



Universidades Lusíada

Almeida, Alberto Francisco Ribeiro de, 1967-

A propriedade intelectual nos serviços digitais : o reforço da tutela do direito de autor

<http://hdl.handle.net/11067/6478>

<https://doi.org/10.34628/ynx7-5w59>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

A futura regulação dos serviços digitais, além de prever uma estrutura de governação da sociedade digital, incorpora as mais recentes orientações do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a responsabilidade ou irresponsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha (incluindo os muito grandes fornecedores de plataformas em linha ou motores de busca) quanto às infrações a direitos de propriedade intelectual...

The future digital services act, in addition to affording a governance building for the digital society, integrates the latest guidance from the Court of Justice of the European Union on the liability or non-liability of online intermediary service providers (including providers of very large online platforms or online search engines) for infringements of intellectual property rights....

Tipo

bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-15T19:18:23Z com informação proveniente do Repositório

A PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS SERVIÇOS DIGITAIS (O REFORÇO DA TUTELA DO DIREITO DE AUTOR)

INTELLECTUAL PROPERTY IN DIGITAL SERVICES
(STRENGTHENING COPYRIGHT PROTECTION)

Alberto Ribeiro de Almeida*

<https://doi.org/10.34628/ynx7-5w59>

SUMÁRIO

1. A regulação da sociedade digital.
2. O ordenamento jurídico vigente e a interpretação do TJUE no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha quanto às infrações a direitos de propriedade intelectual.
 - 2.1. A Diretiva sobre comércio eletrónico.
 - 2.1.1. A desresponsabilização dos prestadores intermediários de serviços em linha.
 - 2.1.2. A interpretação do TJUE.
 - 2.2. O artigo 17.º da Diretiva 2019/790/UE.
 - 2.2.1. Campo de aplicação subjetivo.
 - 2.2.2. Necessidade de obtenção de uma autorização.
 - 2.2.3. A regra: afastamento do regime de isenção.
 - 2.2.4. A exceção: afastamento da responsabilidade.
 - 2.2.5. A obrigação de monitorizar conteúdos.
 - 2.2.6. O princípio da proporcionalidade.
 - 2.2.7. Utilizações legítimas.
 - 2.2.8. Mecanismos alternativos de resolução de litígios.
 - 2.2.9. A busca de um justo equilíbrio entre direitos fundamentais.
 - 2.2.10. Apreciação do TJUE (Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia).
 - 2.2.11. Conclusão.

* Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada (Norte – Porto).

3. A propriedade intelectual na futura regulação dos serviços digitais.

4. Conclusão.

RESUMO: A futura regulação dos serviços digitais, além de prever uma estrutura de governação da sociedade digital, incorpora as mais recentes orientações do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a responsabilidade ou irresponsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha (incluindo os muito grandes fornecedores de plataformas em linha ou motores de busca) quanto às infrações a direitos de propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVE: Digital; Plataforma em linha; Motores de pesquisa; Prestadores de serviços de intermediação em linha; Responsabilidade.

SUMMARY: **1.** Digital society regulation. **2.** The current legal system and the interpretation of the ECJ concerning the liability of intermediary online service providers related to infringements of intellectual property rights. **2.1.** The E-Commerce Directive. **2.1.1.** Non-liability of online services intermediary providers. **2.1.2.** ECJ interpretation. **2.2.** Article 17 of the Directive 2019/790/EU. **2.2.1.** Subjective field of application. **2.2.2.** Need to obtain an authorization. **2.2.3.** The rule: removal from the exemption regime. **2.2.4.** The exception: non-liability. **2.2.5.** The obligation to monitor contents. **2.2.6.** Proportionality principle. **2.2.7.** Legitimate uses. **2.2.8.** Alternative dispute resolution mechanisms. **2.2.9.** The search for a fair balance between fundamental rights. **2.2.10.** ECJ evaluation (Poland against European Parliament and Council of the European Union). **2.2.11.** Conclusion. **3.** Intellectual property in the future regulation of digital services. **4.** Conclusion.

ABSTRACT: The future digital services act, in addition to affording a governance building for the digital society, integrates the latest guidance from the Court of Justice of the European Union on the liability or non-liability of online intermediary service providers (including providers of very large online platforms or online search engines) for infringements of intellectual property rights.

KEYWORDS: Digital; Online platform; Online search engines; Providers of online intermediation services; Responsibility.

1. A regulação da sociedade digital

Uma das prioridades da União Europeia para o início desta década é preparar a Europa para a era digital, reforçando o direito de autor. A sociedade digital colocou novos desafios desde logo aos direitos de propriedade intelectual, em especial na sua relação com os direitos fundamentais. Buscam-se novos equilíbrios numa escala transterritorial. Reconhecer esta década como digital é não apenas reconhecer o quanto a tecnologia digital está a transformar a economia¹, a nossa vida e a nossa compreensão do Homem como pessoa, mas igualmente a necessidade de regular a sociedade digital centrando-se menos na realização do mercado interno, sem o descurar, e acentuando a defesa dos direitos fundamentais².

O livre desenvolvimento da pessoa, da sua identidade, e a tutela da sua dignidade, a liberdade de consciência e de formação de opinião³, a proteção das esferas de privacidade e dos dados pessoais, a liberdade de expressão, o direito a uma informação fiável, diversificada e plural (promotora da liberdade crítica), não condicionadora do comportamento (o respeito pela autonomia humana)⁴, a tutela da criação intelectual no espaço em linha⁵⁻⁶, a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços em linha, uma sociedade digital segura e de confiança (conteúdos que respeitam os direitos humanos), uma inteligência artificial subordinada a princípios éticos e aos direitos humanos, são apenas alguns dos princípios que devem nortear a sociedade digital. Uma agenda digital aparentemente centrada no ser humano, mas longe de estabelecer uma regulação (e consequente controlo) convergente nesse sentido.

Independentemente da eficácia das medidas que se pretendem consagrar para combater todas as formas de criminalidade em linha (incluindo abuso sexual de menores, terrorismo, etc.), a manipulação (através de algoritmos inteligentes) de mensagens e comportamentos, a usurpação de identidade, a pirataria informática, o *software* de sequestro, a proteção de dados pessoais, em especial os sensíveis, a desinformação, bem como garantir a promoção de conteúdos em linha de qualidade, fiáveis e plurais, é necessário que a realização do mercado interno assente igualmente numa comunidade empresarial dinâmica e competitiva à qual o direito europeu da concorrência vigente não tem conseguido responder⁷. De igual

modo, a infração dos direitos de propriedade intelectual, em especial o direito de autor e os direitos conexos, mas identicamente os direitos de propriedade industrial, em especial os desenhos e modelos, as marcas e as indicações geográficas (incluindo as denominações de origem), exige uma tutela efetiva no ambiente digital destes direitos⁸. Responsabilizar os fornecedores de plataformas em linha ou, pelo menos, não desresponsabilizar inteiramente é um dos objetivos do futuro regulamento sobre os serviços digitais. Não nos esqueçamos que a amplitude da tutela do direito de autor (e dos direitos conexos) está intimamente associado ao modo como comunicamos numa sociedade digital (desde logo o direito à informação) e tem uma influência direta na nossa compreensão de uma sociedade democrática plural⁹.

Apesar de diversas medidas adotadas¹⁰, a União Europeia apresentou um pacote legislativo novo com vista a regular as plataformas em linha: o regulamento P2B (*platform-to-business relations*)¹¹; o regulamento sobre os mercados digitais (*Digital Markets Act*) que visa, fundamentalmente, assegurar o correto funcionamento do mercado interno mediante a promoção de uma concorrência eficaz nos mercados digitais de modo a assegurar a sua contestabilidade e equidade (em especial no que respeita às plataformas em linha)¹²; e o regulamento sobre os serviços digitais (*Digital Services Act*)¹³. Na verdade, não basta um mercado contestável, é necessário que este mercado digital ofereça conteúdos, produtos e serviços seguros (tentando-se afastar os riscos da manipulação e desinformação), legais (livres de conteúdos ilegais, incluindo a infração de direitos de propriedade intelectual) e respeitadores dos direitos fundamentais. Responsabilização dos prestadores de serviços intermediários em linha, dos fornecedores de plataformas em linha, dos utilizadores e das autoridades públicas é um dos desígnios desta proposta de regulamento sobre os serviços digitais. Alcançar estes desígnios exige regulação e supervisão dos prestadores de serviços de intermediação em linha (que inclui serviços de alojamento, plataformas em linha, e, efetuando uma discriminação, as grandes plataformas em linha por constituírem um risco acrescido na difusão de conteúdos ilegais – e, diga-se, estejam ou não estabelecidos na União Europeia) – está-se claramente a abandonar a economia digital “informal” e, mais latamente, a *internet* “informal” (assente na premissa de que o que é ilegal fora da linha deverá ser ilegal em linha). Como estamos longe das teses abolicionistas...¹⁴

Este pacote de medidas, assente em Regulamentos e já não em Diretivas, evidencia o nível de intervenção exigido de modo a evitar divergências entre os ordenamentos jurídicos. Existe uma evolução em relação ao direito vigente, incluindo a jurisprudência do TJUE¹⁵. Deve-se sublinhar que as novidades, em toda a regulação em causa, assentam não de modo essencial em alterações substantivas, mas em alterações de natureza processual ou procedimental (o artigo 17.º da Diretiva 2019/790/UE é disso exemplo, bem como a consagração, nesta diretiva, de sistemas de registo, desde logo digitais). Alterações regulatórias que nos permitem questionar o sentido do regime direito de autor e dos direitos conexos.¹⁶

2. O ordenamento jurídico vigente e a interpretação do TJUE no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha quanto às infrações a direitos de propriedade intelectual

A sociedade digital, através das tecnologias da comunicação e da informação, permitiu o desenvolvimento de um conjunto particularmente vasto de atividades em linha destinadas à exploração económica de produtos e serviços. A primeira preocupação do direito da União Europeia foi eliminar obstáculos ao desenvolvimento da sociedade digital, e conseqüentemente do mercado interno (estando aqui em causa fundamentalmente o exercício da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços), derivados das divergências entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Com este objetivo surge a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio¹⁷ eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»)¹⁸.

2.1. A Diretiva sobre comércio eletrónico

A tutela efetiva dos direitos de propriedade intelectual no quadro da sociedade digital tem sido difícil fundamentalmente por três razões: a prioridade que tem sido dada à realização do mercado interno descurando a tutela daqueles direitos (referimo-nos, obviamente, a utilizações ou reproduções não autorizados pelos

titulares dos direitos de propriedade intelectual); a multiplicidade dos serviços abrangidos e a dinâmica do mercado digital¹⁹; as dificuldades práticas e jurídicas em combater as infrações aos direitos de propriedade intelectual na sociedade digital²⁰ incluindo a regra da desresponsabilização dos prestadores intermediários de serviços em linha²¹⁻²².

2.2.1. A desresponsabilização dos prestadores intermediários de serviços em linha

É precisamente sobre esta desresponsabilização dos prestadores intermediários de serviços em linha que vamos tecer algumas considerações de modo a avaliarmos as novidades do projeto de Regulamento sobre os Serviços Digitais. Estes prestadores intermediários de serviços em linha são facilitadores das transações entre terceiros na *internet* (seja entre comerciantes, entre comerciantes e consumidores, entre entidades públicas ou entre entidades públicas e seus utilizadores) em virtude de concederem e manterem as infraestruturas necessárias para permitir a comunicação de informação, a realização de atividades económicas diversas e outras múltiplas atividades (comerciais, culturais, sociais, de entretenimento, etc.). Do simples transporte à armazenagem não temporária de conteúdos, dos serviços que facilitam a criação e o acesso a conteúdos ao armazenamento e processamento de dados, são diversos, como vimos, os serviços prestados por estes intermediários. Serviços que são concedidos a terceiros e são estes terceiros, em regra, que criam, armazenam, comunicam, partilham e divulgam conteúdos, produtos e serviços na *internet*. A responsabilização dos intermediários é uma responsabilidade secundária (a *secondary liability*), ou seja, uma responsabilidade pelas atividades ilegais dos seus utilizadores [os destinatários dos serviços nos termos do artigo 2.º, alínea d), da citada Diretiva 2000/31/CE]. Sendo certo que são os destinatários dos serviços (terceiros) que criam e divulgam os conteúdos, produtos e serviços que podem infringir direitos de propriedade intelectual, como dissemos, importa não olvidar que os intermediários facilitam (pois fornecem os meios) essa infração (sem prejuízo dos casos em que os intermediários têm uma responsabilidade direta e não secundária²³).

Vejamos o que a citada Diretiva 2000/31/CE nos diz. No caso de simples transporte (*mere conduit*), o artigo 12.º da Diretiva não responsabiliza o prestador

do serviço desde que este prestador: «a) não esteja na origem da transmissão; b) não selecione o destinatário da transmissão; e c) não selecione nem modifique as informações que são objeto da transmissão». No caso de armazenagem temporária (*caching*), o artigo 13.º Diretiva não responsabiliza o prestador do serviço desde que: «a) o prestador não modifique a informação; b) o prestador respeite as condições de acesso à informação; c) o prestador respeite as regras relativas à atualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector; d) o prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e e) o prestador atue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso». No caso de armazenagem em servidor (*hosting*), o artigo 14.º Diretiva não responsabiliza o prestador do serviço (salvo se o destinatário do serviço atuou «sob autoridade ou controlo do prestador» – *vide* o n.º 2 desta disposição) desde que: «a) o prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal, ou b) o prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações»²⁴.²⁵ Todavia, os Estados-Membros podem e devem prever medidas destinadas a proteger os direitos de propriedade intelectual que se traduzam em exigir do prestador intermediário de serviços que previna ou coloque termo a uma infração daqueles direitos (artigos, 12.º, n.º 3, 13.º, n.º 3, e 14.º, n.º 3, da Diretiva, sendo que certo que nesta última disposição se permite ainda que os Estados-Membros estabeleçam «disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação»)²⁶. Ou seja, a isenção de responsabilidade não afasta a aplicação de medidas inibitórias ou outras que previnam (função preventiva) ou coloquem termo a informações ilegais ou conteúdos ilegais. Sublinhe-se que medidas destinadas a prevenir infrações futuras, ou seja, destinadas a evitar quaisquer novos prejuízos para as partes interessadas (artigo 18.º da Diretiva 2000/31/CE), implicam alguma forma de vigilância para o futuro, ainda que não

se possa traduzir numa obrigação geral de vigilância (existirão aqui equilíbrios a ponderar em concreto, como veremos, sem que se coloque em causa a lógica subjacente aos interesses, por vezes em conflito, que o legislador europeu ponderou em abstrato e que corresponderam a uma escolha político-ideológica – uma ponderação que colocou diversos desafios interpretativos ao TJUE, como veremos).

Sublinhe-se que as disposições em causa isentam os prestadores intermediários de serviços em linha de responsabilidade (diga-se, responsabilidade indireta, pois não é o prestador ele próprio responsável, de alguma forma, pelos conteúdos ilegais – quando, obviamente, o comportamento do prestador do serviço se limite, precisamente, a prestar o serviço de intermediário e) desde que se cumpram um conjunto de pressupostos. Ou seja, a técnica legislativa utilizada não foi a de estabelecer os pressupostos da responsabilidade, mas sim os pressupostos da irresponsabilidade (que, por exemplo, no artigo 12.º da Diretiva são todos negativos)²⁷. Acresce que basta que o prestador cumpra esses pressupostos para ficar isento de responsabilidade (o legislador europeu procurou um equilíbrio entre os diversos interesses em jogo: do prestador do serviço; dos utilizadores do serviço; e das pessoas lesadas por infrações praticadas na decorrência da utilização do serviço disponibilizado)²⁸. Os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros não podem estabelecer outros pressupostos para a isenção de responsabilidade (veremos no acórdão *Sony*, C-484/14, que o facto de o prestador de serviço de acesso à *internet* não ter protegido esse acesso, através de palavras-passe por exemplo, não afasta a sua isenção de responsabilidade, desde que cumpra os pressupostos, negativos, previstos no artigo 12.º da Diretiva 2000/31/CE). Este quadro de (ir)responsabilidade seria completamente diverso se o prestador de serviço verificasse as informações que armazena ou transmite ou se as controlasse ou vigiasse; aliás, neste caso, o prestador deveria ser considerado responsável (houvesse dolo ou negligência) por qualquer conteúdo ilegal ou atividade ilegal (ou seja, o quadro de responsabilidade e sua eventual exclusão seria completamente invertido). Neste outro quadro a ponderação dos interesses em jogo propenderia para a tutela das pessoas lesadas pelas atividades ilegais ou conteúdos ou informações ilegais (teria prevalecido, no quadro da nossa análise, a defesa dos interesses dos titulares dos direitos de propriedade intelectual). Reitere-se que o objetivo foi outro e, conseqüentemente, o ónus de vigilância recai sobre os titulares dos direitos infringidos – são estes que têm de agir (a posição da Diretiva é, em defesa dos prestadores de serviços intermediários em linha, reativa).

O regime de isenção de responsabilidade tem natureza horizontal pois aplica-se a qualquer tipo de infração, desde, por exemplo, direitos de propriedade intelectual a direitos de personalidade (*id est*, qualquer conteúdo ilegal). Acresce que a diferenciação de regimes estabelecido na Diretiva assenta na diferente categoria de serviço prestado²⁹ e não numa diferente categoria de prestadores de serviços intermediários em linha³⁰. Importa, ainda, referir que se um prestador de serviços intermediário em linha não cumprir os pressupostos de isenção estabelecidos na Diretiva, ficará subordinado ao disposto no direito nacional do Estado-Membro em causa.³¹

Por fim, nos termos do disposto no artigo 15.º da Diretiva, os Estados-Membros estão impedidos de impor aos prestadores dos referidos serviços «uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes»³². Na verdade, uma obrigação geral de vigilância implicaria um esvaziamento da isenção de responsabilidade pois implicaria que os prestadores de serviços intermediários em linha tivessem uma atitude ativa (já não neutra e passiva) na busca de conteúdos ilegais. Ou seja, o regime consagrado em benefício dos prestadores de serviços intermediários em linha aplica-se a três tipos de atividades (*mere conduit*, *caching* e *hosting*) e apresenta dois tipos de proteção: isenção de responsabilidade e ausência de uma obrigação geral de vigilância³³.

2.1.2. A interpretação do TJUE

Esta isenção de responsabilidade tem sido apreciada pelo TJUE. No acórdão do TJUE de 23 de março de 2010, *Google*, processos C-236/08 a C-238/08, estava em causa o uso, como palavras-chave no âmbito de um serviço de referenciamento³⁴ na *internet*, de sinais que correspondem a marcas (algumas de prestígio, como Louis Vuitton), sem que os titulares destas tenham dado o seu consentimento. As referidas palavras-chave (*AdWords*) foram escolhidas por clientes do prestador do serviço de referenciamento e foram aceites e armazenadas por este último. Os clientes em causa comercializam imitações dos produtos do titular da marca ou são simplesmente concorrentes deste³⁵. À luz do regime jurídico europeu que tutela o direito sobre a marca é indiscutível que «o titular de uma marca está habilitado a proibir que um anunciante, a partir de uma palavra-chave idêntica

a tal marca, que esse anunciante, sem o consentimento do referido titular, selecionou no âmbito de um serviço de referenciamento na Internet, faça publicidade a produtos ou serviços idênticos àqueles para os quais a referida marca está registada, quando tal publicidade não permite ou permite dificilmente ao internauta médio determinar se os produtos ou os serviços objeto do anúncio provêm do titular da marca ou de uma empresa economicamente ligada a este, ou, pelo contrário, de um terceiro» (§ 99 do acórdão)^{36,37} Todavia, já não infringe essa mesma legislação sobre marcas «o prestador de um serviço de referenciamento na Internet, que armazena como palavra-chave um sinal idêntico a uma marca e que organiza a exibição de anúncios a partir de tal sinal» (não é um uso a título de marca, disse o tribunal³⁸). Todavia, tem ainda de se apurar se este prestador de serviços (não tendo, na opinião do tribunal, infringido o direito de marca) poderá ser responsabilizado ao abrigo da citada Diretiva 2000/31. O TJUE foi claro ao concluir, em primeiro lugar, que o serviço de referenciamento é um serviço da sociedade da informação (já *supra* desenvolvemos este conceito da Diretiva 2000/31). Haveria de verificar, de seguida, se (tendo em conta o considerando 42 da Diretiva 2000/31) o papel desempenhado pelo prestador de serviços «é neutro, ou seja, se o seu comportamento é puramente técnico, automático e passivo, implicando o desconhecimento ou a falta de controlo dos dados que armazena» (se o prestador de serviço verificasse as informações que armazena ou transmite, se as controlasse ou vigiasse, já não seria neutro nem passivo e o seu serviço não seria técnico e automático³⁹). Assim, se a Google não desempenhou um papel ativo na prestação do serviço de referenciamento, suscetível de lhe facultar um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados, não poderá «ser considerado responsável pelos dados que tenha armazenado a pedido de um anunciante, a menos que, tendo tomado conhecimento do carácter ilícito desses dados ou de atividades do anunciante, não tenha prontamente retirado ou tornado inacessíveis os referidos dados»⁴⁰⁻⁴¹. Existirão, no mínimo, muitas dúvidas em qualificar o serviço “Adwords” da *Google* como neutro, passivo, automático e puramente técnico⁴².

O TJUE reiterou a sua interpretação no acórdão de 12 de julho de 2011, *L’Oreal*, processo C-324/09. Estava aqui em causa a colocação à venda, sem o consentimento do titular da marca (a *L’Oréal*), de produtos desta empresa no sítio de comércio eletrónico explorado pela *eBay*⁴³. A *L’Oreal* verificou que nos sítios

de comércio eletrónico da eBay existiam produtos à venda que violavam a disciplina jurídica da marca. As marcas da L’Oreal eram exibidas nos sítios eletrónicos da eBay, eram anunciadas em sítios de operadores de motores de busca e em conexões (*links*) patrocinadas em virtude da utilização de palavras-chave correspondentes às marcas da L’Oreal (através do serviço de referenciamento *AdWords* da Google, a eBay fazia aparecer uma conexão publicitária para um sítio na *internet* da eBay onde produtos eram oferecidos para venda)⁴⁴. O TJUE não teve dúvidas que estávamos em face de uma infração ao regime jurídico de tutela das marcas⁴⁵. Relativamente às *AdWords* e o serviço de referenciamento na *internet*, o TJUE seguiu o acórdão (*Google*) que referimos e criticámos no parágrafo anterior⁴⁶. Quanto à responsabilidade do operador do sítio de comércio eletrónico quando armazena, em servidor, informações prestadas pelos seus clientes vendedores, o TJUE regressa ao citado acórdão *Google*, sublinhando que os artigos 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31 visam, como regra, não responsabilizar os prestadores intermediários de serviços em linha. O TJUE começou por dizer que um serviço na *internet* destinado a facilitar o contacto entre vendedores e compradores de produtos pode ser, em princípio, considerado um serviço (já conhecemos a definição) na aceção da citada Diretiva 2000/31. A eBay armazena, ou seja, memoriza no seu servidor, certos dados fornecidos pelos seus clientes quando abrem uma conta de vendedor na eBay. O problema está em saber se a eBay realiza «uma prestação neutra, através de um processamento puramente técnico e automático dos dados fornecidos pelos seus clientes», ou se desempenha um papel ativo suscetível de lhe facultar um conhecimento ou um controlo dos dados fornecidos pelos clientes. Na verdade, a eBay presta assistência com o intuito de otimizar a apresentação ou de promover determinadas propostas de venda dos destinatários dos seus serviços. Se assim é, a eBay não teve uma posição neutra, mas ativamente interveio na relação entre o seu cliente vendedor e os compradores, o que lhe permitiu um conhecimento ou um controlo dos dados relativos às propostas de venda, ou seja, não poderá beneficiar da desresponsabilização consagrada no artigo 14.º da Diretiva 2000/31⁴⁷. Mas, mesmo que o intermediário não tenha tido um papel ativo, só poderá ser isento de responsabilidade pelos dados de carácter ilegal que armazenou se, nos termos da citada disposição, não tiver tido «conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal» e, no que diz respeito a uma ação de indemnização por perdas e danos, não

tiver tido «conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal» ou, «após ter tido conhecimento, tenha atuado com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações em causa». Se o prestador do serviço toma conhecimento, por qualquer forma (porque tomou iniciativa ou foi notificado) da existência de factos ou circunstâncias ilegais (*in casu*, propostas de venda), já não poderá beneficiar da isenção. Ainda que se trate de notificações que sejam imprecisas ou informações indeterminadas, o prestador do serviço deve agir de forma diligente para conhecer da ilicitude (*in casu*, das propostas de venda)^{48 49}. Ou seja, mais uma vez, o tribunal apresenta uma posição favorável aos prestadores de serviços intermediários em linha, não ponderando corretamente as funções jurídicas da marca, a qualificação de um uso a título de marca e a sua tutela, bem como a qualificação (como não neutra) da atividade desenvolvida pelo prestador de serviços intermediários em linha.

No recente acórdão do TJUE, de 22 de junho de 2021, C-682/18 e C-683/18, *YouTubel/Cyando*, estavam em causa infrações a direitos de propriedade intelectual cometidas por utilizadores da plataforma de partilha de vídeos explorada pela YouTube e da plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros explorada pela Cyando. O TJUE começa por esclarecer se, ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, um operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros, na qual os utilizadores podem colocar ilegalmente à disposição do público conteúdos protegidos, realiza uma «comunicação ao público» destes conteúdos⁵⁰. O tribunal entendeu que, em princípio, tal operador não realiza um ato de comunicação ao público, salvo se contribuir, «além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso a tais conteúdos em violação dos direitos de autor»⁵¹. De seguida o TJUE esclarece que «a atividade do operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros está abrangida pelo âmbito de aplicação» do disposto no artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE «desde que esse operador não desempenhe um papel ativo suscetível de lhe conferir um conhecimento ou um controlo dos conteúdos carregados na sua plataforma», ou seja, o operador é neutro no exercício da sua atividade (o seu comportamento é puramente técnico, automático e passivo, não tendo conhecimento ou controlo sobre a informação transmitida ou armazenada). Por outro lado, este operador só não beneficiará do regime de isenção estabelecido na referida disposição se tiver

«conhecimento dos atos ilegais concretos dos seus utilizadores relativos a conteúdos protegidos que foram carregados na sua plataforma», ou seja, tem um comportamento ativo (e não neutro, puramente técnico, automático e passivo; mas um comportamento ativo que lhe permita o referido conhecimento ou controlo – *id est*, não se impõe um comportamento inteiramente passivo⁵²)⁵³. Por outras palavras, o operador da plataforma em linha só não cumprirá com a condição da alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º se tiver conhecimento de atividades e informações ilegais concretas (não bastando um conhecimento abstrato da colocação na sua plataforma de conteúdos ilegais)⁵⁴ – diga-se, ainda, que só perante conteúdos concretos pode o operador da plataforma em linha cumprir com a condições prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º.⁵⁵⁻⁵⁶ Por fim, esteve aqui sujeito a apreciação o regime alemão da «responsabilidade do perturbador» (*Störerhaftung*)⁵⁷.

