

DOS RIS- COS A CRIMINA- LIDADE

ALEXANDRA ESTEVES
MANUEL ANTUNES DA CUNHA
VÍTOR J. SÁ
EMESE PANYIK
FILOMENA PONTE
DANIELA MONTEIRO
CRISTINA SILVA
SÍLVIA FERNANDES
(COORDS.)



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

BRAGA

Ficha técnica

Título:	Dos riscos à criminalidade
Editor:	Faculdade de Ciências Sociais Centro Regional de Braga Universidade Católica Portuguesa
Capa:	Alexandra Esteves
Revisão da língua inglesa:	Hermenegildo Encarnação
Execução gráfica:	Manuel Antunes da Cunha, Vítor J. Sá
Versão digital:	http://www.interconexoes.com/cics2013/actas.pdf
Data de saída:	Maior de 2015
ISBN:	978-989-95645-1-0



Dos riscos à criminalidade

Coordenadores

Alexandra Esteves
Manuel Antunes da Cunha
Vitor J. Sá
Emese Panyik
Filomena Ponte
Daniela Monteiro
Cristina Silva
Sílvia Fernandes



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DE BRAGA

**O controlo de tráfego *online* no direito comunitário
e no ordenamento português.**

**Pirataria e criminalidade: a legitimidade de restrições a direitos,
liberdades e garantias de utilizadores.**

The *online* traffic control on EU and portuguese law.

**Piracy and criminality: the legitimacy of restrictions on rights, liberties
and guarantees to final users.**

Filipe Cerqueira Alves

RESUMO

A União Europeia enfrenta uma mudança de paradigma no que concerne à sua relação com o ciberespaço. Vários Estados-Membros procuram perseguir actividades presumidamente ilícitas, relacionadas com comunidades de troca de ficheiros violadoras dos princípios e direitos de propriedade industrial, escudados frequentemente no argumento do combate à criminalidade transfronteiriça informática. Pronúncias recentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia questionam e redefinem os limites de Direitos, Liberdades e Garantias – em particular, dos direitos de privacidade e de expressão dos utilizadores – que urge serem protegidos. O presente artigo procura reflectir sobre a harmonização e compatibilização dos vários direitos em conflito enquanto promove uma breve resenha sobre o estado da discussão.

Palavras-Chave: direitos de autor; direitos, liberdades e garantias; direito da informática; Sabam; Scarlet; Promusicae; Acapor.

ABSTRACT

The European Union is facing a shift of paradigm in what concerns cyberspace. Several EU member-states have sought to prosecute presumed illegal activities, mainly related to file-sharing communities violating principles of intellectual property law, basing their initiatives on the fight against cross border cybernetic crime. The European Court of

* Faculdade de Ciências Sociais, UCP-Braga, fca@cerqueiraalves.pt

Justice, in its recent rulings, reflects on the boundaries of Fundamental Rights as they were understood until so far. The present essay attempts to reflect on the harmonization and coordination of the various rights at issue - and at stake – as well as to summarize briefly the state of the discussion.

Keywords: intellectual property rights; fundamental rights; informatics law; Sabam; Scarlet; Promusicae; Acapor.

1. O PROBLEMA: TUTELA DA PRIVACIDADE DE CONSUMIDORES VS. TUTELA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL FACE À DESMATERIALIZAÇÃO DOS SUPORTES DE OBRAS

A presente apresentação visa aflorar, de modo sucinto, alguns dos problemas jurídicos que se colocam na temática do controlo de tráfego *online* e tutela tanto de privacidade como de direitos de propriedade, aqui incluídos os direitos de propriedade intelectual (DPI).

Na verdade, a hermenêutica jurídica confronta-se frequentemente com o desenvolvimento exponencial das ferramentas que o mundo digital oferece aos consumidores. Pensamos, não só mas a título de exemplo, na partilha desmaterializada e *online* de ficheiros contendo obras protegidas por direitos de autor por consumidores nas suas actividades quotidianas. E aí, ou a produção legislativa é obsoleta e desactualizada face à evolução do mercado ou então é verdadeiramente inexistente, relegando para os tribunais o papel de integração dos conflitos que surgem.

