal de obras e prestações protegidas, devido ao uso de novas tecnologias. Enquanto alguns viram na figura uma restituição pelo enriquecimento obtido à custa do trabalho de terceiros. Outros ainda viram na figura um imposto, o qual seria *suis generis*, pois as receitas obtidas com as cobranças não seriam destinadas primariamente à satisfação de interesses públicos. Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de autor (...)*, p. 717 e ss., e MOURA, Dário Vicente, *Cópia privada e sociedade da informação* [online] [consultado pela última vez 16/08/2013]. Texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível para consulta em <[http://www.apdi.pt/pdf/copia\\_privada\\_e\\_soc\\_da\\_inf.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf)>., p. 13 e ss.

A Directiva 2004/48 veio regular alguns dos aspectos relativos à cópia privada, tentando assim uniformizar a matéria em sede de direito da União, dando a liberdade aos Estados Membros para aplicar as medidas de protecção previstas também aos consumidores finais. Isto porque a directiva incide directamente sobre o problema dos actos praticados à escala comercial, os quais seriam, nos termos do considerando nº 14, todos os actos que possuem finalidade económica ou comercial directa ou indirecta. Ora, a definição parece excluir à partida os consumidores finais que estejam de boa-fé.

A Directiva foi transposta para o CDADC pela Lei nº 16/2008, de 1 de Abril<sup>137</sup>, mas o elemento literal do art. 210-L CDADC parece salvaguardar efectivamente os consumidores finais que estejam de boa-fé.

No seu considerando nº 9 a Directiva revela a consideração que teve pelo desenvolvimento da utilização da *internet* e as suas consequências na distribuição rápida e globalizada dos produtos denominados de piratas. Convém ter em consideração o estabelecido na Directiva 2001/29 que impôs aos Estados da União Europeia a previsão de garantias para os titulares de direitos que consistam na possibilidade de agir contra os intermediários cujos serviços sejam utilizados para violar direitos de autor, o que sem dúvida inclui os *internet service providers*<sup>138</sup>.

Relativamente à cópia privada, convém ter em atenção alguns aspectos próprios do ambiente digital, na medida em que este permite aumentar a rapidez e o número de reproduções que podem ser efectuadas de uma obra. Neste âmbito, generalizaram-se as utilizações de técnicas de controlo e protecção das obras, cuja face mais conhecida repousa nas medidas de protecção tecnológica. Os detentores de direitos de autor consideram assim, e assumem, o dano económico que é causado pela possibilidade de fazer cópias privadas no novo ambiente tecnológico e em rede. Desta forma, o regime parece começar a adoptar duas formas diferentes de regulação: uma que ainda preserva o direito de cópia privada em ambiente analógico, e outra que limita cada vez mais a cópia privada em ambiente digital. Isto porque “no ambiente digital, a reprodução para uso privado pode ser um “pesadelo” quer para os titulares de direitos quer para os

---

<sup>137</sup> Cfr. artigos 210º-A a 211º-B CDADC.

<sup>138</sup> Cfr. art. 8º/3 Directiva 2001/29.

consumidores finais, consoante se dê mais valor à propriedade daqueles ou à vida privada destes”<sup>139</sup>.

A restrição ao entendimento da liberdade de cópia privada, afecta directamente a tutela penal dos direitos de autor, na medida em que quanto mais restrita for a liberdade concedida por aquela, mais condutas serão típicas nos termos do art. 196º CDADC. Ora, entendendo-se que os custos em termos de privacidade dos consumidores privados são demasiado elevados para que se consiga eficazmente perseguir estes actos, começam a defender-se alternativas à tutela penal nestes casos.

Uma das alternativas que parece colher mais consenso é a do estabelecimento de compensações equitativas pela reprodução privada de obras em suportes informáticos. Esta parece aliás ser a via sugerida pelo art. 5º/2/a) da Directiva 2001/29. Não obstante, a Directiva estabelece limites, mesmos nos casos de compensação equitativa, caso o exercício da cópia privada interfira com a exploração normal da obra e prejudique os interesses legítimos do autor<sup>140</sup>. Contudo, na transposição efectuada para o direito português da Directiva, foi mantido o respeito amplo pela liberdade de cópia privada, nos termos do art. 75º/2/a) CDADC. Todavia, ressalva-se a possibilidade de os titulares dos direitos de autor limitarem o número de reproduções autorizadas através do uso de medidas de carácter tecnológico<sup>141</sup>, não sendo contudo definido qual o número máximo que pode ser permitido, ou o número mínimo que terá de ser garantido.

A ideia dos sistemas de compensação equitativa, também conhecidos como sistema de *copyright levies*, apenas surgiu em meados do século passado, quando a possibilidade de realização de cópias privadas começou a generalizar-se e a ser cada vez mais rápido e numeroso. Em 1955, em conformidade, o Tribunal Federal Alemão em sentença de 18 de Maio, estabeleceu que a cópia privada causava enormes perdas de lucros, pelo que tal actividade deveria ser excluída das isenções consagradas na lei de direitos de autor. Em 1964, o BGH decidiu por sentença de 24 de Maio que não obstante a cópia privada atingir direitos de reprodução, a mesma não poderia ser proibida pelos titulares de direitos, pois tal iria violar o direito à privacidade,

---

<sup>139</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de Autor (...), p. 685.

<sup>140</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de Autor (...), p. 694 e ss. Para o autor, a letra da Directiva parece assemelhar-se ao instituto do *fair use*, assim encolhendo ao máximo a liberdade de cópia privada.

<sup>141</sup> Cfr. art. 221º/8 CDADC.

consagrando ainda um direito cujas infracções seriam impossíveis de controlar. O tribunal sugeriu então que o problema fosse resolvido através da consagração de um sistema de compensação, o qual foi legalmente estabelecido na Alemanha em 1965. A remuneração equitativa é paga pela aplicação de uma taxa na venda dos equipamentos e suportes virgens de reprodução, sendo depois distribuídas aos autores através das entidades de gestão colectiva de direitos de autor<sup>142</sup>. A própria consideração de que a cópia privada deveria ser limitada em função da preservação da exploração económica da obra, obriga-nos a defender que qualquer meio alternativo para a protecção dos correspondentes interesses económicos é mais adequado do que o recurso ao direito penal. Este não é de todo o meio idóneo para garantir a obtenção de lucro por parte dos detentores dos direitos de autor.

No direito anglo-saxónico as utilizações livres encontram correspondência no *fair use*, instituto que assenta em quatro pilares. Desta forma, ele depende do objectivo e do tipo de reprodução da obra que é efectuada, da natureza da obra que é reproduzida, da quantidade de cópias que são feitas da obra como um todo, e do efeito que tal reprodução de obras tem no mercado potencial da obra protegida. Desta forma, o instituto do *fair use* é bastante flexível, não existindo uma tipificação de actos que são como tal classificados, o que faz com que possa existir uma interpretação *ad hoc* sobre o que sejam o impacto económico da reprodução e sobre a definição do que seja o mercado potencial da obra<sup>143 144</sup>. A instabilidade jurisprudencial da cláusula do *fair use*

<sup>142</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de Autor (...), p. 714 e ss.

<sup>143</sup> Sobre a concreta determinação do que é ou não *fair use*, especialmente em ambiente digital, tornou-se famoso o caso *A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc.*, no qual a jurisprudência norte-americana foi absoluta e inequívoca ao excluir os actos de descarregamento privado em rede do conceito de *fair use*. Assim, não obstante o serviço fornecido ser gratuito e os utilizadores utilizarem exclusivamente as descargas para uso privado, foi considerado que a cópia repetida e que explora obras protegidas por *copyright*, pode constituir uso comercial, mesmo que tais cópias não sejam nunca vendidas! O argumento da jurisprudência norte-americana, e que foi repetido posteriormente em casos como *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. vs. Grokster, Ltd.*, assenta na ideia de que se os utilizadores em rede permitem o acesso de outros aos ficheiros que têm alojados nos seus computadores, então não se encontram em ambiente privado quando estão em rede, mas sim em público. Pelo que não podem nunca realizar as cópias ao abrigo do *fair use*. Mais detalhes quanto a este caso, que assumidamente marcou uma nova era nos sistemas de partilha de ficheiros em rede, Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de autor (...), p. 687 e seguintes, PEREIRA, Alexandre Dias, Pirataria e Cópia privada (...), p. 130 e ss., ASCENSÃO, José de Oliveira, *Propriedade intelectual e internet*, VV.AA, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116, p. 162, para quem “A reacção tem um efeito malthusiano, pois leva a uma exclusão do que representa um progresso da comunicação e da informação”.

<sup>144</sup> Relativamente ao *fair use* no ambiente analógico, destaca-se a decisão *Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc.*, na qual o tribunal considerou que a tecnologia de gravação de cassetes de vídeo, que permitia a gravação por parte dos utilizadores de programas de televisão e de filmes, não

torna-a bastante diferente da cópia privada do direito continental. Parece contudo ser seguro concluir pela exclusão do conceito de *fair use* de todos os actos que na medida da dimensão em que são praticados conduzem necessariamente a práticas destrutivas do mercado das obras protegidas por direitos de autor.

Relativamente à compensação equitativa no âmbito do *copyright*, em 1984 a jurisprudência introduziu o princípio do *time-shifting* no caso *Sony Corporation vs. Universal City Studios, Inc.*, consagrando que não existia ilicitude no acto de gravar vídeos de programas televisivos para fins de visionamento posterior. Em 1992 o Congresso norte-americano aprovou a lei *Audio Home Recordings* que estabeleceu compensação através dos importadores e produtores de equipamentos e aparelhos de gravação digital sonora, os quais têm de pagar um montante por cada equipamento ou suporte que distribuam. Os contributos são recolhidos pelo *Copyright Office*, sendo depois distribuídos anualmente às empresas de gravações, aos artistas e a todos os que sejam prejudicados por tais actos de reprodução privada. Desta forma a lei norte-americana garante que os consumidores particulares, desde que façam gravações não comerciais, não podem ser criminalizados por violações aos direitos de autor.

No direito espanhol, os limites que permitem apurar as causas de exclusão de tipicidade e de justificação não se encontram tipificados. Contudo, os artigos 31º e seguintes da lei de propriedade intelectual espanhola consagram várias excepções à obrigação de prévia autorização para exploração da obra. Portanto, é sempre necessário conjugar o art. 270º e seguintes Código Penal espanhol com estes artigos para perceber se há ou não utilização legítima. Regra geral, tais condutas serão causas de exclusão da tipicidade, tendo em consideração que todas as condutas previstas nos artigos 31º e seguintes delimitam negativamente o tipo. Assim, em todos esses casos não existe a prática de uma conduta típica, isto é, de uma conduta penalmente relevante e tipificada, pois tais actos correspondem a condutas permitidas na lei civil e tidas como legítimas perante os limites impostos aos direitos de autor<sup>145</sup>. Convém ainda ressaltar a previsão na lei de propriedade intelectual de utilizações livres, como é o caso da cópia privada, a

---

constituía violação do *fair use*, até porque o aparelho podia ser utilizado com outras finalidades. Esta interpretação foi revogada pela decisão *MGM Studios, Inc. vs. Grokster, Ltd.* Cfr. **MEHRA**, Salil K., *Keep America Exceptional! (...)*, p. 813 e ss.

<sup>145</sup> Neste sentido, Cfr. **BUSCH**, Cristina, *La protección penale (...)*, p. 203.

qual se encontra prevista e legalmente delimitada no art. 31º.2 da legislação espanhola de propriedade intelectual. Quanto à cópia privada é permitida quando feita por pessoa singular para uso próprio, a partir de obras a que tenha acedido legalmente e na medida em que a cópia realizada não seja utilizada colectivamente. Em termos de cópia privada em ambiente digital, destaca-se a Decisão do *Juzgado de Instruccion* nº 4 de Madrid no caso *Sharemula.com* de 28/09/20007 e da *Audiencia Provincial de Cantabria*, no caso *P2P downloads* de 18/02/2008, que estabeleceu que o *download* de ficheiros contendo obras protegidas não constitui crime, embora possa ser um ilícito civil<sup>146</sup>. Relativamente à compensação equitativa, encontra-se no art. 25º da Lei de propriedade intelectual espanhola e obriga à utilização da reprodução realizada em exclusivo para uso privado, servindo desta forma o propósito de compensar os titulares dos direitos de autor pelos proveitos que deixaram de receber por causa da reprodução para uso privado.

No direito alemão, nos art. 106º e art. 107º UrhG indicam-se concretamente quais os limites integrantes do tipo. Além destas situações, tem ainda importância os casos de cópia privada, a qual é legalmente permitida, inserindo-se no âmbito das utilizações livres. No direito alemão a cópia privada e os seus limites encontram-se no art.53º UrhG, o qual permite a sua realização em ambiente digital. Contudo, como estas excepções não são consagradas a propósito das medidas tecnológicas, não é lícito neutralizar medidas técnicas de protecção de forma a realizar cópias privadas, pelo que o titular dos direitos de autor pode assim limitar aquela, contra os interesses dos consumidores.

No direito brasileiro, excluem-se da tutela concedida pelos direitos de autor os actos previstos e descritos no art. 46º da Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1988. Contudo, o artigo estabelece que apenas pode ser feita cópia num exemplar “de pequenos trechos” e para uso exclusivo e privado do agente, desde que feita por ele próprio e sem o intuito de lucro. Isto impõe um âmbito bastante reduzido de aplicação da cópia privada, pelo que o direito quase que se encontra eclipsado na legislação brasileira.

---

<sup>146</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Direitos de Autor (...)*, p. 706.

### 3.7.2 – A inserção das condutas de partilha de ficheiros protegidos por direitos de autor em rede nos tipos legais de crime do CDADC.