A apreciação da inexistência de uma obrigação geral de vigilância por parte dos prestadores intermediários de serviços em linha tem sido, em especial, objeto de análise por parte do TJUE. No seu acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet*, processo C-70/10, esteve em causa a recusa por parte de um fornecedor de acesso à *internet* em instalar um sistema de filtragem e de bloqueio das comunicações eletrónicas através de *softwares* de intercâmbio de arquivos (*peer-to-peer*) para impedir o intercâmbio não autorizado de ficheiros protegidos por direito de autor. O tribunal recorda que os prestadores intermediários de serviços em linha podem ser objeto de medidas (desde logo inibitórias) quando os seus serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual (medidas que podem ter um carácter preventivo), mas as autoridades nacionais não podem impor a um prestador intermediário de serviços em linha a adoção de medidas que se traduzam no cumprimento de uma obrigação geral de vigilância (seria uma infração do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31). No caso concreto, era imposto, através de uma medida inibitória, a um fornecedor de acesso à *internet* o seguinte: a instalação um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de *software peer-to-peer*; o sistema de filtragem aplicava-se indistintamente a toda a sua clientela; tinha carácter preventivo; o fornecedor do serviço suportaria todas as despesas da instalação desse sistema; e não haveria limitação no tempo (abrangendo, igualmente, obras futuras, ainda não criadas no momento da instalação do sistema). Por fim, teria de ser um sistema capaz de identificar na rede desse fornecedor a

circulação de ficheiros eletrónicos (em tráfego *peer-to-peer*) que contivessem conteúdos protegidos por direitos de propriedade intelectual (*in casu* obras), e com o objetivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio violasse direitos de autor. Manifestamente, a medida em causa é excessivamente custosa, de duvidoso resultado prático face à evolução tecnológica, traduz-se numa obrigação geral de vigilância de todas comunicações realizadas na rede do prestador do serviço em linha, e poder-se-ia traduzir numa violação de dados pessoais (endereços IP) e da confidencialidade das comunicações. O tribunal considerou que se estava, na verdade, perante a exigência de uma vigilância geral e ativa da «totalidade dos dados relativos a cada cliente a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual», uma medida não equitativa, violadora do princípio da proporcionalidade e excessivamente onerosa (o sistema em causa era complexo, oneroso, permanente e os custos exclusivamente suportados pelo destinatário da medida). Sendo certo que está em causa um direito fundamental (direito de propriedade), este direito não é intangível nem tem de ser assegurado de forma absoluta. Tem de existir, como já referimos, um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa (direito de propriedade, por um lado, liberdade de empresa, liberdade de informação⁵⁸, tutela de dados pessoais e da privacidade, por outro⁵⁹)⁶⁰. É essa justa harmonização (um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito que determinará a medida justa a adotar) que, neste caso, não era assegurada.⁶¹⁻⁶²

De todo o modo, estamos perante um quadro legal assente num princípio de irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha quanto ao conteúdo das informações veiculadas ou armazenadas pelos destinatários dos seus serviços. Os deveres destes prestadores de serviços continuam indeterminados e imprecisos, no quadro de uma Diretiva que tem tido diferentes interpretações pelos órgãos jurisdicionais ou autoridades administrativas dos Estados Membros. Impõe-se um outro caminho.

2.2. O artigo 17º da Diretiva 2019/790/UE

Face ao desenvolvimento da sociedade digital impõe-se um novo equilíbrio entre os interesses em conflito: o dos titulares de direitos de propriedade intelectual, o dos prestadores de serviços intermediários em linha e o dos utilizadores (ou

destinatários desses serviços). Na verdade, a evolução tecnológica gerou um novo modo de criar obras, produzi-las, distribuí-las e explorá-las. Em particular no domínio das obras protegidas por direito de autor ou direitos conexos assistiu-se ao desenvolvimento de novos modelos de negócios (que exploram obras, direta ou indiretamente) e novos intervenientes, sem prejuízo de o objetivo essencial ser o da tutela de um direito fundamental – o direito de propriedade (intelectual). Todavia, a insegurança jurídica, para todos os intervenientes, na utilização ou exploração (no domínio digital) de obras ou outros materiais protegidos, exigiu uma nova intervenção do legislador europeu⁶³. A proteção dos interesses dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos pretende remunerar a criatividade (o valor gerado pelos conteúdos protegidos não se reflete na remuneração dos autores, tendo estes muitas dificuldades em controlar os usos das suas obras efetuados pelos fornecedores de plataformas) e incentivar a competitividade da indústria Europeia⁶⁴. Por fim, na busca de um equilíbrio possível (não necessariamente um justo equilíbrio) entre os prestadores de serviços em linha que se dedicam à exploração mercantil (ou, pelo menos, com fins lucrativos) de conteúdos protegidos por direitos de propriedade intelectual (ainda que carregados pelos seus utilizadores) e os titulares dos direitos de propriedade intelectual, importa (re)ponderar a responsabilização desses prestadores de serviços pela infração a direitos de propriedade intelectual, desde logo não ignorando a disponibilidade de meios inteligentes (assentes em algoritmos) que permitem verificar (filtrar) automaticamente os conteúdos (*upload filters* ou filtros de colocação em linha) que são ou vão ser carregados (carregamentos ascendentes ou descendentes – *upload* e *download*) de modo a prevenir infrações àqueles direitos⁶⁵ (bloqueando a difusão de conteúdos protegidos)⁶⁶.

Em face do exposto duas medidas essenciais tinham de ser adotadas: os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem obter autorização dos titulares dos direitos em relação aos conteúdos protegidos disponibilizados, ainda que colocados pelos destinatários dos serviços; tais prestadores de serviços devem desenvolver os melhores esforços (*do their best*) para evitar a distribuição de conteúdos protegidos não autorizados, seja obtendo a devida autorização, seja não os distribuindo, seja removendo-os e prevenindo futuras infrações. Estamos a referir à Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.⁶⁷

2.2.1. Campo de aplicação subjetivo

Em relação a esta Diretiva centrar-nos-emos na responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha na utilização de conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos (o que o mesmo é dizer que olharemos, em especial, para o disposto no artigo 17.º da referida Diretiva⁶⁸).

Importa, desde já, referir que por «prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha» se entende, para esta Diretiva e nos termos do seu artigo 2.º, n.º 6, «um prestador de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos»^{69,70}.

Houve claramente o objetivo de restringir o campo de aplicação subjetivo da Diretiva, limitando a apenas alguns serviços da sociedade da informação (os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha)⁷¹. Sobre estes prestadores de serviços e, em especial, sobre aqueles que sejam prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha de grande dimensão recaem especiais deveres de conduta (a isenção de responsabilidade que *supra* referimos no quadro da Diretiva 2000/31/CE já não faz sentido – ou perde sentido face a um princípio de proporcionalidade na assunção de riscos – perante estes prestadores de serviços de grande dimensão que exploram economicamente obras e outros materiais protegidos).

2.2.2. Necessidade de obtenção de uma autorização

Importa, em primeiro lugar, sublinhar que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, quando oferecem ao público conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos (carregados pelos seus utilizadores), efetuam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público desses conteúdos (parece que estamos aqui perante uma responsabilidade direta⁷², e já não secundária, e objetiva, pela divulgação de conteúdos não autorizados – afastando-se assim do regime de isenções previsto da Diretiva 2000/31/CE⁷³)⁷⁴.

Afasta-se, assim, qualquer dúvida quanto à necessidade destes prestadores de serviços terem de respeitar o direito de autor ou direitos conexos (daqui deriva, de imediato, que os titulares de direitos de autor ou de direitos conexos não têm de efetuar buscas na *internet* de eventuais infrações aos seus direitos e que tais buscas, só por si, não lhes garantiam uma remuneração, apenas uma eventual indemnização a que poderiam ser condenados os destinatários dos serviços, não os prestadores dos serviços⁷⁵).

Face àquela qualificação⁷⁶, aqueles prestadores devem obter a necessária autorização dos titulares dos direitos em causa⁷⁷, sendo este o caminho preferido⁷⁸ (a autorização poderá ser obtida de acordo com os diferentes modelos consagrados no direito interno dos Estados-Membros desde que esses modelos sejam facilitadores na concretização do objetivo do artigo 17.º que é o de promover um mercado de concessão de licenças⁷⁹). Por certo que, no quadro do artigo 17.º e para a realização dos seus fins, deveríamos estar perante licenças ou autorizações multiterritoriais ou transterritoriais – solução difícil de alcançar e, diga-se, o artigo 12.º da Diretiva (licenças coletivas com efeitos alargados) não é a resposta face aos seus requisitos e salvaguardas⁸⁰.

A Diretiva esclarece ainda (artigo 17.º, n.º 2) que esta autorização deverá compreender, por razões de segurança jurídica, os atos realizados pelos utilizadores do serviço (desde que estes utilizadores não ajam com objetivos comerciais ou, em alternativa, a sua atividade «não gerar receitas significativas»⁸¹⁻⁸²) – neste objetivo a Diretiva não é clara se a autorização obtida (nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 1, segundo parágrafo) abrange os atos realizados pelos utilizadores (devendo consagrar-se no diploma de transposição uma presunção legal *úris et de jure* ou uma presunção legal *úris tantum*) ou se tem de ser prevista autonomamente esta abrangência (no acordo de concessão da autorização)⁸³.

2.2.3. A regra: afastamento do regime de isenção

Particularmente significativa é a inversão – face à Diretiva 2000/31/CE, que já analisamos – da responsabilização dos prestadores intermediários de serviços em linha, neste caso dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha⁸⁴. Reza, assim, o primeiro parágrafo do n.º 4 do artigo 17.º «Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que (...)» (uma responsabilidade direta, e não secundária, e objetiva, como dissemos).

Assim, e como nos diz o n.º 3 deste mesmo artigo 17.º «Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação da responsabilidade prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo». Já estudámos esta isenção de responsabilidade da Diretiva 2000/31/CE que a presente Diretiva afasta⁸⁵ e começa, precisamente, por responsabilizar os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (ainda que carregados pelos seus utilizadores) pelos atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público de conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos sem a necessária autorização dos titulares dos direitos em causa. O princípio é, agora, o da responsabilidade (direta ou primária) e não o de isenção de responsabilidade.

2.2.4. A exceção: afastamento da responsabilidade

Em virtude de os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha não carregarem, eles mesmos, os conteúdos que colocam em linha (os conteúdos são carregados pelos utilizadores) e de, provavelmente (ou muito provavelmente) não conseguirem obter autorizações de todos os titulares de direitos relativamente a todos os conteúdos protegidos (presentes e futuros) que podem ser carregados (não nos esqueçamos da multiplicidade de direitos que podem estar em causa e, sem menor importância, do princípio da territorialidade e consequente multiplicidade de autorizações e licenças – sem prejuízo do que referimos *supra*), era necessário encontrar um equilíbrio na responsabilização daqueles prestadores de serviços quando não haja autorização (um instrumento de responsabilidade específica), pois ainda não se exige que aqueles prestadores só possam comunicar ao público ou disponibilizar ao público conteúdos legais (*id est*, obtida a devida autorização dos titulares do direito de autor ou direitos conexos), o mesmo n.º 4 do artigo 17.º, isenta de responsabilidade os referidos prestadores de serviços,

se os mesmos demonstrarem (têm este ónus de prova) que: «a) envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)». Ou seja, a segunda condição parece impor a adoção de tecnologias de filtragem de conteúdos (não se quis consagrar expressamente a exigência de tecnologias de filtragem, como estabelecia o proposto artigo 13.º)⁸⁶ e a terceira condição consagra o sistema de «notificação e bloqueio» (*notice and take-down*) e «notificação e bloqueio permanente» (*notice-and-stay-down*).

Na falta de autorização dos titulares de direitos de propriedade intelectual e modo a que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sejam isentos de responsabilidade pela comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos, o legislador europeu consagrou deveres recíprocos de colaboração. Os titulares dos direitos de propriedade intelectual devem fornecer aos prestadores de serviços informações pertinentes e necessárias à identificação dos conteúdos protegidos ou notificarem, de forma suficientemente fundamentada, os prestadores dos serviços dos conteúdos em causa⁸⁷. Os prestadores dos serviços devem, em primeiro lugar, desenvolver todos os esforços para obter a necessária autorização, nos termos que referimos⁸⁸; na impossibilidade de obtenção dessa autorização, devem, considerando os padrões de diligência profissional do setor em causa, desenvolver os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade dos conteúdos protegidos⁸⁹; e devem, de forma diligente, bloquear o acesso aos conteúdos protegidos ou retirá-los dos seus sítios na *internet* e, ainda, desenvolver os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento^{90,91}. Estamos perante uma obrigação de meios (obrigações de diligência) e não uma obrigação de resultado – exige-se do devedor que desenvolva os melhores esforços em vista de um certo resultado, mas sem ser obrigado a atingir esse resultado⁹².

2.2.5. A obrigação de monitorizar conteúdos

A referida colaboração entre os prestadores de serviços em causa e os titulares dos direitos de propriedade intelectual tem como objetivo a tutela extrajudicial do direito de autor e direitos conexos mediante a adoção (além dos deveres dos titulares) das melhores tecnologias para filtrar os conteúdos colocados na *internet* (sendo certo que a Diretiva não apenas não define o que são «elevados padrões de diligência profissional» ou os «melhores esforços», como não diz expressamente que medidas ou tecnologias os fornecedores de plataformas devem implementar para cumprirem as suas obrigações)⁹³.

Sendo certo que, nos termos do n.º 8 do referido artigo 17.º, se afastou qualquer obrigação geral de monitorização, a verdade é que na ausência de vigilância dos conteúdos (uma filtragem de conteúdos com recurso a ferramentas informáticas⁹⁴) comunicados ao público ou colocados à sua disposição ou ineficácia das tecnologias de reconhecimento de conteúdos⁹⁵, aqueles prestadores de serviços serão responsáveis pelos conteúdos comunicados ao público ou colocados à sua disposição sem a necessária autorização dos seus titulares.

Assim, foi consagrada uma obrigação de monitorização de conteúdos, que só não será qualificada como uma obrigação geral de vigilância se: a) for corretamente aplicado o princípio da proporcionalidade (competindo ao TJUE ponderar se a Diretiva conferiu densidade e extensão suficiente a este princípio, designadamente se não existiam medidas alternativas menos gravosas⁹⁶); b) a Diretiva ter consagrado salvaguardas suficientes de modo a respeitar as liberdades de expressão e de informação dos utilizadores (desde logo o respeito pelas exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos e os mecanismos de reclamação e de recurso); c) se verificar um justo equilíbrio entre direitos fundamentais em conflito. A responsabilidade pela vigilância ou monitorização compete agora aos prestadores de serviços (e uma monitorização com função preventiva e não apenas de remoção de conteúdos)⁹⁷.

2.2.6. O princípio da proporcionalidade

Diga-se que o regime consagrado se rege pelo princípio da proporcionalidade no sentido de as medidas adotadas pelos prestadores dos serviços deverem ser

adequadas e necessárias ao fim que se pretende alcançar. Tal resulta, claramente, do disposto no n.º 5 do mesmo artigo 17.º que aponta, para esta ponderação, os seguintes elementos (a título exemplificativo): «o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços». Se estamos em face de um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha de grande dimensão, que armazena e comunica ao público grande quantidade de obras protegidas por direito de autor, obras de grande divulgação dirigidas ao público em geral e com uma enorme adesão, é de esperar um esforço significativo na adoção de tecnologias de vigilância e reconhecimento particularmente adequadas e eficazes ainda que custosas (procurar-se-á sempre um justo equilíbrio entre a medida a adotar e a necessidade de tutela dos direitos em causa)⁹⁸.

Além de fazer intervir, como se impunha, o princípio da proporcionalidade, o legislador europeu apenas impõe os deveres que referimos aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que tenham, nos últimos três anos um volume de negócios anual superior a 10 milhões de euros, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão. Ou seja, o legislador europeu isentou certos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha da adoção das medidas de vigilância que referimos (e respetivos deveres). Nos termos do n.º 6 do artigo 17.º, novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos⁹⁹ e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de euros (calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão¹⁰⁰), apenas estão obrigados – para ficarem isentos de responsabilidade – a desenvolverem todos os esforços no sentido de obterem uma autorização dos titulares do direito de autor ou direito conexos, *id est*, não se lhes aplicam as outras condições de isenção. Todavia, se estes prestadores de serviços – e por isto esta isenção do dever de vigilância é parcial – receberem uma notificação, suficientemente fundamentada, para que procedam ao bloqueio do acesso a obras protegidas pelo direito de autor ou outro material protegido ou para que removam essas obras ou outro material protegido dos seus sítios *internet*, têm de agir de modo diligente [*id est*, têm de cumprir a obrigação de «notificação e retirada» («notice-and-takedown» e não «notice-and-staydown») de acordo com o disposto no artigo 17.º,

n.º 4, alínea c), primeira parte]. Todavia, se, nos termos do segundo parágrafo deste n.º 6 do artigo 17.º, o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços for superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que enviaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objeto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias [ou seja, além de terem de cumprir a obrigação de «notificação e retirada», têm de cumprir a obrigação de «bloqueio» nos termos do artigo 17.º, n.º 4, alínea c), segunda parte – todavia, sempre beneficiando do princípio da proporcionalidade pois destes novos prestadores deverá-se exigir menos, em termos de soluções a adotar, do que dos que não são novos prestadores ainda que aqueles tenham mais de cinco milhões de visitantes individuais mensais]¹⁰¹. Ou seja, os deveres recíprocos (dos titulares de direitos, quanto ao dever de informação, e dos prestadores de serviços, quanto ao dever de vigilância) não são inteiramente afastados nestes casos.

2.2.7. Utilizações legítimas

O referido dever de cooperação não existe quando os conteúdos carregados pelos utilizadores (nas plataformas disponibilizadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha) não violem o direito de autor e direitos conexos (porque não cumprem os requisitos para serem protegidas, porque são obras que caíram no domínio público, porque são obras suas ou obtiveram a devida autorização dos titulares) ou esses conteúdos estão abrangidos pelas exceções ou limitações legalmente previstas¹⁰² (incluindo as utilizações legítimas consagradas no n.º 7 do artigo 17.º - diga-se que estas exceções ou limitações, que são obrigatórias e não facultativas, devem ser entendidas como conceitos autónomos do direito da União – assim já entendido pelo TJUE¹⁰³). Ou seja, existiu a preocupação de sublinhar que as medidas adotadas pelos prestadores de serviços não deverão prejudicar os utilizadores de carregar e aceder legalmente a informações constantes dos serviços de partilha de conteúdos em linha. Estamos em face da tutela do conteúdo essencial da liberdade de informação e da liberdade de expressão.

Ao abrigo da liberdade de expressão, a Diretiva veio expressamente indicar, no seu n.º 7, segundo parágrafo, que os utilizadores podem invocar «qualquer

uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) citações, crítica, análise; b) utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche»¹⁰⁴. Estas exceções e limitações têm natureza imperativa de modo a assegurar que os utilizadores gozem de uma proteção uniforme em toda a União.

A Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, esclarece que «as exceções ou limitações previstas na Diretiva 2001/29/CE são de carácter opcional e dirigidas a qualquer utilizador e, no caso da citação, crítica e análise, estão sujeitas à aplicação de condições específicas. Em contrapartida, as exceções e limitações específicas previstas no artigo 17.º, n.º 7, são de aplicação obrigatória para os Estados-Membros, aplicam-se especificamente e apenas ao ambiente em linha e a todos os utilizadores quando carregam e disponibilizam conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha, e não existem outras condições para a sua aplicação».

Em primeiro lugar, e quanto à conjugação do n.º 7 com o n.º 4 do artigo 17.º, importa sublinhar que o conceito de «melhores esforços», previsto no n.º 4 do artigo 17.º, tem de ser lido em conjugação com o disposto no n.º 7 em que conteúdos legítimos não podem ser indisponibilizados (quer os prestadores de serviços quer os titulares de direitos têm de respeitar estas utilizações legítimas) e saber se um certo conteúdo está ou não abrangido por uma exceção ou limitação (pelas dúvidas que, por vezes, se gera) não deve ser critério para saber se o prestador de serviços envidou os «melhores esforços».

Em segundo lugar, e quanto à utilização de tecnologias de filtragem de conteúdos, por certo que existirá sempre um risco de os prestadores de serviços, por cautela, bloquearem conteúdos lícitos. De modo a evitar qualquer risco de responsabilidade (até porque a qualificação como utilização legítima ou contrafação gera, por vezes, dúvidas) impedem, através de tecnologias de reconhecimento automático de conteúdos (que detetam conteúdos e não infrações a direitos de propriedade intelectual), todo e qualquer conteúdo de obras ou outro material protegido. Existem aqui um conjunto de riscos: risco bloqueio excessivo; risco de qualificação do conteúdo (legal ou ilegal, desde logo se pode ser qualificação como uma exceção ou limitação do direito de autor); e risco de as informações concedidas pelos titulares dos direitos não serem precisas e verdadeiras.

De modo a encontrar uma solução compatível com a liberdade de expressão, impõe-se uma leitura conjugada do disposto no n.º 4 do artigo 17.º com o disposto nos números 5, 6, 7, 8, e 9 do mesmo artigo. Sendo certo que o n.º 5 e o n.º 6 estão essencialmente relacionados com a liberdade de empresa (compatibilizando-a com o direito de propriedade) o n.º 7 claramente tenta conciliar o direito de propriedade com a liberdade de expressão, consagrando um direito às utilizações legítimas de obras ou outro material protegido (um direito – de invocar as exceções e limitações ao direito de autor e aos direitos conexos – que aparece aqui reconhecido em favor dos utilizadores contra os prestadores dos serviços e os titulares dos direitos). Este n.º 7 consagra uma obrigação de resultado (não bloquear a colocação em linha de conteúdos lícitos), dando-se primazia à liberdade de expressão (é mais grave bloquear o lícito do que não bloquear o ilícito). Numa outra leitura, este n.º 7 também limita a liberdade de empresa (embora não se traduza numa obrigação de disponibilizar tais conteúdos lícitos ao abrigo do direito de autor ou direito conexos, mas que podem ser ilícitos ao abrigo de, por exemplo, direitos de personalidade – tutela da honra ou da dignidade da pessoa). Veja-se, igualmente, o quarto parágrafo do n.º 9 do artigo 17.º. O n.º 9 consagra um mecanismo de reclamação e recurso e o n.º 8 esclarece que o artigo 17.º não implica qualquer obrigação geral de monitorização ou vigilância (ou seja, também se traduz numa reafirmação da liberdade de expressão). Diga-se que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha terão de respeitar o n.º 7 do artigo 17.º, ou seja, as exceções e limitações ao direito de autor e aos direitos conexos, no sentido de que não pode haver um bloqueio preventivo dessas utilizações legítimas. O mecanismo previsto no n.º 9 do artigo 17.º é uma «garantia suplementar, e última, para as situações em que, apesar da obrigação que consta desse mesmo n.º 7, os referidos prestadores bloqueiam, ainda assim, por erro, esses conteúdos legítimos» - *vide* as conclusões do advogado-geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 15 de julho de 2021 no processo C-401/19 (§ 170 e 171).

Os direitos dos utilizadores devem ser considerandos *ex ante* e não *ex post*. Procura-se, assim, evitar a adoção, por parte dos prestadores de serviços, de medidas (de filtragem ou bloqueio) excessivas, arbitrárias ou abusivas (limitando ou restringindo conteúdos legítimos). Um compromisso difícil entre os interesses dos titulares dos direitos [estes, ao fornecerem informações aos prestadores de serviços,

devem ter em consideração as utilizações legítimas e, como se diz na Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, «os conteúdos para os quais os titulares de direitos não tenham dado uma instrução de bloqueio ao prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha não devem ser considerados manifestamente infratores»] e os interesses dos utilizadores, por um lado, e as obrigações que se impõe aos prestadores de serviços, por outro.

A já referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, sublinha que «a formulação do artigo 17.º, n.os 7, 8 e 9, implica obrigações de resultado. Os Estados-Membros devem, por conseguinte, garantir nas suas disposições de execução que estas obrigações prevalecem em caso de conflito com as outras disposições constantes do artigo 17.º e, em particular, do artigo 17.º, n.º 4». Houve a necessidade de explicar a prevalência do disposto nestas disposições, o que significa uma prevalência da liberdade (nos termos que dissemos e mais desenvolvidamente veremos a propósito das conclusões do advogado-geral no processo C-401/19).

2.2.8. Mecanismos alternativos de resolução de litígios

A Diretiva impõe aos Estados-Membros que consagrem mecanismos alternativos de resolução de litígios (mecanismos extrajudiciais de reclamação e recurso – que têm de ser eficazes e rápidos) entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os utilizadores quanto ao «bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção» (artigo 17.º, n.º 9, primeiro parágrafo).

Diga-se que as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano (não se admite que estas decisões – que visam determinar se estamos em face de conteúdos lícitos ou ilícitos – resultem da execução automática de um algoritmo) e a sua solicitação pelos titulares dos direitos de propriedade intelectual tem de ser devidamente justificada¹⁰⁵.

Os referidos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios (quer em sede de reclamação quer de recurso), além de eficazes, sem custos para os utilizadores, e rápidos (não nos esqueçamos que pode estar aqui em causa a liberdade de expressão¹⁰⁶), devem permitir resolver o litígio de forma imparcial e não privar

os utilizadores dos serviços do recurso às vias judiciais, em especial para poderem invocar «a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos» (segundo parágrafo da mesma disposição)¹⁰⁷. Na verdade, a Diretiva não prejudica as utilizações legítimas (nem, diga-se, a tutela de dados pessoais¹⁰⁸) nos termos do direito da União Europeia.

2.2.9. A busca de um justo equilíbrio entre direitos fundamentais

Deve considerar-se que a consagração do mecanismo de cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direito de autor e de direitos conexos representa uma diferente ponderação dos interesses em conflito (face à Diretiva 2000/31/CE) e respetivas liberdades¹⁰⁹. Uma diferente distribuição do risco muito derivado do desenvolvimento tecnológico entretanto verificado (tecnologias de reconhecimento de conteúdos) e do crescimento exponencial de um mercado de prestação de serviços em linha assente na comunicação ao público e na colocação à disposição do público o acesso a uma grande quantidade de conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos (carregados pelos utilizadores dos serviços). Sendo certo que estes prestadores dos serviços não desempenham um papel ativo na eventual infração a direitos de propriedade intelectual, a presente Diretiva (quanto ao direito de autor e direitos conexos) impôs-lhes especiais deveres de colaboração com os titulares dos direitos (deveres extracontratuais – em virtude de não ter sido obtida uma autorização) e um quadro de responsabilidade civil (ainda que da mesma possam ser isentas observadas um conjunto de condições cumulativas).