2. HARMONIZAÇÃO OU DESARMONIZAÇÃO COMUNITÁRIA? O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE)

Quando cabe aos estados-membros da União Europeia (EM) o papel de transpor parte dessa produção legislativa (porquanto oriunda do ordenamento comunitário através de directivas) para o ordenamento interno, a actuação da União Europeia (UE) acaba por surgir como um verdadeiro factor de desarmonização ao invés de harmonização jurídica. O espaço de conformação legislativo deixado a cada EM acaba por permitir uma interpretação das disposições das directivas de latitude variável por cada um destes, o que coloca em questão a tentativa de regulação e coordenação dos

limites dos direitos de privacidade dos utilizadores e consumidores finais, no que toca à protecção dos DPI e seus abusos. Tal fenómeno resulta agravado pelas sensibilidades diversas de vários poderes legislativos⁹² e interpretações jurisprudenciais locais face ao problema. Neste contexto, tem cabido ao TJUE o papel de um tímido apontar de linhas de interpretação e de clarificação no que toca, em específico, ao controlo de tráfego de *internet*.

Assim, no caso *Scarlet v. SABAM*⁹³, o TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre a recusa de um fornecedor de acesso à *internet* (FAI) em instalar um sistema de filtragem de acesso à rede com o fito de controlar comunicações que usem *software* de partilha de ficheiros *peer to peer* (*p2p*) para cometer infrações de DPI. Em 2004, a SABAM (uma sociedade de gestão colectiva de direitos de autor) concluiu que os utilizadores dos serviços da Scarlet (FAI) utilizavam os mesmos para descarregar da rede peças do catálogo da SABAM através de *software p2p*, sem qualquer autorização desta ou pagamento de qualquer quantia. A SABAM pretendia que a Scarlet pusesse um fim a tais infracções de DPI através do bloqueio ou impossibilitando, de qualquer modo, a transmissão por *software p2p* de ficheiros que contivessem uma obra musical sem a permissão dos detentores dos DPI, sob pena de uma sanção pecuniária compulsória.

Na sua pronúncia sobre o caso, o Advogado-Geral (AG) Cruz Villalón considerou que a questão que se colocava diante do TJUE era uma questão de direitos fundamentais, o que implicava uma análise baseada na proporcionalidade da medida – restritiva – em causa. Chamando à colação princípios preceituados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁹⁴, o AG fez notar que um mecanismo de filtragem e bloqueio de informação tem necessariamente que controlar todos os pacotes de dados carregados e descarregados de e para o terminal do utilizador, utilizando um método sistemático e universal que abrangeria não só as comunicações via *p2p* de qualquer género, mas

⁹² A título de exemplo, compare-se o fenómeno de relativa abertura aos anseios dos consumidores por parte da comunidade política sueca, que inclusive permite a eleição legislativa de deputados diretamente relacionados com a proclamação da liberdade de circulação de conteúdos *online*, com a atitude persecutória do executivo francês à partilha de obras protegidas por direitos de autor em ambientes privados.

⁹³ Vd. TJUE, proc. C-70/10, acórdão de 24 de Novembro de 2011.

⁹⁴ O AG considerou que estavam em questão os arts. 7º, 8º e 11º da CDFUE, bem como o seu art. 17º, n.º 2 considerando que este abrange os direitos de propriedade tradicionais (tendencialmente corpóreos), e de igual modo, a propriedade intelectual. Uma restrição a um DPI estaria a ser levado a cabo, conforme definida pelos arts. 8º, n.º 2 e 10º, n.º 2 da CDFUE.

também outro tipo de comunicações, como por exemplo *downloads* oriundos de sítios na rede como os famosos *MegaUpload* ou *RapidShare*, por exemplo.