Um dos mais acutilantes e polémicos assuntos que rodeiam a tutela jurídico-penal dos direitos de autor reside na punição criminal dos actos que integram as condutas do *download* e *upload*. Essencialmente porque se trata da criminalização de actos que são praticados por agentes individuais, regra geral altamente socializados, e que não têm consciência da validade jurídico-penal das normas neste domínio. Desta forma, tornam-se em criminosos por reincidência que obtêm em rede obras protegidas por direitos de autor que destinam ao consumo privado e doméstico, sem qualquer tipo de intuito lucrativo, a não ser o cultural. Na realidade, o avanço quase totalizante da tutela penal neste domínio, impulsionada pelos interesses dos grandes grupos titulares da exploração económica destes direitos, tem almejado a transformação de cada um destes agentes em alvos de processos-crime<sup>147</sup>.

Neste domínio, muitos dos problemas subsumem-se na realidade à concreta extensão da cópia privada em ambiente digital, pelo que muitas das considerações já foram entretanto abordadas.

Utiliza-se geralmente o termo pirataria para denominar a prática de reproduções de exemplares em rede, designando-se desta forma e indiscriminadamente todos os tipos de violações de direitos de propriedade intelectual, englobando tanto a contrafacção como a usurpação<sup>148</sup>. Sendo que desta forma a lei “coloca o pirata não comercial ao lado do pirata comercial”<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Este problema levanta ainda algumas particularidades relacionadas com a desigualdade processual entre as partes. Até 2003, no ordenamento jurídico norte-americano foram movidos processos de forma massiva contra consumidores particulares pela *Recording Industry Association of America* e pela *The Motion Picture Association of America*, somando-se desta forma mais de 26.000 processos. Ora, perante a ameaça e a gravidade de serem sujeitos à condenação pela prática de crimes que são puníveis com pena de prisão, muitos dos consumidores aceitavam a celebração de acordos que se cifravam em somas consideráveis de dinheiro. Cfr. COWART, Tammy Wilson, *The (final) anti-counterfeiting trade agreement (ACTA): ruthless or toothless?*, in *The Southern Law Journal* [on line], Fall 2011, Vol. XXI, Number 2, [consultado pela última vez em 01/07/2013]. Disponível para consulta em <[http://www.southernlawjournal.com/2011\\_2/SLJ\\_Fall%202011\\_Cowart.pdf](http://www.southernlawjournal.com/2011_2/SLJ_Fall%202011_Cowart.pdf)>., p. 273.

<sup>148</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Pirataria e cópia privada (...)*, p. 127. Para o autor, contudo, é possível restringir a pirataria aos actos praticados à escala comercial, abrangendo desta forma os actos praticados que violem direitos de autor e que tivessem por finalidade obter uma vantagem económica ou comercial, quer esta fosse directa ou indirecta, excluindo-se os consumidores finais agindo de boa-fé.

<sup>149</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Pirataria e cópia privada (...)*, p. 128.

Com a proliferação da popularidade dos sistemas de *peer-to-peer*, a qual parece ter sido potenciada pela decisão no Caso *Napster*, contraditoriamente ao que seria de esperar, cada consumidor particular torna-se num potencial infractor dos direitos de autor. Estando portanto sujeito aos trâmites de um processo penal que resultará na aplicação de uma pena de multa ou de uma pena de prisão, cujas molduras, iremos ver, não são meras bagatelas.

Nos sistemas de partilha em rede, cujos *softwares* são descarregados de forma gratuita, os utilizadores encontram-se numa relação de pares, em que todos podem descarregar ficheiros, e todos podem igualmente partilhar ficheiros, para que outros os possam descarregar, e assim sucessivamente. Desta forma, existe uma simultaneidade entre os actos de partilha e descarga, o que torna os actos de *upload* e *download* quase simultâneos e indissociáveis um do outro. Trata-se obviamente do problema de analisar se tais condutas cabem ou não no tipo do art. 195º CDADC, isto é, no tipo de usurpação, tendo sempre presente que o intuito lucrativo não é elemento subjectivo do tipo. Pelo que a finalidade do utilizador destas redes parece à partida não assumir qualquer relevância concreta. Desta forma, o intuito lucrativo e os prejuízos causados ao titular dos direitos de autor, apenas assumem relevância em sede de aplicação da medida concreta da pena. Em direitos como o espanhol e o alemão também não se acautelam devidamente e de forma explícita estas situações<sup>150</sup>, existindo apenas a consagração da cópia privada em termos gerais, sem consideração às particulares da moderna sociedade da informação. Contudo, e tendo em consideração o art. 270º do Código Penal espanhol, é possível concluir pela exclusão tanto dos actos de *upload* como de *download* do tipo legal de crime, na medida em que este artigo exige, como elemento do tipo, que o agente actue com ânimo de lucro. Portanto, todos os actos de disponibilização e de descarga de ficheiros em rede não constituem crime, nos termos do código penal espanhol<sup>151</sup>. Já não assim no direito alemão, na medida em que o crime previsto e

---

<sup>150</sup> Por exemplo Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal* (...), p. 191 e ss., para quem não obstante, não devem tais actos ser tutelados penalmente, considerando que apenas a utilização de produtos pirateados para fins comerciais deve ser punida.

<sup>151</sup> Contudo, existem autores que consideram que sendo o conceito de ânimo de lucro muito amplo, tal como definido no tipo legal de crime espanhol, se pode englobar neste conceito, enquanto vantagem que é obtida pelos utilizadores destas redes, a velocidade que é conseguida proporcionalmente ao número de ficheiros que são colocados em rede. Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M *La propiedad intelectual en la era digital : límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Madrid, La Ley, 2011. ISBN 978-84-8126-835-5., p. 216.

punido pelo art. 106º da Lei dos Direitos de Autor alemã de exploração não autorizada de obras protegidas por direitos de autor nada estabelece quanto ao intuito lucrativo, tendo um elemento literal muito semelhante ao da nossa legislação. Motivo pelo qual, parece ser de concluir que serão puníveis os actos de *upload*, enquanto por regra, o *download* estará protegido ao abrigo da cópia privada.

Relativamente à prática de *upload*, ela consiste na colocação à disposição de terceiros, de ficheiros em rede, independentemente da identidade do terceiro, bem como das suas intenções com o acto de descarga que possa vir a efectuar do ficheiro em causa.

Por seu turno, o *download* consiste na recepção de um ficheiro que se encontra armazenado em outro local da rede, o qual pode ser um servidor, um outro computador, ou mesmo uma rede de pares. Neste caso, a prática destes actos tem que ser articulada com o regime da cópia privada, na medida em que se trata de uma reprodução da obra que é em regra feita para usos privados, e sem intuito lucrativo, e que não causa prejuízos ao titular dos direitos de autor. Desta forma, estes actos podem ser enquadrados no âmbito do art. 5º/1 da Directiva 2001/29/CE, bem como no art. 75º/1 CDADC. Já mencionámos anteriormente que em rede se estabelecem laços entre os diferentes parceiros que em muitos casos são semelhantes e com o mesmo grau de privacidade ou intimidade característicos do ambiente fora da rede. Desta forma, a partilha efectuada neste âmbito, além de poder comungar dos requisitos da cópia privada, assemelha-se em muitos casos a uma mera partilha de exemplares, nos mesmos termos de aqueles que se verificam fora do ambiente digital.

Mas mantém-se contudo o problema da prática simultânea de actos de *upload* e de *download*, na medida em que mesmo durante a descarga do ficheiro, o utilizador funciona como servidor para outros utilizadores que se encontrem na rede, transferindo assim as partes do ficheiro que vão sendo transferidas para o seu computador. Não obstante, chamamos à consideração o disposto na alínea b) do art. 81º que não limita a um único exemplar a possibilidade de reprodução de obras, desde que os mesmos se destinem a uso privado, não atinjam a normal exploração económica da obra e não perturbem de forma injustificada os interesses do autor. Caso em que será lícita a realização de reprodução de obras, que sejam distribuídas dentro do círculo correspondente ao que se considere ainda como ambiente privado. Todavia, será

bastante difícil sustentar este ponto de vista quando pensamos nos sistemas de partilha em *peer-to-peer*, na medida em que o utilizador está exposto a uma rede infinita de pessoas, sendo portanto impossível controlar quantas é que descarregam cópias a partir do ficheiro que ele mesmo disponibiliza. Nestes casos, o utilizador promove verdadeiramente uma utilização colectiva da obra<sup>152</sup>, fugindo a sua actuação a qualquer justificação do ponto de vista do uso privado, cometendo portanto o crime de usurpação<sup>153</sup>.

O problema da cópia privada em ambiente digital carece de uma regulamentação e interpretação que seja uniforme e clara, na medida em que apenas desta forma se pode balizar correctamente os problemas de se controlar a actividade dos indivíduos em rede, evitando-se deste modo que um vazio legal possa abrir lugar à possibilidade de todas as actividades serem controladas em rede<sup>154</sup>. Contudo, um indício sobre os seus limites pode ser já encontrado na regra dos três passos, a qual será sempre ultrapassada quando a cópia em ambiente digital seja tão relevante, que cause efectivo prejuízo aos titulares de direitos de autor<sup>155</sup>. Não obstante, convém recordar a ideia que já ficou expressa neste estudo e que se reporta precisamente à concepção de que o direito penal não deve servir como garante ou modo de regular os lucros que são obtidos por indústrias privadas.

---

<sup>152</sup> Cfr. TRABUCO, Cláudia, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 978-972-32-1422-9, p. 517.

<sup>153</sup> Neste sentido andou a decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Portimão em 18 de Junho de 2008, ao condenar pela prática de um crime de usurpação um utilizador do sistema de partilha de ficheiros Kazaa. Não obstante, a pena de prisão de 3 meses que lhe foi aplicada foi substituída por pena de multa, tendo em consideração as finalidades de prevenção e a desnecessidade no caso concreto de executar a pena aplicada. Aliás, como em tantos outros casos neste domínio.

<sup>154</sup> Alexandre Dias Pereira mencionava já a necessidade de se clarificar a cópia privada a propósito do tratado de TRIPS, considerando o mesmo como uma necessidade imperativa para se impedir a criação de um panóptico cyberespacial, onde todos os utilizadores da rede são vistos como potenciais infractores, e como tal, serão aleatoriamente espiados em rede sendo apanhados sempre que cometam infracções. Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *A revisão do acordo ADPIC/TRIPS (alguns tópicos)*, AA.VV, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116, p. 391.

<sup>155</sup> A propósito dos prejuízos causados pela partilha de ficheiros em redes de *peer-to-peer*, aparentemente os mitos que foram durante anos propagandeados pela indústria ligada às editoras musicais e que atribuíam a estes todos os males e origens dos prejuízos ou decréscimo dos lucros facturados ao final do ano, parecem afinal infundados. Cfr. TRABUCO, Cláudia, *O direito de reprodução de obras literárias (...)*, p. 519 e ss.

### 3.8– Penalidades.

O art. 197º CDADC, sistematicamente inserido a meio dos tipos legais de crime previstos, estabelece que os crimes previstos “nos artigos anteriores” da lei de direitos de autor são puníveis com pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias. Tanto o artigo 198º como o 199º do CDADC remetem depois a punição para o art.197º pelo que resulta incompreensível a sistemática do artigo.

As penas são agravadas para o dobro nos casos de reincidência, hipótese em que não pode haver suspensão da pena. Os crimes são ainda puníveis quando praticados a título de negligência com pena de multa de 50 a 150 dias, excepto nos casos de crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada, em que a negligência é punível com pena de multa até 50 dias<sup>156</sup>.

Desta forma, conclui-se que todos os tipos legais previstos em sede de direitos de autor são punidos com a mesma moldura penal, opção que não foi sempre assumida pelo legislador. Na versão do CDADC aprovada pelo Decreto-lei nº 63/85, as sanções eram aplicadas de forma diferenciada.

O crime de usurpação era punível com pena de prisão até 6 meses, ou até um ano no caso de actuação do agente com intuito de obter vantagem patrimonial, e multa até 100 dias. O crime de contrafacção era punível com pena de prisão até 1 ano e pena de multa até 180 dias, ou 250 dias nos casos de actuação com ânimo de lucro. A violação do direito moral era punível com pena de prisão até um ano e multa até 200 dias, enquanto o aproveitamento de obra usurpada ou contrafeita era punível com pena de prisão até um ano e multa até 150 dias.

As molduras penais então aplicáveis eram menores que as aplicadas no art. 197º do Código de 1966, tendo sido objecto de severas críticas por serem tidas como demasiado brandas, em face do desrespeito destes direitos<sup>157</sup>. As molduras penais foram consequentemente agravadas em conformidade.

---

<sup>156</sup> Cfr. art. 199º/2 CDADC.

<sup>157</sup> Cfr REBELLO, Luíz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3ª edição, Lisboa, Âncora Editora, 2003. ISBN: 9789727801107, p. 257 e ss.

Relativamente à aplicação da pena de multa é necessária a remissão para o normativo do art. 47º do Código Penal português que estabelece os limites mínimos e máximos dos dias de pena de multa. No artigo 47º/2 CP encontram-se os limites em termos pecuniários por cada dia de multa, sendo que na falta de disposição especial, se aplicam os limites constantes dos artigos, os quais se encontram fixados num mínimo de €5 e num máximo de €500. A pena de multa é aplicada tendo em consideração a ponderação da situação económica e financeira do agente, bem como dos seus encargos, podendo sempre ser estabelecido o pagamento em prestações. É ainda de admitir que também nestes casos pode haver substituição da pena de multa em pena por dias de trabalho, nos termos do art. 48º CP, sendo ainda possível a conversão da multa não paga em prisão subsidiária, de acordo com o disposto no art. 49º CP.

Nos casos de reincidência, a pena de multa pode variar entre os 300 e os 500 dias, limites que ultrapassam a agravação prevista na regra geral do art. 76º do CP, que estabelece que nos casos de reincidência o limite mínimo da pena aplicável é elevado de um terço, e o limite máximo permanece inalterado. Cria-se portanto um regime excepcional em sede de limites máximos das penas aplicáveis nestes crimes, situação que se repete relativamente à pena de prisão.