Recorde-se que existe uma diferença significativa (um *value gap*)¹¹⁰ entre o valor que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (por exemplo o YouTube, a Soundcloud ou a Pinterest) retiram das obras e outro material protegido por direito de autor ou direitos conexos (receitas que derivam fundamentalmente da publicidade) e as receitas que pagam aos titulares de direitos em causa (em especial os titulares de direitos sobre obras musicais¹¹¹). O negócio destes prestadores de serviços de conteúdos partilhados em linha não é atrair os titulares dos direitos de propriedade intelectual para aí colocarem (descarregarem) as suas obras mediante um contrato de autorização ou licença. O negócio é outro¹¹²: é atrair o público consumidor a adquirir os seus serviços de partilha de conteúdos em linha

(ainda que a aquisição se traduza numa adesão a um serviço que implica sempre contrapartidas, nem que seja o fornecimento de dados pessoais ou a aceitação de publicidade e testemunhos ou *cookies*)¹¹³.

A presente Diretiva parece querer constituir um primeiro *tournant* na responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, “estimulando-os” a obterem as necessárias autorizações ou licenças de direitos de propriedade intelectual (diga-se que muitos desses prestadores de serviços entendiam que não tinham de obter qualquer autorização e, agora, quando o fazem, as condições não são equitativas em termos de remuneração dos titulares) e diminuindo o *safe harbour* dos artigos 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31/CE. Na verdade, não está apenas aqui em causa um reforço da posição dos titulares dos direitos na negociação de acordos de autorização ou licença com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (reforço que deriva da obrigação de estes últimos terem de envidar todos os esforços para obterem a devida autorização) e, consequentemente, obterem uma remuneração equitativa, mas igualmente garantir que os titulares dos direitos podem controlar eficazmente a utilização das suas obras ou outro material protegido, e, se assim pretenderem, poderem impedir que os conteúdos protegidos estejam disponíveis nos serviços oferecidos pelos prestadores de serviços de partilha em ambiente digital¹¹⁴.

De todo o modo, um equilíbrio difícil entre a proteção do direito de autor e dos direitos conexos, por um lado, e a liberdade por outro, mas em que a liberdade prima. Será tarefa do TJUE apreciar se o artigo 17.º da Diretiva efetua um justo equilíbrio entre a propriedade intelectual, por um lado, e a liberdade de expressão (as tecnologias automáticas de filtragem implicarão o risco de um automático bloqueio *ex ante* de conteúdos lícitos) e de informação dos utilizadores, o direito à privacidade e a liberdade de empresa (o princípio da proporcionalidade, estabelecido no artigo 17.º, n.º 5, poderá não ser suficiente face às imperfeições e custos das tecnologias de filtragem), por outro.

Com um raciocínio a favor da liberdade e a propósito da interpretação do disposto na parte final das alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 17.º são relevantes as conclusões do advogado-geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 15 de julho de 2021 no processo C-401/19. Está aqui em causa a interpretação do referido artigo 17.º quanto à responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha em linha de conteúdos protegidos por direito de autor ou por direitos conexos

que são carregados ou colocados em linha pelos utilizadores do serviço (conteúdo digital que é, assim, colocado à disposição do público em sítios da *internet* ou em aplicações para equipamentos inteligentes). Consagrou-se uma obrigação de monitorização de conteúdos através de tecnologias de filtragem de conteúdos (de modo a prevenir o carregamento de obras ou outro material protegido por direito de autor ou direitos conexos e que seus titulares não querem tornar acessíveis nestes serviços). Esta filtragem pode colidir com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou a liberdade de informação dos utilizadores dos serviços de partilha de conteúdos. É necessário encontrar um justo equilíbrio, tal como já referimos no quadro de outros acórdãos do TJUE. Está fundamentalmente aqui em causa a parte final do artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c) quando diz «e envia-ram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)» na sua relação com o direito fundamental à liberdade de expressão e de informação. Ou seja, nos termos da referida disposição, os prestadores de serviços têm, para ficarem isentos de responsabilidade (se comunicarem ao público conteúdos ilegais), de monitorizar, preventivamente, os conteúdos que os utiliza-dores pretendem colocar em linha, utilizando ferramentas que permitam a filtra-gem automática desses conteúdos. A problemática em causa é saber se esta monitorização preventiva limita (no seu conteúdo essencial) o direito à liberdade de expressão e de informação, bem como o exercício da liberdade de expressão artística. A filtragem é uma medida preventiva e o bloqueio de conteúdos cons-titui uma restrição prévia (§ 79 das conclusões). Através de diferentes metodolo-gias (por exemplo, comparando o mecanismo de responsabilização nesta Diretiva com a Diretiva 2000/31/CE), a verdade é que o legislador europeu se ingere na liberdade de expressão. Todavia, a liberdade de expressão não é um direito abso-luto, admite restrições, legalmente previstas (requisito de previsibilidade), que não prejudiquem o seu conteúdo essencial (continua a ser proibido a consagração de uma obrigação geral de vigilância – a qual poderia afetar tal conteúdo essencial –, mas não obrigações específicas de vigilância ou monitorização de conteúdos protegidos específicos comunicados, com informações pertinentes e necessárias, previamente pelos titulares dos direitos ou que estes tenham notificado de forma fundamentada) e que respeitem o princípio da proporcionalidade (estamos em face de restrições necessárias à proteção de outro direito fundamental; é adequada para alcançar o objetivo; é necessária pois não existem medidas alternativas

igualmente eficazes e que sejam menos restritivas; e é proporcionada em sentido estrito em virtude de os prejuízos causados pela medida em causa não são desproporcionados em relação aos fins que se pretendem alcançar pois está em causa uma medida que pretende efetuar uma concordância prática ou justo equilíbrio entre dois direitos fundamentais em conflito, o direito de propriedade intelectual e a liberdade de expressão, sem que um prevaleça sobre o outro). Como se refere nos § 132 e 133 das conclusões, no regime da Diretiva 2000/31/CE, o legislador europeu deu prevalência ao desenvolvimento da atividade dos prestadores de serviços em ambiente digital «a fim de estimular mais genericamente o crescimento do comércio eletrónico e dos serviços da sociedade da informação» no mercado interno. Importava, portanto, não impor aos referidos prestadores uma responsabilidade que pudesse pôr em risco a sua atividade. Os interesses dos titulares de direitos deviam ser salvaguardados e ponderados com a liberdade de expressão dos internautas no âmbito do sistema de «notificação e retirada», bem como no âmbito das injunções que podem ser proferidas relativamente a esses mesmos prestadores». Todavia, a sociedade digital transformou-se e a ponderação dos diferentes interesses em jogo tinha de ser reanalisada. «Adaptar os direitos de autor ao ambiente digital e fixar, na matéria, um regime de responsabilidade para os serviços de partilha em linha que assegure um justo equilíbrio entre todos os direitos e interesses em jogo é, indubitavelmente, uma tarefa «complexa» (§ 134) e logo a seguir diz «(...) o legislador da União fez uma opção política a favor das indústrias criativas. Considerou que o anterior equilíbrio entre os direitos e interesses em jogo já não era satisfatório e que, para continuar a assegurar aos titulares de direitos um elevado nível de proteção, havia que adotar um novo regime de responsabilidade para determinados prestadores de serviços da «Web 2.0», impondo-lhes determinadas obrigações de monitorização dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços (...)». Obrigações de monitorização que incidem sobre prestadores de serviços intermediários específicos. Como refere o advogado-geral (§ 139) «observo que os prestadores de serviços de partilha, através da promoção dos conteúdos que efetuam, exercem uma certa influência nas informações a que o público acede. Estes aspetos tendem, em certa medida, a aproximar esses prestadores dos intermediários tradicionais como os editores, pelo que pode ser proporcionado adotar, no que lhes diz respeito, um regime de responsabilidade específico, diferente do aplicável aos outros serviços de fornecedores de

armazenagem». Não são tratados da mesma forma que os editores pelo facto, diz o advogado-geral (em nota) de «esses prestadores não fazerem seleção prévia das informações colocadas em linha nos seus serviços». Todavia, acrescenta, «tal regime de responsabilidade não seria proporcionado para os fornecedores de armazenagem «tradicionais» O mesmo é válido, a *fortiori*, para outros tipos de intermediários, como os prestadores de serviços de «simples transporte» (v. artigo 12.º da Diretiva 2000/31)». De todo modo, as tecnologias de filtragem e bloqueio só podem ter por objeto conteúdos ilícitos e não conteúdos lícitos ou, pelo menos, que provoquem o «mínimo bloqueio de conteúdos lícitos» (§ 183). Se os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha têm de agir com diligência profissional e envidar todos os esforços para proteger os interesses dos titulares dos direitos, também é certo que não podem olvidar, *ex ante*, os direitos dos utilizadores (devem, assim, ter em consideração os efeitos colaterais das tecnologias que implementam) e, por fim, o alcance das medidas de filtragem de conteúdos está limitado pela não consagração de uma obrigação geral de vigilância ou monitorização. Tudo ponderado, parece pacífico que se deve minorar o risco de as medidas de filtragem serem excessivas e desproporcionadas e, com este propósito, limitar a filtragem ou o bloqueio de conteúdos, como defende o advogado-geral (§ 198), «cuja ilicitude tenha sido previamente demonstrada por um juiz ou, na sua falta, informações cujo carácter ilícito se impõe desde logo, ou seja, manifestamente, sem que seja nomeadamente necessário contextualizá-lo» [como será o caso de conteúdos relativos a abusos sexuais de menores ou comentários com vista ao incitamento ao ódio ou à violência ou, no quadro do direito de autor e dos direitos conexos, aqueles que os titulares dos direitos em causa forneceram as necessárias e pertinentes informações que justificam a qualificação em causa como ilícita; na Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, é referido que «os critérios relevantes para detetar carregamentos manifestamente infratores podem incluir o comprimento/tamanho dos conteúdos identificados utilizados no carregamento, a proporção dos conteúdos que corresponde/é identificada em relação à totalidade do carregamento (por exemplo, se os conteúdos com correspondência são utilizados isoladamente ou em combinação com outros conteúdos) e o nível de alteração da obra (por exemplo, se o carregamento corresponde apenas em parte aos conteúdos identificados porque foi alterado pelo utilizador)» (...) «critérios que podem ser aplicados tendo em conta o tipo de

conteúdos, o modelo de negócios (por exemplo, um grande número de excertos muito curtos carregados num serviço pode causar prejuízos significativos aos titulares de direitos quando considerados em conjunto de uma forma agregada; existem serviços que estruturaram o seu modelo de negócios em torno da utilização em larga escala de conteúdos curtos, por exemplo trechos de música de curtíssima duração), bem como o risco de prejuízo económico significativo para os titulares de direitos» - já nos pronunciamos sobre este critério que deverá ser usado para graduar a responsabilidade dos prestadores dos serviços – e, ainda, também aí se diz, «as correspondências exatas de obras completas ou de proporções significativas de uma obra devem, normalmente, ser consideradas manifestamente infratoras (por exemplo, quando uma gravação de uma música inteira é utilizada como fundo num vídeo criado pelo utilizador)» e «tal também será o caso dos carregamentos de uma obra original, que tenha sido simplesmente alterada/distorcida tecnicamente para evitar a sua identificação (como no caso de adicionar uma moldura externa à imagem ou girá-la 180°)». Outros casos podem gerar dúvidas [«um carregamento que corresponda apenas parcialmente às informações fornecidas pelos titulares de direitos porque o utilizador alterou significativamente a obra de forma criativa»; «pequenos excertos que representam uma pequena proporção da obra completa identificada pelos titulares de direitos»]. O importante será não prejudicar o efeito útil das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos, e respeitar a sua finalidade. Ou seja, apesar dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha estarem manifestamente bem colocados para proteger os interesses dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos, não se pode permitir, ao abrigo da segurança jurídica e das liberdades de informação e de expressão (incluindo a artística), que tais prestadores sejam os “juízes” de conteúdos em relação aos quais existam dúvidas sobre a sua ilicitude (deverá haver uma presunção em favor da liberdade ou, simplesmente, como melhor nos parece, uma reafirmação de um princípio de liberdade). A determinação do âmbito de ingerências das medidas a adotar pelos prestadores de serviços é, ainda, mais delicado quando discutimos a amplitude material da intervenção sem se cair numa obrigação geral de monitorização (preocupação que o TJUE já manifestou no caso C-18/18, já citado). Deverão as medidas de filtragem limitarem-se aos conteúdos idênticos ou alargar-se aos equivalentes (aos conteúdos protegidos identificados pelos titulares dos direitos em causa)? Ou seja, ao lado das reproduções

(idênticas) seriam abrangidos os conteúdos com «alterações insignificantes» («cópias servis» e «quase servis», respetivamente) (§ 202) desde que tal nunca implicasse uma «apreciação autónoma». Ir além deste limite é gerar múltiplas incertezas jurídicas e infringir a liberdade (de expressão, de informação, etc.). Fora daqueles limites, terá de haver intervenção de órgão jurisdicional para apreciar a legalidade ou não dos conteúdos em litígio. É um raciocínio em favor da liberdade: havendo dúvidas ou equívocos, os conteúdos em causa devem poder ser colocados em linha (como se diz na referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, «os outros carregamentos que não sejam manifestamente infratores, devem, em princípio, ser colocados em linha e podem estar sujeitos a um controlo humano *ex post* quando os titulares de direitos se opõem enviando um aviso»).¹¹⁵

Na busca desse justo equilíbrio a Diretiva consagrou um conjunto de salvaguardas de natureza substantiva e processual. No domínio das medidas de natureza processual importa sublinhar o disposto no n.º 9 do artigo 17.º. As salvaguardas de natureza substantiva assentam, fundamentalmente, na relevância que o artigo 17.º efetua das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos, reconhecendo-se um direito de os utilizadores (*user rights*)¹¹⁶ invocarem essas exceções ou limitações ou outras utilizações legítimas contra os prestadores de serviços¹¹⁷ (mas não se estabelecendo consequências em caso de *overblocking*, salvo o recurso aos mecanismos processuais que se aplicam *ex post*).

O equilíbrio entre os interesses dos autores (e de titulares de direitos conexos) e os interesses dos utilizadores parece residir nas exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos. De acordo com a jurisprudência do TJUE, casos *Pelham*, *Funke* e *Spiegel*, processos C-476/17, C-469/17, C-516/17, respetivamente, todos decididos a 29 de julho de 2019, os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não constituem, *per se*, justificações para derrogar os direitos de autor, salvo no quadro da interpretação e implementação das exceções e limitações previstas no direito da União Europeia¹¹⁸ (sem prejuízo destas exceções e limitações terem de ser interpretadas à luz daquela Carta¹¹⁹ - e esta, nos termos do seu artigo 52.º, n.º 3, à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem); ou seja, a ponderação entre os direitos fundamentais, por um lado, e os direitos de autor e direitos conexos, por outro, foi

efetuado “no interior” das referidas exceções e limitações.¹²⁰ Esta interpretação do TJUE (favorável à certeza jurídica e à harmonização do direito europeu) de que o legislador europeu ponderou no regime das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos as exigências impostas pelos direitos fundamentais (desde logo pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais) vai suscitar diversas dúvidas face à plasticidade e espessura dos direitos fundamentais (eventualmente em colisão com posição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – a certeza jurídica e a justiça nem sempre caminham juntas) em face da lista exaustiva de exceções e limitações sujeitas a uma interpretação restritiva¹²¹. Todavia, se as restrições ao direito de autor estão sujeitas a certos requisitos, o direito de autor igualmente restringe outros direitos fundamentais, pelo que se deve interpretar as limitações e exceções ao direito de autor «à luz dos direitos fundamentais» em conflito¹²².

Acresce que a Diretiva assenta numa multiplicidade de conceitos indeterminados que, porventura, darão origem a diversas diferenças interpretativas na sua transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais, pelo que o objetivo da harmonização (com vista à realização de um mercado único digital) poderá não ser integralmente atingido, haverá incertezas jurídicas e o TJUE vai ser chamado a esclarecer as divergências¹²³. Muitas incertezas existem quanto aos reais beneficiários das medidas adotadas pela Diretiva – os gigantes tecnológicos têm tecnologias de filtragem eficazes e poder negocial suficiente para não serem prejudicados pelas novidades desta Diretiva (mas novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha poderão ter mais custos, apesar das referidas exceções). Incertezas ainda existirão na relação de um acréscimo de tutela do direito de autor e dos direitos conexos com, em especial, a liberdade de expressão e a liberdade de informação (incertezas que se prendem igualmente com a dificuldade de as tecnologias de filtragem identificarem as exceções e restrições aos direitos de autor e direitos conexos ou, até, as obras caídas no domínio público). Não subscrevemos a posição¹²⁴ de que esta Diretiva prejudicou interesses públicos – pois os alegados interesses públicos têm beneficiado os gigante tecnológicos – em benefício dos interesses privados dos titulares do direito de autor ou direitos conexos (através da exigência de licenças ou autorizações). Parece que, por vezes, esquecemos os fundamentos dos direitos de propriedade intelectual.

2.2.10. *Apreciação do TJUE (Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia)*

O tribunal de Justiça pronunciou-se, pela primeira vez, sobre a interpretação da Diretiva 2019/790, em especial o seu artigo 17.º, no acórdão de 26 de abril de 2022, C-401/19, República da Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. O tribunal entendeu que a Diretiva oferece um conjunto de garantias adequadas a assegurar o respeito pelo direito à liberdade de expressão e informação dos utilizadores dos serviços (cujos conteúdos, colocados em linha, serão, de forma preventiva, monitorizados, desde logo através de sistemas de controlo automático – filtragem automática –, pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, de modo a evitar a sua responsabilidade quanto a obras ou outros materiais protegidos que sejam ilegalmente carregados pelos utilizadores desses serviços) e consagra um justo equilíbrio entre aquele direito à liberdade de expressão e informação e o direito de propriedade intelectual. Por outro lado, o artigo 17.º, no seu todo¹²⁵, oferece uma solução equilibrada entre os diversos direitos e interesses em causa (dos prestadores dos serviços, dos utilizadores e dos titulares dos direitos de propriedade intelectual).

Sendo certo, como sabemos, que a Diretiva consagra, no artigo 17.º, um novo regime de responsabilidade para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha¹²⁶, também é verdade que podem, como igualmente sabemos, afastar esta responsabilidade. O artigo 17.º, n.º 4, consagra as condições para essa isenção (que já analisámos). O tribunal entendeu que as alíneas b) e c), *in fine*, do n.º 4 do artigo 17.º exigem que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizem controlo prévio dos conteúdos que os utilizadores pretendem carregar nas suas plataformas, desde que tenham recebido, dos titulares de direitos em causa, as informações ou as notificações previstas nas referidas alíneas. Ou seja, o tribunal expressamente reconhece que aqueles prestadores estão obrigados a adotar ferramentas de reconhecimento e de filtragem automáticas (na ausência de outras soluções eficazes e exequíveis). O tribunal igualmente reconhece expressamente que estas ferramentas são suscetíveis de restringir a liberdade de expressão e de informação (que engloba não apenas o conteúdo da informação, mas igualmente os meios da sua difusão, incluindo é a internet que é «um instrumento sem precedentes para o exercício da liberdade de expressão») – restrições

que derivam de uma opção legislativa e que é consequência direta do consagrado regime de responsabilidade.

Importa não olvidar, como o tribunal lembrou, que os titulares de direitos de autor e direitos conexos «são livres de determinar se e em que condições as suas obras e outro material protegido são utilizados». Acresce que a Diretiva não limitou a liberdade contratual «e esses titulares não são de modo nenhum obrigados a conceder autorizações ou licenças de utilização das suas obras aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha». Assim, o princípio é o da obtenção da devida autorização dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos. Mas, e de modo a não causar uma restrição excessiva ao direito de liberdade de expressão e de informação (mas em prejuízo do direito de propriedade), o legislador europeu ponderou a circunstância de os prestadores dos serviços não conseguirem obter a devida autorização e isentou-os de responsabilidade (quando os utilizadores carregam conteúdos ilícitos nas suas plataformas) verificadas certas condições. Ponderando novamente a liberdade de expressão e de informação com o direito de propriedade, o legislador europeu impôs aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha – para poderem beneficiar de isenção de responsabilidade – o seguinte (*vide* § 53): a) atuar com diligência, para fazer cessar, nas suas plataformas, violações concretas dos direitos de autor depois de estas terem ocorrido e de lhes terem sido notificadas de forma suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos (o que já derivava do quadro legislativo e da jurisprudência anterior que referimos); b) após receção da referida notificação ou quando os titulares dos direitos lhes forneceram as informações pertinentes e necessárias antes da ocorrência de uma violação dos direitos de autor, efetuar, «de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços», para evitar que essas violações ocorram (uma ação preventiva destina a impedir a disponibilização dos conteúdos em causa) ou voltem a ocorrer (impedir carregamentos futuros). Ou seja, os prestadores dos serviços têm de efetuar um controlo prévio dos conteúdos carregados pelos utilizadores (tendo havido intervenção dos titulares dos direitos), que exige (na ausência de outras alternativas e respeitando o disposto no n.º 5 do artigo 17.º) dos prestadores o recurso a ferramentas de reconhecimento e de filtragem automáticas.

O tribunal, de seguida, teve de ponderar se a restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação era justificada. Entendeu – para além

da restrição ter o citado suporte legal (uma restrição que deriva das obrigações impostas aos prestadores dos serviços) – que não há uma restrição desproporcionada e é uma restrição necessária para responder à necessidade de proteção da propriedade intelectual (também aqui um direito fundamental cuja proteção – para a realização de um «mercado dos direitos de autor justo e que funcione corretamente» – exige uma compressão do direito à liberdade de informação e expressão). Uma restrição essencial para satisfazer a necessidade de proteção dos direitos de propriedade intelectual e reconheceu que não existiam mecanismos alternativos eficazes aos impostos pelo artigo 17.º, n.º 4. Acresce que não está em causa o «conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores da Internet». O legislador recortou o alcance da restrição ao estritamente adequado (a medida menos restritiva) e necessário para proteger o direito de propriedade intelectual num justo equilíbrio que não afete o conteúdo ou o núcleo essencial de cada um dos direitos em conflito (nas palavras do tribunal, e atendendo ao disposto nos números 7 e 9 do artigo 17.º, nunca poderão ser prejudicadas utilizações legítimas de direitos de autor ou direitos conexos ou quaisquer conteúdos lícitos¹²⁷ – daqui resulta, na nossa opinião, que na dúvida prevalece a liberdade de expressão e de informação¹²⁸). O tribunal enumerou os fundamentos para esta sua conclusão: a) as medidas (ferramentas de reconhecimento e de filtragem automáticas)¹²⁹ que podem ser adotadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha têm limites¹³⁰ (deve ser aqui ponderado o disposto no artigo 17.º, n.º 5, da Diretiva que indica, não taxativamente, alguns elementos que devem ser ponderados ao abrigo do princípio da proporcionalidade), desde logo não podem impedir o carregamento e difusão de conteúdos lícitos¹³¹; b) tais medidas não podem impedir o carregamento e disponibilização de obras ou outro material protegido ao abrigo das exceções e limitações (incluindo a citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche¹³²) aos direitos de autor e direitos conexos consagrados no direito da União Europeia (o artigo 17.º, n.º 7, tem ainda de ser conjugado com o n.º 9, quarto parágrafo, que consagra uma obrigação de informação); c) a Diretiva consagrou um regime de cooperação entre os titulares dos direitos de propriedade intelectual e os prestadores dos serviços em termos de estes apenas serem responsáveis «se os titulares dos direitos em causa lhes transmitirem as informações pertinentes e necessárias relativamente aos conteúdos em causa» (a transmissão desta informação é qualificada pelo tribunal

como condição prévia, *id est* pressuposto, para a eventual declaração de responsabilidade dos prestadores de serviços, pelo que, também por esta via, se favorece a liberdade de expressão e informação); d) a Diretiva não consagra uma obrigação geral de monitorização; e) os prestadores de serviços não estão obrigados a impedir o carregamento e a disponibilização de conteúdos cuja natureza ilícita exigiria «uma apreciação autónoma dos conteúdos em causa» (considerando a informação fornecida pelos titulares de direitos ou eventuais exceções e limitações aos direitos de autor); f) neste caso, pode inclusive admitir-se que a não disponibilização dos conteúdos só poderá ocorrer se houver uma notificação dos titulares dos direitos em causa (ou seja, consagra-se aqui um conjunto de direitos e deveres dos prestadores dos serviços e dos titulares dos direitos de autor ou direitos conexos na busca de um justo equilíbrio) e essa notificação deverá conter elementos suficientes de modo a não exigir do prestador dos serviços uma exame jurídico aprofundado (o ónus da prova da natureza ilícita dos conteúdos compete aos titulares dos direitos e deverá ser uma prova que não gere dúvidas quanto à natureza lícita ou ilícita dos conteúdos de modo a não ferir o direito à liberdade de informação e expressão¹³³); g) a Diretiva 2019/790 consagra, como vimos, várias garantias de natureza processual (reclamação por parte dos utilizadores dos serviços; mecanismos de resolução extrajudicial; e a vias de recurso judicial eficazes) – garantias que são tanto mais importantes quanto a ingerência nos direitos fundamentais deriva de adoção de mecanismos automatizados de filtragem de conteúdos (com a inerente possibilidade de bloqueio, «por erro ou sem fundamento, de conteúdos lícitos»); h) a Comissão Europeia está encarregue de encetar diálogos entre as partes interessadas de modo a alcançarem «as melhores práticas para a cooperação entre os prestadores e os titulares de direitos» e emitir orientações relativamente à aplicação deste novo regime de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Nestes termos, Tribunal de Justiça concluiu (§ 98) « a obrigação de os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha monitorizarem os conteúdos que os utilizadores pretendem carregar nas suas plataformas antes da sua difusão ao público, decorrente do regime específico de responsabilidade, instituído no artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790, e nomeadamente das condições de isenção previstas no artigo 17.º, n.º 4, alínea b), e alínea c), *in fine*, desta, foi rodeada, pelo legislador da União, de garantias adequadas para assegurar, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 1, da Carta, a observância do direito à liberdade de expressão e

de informação dos utilizadores destes serviços, garantido no artigo 11.º da Carta, bem como o justo equilíbrio entre este, por um lado, e o direito da propriedade intelectual, protegido pelo artigo 17.º, n.º 2 da Carta, por outro».

Compete agora aos Estados-Membros, na transposição do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 para o seu direito interno efetuarem uma interpretação daquela disposição «que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela Carta» (*id est*, uma interpretação conforme com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). Além disso, «na implementação das medidas de transposição da referida disposição, incumbe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não apenas interpretar o seu direito nacional em conformidade com esta mesma disposição, mas também não se basear numa interpretação desta que entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito da União, como o princípio da proporcionalidade» (tal como já referido pelo TJUE, no seu acórdão de 8 de novembro de 2003, C-101/01, *Lindqvist*, § 87, e outros acórdãos posteriores, como o de 29 de janeiro de 2008, *Promusicae*, C-275/06, § 68).