Uma vez que o endereço IP é considerado pelo ordenamento comunitário como um dado pessoal⁹⁵ e não obstante a restrição em questão poder ser considerada adequada para proteger os DPI (no sentido de se tratar de uma medida capaz e idónea para o fim proposto), o AG conclui que o pedido da SABAM teria de ser aplicado a todos os utilizadores da Scarlet, global e indiscriminadamente, sem garantias de um processo justo e tributário das ideias de protecção de dados pessoais e confidencialidade de comunicações, opondo-se à admissibilidade da medida por parte do TJUE.

O TJUE rapidamente afastou a possibilidade de uma monitorização activa de todas as comunicações electrónicas levadas a cabo na rede de um FAI, pois tal seria contrário ao art. 15º, n.º 1 da Directiva 2000/31/CE⁹⁶. Recordando o Caso 275/06 - *Promusicae*⁹⁷, o TJUE fez apelo a um equilíbrio na compatibilização entre os vários direitos fundamentais em questão pelas autoridades de cada EM, considerando que tal equilíbrio jamais poderia ser alcançado por uma disposição que mais infringisse o art. 3º, n.º 1 da Directiva 2004/48/CE⁹⁸ por impor um ónus excessivo ao FAI bem como sendo potencialmente infractora dos arts. 8º e 11º de CFDUE⁹⁹. Como tal, rejeitou uma disposição que impunha a um FAI a instalação de um sistema para filtrar todas as comunicações electrónicas que passem pelos seus canais, em particular aquelas utilizando *software p2p*, obedecendo a requisitos especiais e particularmente estritos, com vista a bloquear a transferência de ficheiros cuja partilha infrinja DPI. Ainda assim, note-se que o TJUE absteve-se de analisar a compatibilidade abstracta entre os direitos

⁹⁵ Vd. o Caso Starlet e a Directiva 95/46/CE e Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro.

⁹⁶ “Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.”

⁹⁷ Veja-se o Acórdão de 29 de Janeiro de 2008, publicado na Colectânea de Jurisprudência do Tribunal, I-00271, 2008.

⁹⁸ “Os Estados-Membros devem estabelecer as medidas, procedimentos e recursos necessários para assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual abrangidos pela presente directiva. Essas medidas, procedimentos e recursos devem ser justos e equitativos, não devendo ser desnecessariamente complexos ou onerosos, comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos injustificados.”

⁹⁹ Reza o art. 8º: “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”. Por seu turno, dispõe o art. 11º, n.º 1: “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.”

fundamentais em questão, debruçando-se apenas sobre a análise da lei belga e a sua inaplicabilidade ao caso face ao direito comunitário.

Tal decisão teve dois méritos: por um lado, marcou uma linha clara sobre o tipo de medidas que não podem ser adoptadas, em abstracto, para a tutela de DPI, excluindo peremptoriamente medidas gerais que onerem os FAI; por outro, relançou a discussão sobre os limites dos direitos de privacidade face aos DPI.

De igual modo, a remissão para o caso *Promusicae* é um sintoma claro de quão hesitante está o TJUE em traçar uma contribuição definitiva para o debate entre os detentores de DPI e consumidores que descarregam as obras do seu catálogo, observado de perto pelos FAI. No caso *Promusicae*, o TJUE aceitou em certa medida restrições aos direitos de privacidade dos utilizadores quando em confronto com DPI, embora tenha remetido a análise e conformação dessas medidas para os EM, seja durante o procedimento legislativo que as consagra, seja na apreciação judicial concreta de cada caso pelos tribunais.

Este panorama transporta a Europa para o que já foi designado como uma « constitucionalização europeia meramente formal » (Kosta, 2010), através do efeito devolutivo para as legislações nacionais da concretização do equilíbrio e compatibilização entre os vários direitos fundamentais consagrados no acervo comunitário.