Quanto a esta, dentro da moldura legalmente prevista, será determinada de acordo com as regras gerais do art. 71º e seguintes do CP, pelo que serão vários os factores determinantes da aplicação da pena em concreto. Em caso de reincidência a pena de prisão pode ir até aos 6 anos, ultrapassando desta forma as regras da reincidência do art. 76º do CP.

As penas previstas na legislação portuguesa são relativamente duras, principalmente tendo em consideração as penas estabelecidas para alguns crimes contra a propriedade previstos no Código Penal<sup>158</sup>. Contudo, a dureza das sanções criminais aplicadas nesta criminalidade é uma característica comum a outros ordenamentos jurídicos.

No Reino Unido, a tutela penal é justificada regra geral com a necessidade de tutelar a sociedade e não o indivíduo. A tutela penal concedida a estes direitos é

---

<sup>158</sup> Cfr. por exemplo o art.203º/1, art. 205º/1 e o art. 210º , todos do CP.

substancialmente mais dura do que aquela concedida a outros direitos de propriedade penalmente tutelados<sup>159</sup>. Os crimes encontram-se tipificados na *section* 107 e 110 do *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988, sendo puníveis com penas de prisão que variam entre os seis meses e os dez anos, dependendo da infracção, e em penas de multa que podem chegar até às £50.000.

No direito espanhol, o art. 270º do Código Penal espanhol prevê a punição pelo cometimento de infracções contra os direitos de autor com pena de prisão de seis meses a dois anos, e com pena de multa de 12 meses a 24 meses, podendo as penalidades ser agravadas para pena de prisão de um a quatro anos, e para a de multa de 12 a 24 meses, nos casos em que estes crimes assumam especial transcendência económica, em que os actos revistam especial gravidade, nos casos de prática destes crimes no âmbito de organização criminosa e quando são utilizados menores de 18 anos no cometimento destes crimes.

No direito alemão, o UrgH prevê penas de prisão até três anos e pena de multa, nos casos dos artigos 106º a 108ºa, limites que se podem agravar para pena de prisão até 5 anos, nos casos em que os agentes actuem com o objectivo comercial ou ânimo de lucros, nos termos do art. 108º.

No direito norte-americano, a pena de prisão aplicável varia consoante a classificação do crime, sendo a pena mínima de prisão aplicável até um ano e a máxima até dez anos, sanção que é muito mais severa do que as molduras penais aplicáveis no direito continental.

No direito brasileiro, as penas previstas variam entre os três meses e os quatro anos de prisão, dependendo do tipo legal de crime que é cometido, sendo igualmente prevista a punição com pena de multa, nos crimes de violação dos direitos de autor através de reprodução de obra alheia com intuito de lucro.

As medidas das penas salientam a relevância jurídico-penal que estes crimes parecem assumir no actual direito penal, situação que contrasta claramente com os movimentos que reclamam a intervenção mínima do direito penal, bem como de

---

<sup>159</sup> Cfr. DAVIES, Colin R., *Protection of intellectual property – a myth? A consideration of current criminal protection and law commission proposals*, in *The Journal of Criminal Law* [pdf.], October 2004, vol. 68, nº5 [consultado pela última vez em 27/02/2013], p. 398 e ss. , p. 399.

descriminalização e despenalização de determinadas condutas que não preenchem os requisitos de dignidade de intervenção do direito penal. Na realidade, estas ideias têm vindo a marcar um novo paradigma do ponto de vista da política-criminal, defendendo-se que um controlo mais eficaz do crime depende do recuo do Estado. Desta forma, considera-se que durante largos anos o direito penal interveio em áreas onde seria preferível que nunca tivesse actuado, utilizando em demasiada as sanções criminais, as quais acarretam sempre um estigma que quebra a ligação entre o indivíduo e a comunidade. Nestes termos, o Estado foi responsável por produzir muito mais criminalidade do que aquela que quis combater. Na realidade, se há domínio em que as teorias moderadas do abolicionismo penal poderiam funcionar, seria precisamente o do direito penal de autor<sup>160</sup>. Estas encontram repouso nos movimentos de defesa da descriminalização, nos quais se pugna pela intervenção do direito penal cingida às lesões insuportáveis da comunidade e que colocam em risco o desenvolvimento tanto desta, como da personalidade de cada indivíduo nela inserido. A necessidade social de tutela pelo direito penal exclui assim a sua intervenção nos casos em que mesmo existindo violação de bens jurídicos, estes podem ser tutelados de forma adequada e suficiente por outros mecanismos de tutela.

Não perdendo de vista as finalidades de prevenção geral e especial que norteiam os limites e finalidades das penas no sistema penal português, dificilmente se pode compreender a dureza das penas previstas neste domínio. O âmbito de actuação do direito penal do Estado de Direito Democrático insere-se no quadro de subtracção o mais mínima possível dos direitos, liberdades e garantias com o objectivo de assegurar o funcionamento da sociedade através da protecção e preservação dos bens jurídicos fundamentais. Dificilmente se concebe que meramente através da tutela penal se consegue assegurar a protecção e o regular funcionamento da sociedade neste tipo de criminalidade, ou como considera Oliveira Ascensão, “estão-lhe associadas considerações de prevenção geral. Em vez de sistemas de fiscalização, os entes de gestão recorrem a esta tutela gratuita através de cominações penais”<sup>161</sup>. Desta forma, não parece sequer sentir-se a necessidade primária de restabelecimento da paz jurídica

---

<sup>160</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, *Aequitas/Notícias Editorial*, 1993, p. 64 e ss.

<sup>161</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Penal de Autor (...)*, p. 15.

comunitária abalada pelo crime<sup>162</sup>, o qual estando dependente do princípio da necessidade de pena constitucionalmente conformado pelo art. 18º/2 CRP, encontra na prevenção geral positiva toda a amplitude. A única paz que é restabelecida é a das entidades de gestão e exploração dos direitos económicos de autor, que garantem a força jurídica da tutela penal como forma de minimizar as suas perdas económicas<sup>163</sup>.

Relativamente à finalidade de prevenção especial, fundada na necessidade de socialização do agente, a mesma sempre será fundamento e limite das penas aplicáveis nos casos em que os crimes são cometidos com ânimo lucrativo ou de forma organizada e profissionalizada. Contudo, dificilmente a mesma ideia pode ser defendida relativamente ao agente individual que comete crimes de usurpação porque realiza e distribui gratuitamente cópias ou exemplares de obras às quais não teria acesso de outra forma, ou que se limita a descarregar cópias disponibilizadas por outros para utilização privada. Nestes casos, a finalidade de prevenção especial parece concretizar-se na mera advertência sobre o agente, a qual terá pelo menos a virtude de o consciencializar de que tais actos são efectivamente tipificados como crime. Já não assim nos casos de criminalidade organizada e dedicada ao comércio massificado e internacional de obras contrafeitas e usurpadas, onde existe a clara intenção de enriquecimento através da exploração de propriedade alheia. Bem como, a nosso ver, nos casos de violação única e exclusiva do conteúdo moral do direito de autor, protegido entre nós pelo art. 198º CDADC, casos em que a personalidade do autor e a própria função social da obra são afectados.

Consequentemente, o sistema carece a nosso ver, de fundamento jurídico-penal para prever a aplicação de penas de prisão nos casos de violação do conteúdo patrimonial do direito de autor, em todos os casos em que não exista um esquema de aproveitamento económico dessas obras. Desta forma, não deveriam ser penalmente

---

<sup>162</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueireido, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (...)*, p.79. Ou nas palavras de Jakobs, a finalidade primária da pena será sempre a “estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada”. Cit. por DIAS, Jorge de Figueireido, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (...)*, p.80.

<sup>163</sup> Situação que é agravada pela inserção nos mesmos tipos legais de crime das condutas infractoras tanto dos direitos de autor como dos titulares dos direitos conexos, punindo-se exactamente com as mesmas penalidades e sem qualquer tipo de diferenciação, umas e outras, desta forma se perdendo completamente qualquer tipo de preocupação que a tutela penal dos direitos de autor pudesse ter pela necessidade de preservar a consciência moral do autor e proteger a criação cultural.

tuteladas as condutas tipificadas no art. 195º/1, 2/c)<sup>164</sup> e nº3 CDADC, por manifestamente carecerem de dignidade penal.

Por seu turno, consideramos que as penas aplicáveis nos termos do art. 197º são demasiado severas. Inclusivamente nos casos do art. 196º CDADC, de contrafacção de obras, condutas que como já foi anteriormente referido, consubstanciam os casos de reprodução servil e de plágio de obras, bem como nos casos de violação do direito moral, nos termos do art. 198º CDADC onde não obstante ser tolerável a incriminação dos actos tipificados, a pena continua a ser exagerada nos seus limites. Não obstante, não deveria ser igualmente o direito penal a tutelar estes direitos, na medida em que não é a sede adequada para a protecção dos bens jurídicos em causa. Por último, o tipo legal do art. 199º CDADC cumpriria de forma mais adequada e eficaz as necessidades de prevenção geral se fosse punível meramente com pena de multa. Contudo, e novamente, seria mais adequada a consagração apenas da tutela de natureza civil e administrativa.

A mesma consideração quanto à dureza das penas e à sua desadequação em face dos requisitos de prevenção geral e especial parece estar patente na jurisprudência portuguesa. Foram vários os acórdãos analisados, e dos quais se foram dando conta ao longo das páginas precedentes, sendo que em todos, as penas de prisão quando são aplicadas, são fixadas meramente em poucos meses, acabando na maioria dos casos por ser substituídas por pena de multa, atendendo precisamente à desnecessidade de execução da pena de prisão aplicada.

---

<sup>164</sup> Tanto nesta alínea como no nº 3 o que se prevê são violações contratuais relacionadas com a cedência e autorização de exploração do conteúdo patrimonial do direito de autor, pelo que devem ser resolvidas em consonância em sede de responsabilidade civil contratual.

### **Parte III – Perspectivas de evolução da tutela jurídico-penal dos direitos de autor.**

#### **4 – As soluções internacionais: O ACTA.**

A opção por uma substituição da tutela penal interna de cada um dos Estados, por uma tutela internacional capaz de ser mais eficaz e combater em definitivo as violações dos direitos de autor, foi completamente assumida como solução. Foi precisamente nesse contexto que foi negociado o ACTA ou *Anti Counterfeiting Trade Agreement*, instrumento internacional que viu as negociações envoltas em polémica, acabando não obstante por nunca ser adoptado.

O problema do instrumento legal começou logo pela imprecisão da sua qualificação em termos de natureza jurídica. Nos Estados Unidos, por exemplo, o ACTA foi considerado como uma ordem executiva, conseguindo desta forma vigência através de ordem do presidencial e apenas deixando de vigorar quando o Presidente assim o entendesse. Não obstante, o texto foi visto como um acordo TRIP-Plus, estabelecendo desta forma uma protecção ainda mais apertada a estes direitos, do que aquela estabelecida no acordo TRIPS, mas não podendo estabelecer soluções que fossem contraditórias com o fixado naquele<sup>165</sup>. Alguns autores consideram que o documento é um acordo multilateral, na medida em que apenas por convite dos Estados signatários poderia ser possível aderir ao texto<sup>166</sup>.

As próprias negociações se iniciaram por convite, através do impulso inicialmente dado pelo Japão, a que se juntaram a União Europeia, os Estados Unidos, a Austrália, o Canadá e a Suíça<sup>167</sup>.

As negociações foram rodeadas pelo discurso centrado nos prejuízos que são causados pelos actos de pirataria<sup>168</sup>, contudo sem nunca conseguir demonstrar estatisticamente e de forma segura que sempre que existe a compra de um bem

---

<sup>165</sup> Cfr. JUDGE, Elizabeth F. e AL-SHARIEH, Saleh, *Join the club (...)*, p.689.

<sup>166</sup> Cfr. PORT, Kenneth L., *A case against the ACTA*, in William Mitchell Legal Studies Research Paper [pdf.]. 2011-04. Disponível para download em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1808180>>, p. 1136.

<sup>167</sup> Juntaram-se ainda inicialmente a Coreia do Sul, México, Marrocos, Nova Zelândia e Singapura, o que demonstra o carácter essencialmente moldado pelos países desenvolvidos e industrializados em termos de modelo de protecção dos direitos de autor (e da propriedade industrial).

<sup>168</sup> Não apenas de infracção aos direitos de autor, na medida em que o ACTA previa igualmente medidas para combater os crimes contra os direitos de propriedade industrial.

contrafeito, ou que sempre que alguém obtém uma obra através de uma cópia não autorizada, que deixou necessariamente de comprar o equivalente original do produto<sup>169</sup>. Contudo, pouco ou quase nada foi divulgado sobre o conteúdo do documento, tendo as negociações decorrido com um estranho secretismo, apenas tendo sido divulgado o primeiro esboço do texto em Abril de 2010, embora as negociações se tenham iniciado em Outubro de 2007<sup>170</sup>.

As sanções estabelecidas no tratado são bastante duras, sendo de destacar o facto de a maioria recair sobre os consumidores finais e não sobre os produtores dos produtos ilícitos, mas prevendo-se ainda vários mecanismos e medidas para aumentar a eficácia do controlo através da cooperação. Desta forma, os Estados parte acordariam em formar pessoal especializado para ingressar nas autoridades competentes pela fiscalização nesta matéria, como as polícias e as guardas aduaneiras. Seria ainda desenvolvido um sistema de recolha de dados e de análise estatística dos mesmos de onde constaria a informação sobre a violação dos direitos, sendo portanto mais fácil detectar quais os Estados que precisavam de maior investimento na prevenção e punição.

Todavia, nem todas as disposições são aplicáveis a todas as infracções contra a propriedade intelectual. Desta forma, as partes apenas seriam obrigadas a aplicar sanções criminais nos casos de contrafacções de direitos de autor e direitos conexos<sup>171</sup>, quando praticados com dolo e em escala comercial.

Foi ainda prevista a criação de um Comité responsável por rever as operações do ACTA, funcionando simultaneamente como um foro para discutir novos mecanismos de reforço da protecção.