Estamos em face de uma constitucionalização europeia dos direitos fundamentais, sendo este o patamar de referência para a validade do direito “infraconstitucional” da União Europeia e, conseqüentemente, para o direito nacional. Parece evidente deste acórdão que o direito nacional que transponha a Diretiva vai ser objeto de profundo escrutínio por parte do TJUE, bem como as medidas que os prestadores dos serviços de partilha de conteúdos em linha venham a adotar para darem cumprimento às suas obrigações. A relação do artigo 17.º da Diretiva com a tutela constitucional dos direitos fundamentais (promotores da criatividade) não terminará com este acórdão do TJUE.¹³⁴

2.2.11. Conclusão

Depois deste excuro, impõem-se algumas conclusões:

1. A Diretiva 2000/31/CE (relativa ao comércio eletrónico) consagrou a regra, com condições, da irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços (nos casos de *mere conduit*, *caching* e *hosting*) e proibiu uma obrigação geral de vigilância;

2. A Diretiva 2019/790/EU (relativa aos direitos de autor e direitos conexos) veio, quanto aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos (uma limitação subjetiva do seu campo de aplicação que deve ser interpretada conjugando o artigo 2.º, n.º 6, com o considerando 62), consagrar a regra da sua responsabilização «quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores»; para o efeito:
 - 2.1. Tal atividade foi qualificada como «ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público»;
 - 2.2. Pelo que se tornou obrigatório que tais prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenham uma autorização dos titulares de direitos;
 - 2.3. Na falta desta autorização os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se cumprirem as condições previstas no n.º 4 do artigo 17.º;
 - 2.3.1. O n.º 4 do artigo 17.º tem sido interpretado como impondo, *de facto*, a adoção de tecnologias automáticas de filtragem de conteúdos.
3. Falta determinar se a adoção de tais tecnologias automáticas de filtragem de conteúdos cumpre o princípio da proporcionalidade, não se traduz numa obrigação geral de vigilância e se não infringe direitos fundamentais (liberdade de expressão, liberdade de informação, direito à privacidade, liberdade de empresa). Quer o legislador europeu quer o legislador nacional estão sujeitos ao respeito da Carta dos Direitos Fundamentais. A Diretiva procura responder a estas exigências através de um conjunto de salvaguardas (de natureza substantiva e processual)¹³⁵, em especial:
 - 3.1. O n.º 5 do artigo 17.º consagra o princípio da proporcionalidade (desde logo a disponibilidade dos meios e seus custos);
 - 3.2. O n.º 6 (no quadro ainda do princípio da proporcionalidade e no respeito pela liberdade de empresa) estabelece menores exigências quanto a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha;

- 3.3. O n.º 7, tentando dar cumprimento à liberdade de expressão (incluindo a liberdade de expressão artística) e à liberdade de informação, exige que não haja indisponibilidade de obras ou outros materiais que não estejam protegidos (e naturalmente os que beneficiem de autorização) ou estejam abrangidos por exceções ou limitações ao direito de autor ou direitos conexos (impondo, ainda, que certas exceções sejam expressamente previstas nos direitos nacionais);
- 3.3.1. Todavia, as tecnologias automáticas de filtragem de conteúdos dificilmente conseguirão identificar se se está perante uma obra, se a obra está protegida, se há autorização, se o conteúdo em causa (considerando o seu contexto) beneficia de alguma exceção ou limitação (ou seja, pode haver risco de *overblocking* em violação daqueles direitos fundamentais);
- 3.4. O n.º 8 estabelece a proibição de consagração de uma obrigação geral de vigilância ou monitorização (recortada ainda por uma obrigação de informação), mas falta determinar se a adoção de tecnologias automáticas de filtragem de conteúdos não infringe esta proibição e, conseqüentemente, os referidos direitos fundamentais;
- 3.5. O n.º 9 consagra mecanismos de reclamação e recurso de natureza extrajudicial (sem prejuízo das vias judiciais); mecanismos em que se exige dos titulares dos direitos fundamentação suficiente e precisa identificação dos conteúdos em causa como vista ao seu bloqueio ou remoção (de modo a evitar restrições injustificadas à liberdade de expressão e à liberdade de informação) e dos prestadores dos serviços exige-se controlo humano e deveres de informação (mais uma vez numa tentativa de não colisão com direitos fundamentais).

Haverá de ponderar se o recorte subjetivo (prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha) e material (direito de autor e direitos conexos) do âmbito de aplicação do artigo 17.º, o princípio da proporcionalidade, o cumprimento das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos, as obrigações de informação e o regime das reclamações e recursos (que deve funcionar como uma garantia suplementar e última em virtude de se aplicar apenas *ex-post* – o que pode ser tarde demais) são suficientes para evitar uma não concordância prática entre

o direito de propriedade e os outros direitos fundamentais. Provavelmente ter-se-á de interpretar que a apreciação das utilizações legítimas e das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos terá ser efetuada *ex ante* e não *ex post* e que, na impossibilidade dessa apreciação (devido a limitações das tecnologias automáticas de filtragem de conteúdos), apenas não sejam comunicados ao público ou colocados à sua disposição os conteúdos que manifestamente infringem direitos de autor ou direitos conexos ou tenham já sido apreciados por um órgão judicial. *Id est, in dubio pro libertate*. Como Pomponius nos disse no Digesto 50, 17, 20, Pomponius, *libro septimo ad Sdbinum*: «quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit»¹³⁶.

Vejam agora o que está previsto para o futuro.

3. A propriedade intelectual na futura regulação dos serviços digitais.

O desenvolvimento da sociedade digital (com serviços e modelos de negócios novos e inovadores – a que utilizadores profissionais e consumidores aderiram¹³⁷) colocou um conjunto de novos desafios e riscos exigindo um novo quadro regulatório, incluindo as responsabilidades e as obrigações dos prestadores de serviços digitais, em especial, das grandes (e muito grandes) plataformas em linha¹³⁸⁻¹³⁹. A esfera pública (ou o que era da esfera pública) tem sido “ocupada” por estes fornecedores de plataformas que, assim, contribuem para a realização de interesses públicos e com consequências nas políticas públicas, pelo que se impõe – num ambiente neoliberal – um quadro regulatório e de responsabilidade diverso (que envolva os fornecedores de plataformas, os destinatários dos serviços, os utilizadores e as entidades públicas)¹⁴⁰. No que respeita especificamente à responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha, esta proposta mantém o estabelecido na Diretiva sobre o comércio eletrónico no ano 2000 (como se nada se tivesse alterado¹⁴¹ – bastando referir as redes sociais e os mercados em linha) apenas ponderando as interpretações entretanto efetuadas pelo TJUE e, sendo um Regulamento (e não uma Diretiva), assegura-se uma harmonização efetiva em todo o espaço da União Europeia (evitando-se o risco de uma fragmentação jurídica, quer quanto à regulação quer quanto à supervisão)¹⁴². Por certo que, seguindo-se as interpretações do TJUE conseguimos quer reduzir o âmbito da aplicação

das isenções [por exemplo, atendendo à amplitude com que o TJUE interpreta as medidas de natureza específica por oposição às de natureza geral (proibidas) ou qualifica um comportamento como ativo ou passivo e neutral ou, ainda, quando responsabiliza diretamente os prestadores de serviços intermediários por efetuarem um ato de comunicação ao público, como vimos no caso *You Tube/Cyando*] ou como se tem desenvolvido o recurso a injunções (*take-down* e *stay-down*¹⁴³) contra os prestadores de serviços intermediários (nos termos quer da Diretiva 2000/31/CE, como referimos, quer do disposto no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE quer, ainda, do disposto no artigo 11.º da Diretiva 2004/48/CE)¹⁴⁴.

A proposta de Regulamento sobre os serviços digitais¹⁴⁵ pretende combater os conteúdos ilegais¹⁴⁶ (a proposta de Regulamento abrange todas as categorias de conteúdos, produtos, serviços e atividades no domínio dos serviços intermediários¹⁴⁷; não se limita, assim, a domínios setoriais específicos, constituindo a regulamentação destes domínios *lex specialis*, como é o caso do direito da União Europeia sobre direito de autor e direitos conexos¹⁴⁸) e proteger os direitos fundamentais dos utilizadores em linha (em especial, o respeito pela dignidade humana, respeito pela vida privada, proteção de dados pessoais, liberdade de expressão, pela liberdade de informação¹⁴⁹ e pela liberdade de empresa)¹⁵⁰. Pretende-se alcançar um ambiente digital «seguro, previsível e fiável», exigindo dos prestadores de serviços intermediários um comportamento responsável e diligente. Cria-se, para o efeito, uma vasta estrutura de supervisão (uma governação europeia dos serviços digitais transfronteiriços) que é reforçada no caso de fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão¹⁵¹. Ao lado desta estrutura alargaram-se os poderes de investigação e prevêem-se sanções¹⁵². Estabeleceu-se um quadro de obrigações de devida diligência (estas obrigações de diligência traduzem-se num conjunto de medidas direcionadas e assimétricas para os fornecedores de grandes plataformas que apresentam riscos mais elevados para a sociedade e a economia, *id est*, em respeito pelo princípio da proporcionalidade¹⁵³), designadamente consagraram-se obrigações de transparência¹⁵⁴, impôs-se a realização de auditorias (e outras medidas de controlo e regulação ou autorregulação)¹⁵⁵ e consagram-se maiores garantias para os utilizadores¹⁵⁶. No plano da tutela dos direitos de propriedade intelectual importa sublinhar a adoção de medidas para evitar produtos, serviços ou conteúdos ilegais (incluindo contrafação e pirataria), designadamente, a possibilidade de os utilizadores recorrerem a mecanismos que permitem sinalizar

conteúdos ilegais¹⁵⁷, a adoção de “sinalizadores de confiança”¹⁵⁸, a suspensão da prestação dos serviços em linha¹⁵⁹, a avaliação de riscos sistémicos¹⁶⁰, a possibilidade de rastrear os utilizadores profissionais de modo a identificar os vendedores de produtos ilegais¹⁶¹.

Todavia, apesar de todas estas medidas, a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha, continua a assentar no mesmo pilar: irresponsabilidade (mas um *safe harbour* envolvido num conjunto regulatório, incluindo, como referimos, obrigação de transparência, sindicância, códigos de conduta, estrutura de governação, etc.). O que esta proposta se limita a fazer é suprimir os já citados artigos 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31/CE e reproduzi-los nesta proposta de Regulamento com as mesmas isenções (de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha) tal como têm sido interpretadas pelo TJUE. Importa não ignorar (nem esquecer que o objetivo primordial desta proposta de Regulamento é assegurar o bom funcionamento do mercado interno – aliás a sua base legal é o artigo 114.º do TFUE – desde logo nas suas liberdade de circulação de mercadorias, de prestação de serviços e de estabelecimento) os objetivos de promoção das atividades dos intermediários, a manutenção dos seus modelos de negócio quantas vezes inovadores¹⁶², e, em especial, evitar medidas de censura adotadas pelos intermediários em relação aos destinatários dos serviços (por vezes em colisão com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou de informação). O «princípio da liberdade de comunicação e de navegação na internet»¹⁶³ tem de articular com a crescente tutela, incluindo a proteção efetiva, dos direitos de propriedade intelectual.

Vamos analisar em detalhe o quadro que a proposta de Regulamento estabelece para a isenção condicional de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha (nos termos do artigo 71.º da proposta os «artigos 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31/CE são suprimidos» e substituídos pelos «artigos 3.º, 4.º, 5.º e 7.º do presente regulamento»). O regime jurídico estabelecido pela Diretiva 2000/31/CE permitiu um quadro de segurança jurídica que facilitou o desenvolvimento destes serviços, pelo que a proposta de Regulamento em causa não pretende alterar tal regime, sem prejuízo da ponderação efetuada pelo TJUE.¹⁶⁴ A proposta de Regulamento continua apenas a estabelecer quando um prestador de serviços intermediários não pode ser responsabilizado pelos conteúdos ilegais que foram fornecidos pelos destinatários dos serviços, ou seja, estabelece-se um

quadro negativo e não uma delimitação positiva em que esse prestador pode ser responsabilizado. Importa sublinhar três aspetos nesta proposta de Regulamento: a) as isenções de responsabilidade aplicam-se a qualquer tipo de responsabilidade (civil ou criminal) e em relação a qualquer conteúdo ilegal (independentemente da sua natureza: infrinja direitos de personalidade ou direitos de propriedade intelectual, por exemplo); b) as isenções de responsabilidade estão delimitadas pelos casos em que o prestador de serviços os prestou de forma neutra e efetuou um tratamento meramente técnico e automático das informações concedidas pelo destinatário, ou seja, o prestador de serviços não beneficiará das isenções se teve um papel ativo que lhe concedeu um conhecimento ou controlo sobre essas informações, designadamente, se colabora propositadamente com um destinatário dos serviços (não está a prestar o serviço de forma neutra), quando as informações são prestadas por ele próprio (e não pelo destinatário dos serviços) ou se as informações foram elaboradas sob a sua responsabilidade editorial; c) as condições de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários pelas informações de terceiros (transmitidas ou armazenadas pelo prestador) são diferentes em função da distinta natureza das atividades de «simple transporte», de «armazenagem temporária» e de «armazenagem em servidor», atendendo à diferente intervenções dos prestadores dos serviços em causa e seguindo-se a interpretação do TJUE.

O artigo 3.º (simple transporte ou *mere conduit*) da proposta de regulamento é idêntico, salvo pequenas adaptações, ao disposto no artigo 12.º da Diretiva 2000/31/CE. Esta isenção aplicar-se-á se o prestador do serviço é «inteiramente alheio à informação transmitida», ou seja, o prestador de serviços intermediário não altera a informação que transmite ainda que haja algum manuseamento técnico desde que não afete «a integridade da informação transmitida» (considerando 21).

O artigo 4.º (armazenagem temporário ou «caching») da proposta de regulamento é idêntico, salvo pequenas adaptações, ao disposto no artigo 13.º da Diretiva 2000/31/CE¹⁶⁵. O artigo 5.º (armazenagem em servidor ou *hosting*¹⁶⁶) acrescenta, em relação ao artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE um novo n.º 3 que reza assim «o n.º 1 não é aplicável no que respeita à responsabilidade, nos termos do direito em matéria de proteção dos consumidores, de plataformas em linha que permitam aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de

informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio e razoavelmente bem informado a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo». A redação do Parlamento Europeu é a seguinte: «o n.º 1 não é aplicável no que respeita à responsabilidade, nos termos do direito em matéria de proteção dos consumidores, sempre que um mercado em linha apresente o elemento específico de informação ou permita, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela próprio mercado ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo». O Parlamento Europeu introduziu o conceito de «mercado em linha» que significa «uma plataforma em linha que permita aos consumidores celebrar contratos à distância com os comerciantes». Resulta destas disposições o seguinte: a) no respeito pelo princípio da liberdade de expressão, o prestador de serviços intermediário que tenha conhecimento de conteúdos ilegais (porque efetuou investigações por sua iniciativa ou tenha sido alertado para esses conteúdos¹⁶⁷) tem de agir diligentemente de modo a remover ou bloquear os conteúdos em causa¹⁶⁸; b) o novo n.º 3 do proposto artigo 5.º pretende garantir a proteção dos consumidores quando, através de plataformas em linha (ou mercado em linha), celebram contratos à distância com comerciantes e essas plataformas apresentem informações, relacionadas com essas transações, que gerem (objetivamente e atendendo a todas as circunstâncias relevantes) a convicção no consumidor («um consumidor médio»; o Parlamento Europeu prescindiu do requisito «e razoavelmente bem informado» - estaremos perante uma menorização do conceito de consumidor?) de que as referidas informações são fornecidas pelo fornecedor da plataforma ou que os destinatários do serviço atuam sob a autoridade ou o controlo dos fornecedores dessas plataformas (conhecendo e controlando as informações em causa, ainda que assim não seja) – estamos em face de uma forma de tutela da aparência (uma concretização da tutela da confiança e do princípio da boa fé); c) o regime de isenção (ainda que se verifiquem os seus pressupostos) não impede a adoção de medidas inibitórias importadas por órgãos jurisdicionais ou autoridades administrativas (por exemplo remoção de conteúdos ilegais ou bloqueio de acesso aos mesmos e medidas preventivas).

Prevê-se uma nova disposição (artigo 6.º) com a epígrafe «investigações voluntárias por iniciativa própria e conformidade legal» que dispõe «os prestadores de serviços intermediários não são considerados inelegíveis para beneficiar das isenções de responsabilidade referidas nos artigos 3.º, 4.º e 5.º apenas por realizarem investigações voluntárias por iniciativa própria ou outras atividades destinadas a detetar, identificar e remover ou bloquear o acesso a conteúdos ilegais, ou por tomarem as medidas necessárias para cumprir os requisitos do direito da União, incluindo os previstos no presente regulamento». Ou seja, as iniciativas e as medidas que os prestadores de serviços intermediários possam adotar (de boa-fé e de forma diligente¹⁶⁹) para combater conteúdos ilegais (desde logo no cumprimento do disposto nesta proposta de regulamento e que já analisamos) não afasta o regime de isenção de responsabilidade (mas também não significa que dele possa necessariamente beneficiar – não estamos perante um instituto de “colaboração” ou “clemência” ou, menos ainda, de “delação premiada”). Com esta disposição pretende-se não desencorajar tais iniciativas e medidas voluntariamente adotadas pelos prestadores de serviços intermediários e gerar um ambiente de segurança jurídica que contribua para aquele mesmo fim. Esta cláusula (conhecida como *Good Samaritan clause or paradox*) tem gerado muita controvérsia: por um lado, quer-se promover atitudes pró-ativas por parte dos prestadores de serviços intermediários; por outro, estes não querem sujeitar-se a um maior risco de serem responsabilizados por terem tomado medidas (terem sido ativos).

O artigo 7.º («inexistência de obrigações gerais de vigilância ou de apuramento ativo dos factos») da proposta de regulamento corresponde, com ligeiras alterações, ao n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2000/13/CE. Os prestadores de serviços intermediários não estão obrigados a uma obrigação vigilância de natureza geral (ou a tomarem medidas preventivas de conteúdos ilegais), mas podem ser obrigados, desde logo como consequência de uma decisão judicial, a efetuar uma vigilância em casos específicos, como o TJUE já concretizou (e analisamos)¹⁷⁰.

Por fim, nos termos dos artigos 8.º e 9.º da proposta de regulamento impõe-se aos prestadores de serviços intermediários a obrigação de adotar medidas contra os conteúdos ilegais e de fornecer informações. Houve, nestas disposições, uma preocupação de cumprir com a jurisprudência do TJUE a que fizemos referência, desse logo o princípio da proporcionalidade (designadamente na sua dimensão de proibição do excesso), a garantia de que as decisões são cumpridas de modo

eficaz e eficiente e sem se prejudicar os direitos (incluindo os direitos fundamentais) e interesses legítimos de terceiros. Na verdade, as decisões das autoridades administrativas ou judiciárias¹⁷¹ dos Estados-Membros (dependendo do ordenamento jurídico ou do domínio do direito em causa) têm de cumprir certas condições: fornecer os elementos específicos do conteúdo ilegal ou, se pretendem uma certa informação, os elementos específicos da informação (sobre os destinatários individuais do serviço intermediário em causa e não sobre um grupo de destinatários não especificamente identificados; igualmente não estão aqui abrangidas pedidos de informações agregadas para fins, por exemplo, estatísticos), de modo que não estejamos perante a imposição de uma obrigação geral de vigilância ou uma obrigação de busca ativa de factos; o fundamento jurídico da qualificação do conteúdo como ilegal (disposições do direito da União ou do direito interno do Estado-Membro) e, no caso de ordem de prestação de informações, apresentar a base legal (regras do direito da União ou do direito interno), a sua finalidade, necessidade e proporcionalidade; uma exata identificação do conteúdo ilegal e sua localização; a decisão deverá identificar – quer no caso de conteúdos ilegais quer de prestação de informações – as vias de recurso à disposição do prestador do serviço e dos destinatário do serviço; no caso das ordens de atuação contra conteúdos ilegais é necessário estabelecer o âmbito territorial da decisão no respeito pelos princípios da necessidade, da territorialidade (deverá ser apreciada a ilegalidade dos conteúdos em outros territórios) e da proporcionalidade e de modo a assegurar um justo equilíbrio entre todos os direitos fundamentais em conflito (e devidamente fundamentada no direito nacional, no direito da União ou no direito internacional aplicável); no caso de ordens de prestação de informações, a decisão apenas poderá exigir ao prestador de serviços intermediários que forneça informações «já recolhidas para efeito de prestação do serviço e que estejam sob o seu controlo».¹⁷²

Esta proposta de Regulamento dos Serviços Digitais pretende, fundamentalmente, estabelecer um novo modelo de governação e supervisão dos serviços digitais transfronteiriços, incorporar num regulamento (evitando a fragmentação jurídica) a interpretação que o TJUE tem efetuado da Diretiva 2000/31/CE.

NOTAS

- ¹ «The digital age and the global economy are now closely linked» - in WIPO, *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, December 2002, 10.
- ² As plataformas digitais são muito diversas e assentam em diversos modelos de negócio: ensino; acesso e produção de conteúdos; carregamento (upload) e descarregamento (download) de documentos, imagens, música, vídeos; notícias e entretenimento; comunicação; emprego; acomodação; viagens; transporte; pesquisa; redes sociais; mercado; aplicativos; partilha de conteúdos; etc. Os cidadãos usam, em especial, as plataformas em linha para compras, redes sociais e consumo de conteúdos (música, filmes, por exemplo). Os fornecedores de plataformas em linha são intermediários neste fluxo de comunicação (incluindo o comércio) na internet. Sobre estes e outros novos modelos de negócio vide Alexandre L. Dias Pereira, «O direito de autor e a liberdade de informação num contexto de confinamento social, in *Revista de Direito Intelectual*, 2/2020, 48. Sobre a tutela das obras na internet, vide, entre outros, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, 342-343. Numa outra perspectiva pode igualmente discutir-se, face a novos modelos de negócio, a tutela dos fornecedores de plataformas, em especial de plataformas de conteúdos (aqui, de agregação de conteúdos noticiosos) e a concorrência entre fornecedores de plataformas desta natureza (uma alternativa, para alguns, à tutela das obras individuais) – tudo isto a propósito de um novo direito conexo sobre publicações de imprensa [artigo 15.º da Diretiva (EU) 2019/790] – vide Martin Senfleben, Maximilian Kerk, Miriam Buiten, et al., «New Rights or New Business Models? An Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era», in *IIC* 48, 2017, 538–561.
- ³ Sobre o papel das plataformas («if Facebook was a government...») na formação da opinião (Meinungsmacht) e consequente poder, vide Natali Helberger, «The Political Power of Platforms: How Current Attempts to Regulate Misinformation Amplify Opinion Power», in *Digital Journalism*, 2020, 8:6, 842-854, DOI: 10.1080/21670811.2020.1773888, fazendo referência às medidas legislativas adotadas na Alemanha, França e Reino Unido (que aqui não vamos desenvolver).
- ⁴ Sobre a liberdade de informação vide Alexandre L. Dias Pereira, «O direito de autor e a liberdade de informação num contexto de confinamento social, cit., que nos diz, p. 41, «a liberdade de expressão do pensamento depende do acesso à informação».
- ⁵ A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, sublinha a tutela da propriedade intelectual designadamente nos artigos 3.º, alínea j), 4.º, n.º 4, e 16.º. Vide, igualmente, o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 adicional à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais (a União Europeia aderiu a esta Convenção – vide o artigo 6.º, n.º 2, do TUE) tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (designadamente no processo n.º 73049/01), e o artigo 27.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sobre a relação dos direitos de autor (que são direitos fundamentais e direitos humanos) com outros direitos fundamentais (ponderando-se a função social dos direitos de autor «como justificação aos limites de protecção»), vide, em especial, Alexandre Dias Pereira, «Os direitos de autor na balança constitucional dos direitos fundamentais», in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias, Estudos*, Volume II, Gestlegal, Coimbra, 2021, 31-58.
- ⁶ Como escrevem Cornish, Llewelyn & Aplin, in *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Ninth Edition, Thompson Reuters, 2019, § 1-038, «Intellectual property rights are constantly destabilised by technological advance». Mas, no que respeita aos usos no mundo digital, a tecnologia oferece

meios particularmente eficazes de restringir acessos, salvo autorização e consequente remuneração – vide Cornish, Llewelyn & Aplin, op. cit., § 20-054. Com a evolução tecnológica também se desenvolvem as técnicas de contrafação e pirataria, sendo certo que «the essential mechanism of the “intellectual currency” system of IP is to give an inventor, an author, or other rights owners the right to decide whether and how to use material they develop» - Philippe de Buck, «Expectations of European companies as regards Intellectual Property in Europe & globally», in *The Future Prospects for Intellectual Property in the EU: 2012-2022*, L'Ingénieur Conseil – Intellectual Property, GEVERS, Brussels, 2011, 142.

- ⁷ Alguns fornecedores de plataformas em linha tornaram-se particularmente gigantescos, obtendo ganhos de escala (e acumulando muitos dados), em termos de não apenas influenciarem e condicionarem o nosso comportamento, mas o próprio mercado (por vezes novos mercados) determinando as regras do seu funcionamento, incluindo o acesso ao mesmo. Estamos nestes casos, frequentemente, perante ausência de concorrência, abusos de posição dominante, práticas discriminatórias, condições concorrenciais desleais face a empresas utilizadoras das plataformas, práticas comerciais desleais com os consumidores, etc.
- ⁸ Na verdade, «this migration of intellectual property onto the internet can be seen with respect to each species of rights (...) intellectual property has migrated to the internet, both in substance and as a concept vital to the success of e-commerce enterprises» - in WIPO, *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, December 2002, 19, 22.
- ⁹ Vide, em especial, Katharina de la Durantay, «Back to Basics – European Copyright Law after the DSM Directive», in *IIC* (2022) 53, 2.
- ¹⁰ Em especial, a Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que altera a Diretiva 2010/13/UE relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), para a adaptar à evolução das realidades do mercado; a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE; a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno; e o Regulamento (EU) 2021/784 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2021, relativo ao combate à difusão de conteúdos terroristas em linha. Sobre as origens da Agenda Digital Europeia, vide, entre nós, Hélder Coelho, «Agenda Digital Europeia», in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora, 2012, 59-76.
- ¹¹ O Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (P2B), consagrou, fundamentalmente, as seguintes medidas: um regime jurídico para as cláusulas contratuais gerais estabelecidas pelos prestadores de serviços de intermediação em linha [incluindo «informações gerais sobre a forma como as cláusulas contratuais gerais afetam a propriedade e o controlo dos direitos de propriedade intelectual dos utilizadores profissionais» – artigo 3.º, n.º 1, alínea e)]; regras sobre a restrição, suspensão ou cessação por parte de um prestador de serviços de intermediação em linha dos seus serviços a um determinado utilizador profissional (artigo 4.º); regras sobre os principais parâmetros que determinam a classificação (ranking) dos produtos ou serviços pesquisados (artigo 4.º); obrigação de fornecer uma descrição dos tipos de tratamento diferenciado que possa estabelecer para produtos ou serviços por si propostos comparativamente aos oferecidos por utilizadores profissionais dos seus serviços de intermediação em linha (artigo 7.º); obrigação de adoção por parte dos prestadores de serviços de intermediação em linha de uma política clara quanto aos dados pessoais que sejam recolhidos (artigo 9.º); obrigatoriedade de os prestadores de serviços de intermediação em linha disporem de um procedimento interno de tratamento das reclamações apresentadas pelos utilizadores profissionais (artigo 11.º); possibilidade de resolução extrajudicial de litígios entre o prestador de serviços e o utilizador profissional através de mediação (artigo 12.º); por fim, a possibilidade de organizações ou associações representativas e organismos públicos intentarem ações judiciais contra os prestadores de serviços de intermediação em linha (artigo 14.º). Espera-se, com este regulamento, colocar termo a práticas comerciais abusivas e desleais adotadas pelos prestadores de serviços de intermediação em linha em relação aos utilizadores profissionais destes serviços, dos quais estão, frequentemente, inteiramente dependentes para colocar os seus produtos

ou serviços no mercado. Os utilizadores profissionais, quantas vezes pequenas e médias empresas (incluindo as start-ups), das plataformas em linha poderão agora beneficiar de um conjunto de regras que pretendem assegurar um ambiente mercantil digital mais justo, previsível e transparente. Todavia, muito há ainda a fazer, não apenas na consecução destes objetivos (em especial na sua aplicação efetiva), mas igualmente no domínio do direito da concorrência.