Contudo, e talvez inadvertidamente, no Caso C-467/08 *Padawan*¹⁰⁰, o TJUE pode ter estabelecido um novo paradigma que pode ajudar a interpretação da lei comunitária e a sua aplicação nacional (Karapapa, 2011). Os interessados na questão têm bem presente a distinção legal entre a violação de DPI a uma escala comercial e o uso privado de material protegido por DPI. De facto, é essencial para a própria noção dos DPI que a dado momento haja algum tipo de uso privado da obra protegida, uma vez que o desenvolvimento cultural e social pretendido obter e estimulado pela defesa dos DPI só pode ocorrer se efectivamente seja permitido a todos a fruição de obras previamente concebidas. Daí que o uso privado de obras e a cópia privada das mesmas tenham sido entendidos até à data como uma excepção ao direito de reprodução dos autores das mesmas, nos termos do art. 5º, n.º 2 da Directiva 2001/29/CE¹⁰¹. Implicitamente, no entanto, nos parágrafos 52 a 56 do caso *Padawan*, o TJUE sugere

¹⁰⁰ Cfr. o Acórdão de 21 de Outubro de 2010, publicado na Colectânea de Jurisprudência do Tribunal, I-10055, 2010.

¹⁰¹ Que elenca casos nos quais os EM podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução ou autorização de reprodução que pertence aos autores.

que a cópia privada é, mais do que uma excepção ao direito de reprodução dos autores, um verdadeiro direito do utilizador final, o que não deixa de ser consentâneo com o apelo a uma certa noção de justiça que a AG Verica Trstenjak faz nas suas conclusões ao caso. Pois se o consumidor é obrigado a pagar uma compensação equitativa ou uma taxa¹⁰² para acesso a meios de fixação e reprodução baseadas na presunção de que tais meios serão utilizados para cópia e reprodução de obras protegidas, é natural que este entenda ter um direito a efectivamente proceder à cópia e reprodução de obras protegidas. Se da compra de bens que possibilitam reprodução e cópia de obras protegidas a lei presume a efectiva reprodução e cópia de obras protegidas; se não está prevista na lei a possibilidade de o utilizador elidir essa presunção para evitar o pagamento de tais taxas; se a fiscalização da cópia privada no domicílio parece vedada pelas disposições que regulam a intimidade do lar e da vida privada; então, parece que o utilizador final terá legitimamente o direito de copiar as obras na sua posse.

É certo que, como recorda a AG Trstenjak (parágrafo 78 de suas conclusões), a partilha de ficheiros *p2p* pode não ser considerada contida nos limites do conceito de “cópia privada”. Porém, não se pode ignorar que 1) os consumidores têm o direito legalmente consagrado de reprodução privada das obras em sua posse; 2) a partilha das mesmas não envolve, na larga maioria dos casos, nenhum tipo de fim económico ou de divulgação ao público¹⁰³. Ambas estas considerações, cumuladas com o facto de que a monitorização genérica de uma ligação à *internet* de um utilizador parece ser uma prática ilegal face ao *acquis* comunitário, deixam o utilizador final que descarregue obras protegidas da *internet* – e que as partilhe sem propósitos comerciais – não compreendido em previsão legal alguma que o impeça de copiar obras privadas sem autorização do titular dos DPI.

3. DIREITOS CONEXOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

É importante ter presente que o acesso à *internet* é, hodiernamente, um meio primário de comunicação e socialização, tendo sido inclusivamente considerado pelo Tribunal Constitucional francês como integrando o direito fundamental de liberdade de

¹⁰² Actualmente reguladas em Portugal pela Lei n.º 62/98, com alterações introduzidas pela Lei n.º 50/2004. Sobre o assunto, veja-se também o acórdão do nosso Tribunal Constitucional n.º 616/2003.