Na sua estrutura era possível detectar que se centrava meramente nas sanções aplicáveis às infracções, não prevendo portanto novos direitos que possam ser atribuídos aos autores. Simultaneamente, nenhum Estado era obrigado a adoptar

---

<sup>169</sup> Cfr. PORT, Kenneth L., *A case against the ACTA (...)*, p. 1135.

<sup>170</sup> Não obstante, alguns autores consideram que as negociações se iniciaram em 2004, decorrendo estas paralelamente às reuniões da Organização Mundial do Comércio e da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Cfr. GEIST, Michael, *Introduction: ACTA's state of play: looking beyond transparency*, in *American University International Law Review* [pdf.], 26, n.º.3 (2011). [consultado pela última vez em 17/07/2013], p. 543 e ss. Disponível para download em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol26/iss3/1/>>, p. 544.

<sup>171</sup> Bem como de marcas, sendo que relativamente aos outros direitos, seriam as partes que teriam a liberdade de decidir se aplicam ou não as sanções de natureza criminal.

medidas de protecção a um direito de autor que não fosse reconhecido e protegido na sua lei nacional. O documento continha cinco secções, prevendo tanto mecanismos de natureza civil como de natureza criminal, estando especialmente vocacionado para o ambiente digital. Na primeira secção versava sobre as obrigações dos Estados signatários para que pudessem adoptar eficazmente as medidas previstas, destacando-se a terceira secção que se centrava em mecanismos e meios de controlo fronteiriço de forma a evitar a importação e exportação de produtos ilícitos. A sua vocação para combater as violações em ambiente digital estava ainda patente na existência de uma quinta secção onde se previam formas de reforçar estes direitos em ambiente digital, sempre com a salvaguarda dos direitos de liberdade de expressão, o direito a um processo justo e o direito de privacidade<sup>172</sup>.

Não obstante, foi bastante acesa a discussão sobre se seriam ou não protegidos esses direitos dos consumidores, tendo em consideração a dureza das sanções aplicáveis. Na realidade, torna-se difícil perceber a harmonia entre a protecção do direito de privacidade e a obrigação dos *Internet Service Providers* fornecerem os dados dos utilizadores que cometessem infracções aos direitos de autor em rede<sup>173</sup>.

Simultaneamente, alguns autores consideraram duvidoso que alguma vez a União Europeia fosse adoptar as medidas de protecção penal previstas no ACTA, na medida em que este tipo de tutela sempre foi regulado internamente por cada um dos Estados e nunca através de Directiva. Efectivamente, em 4 de Julho de 2012, o Parlamento Europeu chumbou o texto do ACTA com 478 votos contra e apenas 39 votos a favor<sup>174</sup>.

Em 2010 surge no direito americano o *Combating Online Infringement and Counterfeits Act*<sup>175</sup> que teria por escopo permitir ao Departamento de Justiça Norteamericano encerrar sítios da rede que promovam ou forneçam formas de partilhar em

---

<sup>172</sup> Os estados ficam ainda obrigados a prever a protecção das medidas tecnológicas. Cfr. PORT, Kenneth L., *A case against the ACTA (...)*, p. 13.

<sup>173</sup> Cfr. COWART, Tammy Wilson, *The (final) anti-counterfeiting trade (...)*, p. 281.

<sup>174</sup> Cfr. LANE, Hilary H., *The realities of the Anti-counterfeiting Trade Agreement*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law* [pdf.], Winter2012, Vol. 21 Issue 1 [consultado pela última vez em 12/07/2013], p. 183 e ss. Disponível para download em <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/84346581/realities-anti-counterfeiting-trade-agreement>>, p.203.

<sup>175</sup> Regra geral conhecido como COICA ou *The Act*.

rede conteúdos infractores dos direitos de autor. O Ministério Público iria ganhar o poder de emitir providências cautelares contra sítios dedicados a tais actividades, conseguindo desta forma restringir o acesso dos utilizadores aos mesmos. A lei foi criada ainda durante as negociações do ACTA, sendo que perante os receios de abusos por parte das autoridades políticas no policiamento da *internet*, foram consagrados mecanismos de defesa por parte dos sítios identificados como infractores. Desta forma, os detentores destes sítios poderiam peticionar perante os tribunais americanos o levantamento das providências cautelares<sup>176</sup>. A lei recebeu o apoio da Câmara de Comércio norte-americana, da *Motion Picture Association of America*, da *Recording Industry Association of America* e da *Coalition Against Domain Name Abuse*, entre outras. Por outro lado, opuseram-se à lei a *American Civil Liberties Union*, a *Electronic Frontier Foundation*, a *Human Rights Watch* e os Repórteres sem Fronteiras, entre outros. Alguns dos engenheiros informáticos que estiveram envolvidos na criação e invenção da *internet* enviaram ainda uma carta aberta ao senado considerando que “todos os esquemas de censura têm um impacto no discurso, mas que esta lei iria ser particularmente violenta neste caso, pois teria o poder de fazer desaparecer da *internet* domínios inteiros, e não apenas páginas ou ficheiros infractores”<sup>177</sup>. Não obstante, este instrumento abria uma brecha na tutela penal dos direitos de autor, adoptando medidas de carácter administrativo.

Não tendo sido aprovado o COICA acabou por dar lugar ao aparecimento do *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* ou PIPA, que neste momento está com a sua aprovação em suspenso devido aos protestos que surgiram em torno do texto. Este é bastante semelhante ao do COICA, sendo que são portanto as mesmas preocupações que são levantadas perante a possibilidade de o texto vir a ser aprovado.

Ainda no rescaldo da não aprovação do ACTA, os Estados Unidos tentaram aprovar em sede de direito interno o *Stop Online Piracy Act* em 2011, mais

---

<sup>176</sup> Cfr. BURKE, Lavonne D., *The United States takes center stage in the international fight against online piracy & counterfeiting*, in *Houston Journal of International Law* [pdf]. Fall 2010, Vol. 33 Issue 1 [consultado pela última vez em 23/03/2013]. Disponível para consulta e *download* em <http://connection.ebscohost.com/c/articles/59211713/united-states-takes-center-stage-international-fight-against-online-piracy-counterfeiting>, p. 230 e seguintes.

comumente conhecido como SOPA que iria conceder poderes ao Ministério Público americano para peticionar ordens em tribunal para requerer a sítios estrangeiros a eliminação de todos os conteúdos violadores de direitos de autor protegidos pela lei norte-americana. Ele passaria igualmente a ter poderes para impor aos servidores da *internet* o cumprimento das medidas judiciais impostas, quando os sítios ordenados à eliminação dos conteúdos não cumprissem, podendo assim utilizar mecanismos próprios para bloquear o acesso dos utilizadores a tais sítios. Os servidores e os sítios que violassem tais ordens poderiam depois ser judicialmente processados, sendo que os consumidores seriam sempre sujeitos a processo no caso de tentarem violar os bloqueios aos conteúdos infractores. A lei envolveu-se em bastante polémica, pois os utilizadores temiam que os poderes concedidos para bloquear conteúdos na *internet*, pudessem ser utilizados como forma de censurar certos conteúdos<sup>178</sup>, motivo pelo qual o texto se encontra em suspenso. Não obstante, uma solução idêntica a esta foi adoptada pelo legislador espanhol, nas disposições introduzidas na lei SINDE<sup>179</sup>, introduzindo desta forma normas de cariz especial, mas mantendo intocável o disposto no Código Penal Espanhol em matéria de tutela penal dos direitos de autor. Aquelas incidem directamente sobre as actividades dos fornecedores de materiais infractores destes direitos em rede. Desta forma, os responsáveis pela manutenção em rede de tais sítios são notificados para que procedam à retirada dos materiais partilhados na *internet*. Assim, no art. 114º da *Ley SINDE* são introduzidas as alterações que vigoram na legislação dos serviços da sociedade de informação, bem como na lei da propriedade intelectual, atribuindo-se portanto natureza administrativa a estas sanções, abandonando-se a tutela penal, pelo menos quanto aos responsáveis pela disponibilização dos conteúdos em rede.

Tem especial relevância analisar as alternativas encontradas pelo direito norte-americano à aprovação do ACTA, na medida em que muitos dos conteúdos que são acedidos na *internet* estão alojados em servidores deste país, bem como pelo facto de as

---

<sup>178</sup> Cfr. SAMUELSON, Pamela, *Legally speaking can online piracy be stopped by laws?*, in Communications of the ACM [0001-0782] [pdf], 2012 vol:55 fasc:7. [consultado pela última vez em 13/09/2013], p. 25 e ss. Disponível para consulta em <[http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo\\_library/libweb/action/search.do?dsent=0&scp.scps=primo\\_central\\_multiple\\_fe&frbg=&tab=pesquisa\\_rapida&dstmp=1379543999187&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&indx=1&tb=t&vl\(freeText0\)=pamela%20samuelson&fn=search&vid=FCCN\\_V1](http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo_library/libweb/action/search.do?dsent=0&scp.scps=primo_central_multiple_fe&frbg=&tab=pesquisa_rapida&dstmp=1379543999187&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&indx=1&tb=t&vl(freeText0)=pamela%20samuelson&fn=search&vid=FCCN_V1)>. ISSN: 0001-0782.

<sup>179</sup> Ley nº 2/2011, de 4 de Março, conhecida como *Ley de Economía Sostenible*.

indústrias mais poderosas economicamente e dedicadas à exploração de conteúdos protegidos por direitos de autor se encontrarem sediadas no seu território. Simultaneamente é conhecido o poder negocial dos Estados Unidos em sede de direito internacional, pelo que nestes textos de direito interno se podem encontrar algumas das tendências que possam surgir em textos internacionais sucessores do ACTA. Não existindo desta forma razões para considerar que o recurso ao direito penal será posto de parte em substituição de medidas mais brandas e adequadas ao que se pretende tutelar, mas não podendo igualmente ser excluída a sua substituição por medidas administrativas.

## **5 - A solução francesa de tutela dos direitos de autor na sociedade de informação.**

A solução francesa para o problema dos direitos de autor na sociedade de informação foi uma das mais polémicas e arrojadas, destacando-se a Lei nº 2006-961, de 1 de Agosto 2006, igualmente conhecida como lei DADVSI<sup>180</sup>, a lei nº 2009-669, de 12 de Junho de 2009, conhecida por lei HADOPI I<sup>181</sup> e também a Lei nº 2009-1311, de 28 de Outubro de 2009, que regula a da propriedade literária e artística na internet, também conhecida como lei HADOPI II<sup>182</sup>.

A Lei DADVSI é uma transposição tardia da Directiva da Sociedade de Informação, Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001<sup>183</sup>, alterando o sistema de direitos de autor francês. A legislação incidiu essencialmente na prevenção e repressão dos direitos de autor nos sistemas de partilha em rede em *peer-to-peer*, tendo levantado imensa polémica. Criou ainda tipos legais de crime para os casos de criadores e utilizadores que partilhassem em rede *software* que

---

<sup>180</sup> Também conhecida como *iTunes Law* ou *iPod Law*, e cujo denominação por extenso é *Loi Relative au Droit d'Auteur et aux droits voisins dans la Société de l'Information*.

<sup>181</sup> Também conhecida por *Three Strikes Law*.

<sup>182</sup> A Lei HADOPI II sucede assim a lei HADOPI I que foi chumbada no *Conseil Constitutionnel* de 22 de Outubro de 2009.

<sup>183</sup> Uma transposição tardia, e depois de o Estado francês ter sido condenado ao pagamento de sanções económicas durante o ano de 2005 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por ter largamente ultrapassado o prazo de implementação que tinha sido concedido até 2002.

colocasse à disposição ao público de obras ou objectos protegidos<sup>184</sup>. Contudo, esta lei manteve-se pouco tempo em vigor, pois a dureza das suas sanções tornou-a na prática inexecutável. Não obstante foi consagrada a liberdade de cópia privada em ambiente digital.

Surge assim em substituição a Lei HADOPI I que criou um novo corpo administrativo que substitui a ARMT<sup>185</sup> que tinha sido criada pela DADVSI I, chamado de HADOPI<sup>186</sup>. Criando-se simultaneamente a regra do *Three strikes and you're out*, a HADOPI ganhou competência para detectar as condutas infractoras cometidas pelos utilizadores em rede, punindo progressivamente em termos de severidade tais actos, desta forma tentando impedir a reincidência no cometimento destes crimes. Desta forma, com o primeiro *strike* seria enviada uma mensagem de correio electrónico de aviso ao titular da conta de *internet* com uma recomendação sobre a obrigação de supervisionar a sua conta de acesso à rede, devendo dessa forma controlar potenciais utilizações lesivas para os direitos de autor, recebendo ainda informações quanto a sítios da *internet* e outras fontes onde poderia obter de forma legítima materiais protegidos pelos direitos de autor. O mesmo *email* conteria várias dicas sobre programas de protecção da sua conta de *internet* de forma a conseguir controlar que a mesma não fosse utilizada para descarregar ficheiros de forma ilegal, bem como dados sobre o impacto negativo das condutas de pirataria na criação artística e na sustentabilidade do sector do entretenimento. Nos seis meses seguintes ao primeiro aviso, caso fosse detectada nova infracção, as mesmas informações seriam enviadas para o utilizador infractor, desta vez por carta registada com aviso de recepção. Se no prazo de um ano, o mesmo utilizador voltasse a infringir a legislação de direitos de autor, seria consumado o terceiro aviso, sendo dado ao utilizador direito de defesa, na medida em que a HADOPI, não obstante ser uma entidade meramente administrativa, presumia a culpa

---

<sup>184</sup> Cfr. RAMALHO, David da Silva, *A tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*, [on line], Lisboa, Ordem dos Advogados, formato PDF, disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B2c097642-c7bd-43d7-9057-0033033cda9a%7D.pdf>>, p. 193.

<sup>185</sup> Autorité de Régulation des Mesures Techniques.