¹² Teremos aqui em consideração a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), de 15.12.2020, COM(2020) 842 final. A falta de contestabilidade (*workable competition*) no mercado dos serviços digitais, assente em fornecedores de plataformas em linha de grandes dimensões, geram práticas desleais, comportamentos abusivos, resultados ineficientes (com preços elevados), comportamentos independentes dos concorrentes (quando existem), e prejuízos para os utilizadores (profissionais ou consumidores), para a inovação, e para a liberdade (de concorrência, de empresa, de expressão, etc.). É o paradoxo da liberdade (que nega a liberdade). Existem serviços de plataforma em linha altamente concentrados de grandes dimensões e que, por isso, adotam comportamentos independentes ou autónomos ou que atuam, em regime de monopólio ou quase monopólio, como portas de acesso para utilizadores profissionais (que estão numa situação de dependência económica) chegarem à sua clientela (ou a clientela se dirigir aos utilizadores profissionais) e que, nestes termos, são controladores de acesso (abusando frequentemente do seu poder – abuso de posição dominante). A proposta de Regulamento dirige-se fundamentalmente a um conjunto de serviços essenciais de plataforma em que não existe um mercado contestável, por exemplo, serviços de intermediação em linha, motores de pesquisa em linha, redes sociais, serviços de plataformas de partilha de vídeos, serviços de comunicações eletrónicas interpessoais independentes do número, serviços operativos, serviços de computação em nuvem e serviços de publicidade. Esta proposta pretende completar o quadro jurídico vigente no domínio da concorrência (direito europeu e nacional), sem, todavia, limitar a sua aplicação. Em especial, o artigo 102.º do TFUE tem-se revelado insuficiente (devido ao conceito de posição dominante, à noção de mercado relevante, e à própria morosidade na aplicação deste regime) para combater práticas adotadas pelos controladores de acesso. No considerando 10 da proposta de Regulamento pode ler-se «O presente regulamento procura alcançar um objetivo complementar, mas diferente, do da proteção da concorrência não distorcida num determinado mercado, tal como definida nos termos do direito da concorrência, que consiste em assegurar que os mercados em que estejam presentes controladores de acesso são disputáveis e equitativos e continuam a sê-lo, independentemente dos efeitos reais, prováveis ou presumíveis sobre a concorrência num determinado mercado do comportamento de um determinado controlador de acesso abrangido pelo presente regulamento. O presente regulamento visa, portanto, proteger um interesse jurídico distinto do das referidas regras, não devendo prejudicar a respetiva aplicação». Além da proposta de Regulamento definir o que é um controlador de acesso (artigo 3.º), estabelece um conjunto de obrigações e interdições (artigos 5.º e ss.) de modo a garantir um mercado contestável e equitativo e proibir práticas que limitam essa contestabilidade ou que são desleais. Para garantir a contestabilidade dos mercados digitais a Comissão, nesta proposta de Regulamento, tem diversos poderes de investigação (artigos 14.º e ss.) e, em caso de incumprimento, estão previstas, designadamente, coimas e sanções pecuniárias compulsórias (artigos 22.º e ss.). Sobre esta proposta vide Nuno Sousa e Silva, «Novas regras para a internet: notas breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais», in *Revista de Direito Intelectual*, 1/2021,100-102.

¹³ Referimo-nos à proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, COM/2020/825 final, 2020/0361(COD), de 15 de dezembro de 2020.

¹⁴ Vide, em especial, Mireille Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruylant, Brussels, 2012, 442-485.

¹⁵ Para uma breve referência ao direito internacional, vide Cornish, Llewelyn & Aplin, *op.cit.*, § 20-057; Paola A. E. Frassi, «Diritti degli autori e diritti degli utenti nella rete internet: problemi e prospettive», in *Scritti scelti di Diritto Industriale e Diritto d'Autore*, Giuffrè Editore, 2013, 543-597. Quanto à transposição para o direito nacional da Diretiva 2000/31/CE, vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrónico», in *Miscelâneas*, n.º 3, 2004, 75-112.

¹⁶ Vide Katharina de la Durantaye, *op. cit.*, 4.

- ¹⁷ Sobre a incorreção do termo «comércio», vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrônico», cit., 78.
- ¹⁸ A presente Diretiva não afastou todo um vasto conjunto de diplomas que se relacionam com a sociedade digital e visam, designadamente, proteger os consumidores, regular a publicidade, tutelar os dados pessoais e a privacidade ou defender a saúde pública. Sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários na proteção de dados pessoais, vide, entre outros, Giovanni Sartor, «Providers' liabilities in the new EU Data Protection Regulation: A threat to Internet Freedoms?», in *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No.1, 3-12.
- ¹⁹ Ao abrigo do disposto na Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação [que revogou a Diretiva 98/34/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, alterada pela Diretiva 98/48/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de julho de 1998], entende-se por serviço, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), «qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços». Diga-se que um serviço à distância é «um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes»; por via eletrónica significa «um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos»; e, por fim, mediante pedido individual de um destinatário de serviços significa «um serviço fornecido por transmissão de dados mediante pedido individual». A Diretiva não se aplica a um conjunto de serviços (por exemplo, serviços de radiodifusão sonora ou televisiva, serviços de telecomunicações, serviços financeiros) e esclarece o que não são serviços na sociedade da informação (por exemplo: serviços prestados na presença física do prestador e do destinatário, mesmo que impliquem a utilização de dispositivos eletrónicos; serviços não fornecidos por intermédio de sistemas eletrónicos de armazenagem e processamento de dados, onde se inclui os serviços de consulta de médico ou advogado por telefone; serviços cujo conteúdo é material mesmo quando impliquem a utilização de dispositivos eletrónicos, incluindo-se aqui a distribuição automática de notas de banco; serviços fornecidos por envio de dados sem pedido individual e destinados à receção simultânea por um número ilimitado de destinatários, id est, transmissão de «ponto para multiponto», como é o caso da radiodifusão televisiva). Apesar das exclusões, estamos perante uma diversidade significativa de atividades económicas (vide o considerando n.º 18 da citada Diretiva 2000/31/CE): venda de produtos em linha; prestar informações em linha; fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados; transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço; serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico; sistemas de pagamento pela internet; processamento de pagamentos em linha; concessão de nomes de domínio; armazenamentos de sítios na internet; serviços de computação em nuvem; intermediação de comércio eletrónico (fornecimento de um sítio de comércio eletrónico; fornecimento de serviços para alienação, arrendamento ou aluguer de produtos; etc.); serviços para carregamento ou descarregamento e partilha de ficheiros; serviços de correio eletrónico; plataformas participativas em linha; motores de busca; portais; etc. Na verdade, é quase impossível elencar todos os serviços que são prestados, mas vamos dar alguns exemplos: plataformas de mensagens instantâneas (por exemplo, WhatsApp); plataformas para partilha de imagens (por exemplo, Flickr); plataformas de podcasting (por exemplo, iTunes); plataformas de streaming (por exemplo, Spotify); redes sociais (por exemplo, Facebook); plataformas de comércio eletrónico ou e-marketplace (por exemplo, OLX, Farfetch, eBay, AliExpress, Magento); plataformas para criação de páginas eletrónicas e blogs em linha (por exemplo, WordPress, Blogger); plataformas para agregação de notícias, imagens, vídeos (por exemplo, Reddit); plataformas de vídeos ou de partilha de vídeos e filmes (por exemplo, YouTube); plataformas de jogos (por exemplo, World of Warcraft); plataformas Wikis e outras que permitem a edição de textos pelos usuários (por exemplo Wikipedia, Scholarpedia); plataformas para reserva de acomodação e viagem (por exemplo, Booking, Airbnb, Vrbo, TripAdvisor, FlipKey); etc. Sobre os diversos modelos de negócio, classificações

e definições de plataformas em linha vide Andrea Bertolini, *Liability of online platforms*, in <https://www.euro-parl.europa.eu/>, 2021, 7, ss.; Adebola Adeyemi, «Liability and Exemptions of Internet Service Providers (ISPs): Assessing the EU Electronic Commerce Legal Regime», in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2018, 24(1), 6-12. Sobre os contratos da «Web 2.0» e as dificuldades de imputação de responsabilidade devido à característica interativa dos serviços da internet 2.0, vide, entre outros, Jacques Larrieu, *Droit de l'Internet*, 2e édition, elipses, Paris, 2010, 148, ss., 167, ss.

- ²⁰ Na verdade, é muitas vezes difícil identificar o infrator ou os múltiplos infratores que podem estar localizados num território diverso do território onde se verifica a infração, podendo ainda verificar-se que no território de origem o ato em causa não constitui uma violação do direito de propriedade intelectual. Por fim, a eficácia das medidas que venham a ser determinadas por autoridades administrativas ou judiciais, bem como a determinação da competência jurisdicional ou da lei material aplicável, podem ser especialmente problemáticas. Vide, com mais detalhes, Remédio Marques, *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, Almedina, Coimbra, 2021, 621-622.
- ²¹ Para efeitos do disposto no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (a que voltaremos mais adiante), é considerado «intermediário» um fornecedor de acesso à internet, ainda que se limite a proporcionar aos utilizadores esse acesso, «sem propor outros serviços, como os serviços de correio eletrónico e de descarregamento ou partilha de ficheiros, nem fiscalizar, de direito ou de facto, o serviço utilizado» - vide o Despacho do Tribunal de Justiça de 19 de fevereiro de 2009, LSG, processo C-557/07 (apoiando-se no acórdão de 29 de janeiro de 2008, Promusicae, processo C-275/06). No acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien, processo C-314/12, pode igualmente ler-se que (e para efeitos do citado artigo 8.º, n.º 3) «intermediário (...) visa qualquer pessoa que veicule, numa rede, atos de terceiros de violação de obras ou outros materiais protegidos» e, mais adiante, acrescenta «(...) visto que o fornecedor de acesso à Internet está necessariamente implicado na transmissão de um ato ilícito através da Internet, entre um dos seus clientes e um terceiro, porquanto, ao facultar o acesso à rede de Internet, torna possível essa transmissão (...), há que considerar que um fornecedor de acesso à Internet (...) que permite aos seus clientes aceder a material protegido, que um terceiro colocou à disposição do público na Internet, é um intermediário cujos serviços são utilizados para violar um direito de autor ou um direito conexo, na aceção do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29». Intermediário não é apenas aquele que disponibiliza um sítio de comércio eletrónico, pois o acórdão do TJUE de 7 de julho de 2016, Tommy Hilfiger, processo C-494/15, fez equiparar um sítio de comércio eletrónico a um mercado físico para efeitos de aplicação do artigo 11.º (medidas inibitórias), terceiro parágrafo (intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual), da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. Importa ainda referir que este acórdão ao fazer a indicada equiparação, concluiu que os requisitos a que estão sujeitas as medidas inibitórias, para efeitos do referido artigo 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48, são os mesmos (seja para um intermediário que disponibiliza um sítio de comércio eletrónico ou para um intermediário que presta um serviço de arrendamento de balcões de venda em instalações de um mercado físico), tal como indicados no acórdão do TJUE de 12 de julho de 2011, L'Oreal, processo C-324/09.
- ²² Atendendo ao disposto nos artigos 12.º, 13.º e 14.º da citada Diretiva 2000/13/CE, os serviços em causa são os seguintes: simples transporte (mere conduit), id est, serviço de transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço, serviço de facilitação do acesso a uma rede de comunicações, serviço de armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas (desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão); armazenagem temporária (caching), id est, serviço de transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço (serviço que se traduza em armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço); armazenagem em servidor (hosting), id est, serviço de armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço (trata-se de um armazenamento não temporário de conteúdos). Face a estas disposições teremos de estar perante um prestador intermediário.

Para mais detalhes sobre estas atividades vide, entre outros, Pablo Baistrocchi, «Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce», in Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 19, 1(2003), 119-126; Christiane Féral-Schuhl, Cyberdroit, Le Droit à l'Épreuve de l'Internet, Dalloz, sixième édition, 2010, 753-756.

- ²³ A responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários pode ser direta se colocam, eles próprios, conteúdos ilegais e poderá ser uma responsabilidade civil, administrativa ou criminal em função do caso concreto e do direito aplicável. A responsabilidade secundária também poderá ser civil, administrativa ou criminal (em função do caso concreto e do direito aplicável) e poderá com fundamento em dolo (se, por exemplo, promovem ativamente a colocação dos conteúdos ilegais pelos destinatários dos serviços) ou em negligência (se, por exemplo, não atuam com a devida diligência nos termos que vamos analisar). Sobre os fundamentos e efeitos colaterais («colateral censorship») da «secondary liability» dos prestadores de serviços intermediários, vide Giovanni Sartor, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future*, <https://www.europarl.europa.eu/studies>, 2017, 10, ss.
- ²⁴ Ou seja, não se impõe que o prestador monitorize as informações constantes dos seus servidores e que investigue, por sua iniciativa, os conteúdos ilegais que aí estejam armazenados. Mas, se for notificado da existência e localização desse conteúdo ilegal, usualmente através de uma notificação, deverá atuar e retirar essa informação ou bloquear o acesso à mesma (o denominado sistema de «notificação e retirada» ou notice-and-take-down). Este regime pode permitir notificações abusivas – sobre o regime dos EUA que permite, nestes casos, a aplicação de punitive damages, vide Christiane Féral-Schuhl, *op. cit.*, 755.
- ²⁵ Sobre estas e outras formas de utilização de obras, bem como o regime de isenção de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha, vide, entre outros, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *op. cit.*, 344-353; Patrícia Akester, *Direito de Autor em Portugal*, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais, Almedina, Coimbra, 2013, 199-202; Nicolas Binctin, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, 3.e édition, LGDJ, 2014, 774-783 (o autor sublinha a relevância do conceito de editor de conteúdos ou de atividade de editor de serviços de comunicação em linha). André R. Bertrand, *Droit d'Auteur*, Dalloz, troisième édition, 2010, 950-951, sublinha que com fundamento na «confiance dans l'économie numérique» se distinguiu (o que a lei não distinguia) «entre celui qui fabrique les produits et celui qui ne fait que les commercialiser» com a consequência de se consagrar um regime mais favorável para os «cybermarchands» do que para os «commerçants traditionnels».
- ²⁶ É relevante, a este propósito, lembrar o disposto no artigo 8.º da citada Diretiva 2001/29/CE, em especial o n.º 3 «Os Estados-Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos». De forma expressiva o considerando 59 desta Diretiva diz «(...) no meio digital, os serviços de intermediários poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações. Esses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas. Por conseguinte, sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede atos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os atos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º. As condições e modalidades de tais injunções deverão ser regulamentadas nas legislações nacionais dos Estados-Membros». Importa ainda referir o artigo 8.º [em especial o disposto no n.º 2, alínea a)] da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. Da conjugação destas disposições resulta a necessidade de compatibilizar dois direitos fundamentais em conflito: o direito de propriedade (intelectual) e o direito à privacidade dos dados pessoais. Esta necessidade de concordância prática foi apreciada no Despacho do Tribunal de Justiça de 19 de fevereiro de 2009, LSG, processo C-557/07, em que o Tribunal concluiu o seguinte (apoiando-se no acórdão de 29 de janeiro de 2008, Promusicae, processo C-275/06): «(...) o direito comunitário, nomeadamente o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2004/48, conjugado com o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, não se opõe a que os Estados-Membros estabeleçam a obrigação de transmitir a terceiros privados dados pessoais relativos ao tráfego, para permitir proceder judicialmente, em instâncias cíveis, contra violações do direito de autor. Porém, o direito comunitário exige que os Estados-Membros,

na transposição das Diretivas 2000/31, 2001/29, 2002/58 e 2004/48, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os vários direitos fundamentais em presença. Por outro lado, as autoridades e os órgãos jurisdicionais dos Estados Membros devem, na execução das medidas de transposição das referidas diretivas, não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com estas últimas mas também zelar por que seja seguida uma interpretação dessas diretivas que não entre em conflito com os direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade». Uma convivência ou tensão entre direitos fundamentais que exigirá uma ponderação em face das circunstâncias do caso concreto de modo a não sacrificar nenhum dos direitos em conflito (procurar-se-á uma harmonização entre eles de modo a alcançar-se a máxima realização de ambos). No já referido acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien, processo C-314/12, estava em causa a adoção de uma injunção contra um fornecedor de acesso à internet (UPC Telekabel Wien GmbH) com vista a ser bloqueado o acesso dos seus clientes a um sítio internet que coloca à disposição do público filmes da Constantin Film Verleih GmbH e da Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH sem o seu consentimento. O TJUE considerou que as medidas de tutela do direito de autor ou de direitos conexos não têm apenas por finalidade colocar termo às violações desses direitos, mas também prevenir novas violações, pelo que não pode ser exigido, como pressuposto da adoção de tais medidas (com uma finalidade preventiva), que os titulares de um direito de autor ou de um direito conexo tenham de «provar que os clientes de um fornecedor de acesso à Internet efetivamente consultam material protegido, colocado à disposição do público sem o consentimento dos referidos titulares». Mais uma vez aqui se colocou o problema de um conflito entre direitos fundamentais. A injunção em causa proibia um fornecedor de acesso à internet de facultar aos seus clientes o acesso a um sítio internet em que é colocado em linha material protegido, sem o consentimento dos titulares de direitos, quando essa injunção não especifica as medidas que esse fornecedor de acesso deve tomar (e quando o destinatário da injunção pode, mediante prova de que adotou todas as medidas razoáveis, evitar as sanções pecuniárias compulsórias destinadas a reprimir a violação da referida proibição). Estamos em face de um confronto entre o direito de propriedade intelectual, por um lado, e a liberdade de empresa e a liberdade de informação, por outro. O TJUE efetuou relevantes ponderações: o importante é que o destinatário da injunção adote as medidas concretas adequadas a alcançar o resultado pretendido; o destinatário pode eximir-se da sua responsabilidade se provar que tomou todas as medidas razoáveis (o destinatário das medidas tem a possibilidade de se eximir da sua responsabilidade e, assim, de não tomar certas medidas eventualmente concretizáveis, quando não podem ser qualificadas de razoáveis); o destinatário não é obrigado a fazer sacrifícios insuportáveis; o destinatário das medidas (intermediário) não é responsável pela violação do direito fundamental de propriedade intelectual em causa; o destinatário das medidas deve ter a possibilidade de demonstrar que as medidas tomadas foram efetivamente as que dele se podiam esperar para impedir o resultado proibido; o destinatário das medidas terá de ponderar, nas medidas que adota, o direito fundamental à liberdade de informação dos utilizadores da internet; as medidas tomadas pelo fornecedor de acesso à internet devem ser estritamente delimitadas (ou seja, não excessivas ou desproporcionadas) de modo a que não sacrifique o direito de informação; as medidas de execução tomadas pelo fornecedor de acesso à internet devem ser sindicáveis e contestáveis (desde logo pelos titulares do direito de propriedade intelectual em causa); na harmonização de todos os direitos fundamentais não se exclui que a execução das medidas de tutela de um direito de propriedade intelectual não culmine na cessação total das violações do direito de propriedade intelectual em causa; é possível a adoção de outras medidas que permitam colocar termo às violações do direito de propriedade intelectual (adequação e exigibilidade); o direito de propriedade intelectual não é intangível nem a sua proteção tem de ser assegurada de forma absoluta. Ou seja, as medidas tomadas pelo destinatário de uma injunção devem ser suficientemente eficazes para assegurar uma proteção efetiva do direito fundamental em questão e se não conseguir garantir a cessação total das violações do direito de propriedade intelectual, nem por isso podem ser consideradas incompatíveis com a exigência de encontrar um justo equilíbrio entre todos os direitos fundamentais aplicáveis, desde que, por um lado, as medidas tomadas não impeçam desnecessariamente os utilizadores da internet de acederem licitamente às informações disponíveis e, por outro, essas medidas tenham o efeito de impedir ou, pelo menos, de tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e de desencorajar seriamente os utilizadores da internet que recorrem aos serviços do destinatário da injunção de consultar esse material, colocado à sua disposição em

violação do direito da propriedade intelectual. O TJUE efetuou um profundo exercício de concordância prática entre os direitos fundamentais em causa. Considerando os objetivos da Diretiva 2000/31, o TJUE no acórdão de 12 de julho de 2011, L’Oreal, processo C-324/09, defendeu que artigo 11.º (medidas inibitórias), terceiro período («os Estados-Membros devem garantir igualmente que os titulares dos direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo do n.º 3 do artigo 8.º da Diretiva 2001/29/CE»), da citada Diretiva 2004/48/CE deve ser interpretado no sentido de que exige que os Estados-Membros assegurem que os órgãos jurisdicionais nacionais «possam proferir medidas inibitórias que imponham que o operador de um sítio de comércio eletrónico tome medidas que contribuam não apenas para pôr termo às violações destes direitos cometidas por utilizadores deste sítio de comércio eletrónico mas também para prevenir novas violações desta natureza» (uma função preventiva). «Estas medidas inibitórias devem ser efetivas, proporcionadas, dissuasivas e não devem criar obstáculos ao comércio legítimo» (de novo a articulação com a liberdade de empresa). Ou seja, as medidas em causa não podem limitar excessivamente a liberdade de empresa (por exemplo, um proibição «geral e permanente de colocação no mercado, neste sítio de comércio eletrónico, de produtos destas marcas»), «não podem consistir numa vigilância geral e ativa da totalidade dos dados relativos a cada cliente a fim de prevenir qualquer violação futura» (seriam medidas desproporcionadas ou excessivas e causadoras de graves sacrifícios ou «excessivamente custosas»), nem devem desrespeitar a tutela de dados pessoais, sendo certo que o cliente vendedor está a operar no mercado, é um comerciante, id est, não estamos no domínio da sua vida privada, pelo que o prestador do serviço em linha deve poder fornecer dados para o identificar.

²⁷ Sobre a «metódica» utilizada com vista a reduzir a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha, vide Remédio Marques, *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, cit., 624. O advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, nas suas conclusões de 16 de julho de 2020, C-682/18 e C-683/18, diz-nos (§ 134), a propósito da isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31, «Sublinho que esta disposição não tem por objeto determinar, de forma afirmativa, a responsabilidade de semelhante prestador. Mais não faz do que limitar, de forma negativa, as situações nas quais este pode ser responsabilizado».

²⁸ Sublinhe-se que as referidas disposições da Diretiva 2000/31/CE não se aplica a todas as atividades dos prestadores intermediários de serviços em linha. O artigo 21.º desta Diretiva prevê que a Comissão elaborará em relatório em que deverá ponderar «a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, aos procedimentos de “notice and take down” e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo. O relatório analisará igualmente a necessidade de prever condições suplementares para a isenção de responsabilidade a que se referem os artigos 12.º e 13.º, à luz da evolução da técnica, e a possibilidade de aplicar os princípios do mercado interno às comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico».

²⁹ Na verdade, como nos diz Jacques Larriue, op. cit., 156-157, «une ligne de partage a été tracée entre ceux qui stockent l’information et ceux qui ne font que la transmettre. La durée de la relation, rendant possible le contrôle, justifierait une mise en cause plus naturelle de la responsabilité des premiers».

³⁰ O advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, nas suas conclusões de 16 de julho de 2020, C-682/18 e C-683/18, diz-nos (§ 138) «o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31 aplica-se, de forma horizontal, a qualquer forma de responsabilidade que possa resultar, para os prestadores visados, de qualquer tipo de informações que armazenem a pedido dos utilizadores dos seus serviços, independentemente de qual seja a origem dessa responsabilidade, o domínio do direito em causa e a qualificação ou a natureza exatas da referida responsabilidade. Assim, esta disposição abrange, na minha opinião, a responsabilidade tanto primária como secundária pelas informações prestadas e pelas atividades iniciadas por esses utilizadores». Todavia, importa sublinhar que, logo a seguir (§139) explica que «embora o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31 seja, por princípio, inaplicável quando um prestador de serviços comunica ao público o seu «próprio» conteúdo, esta disposição é, em contrapartida, suscetível de se aplicar quando o conteúdo comunicado tenha sido fornecido, como no caso em apreço, pelos utilizadores do seu serviço (...)». Ou seja, a isenção aplica-se quando os prestadores que realizam a «comunicação ao público» de obras fornecidas pelos utilizadores dos seus serviços, mas não quando eles próprios efetuam essa comunicação ao público.

³¹ Vide Pablo Baistrocchi, op. cit., 117-118.