¹⁰³ Vd. *infra* nota 18.

expressão e de informação em todos os seus vectores¹⁰⁴. A liberdade de discurso e de expressão é um tónico que surge logo à cabeça quando se pensa a formação de uma sociedade democrática devidamente respeitadora dos direitos do Homem. Permitir que entidades privadas ou sem intervenção judicial possam controlar o acesso à *internet*, logo a liberdade de expressão e informação, pode conduzir a abusos sérios ou descaminhos de utilização de informação por parte desses operadores, acções essas dificilmente revisíveis e reversíveis pelos tribunais, pelo menos em tempo útil.

Se a situação é complexa do ponto de vista legal, tecnicamente, a filtragem genérica e *ex ante* de comunicações através do FAI é um meio excessivo de controlo de tráfego porquanto interfere com outros direitos fundamentais relacionados com a liberdade de expressão e de informação. Outros métodos de controlo de tráfego afiguram-se um tanto ou quanto ineficazes: por um exemplo, poderia ser canalizado o tráfego gerado por determinados protocolos através de portas específicas nos servidores do FAI, que então os fiscalizaria. Porém, tal comprometeria *software p2p* utilizado não só para partilha de ficheiros mas primordialmente para comunicação, eg. *Skype*, com o óbice de não ser verdadeiramente eficaz atenta a proliferação de comunidades de comunicação e transferência de ficheiros utilizando os protocolos *http* ou *ftp*. Os sítios *web* utilizados por estes protocolos colocam, aliás, problemas graves uma vez que não é exequível a fiscalização do conteúdo de cada carregamento para disponibilização posterior por parte de cada utilizador – sem olvidar a existência da chamada *deepweb*. O escopo de uma medida tão restritiva seria forçosamente excessivo uma vez que, como é óbvio, o potencial das comunicações *p2p* largamente ultrapassa os seus inconvenientes relacionados com partilha de ficheiros.

As liberdades comunitárias implicam ainda a liberdade de empresa, porquanto os direitos de propriedade são considerados direitos fundamentais pela CDFUE e pela CEDH. Os direitos de propriedade dos FAI seriam excessivamente restringidos se uma injunção para controlo e monitorização de tráfego a seu cargo fosse decretada, sendo que graves problemas concorrenciais seriam suscitados – pense-se no degrau de variável de implementação de um *software* de monitorização¹⁰⁵ e o impacto que tal teria na

¹⁰⁴ Veja-se a decisão do *Conseil Constitutionnel* 2009-580 DC de 10 Junho de 2009.

¹⁰⁵ Sejam os claros: a partilha de ficheiros é um pilar do comércio informático e tudo o que gravita em seu torno. Quanto maior for a necessidade de partilha de ficheiros, maior é a procura dos utilizadores por uma maior largura de banda e maior disponibilização de ligações – nem mencionaremos a procura de equipamentos de memória rígida. A procura generalizada de conexões de banda larga possibilita a redução do preço na oferta das mesmas, o que propicia o acesso a mais informação e veículos de expressão por uma maior parte da população, fomentando o pluralismo. Mecanismos de monitorização a

distribuição de custos por cada concorrente, uma vez que a proposta da SABAM contemplava que tais custos fossem encargos dos FAI.

4. A TUTELA DO CONSUMIDOR: BREVES INDICAÇÕES E PERSPECTIVAS

É que, ademais e em bom rigor, o descarregamento de um ficheiro é uma acção localizada na esfera privada do utilizador, não preenchendo o conceito de “direito de comunicação de obras ao público” que estará reservado aos autores pelo disposto no art. 3º, n.º 1 da Directiva 2001/29/CE, resultando, portanto, não sancionado. De igual modo, poder-se-á aventar que a filtragem de tráfego abstrai dos princípios da culpa e da presunção de inocência, porquanto a *ratio* fundamental de tais acções, segundo os detentores dos DPI, seria que sem o tráfego não autorizado de material protegido, os utilizadores teriam de comprar as suas obras nos circuitos comerciais ao seu dispor, gerando-se aqui e assim o dano daqueles detentores. Não deixamos de considerar tal pensamento falacioso, uma vez que um utilizador poderá estar disposto a descarregar uma obra da *internet* gratuitamente mas jamais a comprar a mesma nos circuitos comerciais – recorde-se que em Portugal um CD áudio custa aproximadamente 5% do salário mínimo nacional. Virtualmente, então, nenhum dano foi causado nos detentores dos DPI, seja na forma de danos emergentes, seja na forma de lucros cessantes.