<sup>186</sup> *Haute Autorité pour la Diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*. Curiosamente, depois de adoptar uma imagem para se distinguir entre os consumidores, a própria HADOPI enfrenta um processo por violação dos direitos de autor, pois o desenho adoptado pertencia afinal a um autor que não consentiu na sua utilização. Cfr. <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/6974249/Anti-piracy-agencys-logo-broke-copyright.html>>.

do utilizador<sup>187</sup>. No caso de o utilizador não conseguir provar a sua inocência, a HADOPI podia optar por suspender o acesso à rede ao utilizador infractor por um período variável entre 2 meses a 1 ano, durante o qual o consumidor além de estar proibido de celebrar novo contrato de fornecimento com outra empresa fornecedora de *internet*, ficava obrigado a manter em dia o pagamento das prestações perante o seu servidor, ou por obrigar o utilizador infractor a instalar dentro de um prazo razoável sistemas de segurança aprovados pela HADOPI e que impedem que sejam efectuados mais *downloads* ilegais, sob pena de serem aplicadas sanções pecuniárias.

As sanções seriam portanto aplicadas por uma entidade administrativa sem competência em matéria penal, sendo que ao consumidor presumível infractor, apenas seria dado um direito de defesa, a exercer perante a mesma entidade que presumia a sua culpa na infracção, quando em direito penal vigora o princípio da presunção de inocência. Por esse motivo, em 10 de Junho de 2009, através da decisão 2009-580 DC, o *Conseil Constitutionnel*<sup>188</sup> pronunciou-se pela inconstitucionalidade de várias disposições da HADOPI I. Apenas entidades judiciais como tribunais podem proceder à aplicação de sanções, na medida em que apenas estes são órgãos imparciais e independentes, com competência para administrar a justiça penal e dentro dos princípios legais que a norteiam. Também a inversão do ónus da prova foi posta em causa por violar claramente a presunção de inocência do art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

De forma a superar estes problemas de inconstitucionalidade foi aprovada a lei HADOPI II que atribuiu o poder de aplicação das sanções de suspensão da ligação à internet ao tribunal. O próprio código de processo penal francês foi alterado criando-se um meio processual mais célere destinado a tramitar este processos chamado de *Ordonnance Pénale*, o qual não permite a existência do contraditório e que dispensa o dever de motivação de sentença. Assim, a terceira violação passou a ser punida pelo tribunal através de denúncia da HADOPI aplicando-se a pena aplicável ao crime de

---

<sup>187</sup> Cfr. RAMALHO, David da Silva, *A tutela penal dos direitos de autor (...)*, p. 197.

<sup>188</sup> Disponível para consulta em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-45986.pdf>>.

*contrefaçon*<sup>189</sup>, podendo ainda aplicar-se a pena complementar de suspensão do acesso à rede por um período de 1 ano. Mantém-se a obrigação do pagamento por parte do utilizador sancionado do serviço de *internet*, bem como a proibição de celebrar um novo contrato de fornecimento. Nos casos de infracção cometida a título de negligência<sup>190</sup>, tendo o utilizador sido já avisado duas vezes pela HADOPI, o juiz pode tomar decisões que consubstanciem medidas adequadas a proteger a sua conta da internet de modo a que a mesma não seja utilizada para fins de pirataria. A negligência é punível como grosseira, tendo o titular da conta de pagar uma coima de €1500, podendo esta cumular-se com a suspensão da ligação da *internet* por um período máximo de 1 mês. Ou seja, neste caso prevê-se a punição a título de contra-ordenação e não de crime. Não obstante, em Julho deste ano a lei foi alterada<sup>191</sup>, tendo-se deixado cair as sanções gravíssimas que eram aplicadas ao abrigo da lei e da actuação da HADOPI, e perante a evidência de que o problema da pirataria não foi ultrapassado e que milhões de euros foram investidos pelo Estado Francês na implementação das medidas legais. Com a alteração legislativa o Governo Francês alterou a perspectiva quanto às prioridades no combate à pirataria na era digital, centrando agora a punição essencialmente na pirataria feita à escala comercial ou com intuito lucrativo, perseguindo ainda directamente os sítios que disponibilizam na *internet* conteúdos violadores dos direitos de autor lucrando através desses mesmos serviços disponibilizados. Desta forma, mantém-se a resposta graduada em três avisos, mas a pena acessória de suspensão do acesso à *internet* foi revogada, na medida em que se entende que o acesso perfaz um dos direitos mais básicos dos cidadãos, bem como um veículo demasiado importante de acesso à cultura e informação. Não obstante, durante a vigência da lei, apenas houve uma condenação com aplicação da sanção acessória do corte de acesso à rede.

Esta ideia da punição através de três avisos, ou de *three strikes* tornou-se uma das opções de montra do ACTA, a qual acabou por ser removida ainda antes de o

---

<sup>189</sup> O crime de *contrefaçon* é punível com pena de prisão até 3 anos ou de multa até 300.000€, sendo que no caso de prática organizada deste crime a pena de prisão é agravada para os 5 anos ou 500.000€ de multa, nos termos do art. L-335-2 do Código de Propriedade Intelectual francês.

<sup>190</sup> São os casos de *infractiion négligence caractérisée*. Cfr. RAMALHO, David da Silva, *A tutela penal dos direitos de autor (...)*, p.201.

<sup>191</sup>Cfr. <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Espace-Presses/Communiqués/Publication-du-decret-supprimant-la-peine-complémentaire-de-la-suspension-d-acces-a-Internet> e <http://www.theguardian.com/technology/2013/jul/09/france-hadopi-law-anti-piracy>. A lei foi alterada pelo Decreto nº 2013-596, de 8 de Julho de 2013.

tratado ser em definitivo colocado de parte. Não obstante, este sistema acabou por ser implementado, com as suas particularidades, em outras legislações de outros países, substituindo gradualmente, e aparentemente, a tutela penal dos direitos de autor.

No Canadá, o sistema adoptado denomina-se de *notice and notice*, prevendo-se um sistema em que os próprios fornecedores de *internet* notificam os tribunais das violações aos direitos de autor que são detectadas, ficando o tribunal responsável por apurar se houve ou não violação do direito de autor em concreto, decidindo depois pela sanção aplicável<sup>192</sup>.

Nos mesmos termos foi criado o *Copyright Alert System*, implementado no direito americano e resultante de uma concertação entre os cinco principais fornecedores de *internet* norte-americanos. O objectivo não é processar ou perseguir criminalmente os infractores, mas meramente educá-los para a necessidade de respeito dos direitos de autor. Desta forma, o servidor vai detectando as condutas infractoras dos direitos de autor, sendo que começa gradualmente a notificar os consumidores com informações e textos educativos que os reenviem para sítios de descarga lícita de obras, bem como para a necessidade de respeitar estes direitos tendo em consideração as avultadas perdas para os artistas e para as indústrias exploradoras destes direitos. Ao consumidor são enviados no máximo seis avisos, sendo que ultrapassado este limite, embora não possa ser cortado em definitivo o fornecimento de *internet*, as velocidades das contas são drasticamente prejudicadas.

Também no direito irlandês é aplicada uma sanção inspirada na lei HADOPI e na ideia dos três avisos, na sequência de um processo judicial movido pela Sony BMG, Universal e Warner contra a Eirecom, que é um fornecedor de internet. O processo chegou ao fim com um acordo, no qual ficou estabelecido que uma empresa especializada em segurança na rede ficaria encarregue de notificar a Eirecom de todas as infracções que sejam detectadas. De seguida, a Eirecom tem de notificar o consumidor infractor de que a sua conta está a ser utilizada para cometer actos infractores de direitos de autor, registando tal aviso na factura que lhe é enviada. Quando recebe um segundo aviso sobre um mesmo consumidor no prazo máximo de 14 dias contados desde o primeiro aviso, o servidor é obrigado a enviar novamente a

---

<sup>192</sup> Cfr. GEIST, Michael, *Introduction: ACTA's state of play (...)*, p.556.

informação, desta vez através de carta acompanhada por um aviso sobre a gravidade das infracções, bem como das penalidades em que pode incorrer. Quando é enviado o terceiro aviso, abre-se um processo que é supervisionado, sendo analisados em detalhe os dados relativos às infracções detectadas, caso em que concluindo-se positivamente pela existência de violações, a Eirecom envia uma carta ao cliente notificando do corte do fornecimento de *internet* através de revogação do contrato, dando a hipótese ao consumidor de se defender ou não. Todavia, é sempre o Eirecom que decide pelo corte ou não do contrato, não existindo a intervenção nunca de um tribunal neste processo<sup>193</sup>. Neste caso, não existe verdadeiramente uma lei, resultando a actuação da Eirecom meramente da obrigação assumida ao celebrar o acordo no processo que lhe foi movido.

Não obstante as diferenças entre os diferentes sistemas previstos, existe um ponto em comum entre ambos e que se relaciona com o facto de ser legalmente questionável o acesso por parte dos fornecedores de *internet* e outras entidades administrativas a dados pessoais dos consumidores. Apenas desta forma se pode concluir pela existência ou não da violação de conteúdos protegidos pelos direitos de autor em rede, o que coloca problemas constitucionais relacionados com o direito à privacidade, bem como à protecção dos dados informáticos. Entre nós, o acesso a tais dados apenas pode ser efectuado em processo penal e dentro das limitações apertadas instituídas no art. 32º da CRP.

As indústrias exploradoras dos direitos de autor parecem ter encontrado uma solução mais eficaz para combater a cópia privada ilegal em rede perseguindo directamente os consumidores e utilizadores finais. Desta forma, os fornecedores de *internet* ganham cada vez maior relevância no combate às infracções, na medida em que da sua colaboração resulta a identificação dos utilizadores infractores. No CDADC esta relevância dos servidores começa a ser introduzida, como é exemplo o disposto no art. 210º-G/3 e no art. 227º, que prevêem a existência de medidas cautelares contra os fornecedores destes serviços cujos clientes utilizem os mesmos para violar direitos de

---

<sup>193</sup> Cfr. BRIDY, Annemarie, *ACTA and the specter of graduated response*, in American University Law Review [pdf.], Vol. 26, nº 3, Fall 2011 [consultado pela última vez em 25/08/2013], p. 559 e ss. Disponível para download em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1619006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619006)>., p.576 e 577.

autor e conexos<sup>194</sup>. Na legislação espanhola, a partir da reforma introduzida pela lei nº 23/2006, de 7 de Julho, passou-se a prever igualmente a aplicação de providências cautelares e outras medidas aos servidores de *internet*, sempre que os serviços sejam utilizados para que um terceiro cometa infracções. Estas medidas são sempre de aplicação judicial, podendo consistir no corte do acesso à *internet* do consumidor infractor, no fecho de páginas de internet que violem os direitos de autor, ou de outras que disponibilizem conteúdos infractores. Essencial para a aplicação de tais medidas é a verificação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*<sup>195</sup>.

Simultaneamente, tais medidas acabam por não ter eficácia na prevenção do cometimento de tais infracções, na medida em que os utilizadores em rede conseguem facilmente contornar e antecipar os mecanismos de detecção utilizados pelos servidores de *internet*. Na realidade, existem actualmente programas que permitem que cada um dos consumidores oculte o seu protocolo IP tornando-se assim invisível e impossível de identificar pelos serviços de fornecimento. Não obstante, a adopção de medidas que abandonem definitivamente o direito penal demonstra que não é através de penas de prisão ou de multa que se consegue combater o fenómeno da violação dos direitos de autor.

## **6 – A insustentável desadequação da tutela penal consagrada.**

É indubitável que nos encontramos num momento em que o direito penal é consagrado como um direito penal mínimo<sup>196</sup>, onde esta forma de tutela jurídica, a mais grave que pode ser prevista num ordenamento jurídico, se encontra reservada para os bens e valores com verdadeira dignidade penal. Sob pena aliás de este assumir uma dimensão meramente simbólica, a qual sempre terá por consequência que a eficácia real

---

<sup>194</sup> Tem ainda relevância a lei nº 32/2008, de 17 de Julho, que obriga os ISP a conservar os dados relativos aos utilizadores dos seus serviços. Os dados assim recolhidos têm por finalidade a investigação, detecção e repressão de crimes graves, o que, tendo em consideração as molduras penais aplicáveis aos crimes contra os direitos de autor na legislação nacional, parece excluir a sua aplicação neste tipo de criminalidade.

<sup>195</sup> Cfr. HOYOS SANCHO, Montserrat de, *Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en internet*, in *La propiedad intelectual en la era digital, límites e infracciones a los derechos de autor en la internet*, coordenado por Ricardo M. Mata y Martín e Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín, Madrid, La Ley, 2011. ISBN 978-84-8126-835-5.

<sup>196</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MORO, Luis, *La nueva protección penal de la (...)*, p. 336. O autor salienta que “no considero que el cause oportuno para su enjuiciamiento sea el derecho penal. Y ello es así si entendemos de una manera adecuada la operatividad del fundamental principio penal de intervención mínima”.

de aplicação da norma fica reduzida a nada, e que o direito penal acaba por ser aproveitado como forma de “levar a cabo autênticas incursões de justicialismo com os inevitáveis bodes expiatórios”<sup>197</sup>. Este aproveitamento parece intimamente ligado à mercantilização dos direitos de autor, os quais passam a ser dominados por uma lógica empresarial, em que o valor económico das obras influencia os regimes legais, de forma a tornar mais lucrativa uma indústria que começou a entrar em declínio de lucros com os novos mecanismos de reprodução analógica e que acelerou esse caminho descendente com a digitalização da cópia agravada pela partilha de ficheiros em rede. A cópia privada sempre foi encarada pelas editoras como uma forma de prejudicar a exploração económica das obras, mas a situação agravou-se com os novos meios de comunicação em massa, apontando essa sempre como única e exclusiva causa de quebra do volume de negócios, o qual continua atractivo, mas já não tanto como antes, aparentemente<sup>198</sup>.