- ³² O artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva, todavia, permite que os Estados-Membros possam «estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem».
- ³³ Peggy Valcke, Aleksandra Kuczerawy, Pieter-Jan Ombelet, «Did the Romans Get it Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common», in L. Floridi, M. Taddeo, *The Responsibilities of Online Service Providers*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2839213>, Springer, 2016, 2.
- ³⁴ Sobre o contrato de referenciamento e a responsabilidade pelos resultados da pesquisa, vide, entre outros, Jacques Larrieu, *op. cit.*, 139, ss., 176, ss.
- ³⁵ Vide o § 42 do acórdão em causa. Diga-se que o prestador de um serviço remunerado de referenciamento na internet, além de colocar à disposição dos anunciantes palavras-chave que reproduzem ou imitam marcas registadas, organiza, através do contrato de referenciamento, a criação e a exibição privilegiada, a partir dessas palavras-chave, de links publicitários para sítios nos quais são oferecidos produtos contrafeitos (vide § 22 e 23 do acórdão).
- ³⁶ Vide, no mesmo sentido, Cornish, Llewelyn & Aplin, *op. cit.*, § 20-106.
- ³⁷ A este propósito é relevante o acórdão do TJUE de 22 de setembro de 2011, *Interflora*, C-323/09. A *Interflora Inc.* explora uma rede mundial de entrega de flores e é titular de diversas marcas (de prestígio) constituídas pelo termo «*Interflora*» ou similares. A *Marks & Spenser* é um dos maiores retalhistas do Reino Unido e concorre com a *Interflora* no serviço de venda e entrega de flores. No quadro de um serviço de referenciamento «*AdWords*», a *Marks & Spenser* reservou o termo «*Interflora*» bem como diversas variantes do mesmo. Assim, quando um internauta introduzia a palavra «*Interflora*» ou uma das variantes como termo de pesquisa no motor de busca da Google, era exibido um anúncio da *Marks & Spenser*. *Interflora* intentou uma ação por violação dos seus direitos de marca. A título prejudicial foram colocadas diversas questões ao TJUE. Considerando que estamos perante concorrentes, uma atividade de publicidade, palavras-chave idênticas à marca protegida, produtos e serviços idênticos, não há consentimento do titular da marca, o tribunal entendeu que o titular da marca pode proibir essa atividade se o uso em causa da marca for suscetível de prejudicar uma das funções da marca. Tal uso «prejudica a função de indicação de origem da marca quando a publicidade exibida a partir da palavra-chave não permite ou permite dificilmente ao internauta normalmente informado e razoavelmente atento saber se os produtos ou os serviços identificados pelo anúncio provêm do titular da marca ou de uma empresa economicamente ligada a este ou, pelo contrário, de um terceiro» (ou seja, tudo dependerá do modo como o anúncio é apresentado). Todavia, tal uso não prejudica a função de publicidade da marca. Estamos em face de uma perspectiva favorável à concorrência, pois ainda que o titular da marca tenha de incrementar a publicidade para manter a clientela tal faz parte do jogo da concorrência (vide § 57). Por fim, tal uso «prejudica a função de investimento da marca se perturbar de maneira substancial a utilização, pelo referido titular, da sua marca para adquirir ou conservar uma reputação suscetível de atrair e de fidelizar consumidores». Mais uma vez estamos em face de um raciocínio favorável à concorrência (mas desvirtuando-se a função jurídica essencial da marca) pois é necessária uma perturbação substancial, pelo que se se estiver em face de uso em concordância com a lealdade da concorrência, que respeite a função de indicação de origem e da marca e se tiver, como única consequência, obrigar o titular a aumentar os seus esforços para conservar a reputação do sinal (ainda que perca alguma clientela), aquela função não é prejudicada (vide § 64). Atendendo a que se está em face de uma marca de prestígio, o tribunal acrescentou o seguinte: o titular pode proibir a atividade em causa «quando o referido concorrente tira assim indevidamente partido do carácter distintivo ou do prestígio da marca (parasitismo) ou quando a referida publicidade prejudica esse carácter distintivo (diluição) ou esse prestígio (degradação)». Disse ainda que há prejuízo para o carácter distintivo da marca (diluição), «nomeadamente se contribuir para a desvirtuação dessa marca através da sua transformação num termo genérico» [ou seja, importa determinar se o uso em causa contribui apenas para chamar a atenção de um internauta que existem produtos ou serviços alternativos, outras empresas alternativas e independentes da *Interflora* – não ficando em causa a função distintiva da marca (vide § 81 e 82) – ou se o referido uso implica o risco de o sinal «*interflora*» passar a designar

qualquer entrega de flores (vide § 83)]. Por fim, o titular da marca de prestígio não pode proibir a atividade em causa se o concorrente oferece uma alternativa aos produtos ou serviços do titular da marca de prestígio desde que o concorrente (no caso a Marks & Spenser) não ofereça «uma simples imitação dos produtos ou dos serviços do titular dessa marca», não cause «uma diluição ou uma degradação» e não viole «as funções da referida marca que goza de prestígio». Se assim for, o uso em causa enquadra-se nos limites de uma concorrência sã e leal e existe, assim, um justo motivo (vide § 91). Assim não será se seleção das palavras-chave (que correspondem a marcas de prestígio) teve por finalidade “seguir” a marca de prestígio para beneficiar do seu selling-power e, conseqüentemente, explorar, sem qualquer esforço, o esforço desenvolvido pelo titular da marca, ou seja, uma atitude parasitária, um benefício indevidamente obtido. Vide, no mesmo sentido, Cornish, Llewelyn & Aplin, op. cit., § 20-107. Todavia, o TJUE parece não distinguir as funções jurídicas da marca das suas funções económicas e derivadas da função jurídica. Neste sentido, vide Luís Couto Gonçalves, «Revisitando o Acórdão Google do Tribunal de Justiça da União Europeia», in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, 2015, 359.

³⁸ Tratou-se de uma posição favorável ao prestador de serviços. Neste sentido, vide Luís Couto Gonçalves, «Revisitando o Acórdão Google do Tribunal de Justiça da União Europeia», cit., 353. Uma posição (favorável) quando, como o autor refere (355) «É pouco rigoroso afirmar que a Google não faz um uso comercial (...)». A Google usa os sinais distintivos (como tais) diretamente para promover o seu serviço “Adwords”; e um uso a título de marca e não simplesmente a título descritivo [«marcas “travestidas” de palavras-chave» como escreve o autor (356-357)]. Por certo, ter-se-á ainda de ponderar a relação merceológica entre a marca e o serviço da Google. Se estamos em face de marcas de prestígio tal problema poderá não se colocar (como veremos a seguir no caso L’Oreal), mas, fora deste regime que afasta o princípio da especialidade, é preciso ponderar se o serviço “Adwords” é idêntico ou similar aos produtos ou serviços oferecidos pelo titular da marca. Se não existir essa identidade ou similitude impõe-se, no quadro do comércio eletrónico e dos serviços prestados pelo prestador intermediário, saber se poderá haver uma violação indireta da marca do titular através dos produtos ou serviços comercializados pelo destinatário dos serviços que usa (e paga) o serviço de referenciamento da Google. Neste sentido, Luís Couto Gonçalves na obra agora referida. Entendemos que não há propriamente uma violação indireta da marca, pois o serviço da Google não pode, em concreto (pode em abstrato), ser desligado do serviço do anunciante: o serviço “Adwords” existe para alterar os resultados de busca em favor do destinatário do serviço (o anunciante de produtos ou serviços idênticos ou afins aos produtos ou serviços identificados pela marca usada enquanto palavra-chave). Sobre os diferentes fundamentos apresentados nos tribunais franceses (contrafação da marca, concorrência desleal, responsabilidade civil, publicidade enganosa), vide Christiane Féral-Schuhl, op. cit., 845-855.

³⁹ Como se lê no § 118 «É, em contrapartida, pertinente (...) o papel desempenhado pela Google na redação da mensagem comercial que acompanha o link publicitário, ou na determinação ou na seleção das palavras-chave». No acórdão do TJUE de 11 de setembro de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, em que estava em causa saber, designadamente, se o regime de isenção de responsabilidade previsto nos artigos 12.º a 14.º da Diretiva 2000/31/CE se aplicaria a (§ 37) «uma sociedade editora de imprensa que dispõe de um sítio Internet no qual é disponibilizada a edição eletrónica de um jornal redigido por jornalistas contratados ou independentes (...)», o tribunal entendeu (§ 45), e bem, que a sociedade não poderia beneficiar de tal regime de isenção de responsabilidade uma vez que ela própria publica no seu sítio da internet o seu jornal (numa versão eletrónica) e, por isso, em princípio, «tem conhecimento das informações que publica e exerce um controlo sobre estas», pelo que não é um prestador de serviços intermediários, nos termos das citadas disposições da Diretiva 2000/31/CE.

⁴⁰ Apesar da Diretiva 2000/31/CE não se referir expressamente aos motores de busca, parece que estarão abrangidos pelo disposto no artigo 14.º. Neste sentido vide Bart van der Sloot, «Welcome to the Jungle: the Liability of Internet Intermediaries for Privacy Violations in Europe», in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, 6 (2015), 213.

⁴¹ Sobre os critérios para determinar se o serviço prestado por um intermediário tem um carácter puramente técnico, automático e passivo é relevante o acórdão do TJUE de 7 de agosto de 2019, processo C-521/17. Estava aqui em causa saber se as isenções de responsabilidade previstas nos artigos 12.º a 14.º da Diretiva 2000/31/CE se aplicavam a um prestador de um serviço de aluguer e de registo de endereços IP que permite utilizar nomes

de domínio internet de forma anónima. Os nomes de domínio de internet utilizavam ilegalmente sinais idênticos a marcas registadas e nos sítios da internet eram ilegalmente vendidas mercadorias em que esses sinais. O prestador de serviços alugou esses endereços (não era titular desses nomes de domínio nem dos sítios na internet e, por isso, não tinha efetuado qualquer uso ilegal dos sinais em causa) e, por isso, deveria ser considerado como um mero fornecedor de acesso a uma rede de comunicações eletrónicas e um transmissor de informações. O prestador dos serviços registou os domínios e os sítios, mas não os usou; alugou-os a terceiros. O TJUE não tinha elementos suficientes para determinar se, no caso em apreço, estávamos perante um prestador de serviços face à Diretiva 2000/31/CE, pelo que se limitou a recordar a sua jurisprudência e remeter para o órgão jurisdicional nacional a decisão. Sendo um serviço abrangido pela referida Diretiva importará saber se é um serviço de mere conduit, de caching ou de hosting. De seguida, determinar se se verificam as condições de isenções de responsabilidade. Importava, no caso em apreço, determinar se o serviço em causa no processo principal tinha um carácter puramente técnico, automático e passivo ou se o prestador do serviço desempenhava um papel ativo (e não intermediário neutro) tendo não apenas conhecimento da existência de infrações de direitos de propriedade intelectual, mas igualmente tendo desempenhado um papel ativo na execução dessas infrações. O TJUE esclareceu, novamente, que as isenções previstas nas supra indicadas disposições não se aplicam se o prestador de serviços desempenha um papel ativo, «permitindo aos seus clientes otimizar a sua atividade de venda em linha» (§ 48). Para poder beneficiar das isenções de responsabilidade o prestador do serviço deve prestar uma atividade que tenha «um carácter puramente técnico, automático e passivo, o que implica que esses prestadores de serviços não têm conhecimento nem controlo das informações transmitidas ou armazenadas pelas pessoas a quem prestam os seus serviços» (§ 47). Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se cumpre estes critérios «um serviço de aluguer e de registo de endereços IP que permite que os seus clientes utilizem nomes de domínio e sítios Internet de forma anónima». Recordou, ainda, o TJUE que se o prestador beneficia das isenções de responsabilidade previstas, poderá, ainda nos termos da Diretiva, impor ao prestador «uma injunção, caso tenha sido suficientemente demonstrada a existência de uma violação ou de um risco de violação de um direito de propriedade intelectual, com vista a que seja posto termo a esta violação ou a prevenir este risco» (§ 51).

⁴² Partilhamos a posição de Luís Couto Gonçalves, «Revisitando o Acórdão Google do Tribunal de Justiça da União Europeia», cit., 360-361.

⁴³ A eBay explora um sítio de comércio eletrónico no qual são apresentados anúncios de produtos colocados à venda por pessoas inscritas para este efeito que criaram uma conta de vendedor na eBay. Os vendedores podem vender os produtos em regime de leilão ou sem leilão (compra imediata). Os vendedores (destinatários dos serviços prestados pela eBay) podem criar lojas em linha nos sítios da eBay. A eBay presta assistência aos vendedores com o objetivo de aumentarem as suas vendas (a eBay cobra uma percentagem sobre as transações realizadas), publicita produtos colocados em venda através de anúncios que são exibidos em motores de busca (como o Google).

⁴⁴ A eBay impõe aos destinatários dos seus serviços a obrigatoriedade de respeitarem os direitos de propriedade intelectual e impõe-lhes sanções, como a suspensão, temporária ou permanente, das suas atividades no caso de violação desses direitos. A eBay adotou um programa denominado «VeRO» (Verified Rights Owner) destinado a proteger os direitos de propriedade intelectual e a ajudar os seus titulares a removerem anúncios que não respeitem esses direitos.

⁴⁵ Na verdade, estávamos em face do uso de marcas na vida comercial e não um uso privado. O titular de uma marca registada na União pode-se opor à proposta de venda ou publicidade num sítio de comércio eletrónico de produtos dessa marca (não estamos na esfera da contrafação) que não foram anteriormente comercializados na União (não se tinha, assim, verificado o esgotamento do direito), desde que a proposta de venda se destine aos consumidores que se encontrem situados no território protegido pela marca (ainda que se traduza numa proposta de venda ou publicidade de produto de marca que se encontra num Estado terceiro, que o terceiro que apresentou esta proposta de venda ou publicidade se encontre estabelecido num Estado terceiro, ou de o servidor do sítio internet que utiliza se situar num Estado terceiro). Todavia, não basta a possibilidade de acesso a um sítio de comércio eletrónico; é necessário que existam indícios suficientes para concluir que uma proposta de venda apresentada num sítio de comércio eletrónico acessível no território protegido pela marca se destina a consumidores situados nesse território.

- ⁴⁶ É interessante verificar que nos § 89 e 90 o TJUE nos diz que o uso pela eBay de marcas de prestígio para promover o seu sítio de comércio eletrónico poderá constituir uma infração ao regime jurídico de tutela das marcas de prestígio. Ou seja, e ao contrário do acórdão Google, o tribunal reconhece que estamos perante um uso a título de marca e uma infração à função publicitária (que afasta o princípio da especialidade da marca).
- ⁴⁷ Na verdade, parece resultar deste acórdão que a isenção de responsabilidade se poderá manter ainda que exista um papel “ativo” do prestador de serviços intermediário, mas esse papel ativo não lhe concedeu um conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal ou, para efeitos de uma ação de indemnização por perdas e danos, não teve conhecimento de factos ou circunstâncias que evidenciassem essa atividade ou informação ilegal. Acresce que estará igualmente isento se, tendo tido conhecimento da ilicitude, agiu diligentemente para retirar ou impossibilitar o acesso às informações ilícitas. Ou seja, o quadro de “safe harbour” tem-se alargado à evolução do papel dos prestadores de serviços intermediários – estes não são apenas “estações de correio”, pois permitem buscas, indexam informação, publicam e distribuem a informação pela internet, mas, ainda, assim, desconhecem o conteúdo ilegal da informação (nem contribuem para o seu conteúdo, nem, tão-pouco, tal conteúdo é elaborado pelo prestador do serviço – aqui seriam responsáveis como editores). Estes prestadores podem ter um papel relevante no funcionamento e organização das plataformas, mas não têm necessariamente, devido a essa sua “atividade”, conhecimento do conteúdo da atividade ilegal ou da informação ilegal colocada por um terceiro (o destinatário do serviço). Para este efeito e para o sentido de “ativo” no quadro da Diretiva 2000/31/CE vai ser relevante o que dissermos infra sobre o acórdão YouTube/Cyando.
- ⁴⁸ Lê-se no § 122 do referido acórdão «(...) são visadas as situações em que o operador de um sítio de comércio eletrónico toma conhecimento da existência de uma atividade ou de uma informação ilegal na sequência de um exame efetuado por sua própria iniciativa, e em que a existência dessa atividade ou dessa informação lhe é notificada. Neste segundo caso, se é verdade que uma notificação não pode automaticamente retirar o direito à isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º da Diretiva 2000/31, dado que as notificações de atividades ou informações alegadamente ilegais se podem revelar insuficientemente precisas e demonstradas, não é menos certo que constitui, regra geral, um elemento que o juiz nacional deve levar em conta para apreciar, tendo em consideração as informações transmitidas ao operador, a realidade do conhecimento deste dos factos ou das circunstâncias com base nos quais um operador económico diligente devesse constatar a ilicitude». O tribunal parece não exigir um conhecimento específico, justificado e determinado.
- ⁴⁹ Relativamente à interpretação do artigo 12.º da citada Diretiva 2000/31/CE importa sublinhar o acórdão do TJUE de 15 de setembro de 2016, Sony, processo C-484/14. Estava aqui em causa a problemática da responsabilidade pela utilização, por um terceiro, da rede local sem fios, para colocar à disposição do público, sem autorização, um fonograma. O explorador da rede local sem fios oferecia acesso gratuito e anónimo à internet. Esse acesso era voluntariamente não protegido (com o objetivo, em especial, de atrair clientela). O Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (o Bundesgerichtshof) já tinha decidido, num acórdão de 12 de maio de 2010, Sommer unseres Lebens (I ZR 121/08), que um particular que explore uma rede wi-fi com acesso à internet pode ser qualificado de Störer (responsável pela violação de um direito de propriedade intelectual, ainda que seja uma responsabilidade indireta) «quando não tiver protegido a sua rede através de uma palavra-passe, de modo a permitir a um terceiro violar um direito de autor ou direitos conexos. Segundo esse acórdão, é razoável que tal explorador da rede tome medidas de proteção, como um sistema de identificação através de uma palavra-passe» (§ 21 do acórdão do TJUE que estamos a analisar). Essa não proteção do acesso à internet permitiu que um terceiro colocasse gratuitamente na internet uma obra musical sem o consentimento dos titulares de direitos de autor ou direitos conexos (a Sony Music era a produtora do fonograma da obra em causa). O problema centrou-se no seguinte: a lei alemã, tal como interpretada pelo Bundesgerichtshof, que admite a responsabilidade indireta é conforme com o disposto no artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE que consagra a regra da isenção de responsabilidade. Em primeiro lugar, importa avaliar se estamos perante um serviço para efeitos da Diretiva 2000/31/CE. O serviço traduzia-se na disponibilização de uma rede de comunicações sem fios pública e gratuita. A gratuidade não impediu a qualificação como um serviço para efeitos da referida Diretiva, pois estávamos no âmbito de uma atividade económica realizada com finalidade publicitária (de produtos ou serviços). Em segundo lugar, o tribunal reiterou que para estarmos perante um simples transporte (para efeitos do artigo 12.º da citada Diretiva 2000/31/CE) basta o fornecimento (a disponibilização) do acesso

a uma rede de comunicações para transmissão de informações (a isenção de responsabilidade é apenas em relação às informações transmitidas), ou seja, o mere conduit tem «um carácter puramente técnico, automático e passivo», nada mais sendo exigido para assegurar a transmissão de informação (não é necessário que o prestador do serviço celebre um contrato com o destinatário do serviço ou aquele publique o seu serviço). Em terceiro lugar, o tribunal esclareceu que os regimes que a Diretiva 2000/31/CE consagrou para o mere conduit, para o caching e para o hosting são diferentes e têm pressupostos diferentes quanto à isenção de responsabilidade. Pressupostos diferentes que derivam, desde logo, do facto de no simples transporte o serviço não se prolongar normalmente no tempo (ou seja, após ter transmitido informações, não tem controlo sobre as mesmas e, por isso, não pode, posteriormente, adotar medidas para retirar certas informações ou de impossibilitar o acesso às mesmas). Consequentemente os pressupostos de isenção de responsabilidade previstos para um dos serviços em causa (hosting, por exemplo) não se podem aplicar por analogia a outro serviço (por exemplo, mere conduit). Em quarto lugar, O tribunal foi claro que a derrogação ou isenção de responsabilidade prevista no artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE não está sujeita a outros pressupostos ou outras exigências, pelo que não é exigido ao prestador do serviço que proteja (através de palavra-passe, por exemplo) o acesso à rede. Ou seja, se não proteger, tal não pode ser motivo para negar a isenção de responsabilidade estabelecida no referido artigo 12.º, n.º 1 (os pressupostos da isenção de responsabilidade são os que esta disposição estabelece e bastam estes). Estamos em face de uma delimitação da isenção da responsabilidade assente num conjunto de pressupostos negativos, mas bastam estes (o facto de o acesso à rede não ser protegido não é facto gerador de responsabilidade desde que cumpra todos os requisitos negativos da isenção previstos no artigo 12.º). Em quinto lugar, o tribunal relembra as condições de isenção de responsabilidade consagradas no artigo 12.º da Diretiva 2000/13/CE e, consequentemente, verificadas essas condições, não pode ser assacada responsabilidade (e inerente pedido de indemnização) a um prestador que fornece o acesso a uma rede de comunicações pelo facto de a conexão a essa rede ter sido utilizada por terceiros para violar os direitos de autor ou direitos conexos. Pelas mesmas razões está excluída a possibilidade de o titular de um direito de autor pedir (acessorariamente) o reembolso das despesas com a interpelação e judiciais efetuadas no âmbito do seu pedido de indemnização. Em sexto lugar, o tribunal recorda que o artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2000/13/CE permite ao titular de um direito de propriedade intelectual possa solicitar a um órgão jurisdicional nacional ou uma autoridade administrativa que exija que um prestador de serviços (como um fornecedor de acesso a uma rede de comunicações) ponha termo (não permita a continuação) a uma violação de direito de autor ou de direitos conexos ou que a previna (em virtude de os seus serviços terem sido utilizados ou poderem ser utilizados para cometer a infração). Consequentemente o titular do direito de propriedade intelectual poderá, acessoriamente ao pedido de injunção, pedir o reembolso das despesas com a interpelação e judiciais efetuadas na sequência desse pedido de injunção. Por fim, o TJUE avaliou a injunção em causa na sua relação com os direitos fundamentais em conflito: direito de propriedade, por um lado, liberdade de empresa e liberdade de informação, por outro. A injunção impõe ao fornecedor de acesso a uma rede em linha (que permite ao público ligar-se à internet) que impeça terceiros de colocar à disposição do público, através dessa ligação à internet, obras protegidas pelo direito de autor ou direitos conexos, numa bolsa de trocas internet (peer-to-peer), sob pena de lhe ser aplicada uma sanção pecuniária compulsória. O fornecedor do serviço tem à sua escolha, de facto e na prática, três possibilidades (ou medidas concretas): ou suspender a conexão à internet; ou examinar todas as informações transmitidas através sua conexão; ou garantir a segurança através de uma palavra-passe. A medida que implica a vigilância de todas as informações transmitidas viola o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/13/CE pelo que tem de ser afastada. A medida que implica suspender ou parar por completo a conexão sacrificaria o núcleo do direito fundamental à liberdade de empresa, pelo que tem, igualmente, de ser excluída. Seria uma medida excessiva quando existem outras medidas menos gravosas para a liberdade de empresa e sem descuidar a tutela do direito de propriedade (um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais não seria assegurado). A medida que consiste em exigir uma palavra-passe para um utilizador se conectar à internet, restringe a liberdade de empresa e a liberdade de informação. Todavia, a busca de um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais que permita uma conciliação entre todos os direitos em conflito sem sacrificar o conteúdo essencial de cada um destes direitos, aponta para uma medida desta natureza (pois limita-se, quanto à liberdade de empresa, a exigir do fornecedor a adoção de uma medida técnica para o exercício da sua atividade, e quanto à liberdade de informação

a exigir dos destinatários dos serviços que peçam uma palavra-passe, sem haver bloqueio no acesso ao sítio na internet). Por fim, essa medida parece responder, igualmente, ao conteúdo essencial do direito de propriedade pois é adequada a alcançar o fim em causa e é eficaz na sua proteção (impede ou, pelo menos, torna dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e desencoraja os utilizadores da internet que recorrem aos serviços do destinatário da injunção de consultar esse material, colocado à sua disposição em violação do referido direito fundamental, na medida em que os utilizadores são obrigados a revelar a sua identidade para obter a palavra-passe exigida e não podem, por isso, agir anonimamente) - vide § 95 e 96 do acórdão em causa). E, concluiu o tribunal (§ 99). «uma medida que vise garantir a segurança da conexão à Internet através de uma palavra-passe deve ser considerada necessária para assegurar uma proteção efetiva do direito fundamental à proteção da propriedade intelectual». Ou seja, a adoção desta medida não é pressuposto para isentar o prestador do serviço de responsabilidade, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva, mas pode ser exigida pelo órgão jurisdicional nacional, nos termos do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva (e de acordo com o direito nacional) para proteger um direito de propriedade intelectual (dando-se cumprimento igualmente às finalidades das Diretivas 2001/29/CE e 2004/48/CE).

⁵⁰ Sobre o ato de colocação à disposição do público vide, entre outros, Alexandre Dias Pereira, «Comunicação ao público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?», in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, vol. I, 1.ª edição, Gestlegal, 2019, 9-23; Alberto de Sá e Mello, *Manual de Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2014, 181-188; Patrícia Akester, op. cit., 105-110; Nicolas Binctin, op. cit., 119-123; André R. Bertrand, op. cit., 932-934; Miguel Ruiz Muñoz et al., *Derecho de la Propiedad Intelectual, tirant lo blanch*, Valencia, 2017, 85-97; Maria Victória Rocha, «Decisão Tom Kabinet: um forte retrocesso do esgotamento digital na União Europeia?», in *Revista de Direito Intelectual*, 1/2020, 233-244.

⁵¹ Relembre-se que os operadores de plataformas não carregam eles próprios os conteúdos ilegais; são os utilizadores que efetuam esses carregamentos, autonomamente, e sob sua responsabilidade. Além do tribunal ter esclarecido – recordando jurisprudência anterior – os critérios para determinar quando é que um utilizador de uma plataforma realiza um ato de comunicação ao público (vide, em especial, o § 75), desenvolveu os critérios para determinar quando é que o operador de plataforma efetua ele próprio um ato de comunicação ao público. Não basta a mera utilização da plataforma para o operador da plataforma realize um ato de comunicação. Impõe-se atender à importância da intervenção do operador da plataforma e o carácter deliberado dessa intervenção. O tribunal concluiu: «É o que sucede nomeadamente quando esse operador tem conhecimento concreto da colocação à disposição ilícita de um conteúdo protegido na sua plataforma e se abstém de o apagar ou de bloquear o acesso a esse conteúdo com diligência, ou quando o referido operador, embora sabendo ou devendo saber que, de um modo geral, conteúdos protegidos são ilegalmente colocados à disposição do público por intermédio da sua plataforma por utilizadores desta, se abstém de implementar as medidas técnicas adequadas que se podem esperar de um operador normalmente diligente que se encontra na sua situação para combater de forma credível e eficaz violações dos direitos de autor nessa plataforma, ou ainda quando contribui para a seleção de conteúdos protegidos comunicados ilegalmente ao público, fornece na sua plataforma ferramentas destinadas especificamente a partilhar ilicitamente esses conteúdos ou promove conscientemente tais partilhas, o que pode ser comprovado pela circunstância de o operador ter adotado um modelo económico que incentiva os utilizadores da sua plataforma a nesta procederem ilegalmente à comunicação ao público de conteúdos protegidos».

⁵² Vide Peggy Valcke, Aleksandra Kuczerawy, Pieter-Jan Ombelet, op. cit., 8.

⁵³ Convém esclarecer que o facto de o operador de uma plataforma em linha adotar medidas técnicas para detetar conteúdos ilegais (designadamente que infringem direitos de autor ou direitos conexos) não significa que esteja a adotar um comportamento ativo (referiremos adiante a Good Samaritan clause).