Mais gravosamente, haverá que pensar que nem todo o *software p2p* que permite a partilha de ficheiros é utilizado para práticas ditas ilícitas de partilha. Através do uso de *software* do género, vários artistas podem encontrar meios de divulgação do seu trabalho, equilibrando o domínio das grandes editoras e assim impulsionando a inovação e indústrias criativas, bem como a disseminação de informação não censurada.

Por seu turno, em Portugal, um recente despacho de arquivamento de inquérito do Ministério Público (MP)¹⁰⁶ face a um conjunto de denúncias efectuadas por uma sociedade de gestão colectiva de direitos de autor relacionadas com a comissão do crime de usurpação (art. 194º Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos – CDADC) exprimiu, com clareza, alguns dos óbices – aparentemente incontornáveis – que

cargo de FAI poderiam ter consequências inimagináveis. A velocidade das ligações seria afectada, afectando inerentemente a promoção de comunicação e informação. Situações de responsabilidade contratual relacionadas com velocidades contratadas em contraste com as efectivamente disponibilizadas pelos FAI poderiam surgir. Os preços tenderiam a aumentar, atentos os custos de tais mecanismos. Enfim, uma miríade de questões subsequentes e consequentes seria despoletada.

¹⁰⁶ Vd. o despacho de arquivamento de inquérito do proc. n.º NUIPC 6135/11.7TDLSB do Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa, datado de 20/07/2012.

impedem sobre os titulares dos DPI. Com efeito, assinala o MP que não é documentada a partilha nem a consumação da mesma ou a protecção das obras em termos de não autorização para disponibilização pública e que a mera referência ao endereço IP de um terminal não permite a identificação da pessoa singular que cometeu o crime, dando o exemplo das ligações *wireless* e em *cybercafés* como obstáculos intransponíveis para o apuramento efectivo da autoria da prática ilícita. Recusa-se ainda a presumir que seria público e notório que os titulares das obras em causa não teriam autorizado que a mesma fosse livremente distribuída (o que na nossa óptica terá de se reconduzir à questão da eventual falta de desvalor de acção, antecedente lógico de tipificação de uma conduta criminal), acrescentando que os utilizadores não têm noção que numa arquitectura *p2p*, ao mesmo tempo que estão a descarregar um ficheiro da rede, estão automaticamente a disponibilizar os fragmentos já descarregados do mesmo para outros utilizadores. Conclui com a ideia já aventada e que se adivinha perscrutando o ordenamento comunitário: que a reprodução nas redes *p2p* para uso privado é permitida com base no disposto nos arts. 75º, n.º 2, al. a) e 81º, b) CDADC.

Em bom rigor, é inegável que o descarregamento feito por um utilizador de uma obra protegida, para uso privado, não atinge a sua normal exploração¹⁰⁷ por parte do autor nem lhe causa um prejuízo injustificado atento o diminuto valor de uma simples cópia. Por outro lado, é natural que um utilizador não pode ser responsabilizado pelo que outros utilizadores façam no seu lar, nomeadamente, descarregamentos massivos de obras protegidas por DPI. Somos de opinião que a partilha de ficheiros em rede *p2p*, *per se*, sem objectivos comerciais paralelos (imagine-se, o retorno através de publicidade gerada pela disponibilização dos mesmos) não pode ser alvo de sanções penais ou sequer cíveis, por se encontrar abrangida pelas excepções previstas no ordenamento comunitário e no CDADC, nomeadamente por não configurar uma disponibilização ao público¹⁰⁸, outrossim uma modalidade de cópia privada e transmissão da mesma¹⁰⁹.