O regime penal adoptado não pode refugiar-se sequer em obrigações internacionais assumidas pelos Estados, na medida em que o próprio acordo de TRIPS considera no seu art. 61º que os membros apenas se encontram obrigados a adoptar a tutela penal nos casos de violação de direitos de autor quando cometidos à escala comercial. Claramente não foi essa a posição e interpretação efectuada pelos estados signatários. Simultaneamente com a não aprovação do ACTA seria o momento de os estados repensarem a política legislativa em torno da tutela dos direitos de autor.

O endurecimento das sanções penais pode conduzir à adopção de medidas que serão muitas vezes excessivas, podendo noutros casos ser simplesmente inadequada para perseguir o fim que se deseja. Basta lembrar que no início do presente estudo se deu conta da criação e da proliferação de partidos piratas que gozam de popularidade entre os cidadãos. Desta forma, deve ser ultrapassada a concepção de que seja o direito penal o mais adequado a proteger os interesses e direitos dos autores e dos titulares do

---

<sup>197</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Direito Penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*. Separata da obra *Direito Industrial – Vol. III*, da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra, Almedina, 2003., p. 35.

<sup>198</sup> “As editoras reclamam que a cópia privada lhes tem causado avultados prejuízos em virtude de acentuadas quebras de vendas dos seus produtos. De modo a protegerem o seu modelo tradicional de negócio, estas empresas, cujo principal valor de exploração consiste em direito de autor e conexos (*copyright*), têm reagido sistematicamente contra as infracções em massa de que alegam ser alvo no novo ambiente digital das comunicações electrónicas em rede”. Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *Pirataria e cópia privada (...)*, p. 125.

conteúdo económicos dos direitos de autor, na medida em que a sede mais adequada de tutela de tais interesses reside no direito civil, e não no direito penal<sup>199</sup>.

As leis penais, na parte especial, têm por função defender a sociedade, nas áreas mais nobres do comportamento humano e de determinadas condutas, penalizando a sua não observância, tendo em vista o interesse social e a convivência dos interesses dos cidadãos, muitas vezes contrários, com respeito da liberdade de cada um pela liberdade dos outros<sup>200</sup>.

Partilhámos das palavras do professor Faria Costa<sup>201</sup> quando considera que “já era tempo, mais que tempo, para se saber que não é pela implantação de um direito penal mais acutilante e invasivo ou mesmo mais punitivo que se faz diminuir a criminalidade”.

A afirmação torna-se ainda mais problemática quando se assiste a um esbatimento entre as diferenças existentes entre o direito de autor continental e o *copyright* anglo-saxónico, essencialmente pela uniformização de regimes através de instrumentos internacionais. Isto porque o *copyright* tem um cariz marcadamente económico, pautando-se pela lógica empresarial e de protecção das posições económicas dos empresários ligados à exploração do carácter económico dos direitos de autor. Nestes casos, a própria tutela penal é utilizada para proteger o investimento que é efectuado por estes empresários, o que se torna absurdo, na medida em que “não se explica que se estruture um ramo do direito altamente proteccionista em o fundamento da dignidade da criação intelectual para o pôr afinal ao serviço da protecção dos investimentos”<sup>202</sup>. Na realidade, a aproximação do direito de autor continental ao

---

<sup>199</sup> Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M., *Derecho Comunitário (...)*, p. 176.

<sup>200</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13/04/1999, cit. por ESPERANÇA, Filipa Almeida, *Crime de usurpação de direitos de autor – captação e audição de rádio e de televisão em lugar público (Acórdão de 13 de Abril de 1999)*, in *Revista Jurídica*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISSN: 0870-8126, n° 24, Abril de 2001, p. 24 e ss.

<sup>201</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Direito Penal e a tutela dos direitos (...)*, p. 34.

<sup>202</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Propriedade intelectual e internet (...)*, p. 159 e ss. O autor considera ainda que com os novos instrumentos internacionais o autor é apagado, criando-se uma protecção exagerada do empresário neste domínio, tornando-se cada vez mais oneroso e complicado o acesso à cultura, sob o pretexto de fomentar o acesso e a produção daquela. O autor afirma assim que “Estamos a chegar à fase do Direito de Autor sem autor”, passando-se desta forma a conferir protecção à banalidade. No mesmo sentido, também se pronuncia Ricardo M. Mata y Martín, que considera que actualmente e na forma como os tipos legais de crime foram criados, o interesse prevalecente parece ser o dos intermediários e empresários que detêm a titularidade dos direitos de exploração económica das

*copyright* iniciou-se logo com o Acordo TRIPS/ADPIC, o qual adoptava já a perspectiva dos direitos de autor enquanto mercadorias e bens de comércio, sem qualquer preocupação com a protecção do direito moral do autor<sup>203</sup>.

O sentido de descriminalização das condutas que não gozam de dignidade penal no universo da propriedade intelectual poderia ter sido iniciado com o exemplo da concorrência desleal<sup>204</sup>. Tutelada criminalmente no Código de Propriedade Industrial, no art. 260º, esta tinha essencialmente os mesmos problemas que são apontados à tutela penal dos direitos de autor. Deste modo, o bem jurídico-penal tutelado era a lealdade mercantil, o qual é logicamente supra-individual, chocando deste modo com a tradicional tutela dos bens jurídicos individuais que encontram a protecção precisamente no direito penal<sup>205</sup>. Não obstante, o tipo legal da concorrência desleal colocava ainda problemas de segurança jurídica, relacionados com o princípio da tipicidade penal, na medida em que era um tipo concretizado numa cláusula aberta. Também neste domínio a doutrina clamava há muito tempo o abandono da solução penal, a qual foi alcançada em 2003 com a aprovação do novo Código da Propriedade Industrial pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 15 de Julho, contrariando deste modo a tendência de aumento das penas aplicáveis a este crime que tinha sido concretizada ainda em 1995. A partir de 2003, a concorrência desleal passa a ser um mero ilícito contra-ordenacional, sancionado com coima, gozando ainda de protecção em sede de direito civil, através do instituto da responsabilidade civil. Este exemplo deveria desta forma ser transportado para o universo dos direitos de autor, onde também os problemas de tipicidade se colocam e onde as condutas carecem logicamente de dignidade penal.

---

obras, pouca importância sendo dada tanto aos autores como ao público em geral. Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo M., *A protecção penal da propriedade intelectual e os serviços (...)*, p. 196 e seguintes. Para o autor, a adopção desta perspectiva tem ainda impacto no acesso à cultura, abandonando-se o interesse social dos direitos de autor em detrimento de uma mercantilização das obras, com a ajuda da tutela penal.

<sup>203</sup> Como afirma Alexandre Dias Pereira, “Os direitos de autor parecem convertidos em privilégios de comércio, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a autoria, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística”. Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *A revisão do acordo (...)*, p. 378.

<sup>204</sup> Alguns apontamentos gerais e históricos sobre a concorrência desleal podem ser consultados em GONÇALVES, Luís Manuel Couto, *Manual de Direito Industrial: Patentes, Marcas e Concorrência Desleal*, 3ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2012, ISBN: 972402671X, PARTE III.

<sup>205</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O direito penal e a tutela dos direitos (...)*, p. 40.

Pelo contrário, a manutenção da criminalização neste domínio continua a atribuir um forte mecanismo de tutela que é utilizado por entidades que comercialmente dependem de alguns sectores de mercado que se desenvolveram na sombra da exploração do conteúdo económico dos direitos de autor. Frustrando-se por completo a protecção dos autores. Deste modo, entre nós a ACAPOR (Associação do Comércio Audiovisual de Portugal), tem sido a grande responsável pela denúncia de vários crimes de usurpação, no âmbito dos direitos de autor, essencialmente devido à partilha de ficheiros em rede por utilizadores que são identificados meramente pelos seus endereços de IP (*internet protocol address*).

Decidiu bem o Ministério Público<sup>206</sup>, no seu despacho de 23 de Julho de 2012 quando considerou que a quantidade de denúncias e os esforços que têm de ser despendidos pelos órgãos de investigação criminal para conseguir apurar a identidade dos utilizadores concretos não tem justificação em termos da importância dos actos praticados. Na medida em que cada utilizador acaba ao final por ser responsável apenas por violações parcelares e sem grande relevo. É esse o funcionamento característico das redes de *peer-to-peer* em que cada um acaba por partilhar apenas porções de ficheiros, de forma a tornar a cópia completa por parte do utilizador que faz a descarga de forma mais rápida. O Ministério Público concluiu ainda que a prática dos actos de *download* se inseriam legalmente na cópia privada, pelo que nenhum crime se verificava nesses casos. Considerou ainda que a ACAPOR se tem servido do instrumento da denúncia criminal para dar a conhecer à opinião pública que a contrafacção dos direitos de autor tem efeitos negativos tentando deste modo consciencializar os cidadãos dos efeitos daqueles actos nas indústrias relacionadas com estes direitos, bem como de que tais actos não podem ficar impunes. Não obstante, salienta que acabam por reconhecer, embora lancem mão do direito penal, que a repressão e punição das condutas praticadas neste domínio podem passar antes por uma tutela de natureza administrativa, através das sanções e instrumentos característicos do direito de mera ordenação social, como acontece aliás em outros países europeus. Todavia convém ter em consideração as palavras do Ministério Público quando esclarece que as denúncias se baseiam em meras presunções, como é o caso de assentarem na consideração de que é um facto público e notório que os titulares das obras em causa, e portanto titulares dos direitos de autor

---

<sup>206</sup> Disponível em <<http://static.publico.pt/docs/tecnologia/DespachoDIAP.pdf>>.

sobre as mesmas, não autorizaram a sua livre distribuição, bem como a de que o utilizador das redes de *peer-to-peer* tem plena consciência de que todos os ficheiros que partilha se encontram numa pasta que é para todos os efeitos pública, entre outras. A este problema soma-se o de as denúncias serem efectuadas contra titulares de um IP, sendo que o titular daquele não é necessariamente o agente que comete o crime, na medida em que cada um de nós pode ceder o uso do seu computador a um terceiro, sem controlar que uso é que ele faz do mesmo, sendo que as inúmeras denúncias que são efectuadas impossibilitam na prática que os órgãos de polícia criminal consigam identificar cada um dos infractores individuais. Ademais que a possibilidade de aceder à rede através de múltiplos pontos e utilizando computadores que muitas vezes se encontram em espaços públicos e acessíveis a centenas de utilizadores, reduz a uma infimidade a possibilidade de chegar a uma identidade concreta no fim de toda a investigação levada a cabo.

Compreende-se que a ACAPOR tenha a seu cargo a defesa de um determinado ramo de negócios que ficou deveras afectado com a proliferação dos *downloads*, contudo, não se compreende, novamente, como pode ser a justiça penal o instrumento de garante dessas mesmas posições de mercado. Tomando em consideração a promessa da ACAPOR de denunciar mensalmente milhares de consumidores que utilizam as redes de partilhas de ficheiros, qual será a necessidade e lógica de ter os órgãos de polícia criminal a investigar este tipo de crimes, especialmente sobrecarregados, tendo em conta o número das denúncias que prometem que sejam feitas, quando existem outros domínios em que efectivamente a sociedade reclama que a justiça passe a ser mais célere e eficaz?

Como outra face da moeda, a ACAPOR enfrenta processos movidos pela Comissão Nacional para a Protecção de Dados<sup>207</sup>, a qual protege os utilizadores individuais de todos os actos que possam ser lesivos da sua privacidade, também em rede. O Ministério Público tinha chamado a atenção para este problema no seu Despacho, considerando que a protecção conferida aos direitos de autor neste domínio tem de ser analisada sem deixar de parte a perspectiva de direitos como os de educação, acesso à cultura e de liberdade de acção na rede, especialmente quando a actuação se

---

<sup>207</sup> Cfr. <http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/50-queixas-contr-acapor-enviadas-pela-comissao-de-proteccao-de-dados-para-a-pgr-1487889>.

cinge ao âmbito particular e pessoal e em nada se relaciona com actividades comerciais ou lucrativas. Na realidade, e como é salientado, caso o problema de conflito entre os direitos de autor e a liberdade na rede estivesse minimamente resolvido ou encarado de forma uniforme, os tratados internacionais como o ACTA teriam tido receptividade imediata por parte de todos os Estados que participaram nas negociações.

Não obstante a defesa da ideia de que a protecção deve cada vez mais passar pelo abandono do direito penal em favor do direito administrativo, em Espanha, onde a Lei Síndica veio introduzir um mecanismo de controlo destes actos de cariz administrativo e de certa forma semelhante ao instituído pela Lei HADOPI, reclama-se agora novo aumento das penas de prisão aplicáveis ao cometimento destes crimes. A reforma legal poderá passar pela aplicação de penas até seis anos de prisão<sup>208</sup>, limites que são obviamente inaceitáveis. Especialmente quando começam a proliferar estudos que dão conta da inexistência de uma correlação entre a perda de receitas pelas indústrias de exploração dos direitos económicos dos direitos de autor e os *downloads* e partilhas em rede de ficheiros efectuados pelos consumidores individuais. A Comissão Europeia, que tem sempre pautado por uma posição mais moderada em termos da protecção dos direitos de autor, parecendo não considerar a tutela penal a mais adequada, publicou este ano um estudo sobre a relação entre o *download* ilegal e o consumo de cópias legais na indústria musical<sup>209</sup>, concluindo que aquele não é visto pelos utilizadores como um substituto deste.

Contudo, a perseguição penal continua a pretender um endurecimento sem justificação nem argumentos válidos. Os consumidores passam a ser perseguidos e sujeitos a penas semelhantes às aquelas que são aplicadas aos crimes que fazem parte do clássico direito penal. Por este motivo, deve compreender-se a gravidade da situação, especialmente quando se reclama um suavizar das sanções penais e a sua substituição por meios e métodos de punição que sejam menos estigmatizantes e que não retirem os cidadãos dos seus meios de socialização, por forma a melhor cumprir a finalidade das penas. Mas é a pena de prisão que continua a ser tida como o grande garante dos direitos de autor em meio digital. Deste modo, ao invés de se repensar a estratégia e ponderar a desnecessidade e absurdo desta tutela, espelhada em casos tão trágicos como os de

---

<sup>208</sup> Cfr. <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=681676&tm=7&layout=123&visual=61>.