⁵⁴ Importa ainda salientar, como deriva da jurisprudência já referida, que o conhecimento, por parte do operador da plataforma em linha, das atividades ou informações ilícitas pressupõe que estes estejam concretamente demonstradas ou estejam facilmente identificáveis. Só assim se consegue um justo equilíbrio com a liberdade de expressão e se não impõe uma obrigação geral de vigilância. Sobre a liberdade de expressão e a Diretiva 2000/31/CE, vide, entre outros, Bart van der Sloot, op. cit., 219-222; Aleksandra Kuczerawy, «The Power of

Positive Thinking: Intermediary Liability and the Effective Enjoyment of the Right to Freedom of Expression», in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, 8 (2017), 226-237 (apresentando um conjunto de salvaguardas, na defesa da liberdade de expressão, de modo a evitar o “overblocking” por parte dos prestadores de serviços intermediários); Sophie Stalla-Bourdillon, «Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing internet intermediaries or all three at the same time: the dilemma of internet intermediaries’ liability», in *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 7, 2 (2012), 154-175.

⁵⁵ O TJUE já sublinhou que este operador de plataformas em linha ou prestador de serviços intermediários deve ser «diligente» quando deteta, por sua iniciativa, conteúdos ilegais ou os mesmos lhe são notificados (desde que a notificação seja suficientemente precisa e fundamentada, desde logo do ponto de vista jurídico, para não ferir a liberdade de expressão).

⁵⁶ É importante referir que na opinião do tribunal (§ 107 e 108) se o operador de uma plataforma em linha efetua uma comunicação ao público, nos termos da Diretiva 2001/29/CE, de um conteúdo ilegal já não poderá beneficiar da isenção prevista no artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE. Apesar da opinião do Advogado-Geral, o tribunal disse (a versão em inglês é mais feliz que a versão em português); «However, the fact remains that where such an operator contributes, beyond merely making the platform available, to giving the public access to such content in breach of copyright, that operator cannot be regarded as fulfilling the conditions laid down in that provision governing its application (...)». Sobre este problema, vide Eleonora Rosati, «The DSM Directive Two Years On: Do Things Ever Get Easier?», in *IIC* (2021), <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01082-6>.

⁵⁷ Ou seja, a exigência de que «o titular de um direito de autor ou de um direito conexo só possa obter uma injunção contra o intermediário cujo serviço tenha sido utilizado por um terceiro para violar o seu direito sem que esse intermediário tenha tido conhecimento da violação», e por isso beneficie do regime de isenção previsto no artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE, «se, antes da abertura do processo judicial, essa violação tiver sido previamente notificada ao referido intermediário e este não tiver intervindo com diligência para retirar o conteúdo em questão ou bloquear o acesso ao mesmo e para zelar para que tais violações não se repitam» (id est, se o prestador do serviço está isento de responsabilidade, não se lhe pode impor obrigações, salvo se já foi advertido da ilicitude dos conteúdos colocados pelo destinatário do serviço). O TJUE entendeu que este requisito para solicitar uma injunção era compatível com o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE. Ponderou o seguinte: a liberdade de os Estados-Membros estabelecerem as condições e o procedimento para solicitar uma injunção; evitar despesas judiciais por parte do prestador dos serviços intermediários (caso aja com diligência após a notificação); esta exigência do direito alemão não deriva do direito da União, pois nos termos do artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE a isenção de responsabilidade não impede a atuação imediata do titular do direito, dos órgãos jurisdicionais ou das autoridades administrativas nos termos do artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2000/31/CE; obrigar o titular dos direitos a dar ao prestador de serviços intermediários a possibilidade de, diligentemente, colocar termo à violação em causa e prevenir a sua reiteração; a obrigação geral de vigilância; a liberdade de empresa; a liberdade de expressão; a liberdade de informação; mas, apesar do titular do direito não ficar impedido de agir depois daquele procedimento prévio, importa considerar se aquela condição não implica danos desproporcionados para o titular do direito em virtude do tempo (e extensão geográfica dos danos) que, entretanto, decorre até à cessação efetiva da violação (não nos esqueçamos do que dispõe o artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE).

⁵⁸ Vide Alexandre L. Dias Pereira, «O direito de autor e a liberdade de informação num contexto de confinamento social, cit., 49.

⁵⁹ O sistema de filtragem em causa exigiria «uma análise sistemática de todos os conteúdos e a recolha e identificação dos endereços IP dos utilizadores que estão na origem do envio de conteúdos ilícitos na rede, sendo esses endereços dados pessoais protegidos, uma vez que permitem a identificação precisa dos referidos utilizadores» (§ 51 do acórdão). Haveria, igualmente, o risco de violação da liberdade de informação (como disse o tribunal «esse sistema poderia não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito» - além de que a tutela do direito de autor e as suas exceções (ou, talvez melhor, utilizações livres) não são idênticas em todos os Estados-Membros).

⁶⁰ Sobre este acórdão, vide Alexandre Dias Pereira, «Partilha de ficheiros na internet e direito autoral: desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais na Europa», in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*,

vol. I, cit., 377-384, concluindo o autor que «podemos até afirmar que, neste acórdão, o TJ afirmou-se, claramente, com jurisdição constitucional em sede de direitos fundamentais».

- ⁶¹ No mesmo sentido do acórdão agora referido se pronunciou o TJUE no seu acórdão de 16 de fevereiro de 2012, *Netlog*, processo C-360/10. Estava aqui em causa a obrigação de a *Netlog NV*, que explora uma plataforma de rede social em linha, instalar um sistema de filtragem das informações armazenadas na sua plataforma a fim de impedir a disponibilização de ficheiros que violem direitos de autor. Na rede social em causa, cada pessoa que aí se inscreve recebe um espaço pessoal denominado «perfil», que esse utilizador pode preencher ele próprio (incluindo, por exemplo, e sem autorização dos titulares dos direitos de propriedade intelectual, obras musicais e audiovisuais) e está acessível no mundo inteiro (incluindo as referidas obras). O TJUE é chamado a pronunciar-se sobre uma medida inibitória decretada por um órgão jurisdicional nacional que ordena a um prestador de serviços de armazenamento de dados que instale um sistema de filtragem das informações armazenadas nos seus servidores pelos utilizadores dos seus serviços (ou seja, toda a sua clientela), que se aplica indistintamente a todos os seus utilizadores (em abstrato; não se trata de uma medida específica), a título preventivo, exclusivamente a expensas suas e sem limite temporal. Sistema de filtragem que seja capaz de identificar ficheiros eletrónicos que contenham obras musicais, cinematográficas ou audiovisuais sobre as quais o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de bloquear a disponibilização ao público das referidas obras em violação dos direitos de autor. Um sistema que teria como efeito o tratamento de dados pessoais (ou seja, estaria em causa a proteção de dados pessoais e a confidencialidade das comunicações). O TJUE já tinha decidido que a exploração de uma plataforma de rede social em linha se traduz num armazenamento, em servidor, de informações fornecidas por utilizadores dessa plataforma, ou seja, estamos perante um prestador de serviços de armazenamento nos termos do disposto no artigo 14.º da Diretiva 2000/31. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, e do artigo 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48, os titulares de direitos de propriedade intelectual podem requerer uma medida inibitória contra os operadores de plataformas de redes sociais em linha (intermediários). Essas medidas podem não apenas pretender colocar termo às infrações, já praticadas, de direitos de propriedade intelectual, mas igualmente prevenir novas infrações. Todavia, tais medidas, adotados nos termos do direito nacional dos Estados-Membros, têm de respeitar o direito da União Europeia, designadamente, e face ao caso concreto, essas medidas têm de respeitar o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31 (ausência de uma obrigação geral de vigilância). O TJUE já censurou medidas desta natureza no citado acórdão *Scarlet*. No caso em apreço, o sistema de filtragem exigiria que: a) o prestador de serviços de armazenamento de dados analisasse todos os ficheiros armazenados nos seus servidores por todos os utilizadores dos seus serviços; b) identificasse, no conjunto desses ficheiros, quais os que contêm obras protegidas por direitos de propriedade intelectual; c) quais, dentre estes, infringem direitos de propriedade intelectual (ou seja, os ficheiros que armazenam e disponibilizam ao público obras protegidas por direitos de propriedade intelectual e sem o consentimento do titular destes direitos); d) após esta rigorosa identificação, bloqueasse a disponibilização dos ficheiros considerados ilícitos. Estamos perante a exigência de uma obrigação de vigilância de natureza geral, ativa, permanente, cujos custos seriam suportados pelo prestador dos serviços, com função preventiva (visando toda e qualquer infração futura, incluindo obras futura, que ainda não foram criadas), ou seja, uma medida desproporcionada (violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito), não equitativa, e excessiva (violação do princípio da proibição do excesso) – meios excessivos e não exigíveis em relação aos fins que se pretendem alcançar. O TJUE, na verdade, volta a ponderar o conflito entre direitos fundamentais em causa. O direito de propriedade (que pode ser violado atendendo ao conteúdo dos dados armazenados e disponibilizados ao público através do serviço fornecido pelo prestador de serviços de armazenamento de dados) não é intangível nem a sua proteção tem de ser assegurada de modo absoluto. Aliás, terá de haver uma concordância prática deste direito fundamental com outros direitos fundamentais em conflito. A busca de um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito determinará a medida justa a adotar para a tutela do direito de propriedade intelectual. Entre os outros direitos fundamentais em causa encontramos a liberdade de empresa (in casu, o prestador de serviços teria de instalar um «sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente a expensas suas» - violando-se o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48, que exige que as medidas não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas), o direito à proteção de dados pessoais e a liberdade de informação (na verdade, direitos fundamentais dos utilizadores dos serviços

prestados pela Netlog). A tutela do direito à privacidade (um direito de personalidade) e dos dados pessoais seria infringida pois a adoção do sistema de filtragem exigiria «a identificação, a análise sistemática e o tratamento das informações relativas aos perfis criados na rede social pelos utilizadores da mesma, bem como as informações relativas a esses perfis consideradas dados protegidos de carácter pessoal, uma vez que permitem, em princípio, a identificação dos referidos utilizadores». Por outro lado, seria violada a liberdade de informação na medida em que o sistema em causa «poderia não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito» (será lícito, designadamente, o uso das obras em que houve consentimento do autor, de obras caídas no domínio público, ou de obras cujo uso beneficia de algumas das exceções à tutela legalmente previstas). Neste acórdão Netlog o TJUE seguiu a sua jurisprudência, em especial, do caso Scarlet.

- ⁶² O TJUE veio a precisar, com mais cuidado, o carácter geral da obrigação de vigilância (ou a sua ausência) no seu acórdão de 3 de outubro de 2019, Facebook, processo C-18/18, em que estava em causa a publicação, na página de um utilizador armazenada no sítio da rede social Facebook (uma plataforma mundial de rede social), de uma mensagem com declarações que ofendiam a honra de uma pessoa, a injuriavam e difamavam. No decurso do processo judicial nacional colocou-se a questão de saber se a injunção (uma ordem de cessação dirigida a um fornecedor de armazenamento que explora uma rede social) poderia, face ao artigo 15.º da Diretiva 2000/31/CE, englobar todas as declarações de conteúdo idêntico e/ou semelhante de que o fornecedor tenha conhecimento (ou seja, o fornecedor não teria apenas a obrigação de retirar a informação ilegal em causa, mas igualmente outras informações de conteúdo idêntico ou de conteúdo semelhante) e se essa obrigação tinha limitações geográficas e ou pessoais (só do utilizador em causa ou qualquer utilizador). Ou seja, o TJUE vai analisar a limitação material, pessoal e territorial da medida inibitória em causa no confronto com a ausência de uma obrigação geral de vigilância. O TJUE começa por recordar a isenção de responsabilidade consagrada no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE (já conhecemos os pressupostos alternativos dessa isenção). Recorda igualmente o n.º 3 da disposição referida que permite que os órgãos judiciais ou autoridades administrativas possam exigir de um fornecedor de serviços de armazenamento «previna ou ponha termo a uma infração, nomeadamente, suprimindo as informações ilegais ou impossibilitando o acesso a estas últimas», ainda que esse fornecedor possa invocar a isenção de responsabilidade (id est, a isenção de responsabilidade não afasta a aplicação de medidas inibitórias). O tribunal sublinhou o equilíbrio que tem de ser encontrado entre a rapidez e extensão geográfica dos serviços da sociedade da informação e a tutela de direitos fundamentais da pessoa humana; entre os prejuízos que podem ser causados a esses direitos e a ausência de uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que os prestadores intermediários de serviços em linha «transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes». Neste sentido, o tribunal entendeu que não infringe o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE a imposição por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro de que um fornecedor de serviços de armazenamento suprima ou bloqueie o acesso a informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja idêntico ao de uma informação declarada ilegal anteriormente (ou seja, o fornecedor terá de procurar e identificar, entre todas as informações que foram divulgadas por qualquer utilizador da plataforma, informações idênticas à que foi judicialmente qualificada como ilegal – informações, diga-se, que são repetições de uma concreta infração que foi qualificada por um órgão jurisdicional como ilegal). O tribunal entendeu que esta extensão material e pessoal (conteúdos idênticos aos já declarados ilegais e publicados por quaisquer utilizadores) se insere não numa obrigação de carácter geral, mas numa obrigação com natureza específica. O raciocínio do tribunal assentou no facto de as redes sociais permitirem a rápida transmissão das informações armazenadas, ou seja, uma informação qualificada de ilegal (um caso específico, uma informação precisa e concreta, relativa a um utilizador e já analisada e decidida por um órgão jurisdicional competente que a declarou como ilegal) pode vir a ser posteriormente reproduzida e partilhada por milhares de utilizadores (pretendendo-se evitar outros prejuízos às partes interessadas, seja qual for o autor do pedido de armazenamento da informação em causa – há aqui um alargamento do âmbito pessoal da medida inibitória). Acresce que, atendendo à natureza de uma medida inibitória, esta extensão é limitada no tempo, não se traduz numa filtragem ativa e não automática de todas as informações difundidas pela plataforma e, assim, igualmente não implica um encargo excessivo. Ou seja, temos aqui um justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito: a liberdade de empresa (que não sofre uma limitação

excessiva), a liberdade de expressão e de informação (que não é um direito absoluto) e a proteção da vida privada e dos direitos de personalidade. Mas além deste caso em que há identidade de conteúdo das informações em causa, o tribunal entendeu que igualmente não estava em causa uma obrigação de vigilância de caráter geral quando o órgão jurisdicional nacional impõe «a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja semelhante ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso às mesmas». Um conteúdo semelhante é, na interpretação do tribunal, um conteúdo que «diverge muito pouco daquele que deu lugar à constatação de ilicitude», é um conteúdo que, na sua essência, se mantém inalterado (a mensagem é a mesma, ainda que os termos não sejam idênticos). Só assim a medida inibitória realiza o seu objetivo; caso contrário os efeitos da medida poderiam ser facilmente contornados e os prejudicados teriam de interpor diversos processos judiciais. O relevante é que a mensagem seja a mesma, ainda que o conteúdo tenha pequenas alterações. Todavia, de modo a encontrar um justo equilíbrio entre os direitos em conflito (in casu, direitos fundamentais da pessoa humana e liberdade de empresa – aqui protegida pela ausência de uma obrigação geral de vigilância), o tribunal considerou que não se poderia obrigar o fornecedor de armazenamento a proceder a uma apreciação autónoma do referido conteúdo, pelo que exigiu que as informações semelhantes «contenham elementos específicos devidamente identificados pelo autor da medida inibitória, como o nome da pessoa afetada pela infração constatada anteriormente, as circunstâncias em que a infração foi constatada e o conteúdo semelhante ao que foi declarado ilegal». Ou seja, além de tribunal ter delimitado o âmbito material das informações semelhantes pela natureza da infração, a vítima da infração, os direitos violados, de modo que o objeto da medida inibitória seja direcionado a casos específicos, pretende-se que o prestador do serviço de armazenamento não tenha de proceder a uma apreciação autónoma, «podendo recorrer a técnicas e a meios de pesquisa automatizados» para vigiar ou filtrar as informações em causa (os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade parecem assegurados – não nos esqueçamos que os prestadores de serviços não são órgãos de natureza jurisdicional, não são árbitros para determinar da legalidade ou não de conteúdos em linha, não têm a necessária perícia e independência para efetuar tal apreciação). Nestes termos, não é infringido o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da citada Diretiva. De todo o modo, temos, com este acórdão, um alargamento material significativo das medidas inibitórias que muito útil poderá ser no quadro da tutela do direito de autor e dos direitos conexos e até do direito da propriedade industrial (sinais distintivos quase idênticos). Um alargamento material que implica igualmente um alargamento do universo pessoal abrangido. Mas o tribunal foi mais longe. A Diretiva 2000/31/CE, diz o tribunal, não estabelece limites territoriais às medidas inibitórias (podem ter efeitos à escala mundial) desde que conformes com o direito internacional aplicável (sobre a «natureza ubiqüitária dos conteúdos colocados em linha num sítio da internet e o facto de o alcance da sua divulgação ser em princípio universal», vide as conclusões do advogado-geral, neste processo, Maciej Szpunar, de 4 de junho de 2019).

⁶³ Para uma visão integrada da harmonização europeia do direito de autor e direitos conexos, vide, em especial, Dário Moura Vicente, *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.ª edição, Almedina, 2019, 126-136.

⁶⁴ Vide Tyler D. Robbins, «The Justification, Consequences, and Controversy of the Directive on Copyright in the Digital Single Market's Article 17», in *Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 42*, <http://tflf.stanford.edu.>, 2019, 5-6.

⁶⁵ Vide Remédio Marques, *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, cit., 632.

⁶⁶ Como nos diz Eleonora Rosati, «2015: the year of blocking injunctions?», in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2015, Vol. 10, No. 3, 147, a proteção efetiva online dos direitos de propriedade intelectual, além das medidas assentes na política *Follow the Money*, assentará em «blocking orders» que são consideradas «compatible with EU law» (refere-se ao processo C-314/12 que já estudamos) e com pouco risco de «overblocking». O recurso a tecnologias blockchain pode implicar «paracopyright constraints» (desde logo o desrespeito pelas exceções e limitações ao direito de autor ou direitos conexos) e, conseqüentemente, a liberdade («normative constraints that shape human behavior») como nos referem Michèle Finck, Valentina Moscon, «Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0», in *IIC* 50, 2019, 77–108.

⁶⁷ Os trabalhos preparatórios da Diretiva e o seu processo legislativo foram objeto de campanhas de diversos grupos de lobby de uma intensidade sem precedentes – vide Federico Ferri, «The dark side(s) of the EU

Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market», in *China-EU Law Journal*, (2020), <https://doi.org/10.1007/s12689-020-00089-5>. Sobre o processo legislativo e uma visão global crítica da Diretiva, vide João Pedro Quintais, «The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look», in *European Intellectual Property Review*, 42(1), 28-41, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3424770>. Sobre os opositores a esta Diretiva e ao proposto artigo 13.º (agora, com algumas alterações, artigo 17.º) vide, por exemplo, «Stop the censorship-machinery! Save the Internet!», in <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet>; «The Copyright Directive is failing (Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union)», in https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2018/04/OpenLetter_EU_Copyright_Research_Centres_26_04_2018.pdf; «Special Rapporteur on the promotion and protection of freedom of opinion and expression», in <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>. Sobre as diversas propostas debatidas, vide, entre outros, Maria Lillà Montagnani, Alina Trapova, «New obligations for internet intermediaries in the Digital Single Market – safe harbours in turmoil?», in *Journal of Internet Law*, 2019, Vol. 22, 7, 3-11. Para uma visão sumária, mas global, vide Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», in *Revista de Direito Intelectual*, 1/2020, 245-270. Vide, ainda, em especial, Alexandre Dias Pereira, «Os direitos autorais nas plataformas de partilha em linha de conteúdos digitais linha: as inovações trazidas pela Diretiva 2019/790/EU», in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias, Estudos, Volume II, Gestlegal, Coimbra*, 2021, 7-30.

⁶⁸ Annemarie Bridy, «The Price of Closing the Value Gap: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform», in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 22, 2020, 325 (available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol22/iss2/4>), diz-nos «article 17 of the DSM Directive (...) is intended to address the so-called value gap – the music industry’s longstanding complaint that YouTube undercompensates music rights holders for streams of user-uploaded videos containing claimed copyrighted content. (...) anyone versed in the political economy of digital copyright knows that Article 17 was designed specifically to make YouTube pay. The important question in the wake of Article 17’s adoption is who else will pay – and in what ways». A autora sublinha as diferenças entre a plataforma YouTube e a plataforma Spotify, mas essas diferenças não nos parecem juridicamente relevantes do ponto de vista da tutela do direito de autor.

⁶⁹ A definição ao exigir que haja armazenamento e facilitação no acesso ao público de conteúdos carregados pelos utilizadores delimita, restringindo de forma significativa, o âmbito de aplicação da Diretiva (além dos requisitos «principal objetivo», «quantidade significativa» e «fins lucrativos»). Ficam, assim, excluídos, desde logo, os internet service providers e os web browsers. Estamos, na verdade, em face de serviços em linha de partilha de conteúdos carregados por utilizadores desses serviços (estes serviços armazenam e partilham esses conteúdos), mas conteúdos protegidos por direitos de propriedade intelectual. O público acede a esses conteúdos, melhor, os conteúdos destinam-se a ser acedidos pelo público. Neste sentido, estes serviços concorrem com os serviços de transmissão de áudio e de vídeo em linha. Aqueles serviços em linha de partilha de conteúdos têm por objetivo a obtenção de lucros resultantes da sua atividade, designadamente de organização e promoção desses conteúdos, obtendo assim ou conquistando um público cada vez mais vasto (público que vai sendo categorizado, em função das suas escolhas ou perfil, e ao qual são dirigidas ou direcionadas específicas ações de promoção ou publicidade).

⁷⁰ Nos termos do segundo parágrafo deste número 6 «não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha na aceção da presente diretiva os prestadores de serviços como enciclopédias em linha sem fins lucrativos, os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 e os mercados em linha, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso» (ou denominados cyber lockers). [Sobre os serviços em nuvem e sua relação com o direito de autor e a responsabilidade dos prestadores de serviços, vide Begoña González Otero, «La computación en la nube (cloud computing): nuevos retos para el derecho de autor?», in *Estudios de Derecho Mercantil – Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, Madrid*, 2013, 673-784]. Não são igualmente abrangidos pela presente Diretiva os mercados em linha que se destinam à venda a retalho em linha ou, obviamente, aqueles prestadores de serviços (em especial no que

respeita à isenção de responsabilidade disciplinada na presente Diretiva) que se destinam a praticar ou a facilitar a pirataria de direitos de propriedade intelectual. Com diversos exemplos sobre as plataformas excecionadas, vide Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», cit., 264-265. A qualificação de prestador de serviços para efeitos desta Diretiva 2019/790 vai exigir um esforço interpretativo na medida em que apenas casuisticamente vai ser possível aplicar os conceitos indeterminados (uns mais do que outros) apresentados (tais como, «uma grande quantidade», «principal objetivo» ou «um dos principais objetivos», «armazenar e facilitar o acesso do público», «com fins lucrativos»). Os considerandos da Diretiva e a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021 – orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital, ajudarão na densificação desses conceitos. [Quanto ao valor destas orientações, sendo certo que «não podem, por si sós, criar direitos na esfera jurídica dos cidadãos de que estes se possam prevalecer perante os juízes nacionais», a verdade é que estes «atos não podem ser considerados como desprovidos de qualquer efeito jurídico» e os tribunais nacionais «terão de tomar em consideração as recomendações para resolver litígios que lhes são submetidos, nomeadamente quando sejam suscetíveis de os auxiliar na interpretação de outras disposições nacionais ou comunitárias» - vide acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 1989, C-322/88, § 18 e 19. Diga-se, ainda, que nos termos do acórdão do TJUE de 15 de julho de 2021, C-911/19, § 57, e das conclusões do advogado geral neste processo de 15 de abril de 2021, § 32 – fazendo referência na nota 19 a diversos acórdãos anteriores do TJUE –, o Tribunal de Justiça tem competência, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, para decidir sobre a validade e a interpretação de todos os atos das instituições da União. Neste sentido, vide Eleonora Rosati, «The DSM Directive Two Years On: Do Things Ever Get Easier?», in IIC, 2021, 52, 1139-1142].

⁷¹ Desde logo no campo de aplicação da Diretiva se quis superar as críticas que tinham sido efetuados ao artigo 13.º da proposta. Vide Annemarie Bridy, op. cit., 351-352.

⁷² São relevantes, para este efeito, os acórdãos do TJUE de 26 de abril de 2017, Filmspeler, C-527/15, e de 14 de junho de 2017, Ziggo, C- 610/15. Sobre este último caso, vide Annemarie Bridy, op. cit., 338-339.

⁷³ Neste sentido, vide Valentina Moscon, «Free Circulation of Information and Online Intermediaries – Replacing One “Value Gap” with Another», in IIC (2020), 980, <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00982-3>, que diz expressamente «art. 17 derogates from the safe harbour regime of the ECD (e-Commerce Directive) and opens the way to increased accountability and enhanced liability of online intermediaries».

⁷⁴ Vide Andrea Bertolini, Liability of online platforms, cit., 41, ss.

⁷⁵ Vide Eduardo Serrano Gómez, «Nuevos retos de la propiedad intelectual en el marco de la unión europea», in Revista de Direito Intelectual, 2/2020, 77.

⁷⁶ Nas palavras de Eduardo Serrano Gómez, op. cit., 78-80, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha não têm uma posição neutral nem atuam como simples intermediários passivos (mas adotam um comportamento ativo obtendo grandes rendimentos), pelo que se justifica a alteração do regime face ao disposto na Diretiva 2000/31/CE.

⁷⁷ Vide, para o efeito, o disposto no artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [o artigo 17.º da Diretiva (UE) 2019/790 é *lex specialis* em relação este artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE]. A já citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, esclarece que o artigo 17.º, n.º 1, «não introduz um novo direito na legislação da União sobre direitos de autor. Em vez disso, regula plena e especificamente o ato de «comunicação ao público» nas circunstâncias limitadas abrangidas por esta disposição «para efeitos [da referida] diretiva». Acrescenta, ainda, que a referida disposição «não prejudica o conceito de comunicação ao público ou de disponibilização de conteúdos ao público ao abrigo do direito da União, nem prejudica a eventual aplicação do artigo 3.º, n.os 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE a outros prestadores de serviços que utilizam conteúdos protegidos por direitos de autor». Esta obrigação de obter a autorização dos titulares dos direitos pretende corresponder a um objetivo de alcançar um mercado de direito de autor ou de direitos conexos justo, incentivando a celebração de contratos de autorização ou licença (sendo certo que os titulares dos direitos em causa podem sempre recusar-se a celebrar tais contratos) e, consequentemente, reforçar a posição contratual dos titulares dos direitos de modo que estes obtenham uma justa remuneração pelas suas obras ou outro material protegido (corrigindo o citado *value gap*).