¹⁰⁷ De igual modo, a partilha de obras numa rede *p2p* não é uma verdadeira reprodução pois que não permite o contacto com a obra, donde que a chamada à colação deste preceito não seja verdadeiramente exacta mas ponto de partida para estabelecimento de critérios e analogias, uma vez que o conceito de reprodução não abrange as reproduções meramente tecnológicas (Ascensão, 2006).

¹⁰⁸ Note-se que o TJUE, no seu acórdão de 7 de Março de 2013, proc. C-607/11, *ITV Broadcasting*, recuperou jurisprudência anterior para densificar o conceito de comunicação ao público – público será um número indeterminado de destinatários potenciais e um número de pessoas bastante importante, sendo pertinente saber quantas pessoas têm acesso à mesma obra paralela e sucessivamente, sendo irrelevante saber se os destinatários potenciais acedem às obras comunicadas através de uma ligação individual. Porém, a capacidade de carregamento de um utilizador doméstico (por contraste ao uso de servidores comerciais, como nos autos em questão) é altamente limitativa deste dito potencial, mesmo que extravase

5. CONCLUSÃO

Na nossa óptica, não são os direitos fundamentais dos cidadãos que se devem moldar ao modelo de negócio a instituir, outrossim o inverso. De modo a trilhar tanto o desenvolvimento social como cultural conferindo protecção aos autores e conhecimento aos utilizadores, o caminho passa essencialmente por uma rota não legislativa que compatibilize os vários interesses em questão – « downstream creations often rely on the possibility of studying upstream creations » (Bonadio, 2010). É uma formulação que encontra, aliás, arrimo constitucional em Portugal, visto o reconhecimento na Constituição da República Portuguesa tanto da liberdade de criar (art. 42º) como do direito à fruição cultural (art. 78º).

Os FAI deverão coordenar-se com os detentores dos DPI, podendo aceder ao catálogo destes e disponibilizá-lo aos seus utilizadores por um preço justo, comprometendo-se a identificar e a perseguir violações de DPI. Políticas de utilização aceitável, limitando larguras de banda de determinados protocolos previamente identificados como sendo utilizados para disseminação não autorizada de material protegido, poder-se-iam colocar como uma solução não implicando uma monitorização de tráfego trocado, potencialmente violadora de privacidade dos utilizadores, mas apenas a alocação de largura de banda necessária para não comprometer a liberdade de expressão sem restrições excessivas à capacidade da ligação de cada um e velocidade contratada com os FAI. Certamente que não impediria violações de DPI mas contribuiria para a menor violação em massa dos mesmos, ao passo que a liberdade de empresa dos FAI não seria afectada nem o seu modelo de negócio onerado com encargos excessivos que tornariam a sua relação custos/proveitos inatrativa.

o domínio familiar, no que cremos se encontrar a diferenciação entre a utilização doméstica e a jurisprudência do TJUE.

¹⁰⁹ Que, em si mesma, é livre (Ascensão, 2006, p. 156).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ascensão, J. O. (2006). Propriedade intelectual e Internet. In Associação Portuguesa do Direito Intelectual, *Direito da Sociedade de Informação*. vol. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 145-165.

Bonadio, E. (2011). File sharing, copyright and freedom of speech. *European Intellectual Property Review*, vol. 33, nº 10, 619-631.

Karapapa, S. (2011). Padawan v SGAE: a right to private copy? *European Intellectual Property Review*, vol. 33, nº 4, 252-259.

Kosta, V. (2010). Internal Market Legislation and the Private Law of the Member States – The Impact of Fundamental Rights. *European Review of Constitutional Law*, nº 4, 410-436.