<sup>209</sup> Cfr. <ftp://ftp.jrc.es/pub/EURdoc/JRC79605.pdf>.

Aaron Swartz<sup>210</sup>, as entidades de gestão colectiva de direitos de autor e as empresas ligadas à exploração dos direitos de autor, continuam a pressionar os governos para que alterações sejam introduzidas nas legislações de direitos de autor, onde “Perante as violações efectivas, sobem sempre a parada. A pena de morte é o limite”<sup>211</sup>.

Desta forma, apenas se pode conceber uma tutela penal que neste domínio tenha por finalidade proteger os direitos morais dos criadores intelectuais das obras, excluindo a protecção que é concedida aos titulares dos direitos económicos. Não é ao direito penal que cabe a tutela de direitos económicos, não devendo portanto o aparelho punitivo do Estado ser utilizado para garantir monopólios editoriais. Desta forma, a tutela destes direitos deve ser integralmente transferida para o direito civil e para o direito administrativo, onde as sanções terão de proteger adequadamente as perdas patrimoniais que são reclamadas pelos defensores da tutela penal feroz neste domínio.

## 7 – Conclusão.

Traçado o quadro da protecção jurídico-penal concedida em sede de direitos de autor tanto no direito penal português, como no direito penal de outros sistemas jurídicos, bem como analisados alguns dos problemas dogmáticos e de interpretação dos tipos legais de crime, torna-se necessário interpretar a validade da tutela penal concedida neste domínio.

Trata-se de um domínio em que as opiniões doutrinárias se cruzam quase sempre na mesma opinião: o sistema carece de fundamento ético e jurídico-penal do ponto de vista de todos os princípios que norteiam o direito penal moderno. Não obstante, os direitos de autor são penalmente tutelados em todos os ordenamentos jurídicos que partilham os mesmos princípios orientadores próprios de um Estado de Direito Democrático. Situação que apenas pode merecer surpresa, especialmente pela gravidade das sanções que são impostas e que ombreiam com as que são aplicadas a crimes que afectam a paz social e perturbam as expectativas de vigência das normas penais. Pelo contrário, o cometimento de um crime contra os direitos de autor não goza entre nós de

---

<sup>210</sup> Enfrentando com a possibilidade de ter de cumprir uma pena de prisão de 30 anos, este programador informático de 26 anos acabou por terminar a sua própria vida. <<http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/aaron-swartz-fundador-do-sistema-rss-suicidouso-aos-26-anos-1580563>>.

<sup>211</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito penal de autor (...)*, p. 15.

elevada censurabilidade social, tornando-se o regime legal ainda mais discrepante e distante da realidade jurídica. Desta forma, a tutela consagrada não resulta evidente ou lógica do ponto de vista da necessidade de protecção de bens jurídicos, sendo que socialmente as condutas levadas a cabo e tipificadas não produzem alarme social, não provocam qualquer tipo de reacção por parte da comunidade de sujeitos jurídicos.

Não obstante a consideração de que os direitos de autor tutelam igualmente interesses supraindividuais relacionados com a protecção da sociedade e do seu património cultural, constata-se que as condutas que são mais gravemente punidas não são as que correspondem à tutela desse património. Pelo contrário, e como já tivemos inúmeras oportunidades de salientar ao longo das páginas precedentes, as sanções tornam-se mais graves consoante se frustram, ou se esperam que frustram, os proveitos que podem ser obtidos com a exploração económica dos direitos de autor. Mesmo que com muitas das condutas se facilite, afinal, a oportunidade de consumo de bens culturais por indivíduos de outra forma estariam limitados no seu acesso a esses bens. Neste domínio, salienta-se novamente, que não cabe ao direito penal intervir como instrumento de garantia de lucros empresariais, pelo que deste modo apenas se pode pugnar por uma revogação dos tipos legais de crime consagrados, especialmente daqueles que protegem única e exclusivamente o conteúdo patrimonial dos direitos de autor, procurando encontrar soluções que tenham a capacidade de equilibrar a defesa dos autores, das indústrias que se dedicam à exploração destes direitos, bem como dos consumidores e dos cidadãos em geral, que beneficiam também da contribuição que é dada pela criação intelectual dos autores, tanto para o avanço científico, como cultural, o que se traduz obviamente num avanço civilizacional.

As alternativas que parecem criar-se neste domínio não se encontram isentas de problemas, contudo aos penalistas não cabe já a resolução dos novos problemas que possam surgir com a previsão de tutelas diferentes da tutela penal. Desta forma, ultrapassada a tutela criminal destes direitos, cabe tanto aos civilistas, como aos administrativistas e aos constitucionalistas o estabelecimento de limites às medidas que sejam adoptadas. Não obstante, sempre teremos que concluir que qualquer que seja a gravidade levantada com as alternativas criadas, nenhuma consegue ser tão alarmante como a aplicação de sanções de natureza criminal num domínio como este. E sempre se

dirá que é aliás esta a preocupação essencial do presente estudo: ultrapassar a tutela criminal de direitos que não obstante a sua importância para a comunidade, não encerram em si mesmo dignidade penal.

## Bibliografia

- **ABOUD**, Leslie, *Who owns the ruby slippers?: an analysis of the impact of Warner Bros v. X one X on visual depictions in Copyright Law*, in *Journal of Corporation Law* [pdf.], Winter2013, Vol. 38 Issue 2, [consultado pela última vez em 05/06/2013], p. 400 e ss. Disponível para consulta em < <http://connection.ebscohost.com/c/articles/85324200/who-owns-ruby-slippers-analysis-impact-warner-bros-v-x-one-x-visual-depictions-copyright-law>>.
- **ALBANESIUS**, CHLOE, *ISP piracy warnings on track for end of second quarter*, in *PC Magazine* [notícia]. Disponível para consulta online em < <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2401686,00.asp>>.
- **ALMEIDA**, Geraldo da Cruz, *O direito pessoal de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, coord. Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 1055 e ss. ISBN 9780001580534.
- **ASCENSÃO**, José de Oliveira, *Propriedade intelectual e internet*, VV.AA, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116. P. 145 e ss.
  - *Parecer sobre a proposta de lei nº108/IX – Transposição da Directiva nº 2001/29, de 22 de Maio (Direitos de autor e conexos na sociedade da informação)*, VV.AA, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116. P. 167 e ss.
  - *Direito Penal de Autor*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993. ISBN: 9789729495076.
  - *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992. ISBN: 972-32-0476-2.
- **BALGANESH**, Shyamkrishna, *The normativity of copying in copyright law*, in *Duke Law Journal* [pdf.], Vol.62, number 2, November 2012 [consultado pela última vez em 12/12/2012], p. 203 e ss. Disponível para consulta em < <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3357&context=dlj>>.

- **BITTON**, Miriam, *Rethinking the anti-counterfeiting trade agreement's criminal copyright enforcement measures*, in *The Journal of criminal law and criminology* [pdf.], vol. 102, nº1, 2011 [consultado pela última vez em 19/09/2013], p. 67 e ss. Disponível para download em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1906648](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1906648)>.
- **BRANCO**, José António, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, vol. II, p. 247 e ss. ISBN: 9789725402900.
- **BRIDY**, Annemarie, *ACTA and the specter of graduated response*, in *American University Law Review* [pdf.], Vol. 26, nº 3, Fall 2011 [consultado pela última vez em 25/08/2013], p. 559 e ss. Disponível para download em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1619006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619006)>.
- **BURKE**, Lavonne D., *The United States takes center stage in the international fight against online piracy & counterfeiting*, in *Houston Journal of International Law* [pdf]. Fall 2010, Vol. 33 Issue 1 [consultado pela última vez em 23/03/2013], p. 227 e ss. Disponível para consulta e download em <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/59211713/united-states-takes-center-stage-international-fight-against-online-piracy-counterfeiting>>.
- **BUSCH**, Cristina, *La protección penale de los derechos de autor en España y Alemania análisis de derecho comparado : perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1995. ISBN: 8489171114.
- **CARPENTER**, Craig C., *Copyright Infringement and the second generation of social media: why Pinterest users should be protected from copyright infringement by the fair use defense*, in *Journal of Internet Law* [pdf.]. Volume 16, number 7, January 2013. [Consultado pela última vez em 16/06/2013], p. 9 e ss. Disponível para download em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2131483](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131483)>.
- **COSTA**, José de Faria, *O Direito Penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*. Separata da obra *Direito Industrial – Vol. III*, da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra, Almedina, 2003.

- *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010. ISBN: 978-972-32-1820-6.

- **COWART**, Tammy Wilson, *The (final) anti-counterfeiting trade agreement (ACTA): ruthless or toothless?*, in The Southern Law Journal [on line], Fall 2011, Vol. XXI, Number 2, [consultado pela última vez em 01/07/2013], p. 269 e ss. Disponível para consulta em <[http://www.southernlawjournal.com/2011\\_2/SLJ\\_Fall%202011\\_Cowart.pdf](http://www.southernlawjournal.com/2011_2/SLJ_Fall%202011_Cowart.pdf)>.

- **CURADO**, José Luís Soares, *Direito Industrial e Direito Penal*, in Direito Industrial – Vol. II, Lisboa, Editora Almedina, 2002, ISBN: 9789724017488, p. 91 e ss.

- **DAVIES**, Colin R., *Protection of intellectual property – a myth? A consideration of current criminal protection and law commission proposals*, in The Journal of Criminal Law [pdf.], October 2004, vol. 68, nº5 [consultado pela última vez em 27/02/2013], p. 398 e ss. (Apenas disponível mediante subscrição de base de dados).

- **DIAS**, Jorge de Figueiredo; **RODRIGUES**, Anabela Miranda; *A legitimidade da S.P.A em processo penal*, Separata do 3º volume da colecção “Temas de Direito de Autor”, Lisboa Edição da Sociedade Portuguesa de Autores, 1989. P. 107 e ss.

- *Direito Penal Português Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Notícias Editorial, 1993.

- *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. ISBN: 978-972-32-1523-6.

- **DIAS**, Vera Elisa Marques, *A tutela penal do direito de autor*, Lisboa, Verbo Jurídico, Setembro de 2009. Relatório de direito de autor apresentado no Curso de Mestrado Científico em Direito Intelectual, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível para consulta em <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias\\_tutelapenaldireitoautor.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias_tutelapenaldireitoautor.pdf)>.

- **ESPERANÇA**, Filipa Almeida, *Crime de usurpação de direitos de autor – captação e audição de rádio e de televisão em lugar público (Acórdão de 13 de Abril de 1999)*, in Revista Jurídica, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISSN: 0870-8126, nº 24, Abril de 2001, p. 24 e ss.

- **FERRÉ OLIVÉ**, Juan Carlos, *Delitos contra los derechos de autor*, in Anuário de derecho penal y ciências penales, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, ISSN: 0210-3001, Tomo 44, Fascículo 1, Enero/Abril 1991.
- **FLYNN**, Sean, *ACTA's constitutional problema: the treaty is not a treaty* [pdf.]. American University Washington College of Law, Washington, D.C. n° 19, 2011 [consultado pela última vez em 13/07/2013]. PIJIP research paper. Disponível para download em < <http://digitalcommons.wcl.american.edu/research/19/>>.
- **FORBES**, Steve, *Don't Soft-Soap – SOPA*, in Forbes Magazine [on line], 13 February 2012, [consultado pela última vez em 17/09/2013]. Disponível em <<http://www.forbes.com/sites/steveforbes/2012/01/25/dont-soft-soap-sopa/>>.
- **GARCÍA CONLLEDO**, Miguel Díaz y, *Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido*, in Anuário de derecho penal y ciências penales, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, ISSN: 0210-3001, Tomo 43, Fascículo 3, Sep/Dic 1990.
- **GEIST**, Michael, *Introduction: ACTA's state of play: looking beyond transparency*, in American University International Law Review [pdf.], 26, n°.3 (2011). [consultado pela última vez em 17/07/2013], p. 543 e ss. Disponível para download em < <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol26/iss3/1/>>.
- **GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW**, *Keeping our balance in the face of piracy and counterfeiting: limiting the scope of intellectual property rights enforcement provisions in free trade agreements*, in George Washington International Law Review [pdf.], vol.42, 2010 [consultado pela última vez em 15/03/2013], p. 159 e ss. (Apenas disponível mediante subscrição de base de dados).
- **GONÇALVES**, Luís Manuel Couto, *Manual de Direito Industrial: Patentes, Marcas e Concorrência Desleal*, 3ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2012, ISBN: 972402671X, PARTE III.

- **GONÇALVES**, Nuno, *A transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva sobre o direito de autor na sociedade de informação*, VV.AA, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116. P. 249 e ss.
- **GROVES**, Jennifer Choe, *Current Government IPO enforcement programs*, in IP Litigator [pdf.], July-August 2011 [consultado pela última vez em 09/02/2013]. ISSN: 1086-914X. (Apenas disponível mediante subscrição de base de dados).
- **HARVARD LAW REVIEW**, *Copyright Law – willfull blindness – second circuit holds that willfull blindness is knowledge in Digital Millenium Copyright Act safe harbor provision – Viacom international, Inc. vs. Youtube, Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012)*, in Harvard Law Review [pdf], Harvard Law Review Association, 645, 2012 [consultado pela última vez em 12/05/2013]. Disponível para download em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/126/december12/Recent\\_Case\\_9416.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/126/december12/Recent_Case_9416.php)>.
- **HEALD**, Paul J., *American Corporate Copyright: a brilliant, uncoordinated plan*, in Journal of Intellectual Property Law [pdf.], Vol 12, 2005. [consultado pela última vez em 10/01/2013], p. 489 e ss. Disponível para download em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=819064](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=819064)>.
- **HOYOS SANCHO**, Montserrat de, *Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en internet*, in La propiedad intelectual en la era digital, limites e infracciones a los derechos de autor en la internet, coordinado por Ricardo M. Mata y Martín e Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín, Madrid, La Ley, 2011. ISBN 978-84-8126-835-5.
- **HUGENHOLTZ**, P.Bernt, *Chronicle of the Netherlands Dutch Copyright Law, 2001-2010*, in Revue Internationale de Droit d’Auteur [on line], 2010, [consultado pela última vez em 20/09/2013]. Disponível em <[http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA\\_2010.pdf](http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA_2010.pdf)>.
- *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Netherlands*, in Revue Internationale de Droit d’Auteur [on line], 2005, [consultado pela última vez em 31/01/2013], 206, p. 117 e ss. Disponível para consulta em <[http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA2005\\_206.pdf](http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA2005_206.pdf)>.

- **INTERNATIONAL BUSINESS TIMES**, *Six Strike Policy launch scheduled for Monday, Feb. 25; Copyright Alert system could hurt open wi-fi* [notícia]. Disponível para consulta em < <http://www.ibtimes.com/six-strike-policy-launch-scheduled-monday-feb-25-copyright-alert-system-could-hurt-open-wi-fi>>.
  
- **JONDET**, Nicolas, *La France v. Apple: who's the daddy in DRMs?*, in Script-ed, [on line], Vol. 3, Issue 4, June 2006 [consultado pela última vez em 17/09/2013]. Disponível em <<http://www2.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-4/jondet.pdf>>.
  
- **JUDGE**, Elizabeth F.; **AL-SHARIEH**, Saleh; *Join the club: the implications of the anti-counterfeiting trade agreement enforcement measures for Canadian Copyright Law*, in Alberta Law Review [pdf.], Vo. 49, number 3 [consultado pela última vez em 27/04/2013], p. 677 e ss. (Apenas disponível mediante subscrição de base de dados).
  
- **KARUNARATNE**, Sean B., *The case against combating BitTorrent piracy through mass John Doe copyright infringement lawsuits*, in Michigan Law Review [on line], November 2012, vol. 111, nº2, [consultado pela última vez em 09/06/2013], p. 283 e ss. Disponível para consulta em <<http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/111/2/Karunaratne.pdf>>.
  
- **KERR**, Dara, *Copyright Alert system rolls out to catch illegal downloaders*, in Technology News [notícia], disponível para consulta em <[http://news.cnet.com/8301-1009\\_3-57571237-83/copyright-alert-system-rolls-out-to-catch-illegal-downloaders/](http://news.cnet.com/8301-1009_3-57571237-83/copyright-alert-system-rolls-out-to-catch-illegal-downloaders/)>.
  
- **LANE**, Hilary H., *The realities of the Anti-counterfeiting Trade Agreement*, in Tulane Journal of International and Comparative Law [pdf.], Winter2012, Vol. 21 Issue 1 [consultado pela última vez em 12/07/2013], p. 183 e ss. Disponível para download em < <http://connection.ebscohost.com/c/articles/84346581/realities-anti-counterfeiting-trade-agreement>>.
  
- **LATORRE**, Virgilio, *Protección penal del derecho de autor*, Valência, Tirant lo Blanch, 1994. ISBN: 8480021330.
  
- **LEVINE**, David S., *Transparency soup: the ACTA negotiating process and "black box" lawmaking*, in American University International Law Review [pdf.], vol. 26, Issue 3, article 8 [consultado pela última vez em 25/05/2013], p. 811 e ss. Disponível

para consulta em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1714&context=auilr>>.

- **LIPTON**, Jacqueline D., *Cyberspace, exceptionalism, and innocent copyright infringement*, in Vanderbilt Journal of Ent. And Tech.Law [pdf.], vol. 13, issue 4, 2011 [consultado pela última vez em 21/03/2013], p. 767 e ss. disponível para consulta em <[http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Lipton\\_PDF.pdf](http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Lipton_PDF.pdf)>.

- **MANTA**, Irina D., *The puzzle of criminal sanctions for intellectual property infringement*, in Harvard Journal of Law and Technology [pdf.], vol. 24, number 2, Spring 2011 [consultado pela última vez 10/04/2013], p. 469 e ss. Disponível para consulta em <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech469.pdf>>.

- **MATA y MARTÍN**, Ricardo M., *A protecção penal da propriedade intelectual e os serviços de radiodifusão e interactivos: excessos e equívocos*, in Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN: 9770871856792. P. 195 e ss.

- *La propiedad intelectual en la era digital : límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Madrid, La Ley, 2011. ISBN 978-84-8126-835-5.

- *Delincuencia informática y derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2001. ISBN 84-89493-55-3.

- **MEHRA**, Salil K., *Keep America Exceptional! Against adopting Japanese and European-Style Criminalization of Contributory Copyright Infringement*, in Vanderbilt Journal oh Ent. And Tech.Law, [on line], Vol. 13: 8, 2011 [consultado pela última vez em 17/09/2013], p. 811 e ss. Disponível em <[http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Mehra\\_PDF.pdf](http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Mehra_PDF.pdf)>

- **MENTZER**, Stefan, *What you need to know before you file a copyright infringement lawsuit*, in Intellectual Property & Technology Law [pdf.], Vol. 24, number 3, March 2012. ISSN: 1534-3618. (Apenas disponível mediante subscrição de base de dados).

- **MERCURIO**, Bryan, *Beyond the text: the significance of the anti-counterfeiting trade agreement*, in Journal of International Economic Law [pdf.], Oxford University Press,

Vol. 15(2), 2012 [consultado pela última vez em 24/04/2013], p. 361 e ss. disponível para download em < [http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo\\_library/libweb/action/search.do?dscent=0&scp.scps=primo\\_central\\_multiple\\_fe&frbg=&tab=pesquisa\\_rapida&dstmp=1379626508694&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&index=1&tb=t&vl\(freeText0\)=Beyond%20the%20text%3A%20the%20significance%20of%20the%20anti-counterfeiting%20trade%20agreement&fn=search&vid=FCCN\\_V1](http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo_library/libweb/action/search.do?dscent=0&scp.scps=primo_central_multiple_fe&frbg=&tab=pesquisa_rapida&dstmp=1379626508694&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&index=1&tb=t&vl(freeText0)=Beyond%20the%20text%3A%20the%20significance%20of%20the%20anti-counterfeiting%20trade%20agreement&fn=search&vid=FCCN_V1)>.

- **MIRANDA**, Jorge; **MACHADO**, Miguel Pedrosa; *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1995. Parecer.

- **MOURA**, Dário Vicente, *Cópia privada e sociedade da informação* [online] [consultado pela última vez 16/08/2013]. Texto que serviu de base às conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível para consulta em < [http://www.apdi.pt/pdf/copia\\_privada\\_e\\_soc\\_da\\_inf.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf)>.

- **OSÓRIO**, Margarida, *Contrafacção e pirataria*, in Revista Aduaneira, Lisboa, Direcção Geral das Alfândegas, ISSN: 0870-5445, nº 60, Janeiro de 2006, p. 35 e seguintes.

- **PEREIRA**, Alexandre Dias, *Pirataria e Cópia Privada*, in Direito da Sociedade de Informação, Lisboa, Associação Portuguesa de Propriedade Intelectual, ISBN: 9789723218954, Vol. IX, 2011, p. 125 e ss.

- *A revisão do acordo ADPIC/TRIPS (alguns tópicos)*, AA.VV, Direito da Sociedade da Informação, Lisboa, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214116. P. 373 e ss.

- *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-40-3642-7.

- *Propriedade intelectual, concorrência desleal e sua tutela (penal) em Portugal*, in Revista da ABPI, Rio de Janeiro, Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, ISSN: 1980-2846, nº 56, Janeiro/Fevereiro 2002, p. 15 e ss.

- *O Código de Direito de Autor e a internet* [online.], Verbo Jurídico, Fevereiro 2002 [consultado pela última vez em 22/11/2012], disponível para consulta em <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda\\_internet.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda_internet.pdf)>.
- **PIMENTA**, Eduardo S., *Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudónimo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, ISBN: 8520311717.
- **PINHO**, Nuno Miguel Costa, *O direito à cópia privada digital: dois mundos em conflito*. Aveiro, 2009. Versão preliminar de trabalho apresentado no âmbito do Mestrado em Estudos Editoriais, Direito de Autor e Propriedade Intelectual. [consultado pela última vez em 10/03/2013]. Disponível para consulta em <<http://pt.scribd.com/doc/17165079/Versao-preliminar-Nuno-Pinho-Copia-Privada-digital-edireito-de-autor-dois-mundos-conflituantes>>.
- **PORT**, Kenneth L., *A case against the ACTA*, in William Mitchell Legal Studies Research Paper [pdf.]. 2011-04. Disponível para download em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1808180>>.
- **RAMALHO**, David da Silva, *A tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*, [on line], Lisboa, Ordem dos Advogados, formato PDF, disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B2c097642-c7bd-43d7-9057-0033033cda9a%7D.pdf>>.
- **REBELLO**, Luíz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3ª edição, Lisboa, Âncora Editora, 2003. ISBN: 9789727801107.
- **RENS**, Andrew, *Collateral damage: the impact of ACTA and the enforcement agenda on the world's poorest people* [pdf.]. American University Washington College of Law, Washington, D.C, nº 5, 2010 [consultado pela última vez em 12/04/2013]. PIJIP research paper. Disponível para download em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/research/8/>>.
- **RODRIGUES**, Isabel Sarsfield, *Meio de tutela de direitos de propriedade intelectual: A Directiva do «Enforcement»*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez [on line], 17-

2007, [consultado pela última vez em 10/09/2013]. Disponível em <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/SarsfieldR.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SarsfieldR.pdf)>.

- **RODRÍGUEZ MORO**, Luis, *La nueva protección penal de la propiedad intelectual (Análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003)*, in Separata de actas de derecho industrial y derecho de autor, Madrid, Marcial Pons, Tomo 24, 2003, p. 331 e ss.

- **RUSE-KHAN**, Henning Grosse, *A trade agreement creating barriers to international trade?: ACTA border measures and goods in transit*, in American University Law Review [pdf], Spring 2011. [consultado pela última vez em 27/04/2013], p. 645 e ss. Disponível para download em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1706567](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706567)>.

- **RUSE-KHAN**, Henning Grosse; **JAEGER**, Thomas; **KORDIC**, Robert; *The role of atypical acts in EU external trade and intellectual property policy*, in European Journal of International Law [pdf.], Vol. 21, nº4, 2011 [consultado pela última vez em 05/03/2013], p. 901 e ss. Disponível para download em <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/4/901.short>>.

- **SAMUELSON**, Pamela, *Legally speaking can online piracy be stopped by laws?*, in Communications of the ACM [0001-0782] [pdf], 2012 vol:55 fasc:7. [consultado pela última vez em 13/09/2013], p. 25 e ss. Disponível para consulta em <[http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo\\_library/libweb/action/search.do?dscnt=0&scp.scps=primo\\_central\\_multiple\\_fe&frbg=&tab=pesquisa\\_rapida&dsmtp=1379543999187&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&indx=1&tb=t&v1\(freeText0\)=pamela%20samuelson&fn=search&vid=FCCN\\_V1](http://mlplus.hosted.exlibrisgroup.com/primo_library/libweb/action/search.do?dscnt=0&scp.scps=primo_central_multiple_fe&frbg=&tab=pesquisa_rapida&dsmtp=1379543999187&srt=rank&ct=search&mode=Basic&dum=true&indx=1&tb=t&v1(freeText0)=pamela%20samuelson&fn=search&vid=FCCN_V1)>. ISSN: 0001-0782.

- **SCHARF**, Nick, *Life through a lens: a “lessigan” model for understanding digital copyright infringement?*, in Journal of Internet Law [pdf.], July 2012.

- **SEVILLE**, Catherine, *From pirates to eagles: America’s changing view of copyright*, in European Intellectual Property Review, Oxford, Sweet and Maxwell, ISSN: 0142-0461, Vol. 29, issue 10, October, 2007.

- **SILVA**, Alberto J. Cerda, *Enforcing intellectual property rights by diminishing privacy: how the Anti-counterfeiting Trade Agreement jeopardizes the right to privacy*, in American University Washington College of Law, Washington, D.C. n° 9, 2010 [consultado pela última vez em 13/07/2013]. PIJIP research paper. Disponível para download em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=research>>.
- **TRABUCO**, Cláudia, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. ISBN: 978-972-32-1422-9.
- **URBAS**, Gregor, *Copyright , crime and computers: new legislative frameworks for intellectual property rights enforcement*, in Journal of International Commercial Law and Technology [pdf.], Vol.7, Issue 1 (2012). [consultado pela última vez em 02/05/2013], p. 11 e ss. Disponível para download em <<http://www.jiclt.com/index.php/jiclt/article/view/145/143>>.
- **VIDAL**, José Marques, *Mercadorias em contrafacção e violações de direitos industriais*, in Direito Industrial – Vol. IV, Lisboa, Almedina Editora, 2005, ISBN: 9789724024400, p. 7 e ss.
- **XUANGUO**, Xiong, *Intellectual property rights protection through criminal justice in China, current situation and prospects* [pdf.]. Speech at the Third Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy. [Consultado pela última vez em 10/02/2013]. Disponível para consulta em <<http://www.ccapcongress.net/archives/Geneva/Files/Xiong%20Xuanguo.pdf>>.
- **WEATHERALL**, Kimberlee, *ACTA as a new kind of international IP lawmaking*, in American University Washington College of Law, Washington, D.C. n° 9, 2010 [consultado pela última vez em 13/07/2013]. PIJIP research paper. Disponível para download em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=research>>.
- **ZAPATERO ARROYO**, L.; RIVAS GARCIA, Nicolás, *La proteccion penal de la propiedad intelectual*, in Comentarios a la Ley de propiedad intelectual, 2ª edição, Madrid, Tecnos, 1997, ISBN: 8430929983, p. 113 e ss.