- ⁷⁸ Vide João Pedro Quintais, Giancarlo Frosio et al., «Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive», in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, 10 (2019), 277.
- ⁷⁹ A citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, esclarece que os «atos de comunicação ao público e de disponibilização de conteúdos do artigo 17.º, n.º 1, devem ser entendidos como também abrangendo as reproduções necessárias para realizar esses atos», dispensando-se uma autorização específica para as referidas reproduções. Esclarece, ainda, sem agora desenvolvermos, que a autorização pode ser concedida «em troca de dados ou atividades promocionais», pode ser gratuita, pode ser concedida no quadro de mecanismos voluntários de mediação, podem ser licenças coletivas, podem ser licenças coletivas com efeitos alargados, etc.
- ⁸⁰ Vide João Pedro Quintais, «The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look», cit.
- ⁸¹ Esta disposição pretende conceder segurança jurídica ao maior «número possível de utilizadores quando estes carregam conteúdos protegidos por direitos de autor» (devendo tais autorizações ser, de alguma forma, comunicadas aos utilizadores de modo que estes conheçam os conteúdos abrangidos pela autorização concedida pelos titulares dos direitos), como se diz na citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021; mas, naturalmente, os atos (praticados pelos utilizadores) cobertos estão delimitados pelo âmbito material da autorização concedida ao prestador de serviços. Todavia, temos aqui dois conceitos indeterminados, «fins não comerciais ou receitas não significativas», que a referida Comunicação ajuda a esclarecer estabelecendo algumas linhas orientadoras e dando exemplos.
- ⁸² Se assim não for, id est, se os utilizadores agem com objetivos comerciais ou a sua atividade gera receitas significativas, terá de ser obtida a correspondente autorização por estes utilizadores junto dos titulares do direito de autor ou direitos conexos. Igualmente não é afastada a responsabilidade dos utilizadores (ainda que não ajam com aqueles objetivos ou obtenham aquelas receitas) quando praticam eles próprios atos (de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público) distintos.
- ⁸³ Importa esclarecer que se os titulares dos direitos autorizaram os utilizadores a carregar certos conteúdos, essa autorização abrange o ato de comunicação ao público, incluindo o ato de colocação à disposição do público, pelo que os prestadores dos serviços de partilha de conteúdos em linha não têm de exigir uma autorização separada (sendo certo que razões de segurança jurídica e transparência imporão que os titulares dos direitos informem os prestadores dos serviços dessas autorizações). Como resulta do considerando 69, in fine, da Diretiva «não deverá haver qualquer presunção favorável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha de que os seus utilizadores adquiriram todos os direitos pertinentes». Esta presunção é que não possível e entende-se que assim seja.
- ⁸⁴ Esta inversão pode igualmente ser lida desta forma: «Whereas up until now protected content was available unless shown to be infringing, now materials that are detected by algorithms will be removed from public circulation unless demonstrated to be legitimate» - vide Julia Reda, Joschka Selinger, Michael Servatius, «Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: A Fundamental Rights Assessment», 2020, 8, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3732223> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3732223>.
- ⁸⁵ Diga-se que afasta apenas quando os prestadores dos serviços em causa são abrangidos pela presente Diretiva e pelo disposto neste artigo 17.º (sublinhe-se que o disposto nesta Diretiva prevalece sobre o disposto na Diretiva 2000/31/CE). Todos aqueles que não forem responsabilizados nos termos do artigo 17.º responderão nos termos do referido artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE (vide o segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 17.º da Diretiva que agora analisamos). Por outras palavras, o disposto na Diretiva (UE) 2019/790 é norma especial (lex specialis) em relação à Diretiva 2000/31/CE.
- ⁸⁶ Annemarie Bridy, op. cit., 353-354, diz-nos: «with respect to an OCSSP's obligation to prevent the availability of unlicensed content on its service, DSM Directive Article 17 and its corresponding recitals omit Article 13's references to technical measures. Instead, Article 17 requires "best efforts" by OCSSPs to prevent the appearance of unauthorized copyrighted material in UGC (user-generated content). What Article 17 doesn't say, and what the DSM Directive's recitals don't admit, is that the preventive measures demanded in the adopted text cannot realistically be achieved at scale without an ACR system like Content ID. (...) The best efforts requirement is inarguably a de facto technical measures requirement».

⁸⁷ Os deveres dos prestadores dos serviços de partilha de conteúdos em linha e os deveres dos titulares de direito de autor ou de direitos conexos conjugam-se na busca do equilíbrio possível na tutela do direito fundamental de propriedade intelectual e do direito fundamental da liberdade de empresa. A busca de uma concordância prática em que a liberdade de empresa e de desenvolvimento de atividades económicas lucrativas não se desenvolvam à custa da exploração de obras ou outros materiais protegidos ainda que carregados pelos utilizadores dos serviços e não mediante a intervenção ativa dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. Assim, se os titulares do direito de autor ou de direitos conexos não concederem aos prestadores de serviços as informações relevantes e necessárias sobre as suas obras, identificando-as, ou outro material protegido, identificando-o, ou se não notificarem os prestadores dos serviços para efetuarem o bloqueio do acesso a conteúdos protegidos (mas não autorizados) ou a remoção desses conteúdos, os prestadores de serviços poderão não poder desenvolver os esforços necessários e adequados (seguindo os mais elevados padrões de diligência profissional do setor em causa) para impedir a disponibilização dos referidos conteúdos protegidos, mas não autorizados, nos seus serviços em linha, e, conseqüentemente, não poderão ser responsabilizados pela comunicação ao público ou disponibilização ao público desses conteúdos, pois os titulares dos direitos não os identificaram. Ou seja, pressupõe-se aqui (id est, como pressuposto da ação dos prestadores dos serviços partilhados de conteúdos em linha e, conseqüentemente, como pressuposto da sua responsabilização) uma atuação prévia dos titulares dos direitos de propriedade intelectual. Por outras palavras, se os prestadores dos serviços demonstrarem que os titulares dos direitos de propriedade intelectual nada fizeram (informando-os ou notificando-os), os prestadores dos serviços estarão isentos de responsabilidade [de todo o modo são os prestadores dos serviços que têm o ónus de provar que os titulares dos direitos não os informaram ou notificaram nos termos das alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 17.º]. Além deste ónus, têm, ainda, de demonstrar que desenvolveram todos os esforços razoáveis para obter as devidas autorizações [alínea a) do referido n.º 4 do artigo 17.º].

⁸⁸ O conceito de melhores esforços ou enviair todos os esforços não é definido na Diretiva, mas estamos perante um conceito autónomo do direito europeu e deve ser interpretado à luz da teleologia do artigo 17.º. As iniciativas desenvolvidas pelos prestadores de serviços (exige-se proatividade) deverão ser avaliadas casuisticamente (em face, desde logo, do mercado em causa, se existe uma gestão coletiva dos direitos, se existem mecanismos de mediação – id est, avaliar os mecanismos disponíveis para a obtenção da autorização e daí concluir se os prestadores de serviços desenvolveram ou não os melhores esforços). No mínimo, os prestadores de serviços deverão contactar as entidades de gestão coletiva de direitos (neste caso pode ser fácil obter as necessárias autorizações) e de ser avaliado se os titulares dos direitos podem ser facilmente identificados e localizados (atendendo ao volume e variedade de conteúdos que os utilizadores carregam, o princípio da proporcionalidade não exige dos prestadores de serviços que procurem e localizem todos os titulares de direitos se tal se afigurar uma tarefa hercúlea). A referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, sugere que os Estados-Membros incentivem a «criação de registos de titulares de direitos que possam ser consultados por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, em conformidade com as regras de proteção de dados». Os «melhores esforços» tem de ser avaliado em função do disposto no n.º 5 do artigo 17.º de modo a não prejudicar a liberdade de empresa. Por certo, se exigirá mais dos grandes prestadores de serviços do que daqueles que tenham menor dimensão. Destes, provavelmente (a análise é sempre casuística) apenas se exigirá que contactem as entidades de gestão coletiva de direitos e os titulares dos direitos que sejam facilmente identificáveis e localizáveis (embora devam igualmente tomar medidas que assegurem que os titulares dos direitos os consigam contactar com facilidade). Dos grandes prestadores de serviços (com uma vasta audiência em diversos Estados-Membros) exige-se mais para se poder dizer que «enviaram todos os esforços para obter uma autorização». Às empresas que se encontrem em início de atividade, nos termos do n.º 6 do artigo 17.º, não se exigirão os mesmos esforços – o princípio da proporcionalidade conjugado com a liberdade de empresa, assim o impõe. Não é apenas a dimensão do prestador de serviços ou se estamos perante um novo prestador de serviços, nos termos da Diretiva, que importa ponderar para avaliar se cumpriu a sua obrigação de enviair os melhores esforços. Os prestadores de serviços devem estar sempre disponíveis para celebrar acordos de autorização, ainda que os conteúdos em causa não sejam predominantes na sua plataforma. Mas, igualmente aqui o princípio da proporcionalidade é relevante, pois quanto mais predominante for certo conteúdo (ou tipo ou a quantidade de conteúdos) mais se exigirá do prestador de serviços no sentido de se esforçar para obter a necessária autorização.

Naturalmente, o titular dos direitos pode sempre recusar iniciar ou concluir negociações – competirá ao prestador de serviços evidenciar que fez todos os esforços, que efetuou uma proposta razoável, de boa-fé [todavia, lê-se na referida Comunicação da Comissão, «de modo a não ser responsável se os conteúdos não autorizados estiverem disponíveis no seu serviço, o prestador de serviços ainda terá de demonstrar que enviou os melhores esforços para efeitos do artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c)»]. Importa sublinhar que os melhores esforços também exigem dos prestadores de serviços celeridade e boa-fé nas negociações, exigem que celebrem acordos justos, que concedam uma remuneração adequada segundo critérios transparentes, e serem equilibrados quando às obrigações entre as partes. Quanto às negociações com entidades de gestão coletiva de direitos é relevante observar o disposto na Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, desde logo o disposto no artigo 16.º. Sobre as diferentes traduções de «melhores esforços» vide, entre nós, Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», cit., 266, n. 64.

⁸⁹ Diga-se que esta alínea b) do n.º 4 está igualmente sujeita ao princípio da proporcionalidade estabelecido no n.º 5. Se, apesar dos esforços desenvolvidos pelos prestadores dos serviços em colaboração com os titulares dos direitos para obter uma autorização, estiverem disponíveis conteúdos protegidos e não autorizados, os prestadores de serviços serão responsáveis se receberam as informações pertinentes e necessárias dos titulares de direitos relativamente a obras específicas ou outro material protegido (ou seja, os prestadores de serviços sabem bem quais são esses conteúdos). Só não serão responsabilizados se – fazendo-se recair sobre os prestadores de serviços o ónus da prova – demonstrarem que envidaram todos os esforços (para assegurar a indisponibilidade de certos conteúdos) de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor em causa (e tendo os titulares dos direitos – ou um terceiro devidamente mandatado – fornecido as «informações pertinentes e necessárias», reitere-se). O conceito de «informações pertinentes e necessárias» deve ser interpretado de acordo com a teleologia do artigo 17.º e avaliado casuisticamente. De acordo com a citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, «as informações pertinentes e necessárias devem ser fornecidas antecipadamente», devem ser «exatas quanto aos direitos de propriedade da obra ou material protegido em causa», informações «necessárias» poderá divergir em função das soluções tecnológicas implementadas (será importante a cooperação, de boa fé, entre as partes de modo a permitir que as medidas implementadas sejam eficazes), em especial (e este ponto da Comunicação é muito polémico), «os titulares de direitos podem optar por identificar conteúdos específicos protegidos por direitos de autor e direitos conexos, cuja disponibilidade em linha não autorizada lhes poderia causar prejuízos económicos significativos» [este critério dos «prejuízos económicos significativos» implica uma valoração dos conteúdos; todavia, só nos poderá ser razoável aceitar este critério, se o mesmo pretender apenas graduar a responsabilidade dos prestadores de serviços]. Não se impõe aqui qualquer solução tecnológica específica, de modo a permitir aos prestadores de serviços a adoção das melhores soluções, em cada caso, e as mais recentes. Os critérios serão o de um operador diligente, a eficácia da medida (face ao resultado que se pretende alcançar), as boas práticas da indústria ou do setor em certo momento. Existem, na verdade, múltiplas tecnologias disponíveis (recolha de impressões digitais, a dispersão, a marca de água, a utilização de meta dados, a pesquisa por palavras-chave, etc.). Determinar se o prestador de serviços desenvolveu os melhores esforços nos termos da alínea b) implica uma avaliação casuística sujeita ao princípio da proporcionalidade e respeitando-se o disposto no n.º 7, 8 e 9. Assim, deve ser ponderado: o custo das soluções tecnológicas (ponderado com o resultado que se pretende); a sofisticação da solução em causa (pode ser desproporcionada em relação ao resultado); a não disponibilidade de tecnologia eficaz pode exigir uma notificação dos titulares dos direitos; a dimensão dos prestadores de serviços; a tecnologia em causa não gere um bloqueio excessivo face ao disposto no número 7 e no número 9 do artigo 17.º (liberdade de expressão e conteúdos legítimos); as soluções tecnológicas disponíveis no mercado e suas limitações; as soluções adequadas para os diferentes tipos de conteúdos; a predominância ou não dos conteúdos em causa na plataforma.

⁹⁰ Ou seja, os prestadores de serviços serão responsabilizados pelos atos de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de conteúdos protegidos não autorizados, sempre que, tendo recebido uma notificação suficientemente fundamentada, não atuem de imediato mediante o bloqueio do acesso aos conteúdos protegidos objeto da notificação ou retirando-os do seu sítio da internet. A responsabilização mantém-se

se os prestadores dos serviços não «demonstrarem que envidaram todos os esforços para impedir que sejam carregadas no futuro obras específicas não autorizadas, com base nas informações pertinentes e necessárias fornecidas pelos titulares dos direitos para esse efeito» (exige-se, aqui, o cumprimento de uma função preventiva) (vide considerando 66 da Diretiva). Na verdade, o disposto na alínea c) (sistema de notificação e retirada e de notificação e bloqueio) dirige-se à seguinte realidade. Estamos em face de conteúdos não autorizados que foram disponibilizados devido ao seguinte: i) os titulares de direitos não forneceram as informações «pertinentes e necessárias» antecipadamente aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha nos termos do artigo 17.º, n.º 4, alínea b), para evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados (atuam ex post, depois de um determinado conteúdo ter ficado disponível, para solicitar a sua retirada e bloqueio com base nas informações necessárias e pertinentes dos titulares dos direitos), ou (ii) os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha envidaram os «melhores esforços» para evitar conteúdos não autorizados nos termos do artigo 17.º, n.º 4, alínea c), mas, apesar desses esforços, os conteúdos não autorizados ficam disponíveis por razões objetivas, por exemplo, quando algum conteúdo não pode ser reconhecido devido a limitações inerentes às tecnologias, ou (iii) em alguns casos específicos, é expectável que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha atuem apenas após a apresentação de uma notificação por parte dos titulares de direitos (vide a citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021). Importa sublinhar que a avaliação dos «melhores esforços» deve ser efetuada casuisticamente e ao abrigo do princípio da proporcionalidade [nos termos que referimos para a alínea b) do n.º 4 do artigo 17.º]. Impedir o carregamento exigirá uma rigorosa avaliação face aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de informação (voltaremos a este ponto). Na referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021 é recomendado o seguinte: «no que diz respeito às informações a fornecer para o cumprimento da obrigação de retirada ao abrigo do n.º 4, alínea c), e mais especificamente sobre os elementos a incluir num «aviso suficientemente fundamentado», a Comissão recomenda aos Estados-Membros que sigam, na sua aplicação, a Recomendação da Comissão sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha (recomendação da Comissão de 1 de março de 2018, disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>). Os n.os 6 a 8 da recomendação enumeram elementos que podem ser incluídos nas notificações. As notificações devem ser suficientemente precisas e devidamente fundamentadas para que os prestadores de serviços possam tomar uma decisão informada e diligente no que respeita ao conteúdo da notificação, em especial se o conteúdo deve ser ou não considerado ilegal. Em especial, as notificações devem conter uma explicação das razões pelas quais o autor da notificação considera que o conteúdo é ilegal e uma indicação clara da localização desse conteúdo. Esta informação específica não será necessariamente exigida ao abrigo do artigo 17.º, n.º 4, alínea b), mas deve ser exigida como regra ao abrigo da primeira parte do artigo 17.º, n.º 4, alínea c). A recomendação também prevê a possibilidade de os autores de notificações, se assim o desejarem, incluírem os respetivos dados de contacto na notificação.» Quer a retirada quer o bloqueio a conteúdos (incluindo o seu carregamento futuro) é particularmente grave (face à liberdade de expressão e à liberdade de informação) pelo que o princípio da proporcionalidade, em especial na sua dimensão de proibição do excesso, explica esta precaução da Comissão. Mas a referida Comunicação acrescenta ainda o seguinte «No que diz respeito à chamada obrigação de «bloqueio», a segunda parte do artigo 17.º, n.º 4, alínea c), exige que os prestadores de serviços envidem os melhores esforços para impedir futuros carregamentos das obras ou outro material protegido objeto de notificação pelos titulares de direitos. Esta disposição remete para a alínea b) do mesmo número, o que significa que, para que os prestadores de serviços possam envidar os melhores esforços para evitar futuros carregamentos ao abrigo desta disposição, os titulares de direitos devem fornecer-lhes o mesmo tipo de «informações pertinentes e necessárias» que a exigida para a aplicação da alínea b). Tal significa, por exemplo, que, se um prestador de serviços utilizar tecnologias de recolha de impressões digitais para evitar futuros carregamentos de obras objeto de notificação, receber como informação apenas a informação fornecida num aviso será insuficiente. Nesse caso, para permitir que os prestadores de serviços evitem futuros carregamentos de obras objeto de notificação, os titulares de direitos deverão fornecer aos prestadores de serviços impressões digitais ou ficheiros de conteúdos.»

⁹¹ Nos termos do disposto no segundo parágrafo do n.º 8 do artigo 17.º os prestadores de serviços devem, ao abrigo de uma obrigação de transparência, facultar aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas

sobre o funcionamento das suas práticas, diga-se das tecnologias de reconhecimento de conteúdos implementadas (pois têm à sua escolha diferentes medidas possíveis), no que respeita à cooperação referida no n.º 4 (ou seja, que tecnologias adotaram, de que forma são executadas, qual sua eficácia na deteção de conteúdos protegidos) e, «caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos» (informações que devem ser suficientemente específicas para que o objetivo de transparência seja alcançado, devendo incluir dados sobre a exploração dos conteúdos protegidos e as receitas dos prestadores de serviços). A extensão deste dever de informação não poderá, todavia, prejudicar os segredos comerciais dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (por exemplo, características específicas e pormenorizadas do software usado quando assumam caráter confidencial) nem exigirá que seja concedida informação pormenorizada e individualizada sobre cada obra ou material protegido identificado (salvo disposição contratual), embora uma informação rigorosa sobre a utilização dos conteúdos protegidos abrangidos por um acordo é muito relevante para assegurar uma remuneração justa para os titulares dos direitos. Nos termos da Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, as informações devem ser «suficientemente específicas», podendo incluir «uma descrição do tipo de tecnologias (se aplicável) ou outros meios utilizados pelos prestadores de serviços, informações sobre fornecedores de tecnologia terceiros cujos serviços podem utilizar, o nível médio de eficiência dessas ferramentas, quaisquer alterações das ferramentas/serviços utilizados (como possíveis atualizações ou alterações na utilização de serviços de terceiros)».

⁹² Os prestadores de serviços de conteúdos partilhados em linha serão responsabilizados se não atuaram com a devida diligência evitando a colocação em linha pelos utilizadores de conteúdos ilegais (uma responsabilidade por omissão). Não é responsabilidade por ação nem responsabilidade indireta (ou secundária); é uma responsabilidade direta, mas por omissão.

⁹³ Atendendo a que os serviços em causa prestados têm natureza transterritorial colocar-se-á o problema de recorrer as tecnologias que efetuem um geo-blocking, pois conteúdos ilícitos num Estado-Membro poderão ser lícitos em outro Estado-Membro. Vide Julia Reda, Joschka Selinger, Michael Servatius, op. cit., 47.

⁹⁴ Existem, como já referimos, diversas ferramentas de reconhecimento automático de conteúdos (Automatic Content Recognition, ou «ACR») assentes em técnicas com o hashing, a watermarking e a fingerprinting que não vamos aqui desenvolver (sobre o funcionamento e as vantagens do Content ID do YouTube, vide Annemarie Bridy, op. cit., 330-331). Ao contrário da proposta inicial da Diretiva, a redação em vigor não impõe a obrigatoriedade de adoção destas ferramentas de reconhecimento. As disposições vigentes (em especial o artigo 17.º, n.º 4) não impõem, formalmente, a adoção pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos de técnicas específicas de reconhecimento de conteúdos (os prestadores têm liberdade na escolha das técnicas e medidas a adotar), mas para cumprirem as condições de isenção terão de implementar tais tecnologias de filtragem ou reconhecimento de conteúdos (e, diga-se, tecnologias capazes de identificar diversos tipos de conteúdos). Aliás, o extraordinário volume de conteúdos em causa não parece permitir outra solução que não seja o recurso a essas tecnologias (incluindo inteligência artificial), sem prejuízo de em relação a certos tipos específicos de obras ou outro material protegido não ser possível aplicar essas tecnologias (sendo essencial a notificação por parte dos titulares dos direitos). Em conclusão, para que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos cumpram as suas obrigações (desenvolveram «todos os esforços, de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor» para «assegurar a indisponibilidade» de certos conteúdos protegidos e identificados pelos titulares de direitos e «impedir o seu futuro carregamento» nos seus serviços, bem como cumprir a sua obrigação de transparência) deverão adotar tecnologias de reconhecimento automático de conteúdos, de modo a efetuarem uma filtragem dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços e, se necessário, bloquearem esses conteúdos (mesmo antes do seu carregamento). Para mais desenvolvimentos, incluindo já a referência a sinalizadores de confiança, vide comunicação da Comissão COM(2017) 555 final, de 28 de setembro de 2017, «Combater os conteúdos ilegais em linha. Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha». Vide, igualmente, «Questions and Answers on issues about the digital copyright directive»: «Is the directive creating automatic filters on online platforms? No», in <https://www.europarl.europa.eu/>; Tambiama Madiega, Reform of the EU liability regime for online intermediaries, in <https://www.europarl.europa.eu/>, 2020, 14.

⁹⁵ Sublinhando as dificuldades de compatibilização destas obrigações (filtragem, por um lado, e ausência de uma obrigação geral de monitorização, por outro) com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, vide Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», cit., 266-267.

ANNEMARIE BRIDY, *op. cit.*, 355, é ainda mais crítica: «to the extent that a staydown mandate requires ACR technology, and ACR technology works by monitoring all user uploads, there is no practical way to implement Article 17's staydown mandate without also requiring general monitoring. In this sense, Article 17 contains conflicting requirements that will be difficult for member states to implement coherently». JULIA REDA, JOSCHKA SELINGER, MICHAEL SERVATTUS, *op. cit.*, 22, entendem que o cumprimento do disposto no artigo 17.º, n.º 4, imporá a adoção de tecnologias de filtragem e, conseqüentemente, uma obrigação geral de vigilância (além de todos os riscos de *overblocking* com a conseqüente violação de direitos fundamentais, como ponderaremos). ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, «O direito de autor e a liberdade de informação num contexto de confinamento social», *cit.*, 59, escreve: «Mas porventura o maior impacto ao nível da liberdade de informação resultará do regime dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos» e mais adiante (60) diz: «(...) é muito duvidoso como funcionarão as exceções num ambiente controlado por «copyright bots», já que não é certo que os algoritmos tenham sentido de humor nem saibam o que são os «bons costumes» para efeitos de citação (...)». Serão as tecnologias de filtragem capazes de determinar se está perante uma obra, uma obra protegida, se existe uma autorização ou se existem exceções ou limitações aplicáveis (mais difícil será interpretar essas exceções limitações, pois têm de ser interpretadas no seu contexto)? THOMAS RIIS, SEBASTIAN FELIX SCHWEMER, «Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation», *Journal of Internet Law*, Vol. 22, No. 7, 2019, 1–21, University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2019-64, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3300159> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3300159>, sublinham a falta de transparência dos algoritmos e, de modo a evitarem litígios, os prestadores de serviços adotarão tecnologias «that takes down to much rather than too little». Todavia, não só o ponto de partida da Diretiva é a obtenção de autorizações ou licenças (e não os sistemas de filtragem) como foram previstos mecanismos de reclamação (além de previamente – obrigação *ex ante* – ser assegurado o respeito pelas exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos). Parece-nos, nestes termos, que o equilíbrio foi alcançado (obviamente numa perspetiva de defesa do direito de autor ou dos direitos conexos e de respeito pelas exceções ou utilizações livres, bem como a ponderação de que as liberdades de informação ou de expressão não são valores absolutos). Voltaremos a esta problemática com as conclusões do advogado-geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 15 de julho de 2021 no processo C-401/19.

⁹⁶ Apesar de não estar expressamente consagrado o recurso a tecnologias de filtragem, faltarão verificar como os direitos nacionais e os prestadores de serviços intermediários de partilha de conteúdos em linha vão dar cumprimento à disposto no artigo 17.º, n.º 4, ainda que ponderando todas as salvaguardas dos números seguintes.

⁹⁷ Na verdade, a alínea b) diz que os prestadores dos serviços devem «assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido» identificados pelos titulares dos direitos e a alínea c) é ainda mais clara ao dizer que os prestadores de serviços devem monitorizar para «impedir o seu futuro carregamento», e ao acrescentar a expressão «nos termos da alínea b)» parece indicar que o mesmo se espera dos prestadores dos serviços nestas duas alíneas. Ou seja, prevenir a colocação ou recolocação em linha de conteúdos protegidos (stay-down). O que está aqui em causa é garantir na sociedade digital o direito de comunicação ao público ou colocação à disposição do público que pertence aos titulares do direito de autor ou direitos conexos – impor aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que impeçam (preventivamente) os seus utilizadores (dos seus serviços) de comunicar ao público as suas obras (ou outro material protegido) usando os serviços dos prestadores.

⁹⁸ O legislador europeu teve em consideração, como referência, um operador diligente do setor em causa, as boas práticas desse setor, a adequação da medida para alcançar o resultado de evitar a disponibilidade de conteúdos ilegais, e a eficácia das medidas adotadas (deverão ser eficazes, mas não têm de ir além do necessário para alcançar o objetivo pretendido). Por outro lado, importa ponderar a dimensão do serviço, a evolução da tecnologia, os custos das medidas adotadas. Diferentes medidas alternativas poderão ser adequadas e proporcionais para evitar a disponibilidade de conteúdos ilegais dependendo do tipo de conteúdo em causa, pelo que a cooperação dos titulares dos direitos é relevante.

- ⁹⁹ Este regime específico destina-se a empresas novas com baixo volume de negócios e baixas audiências. De forma a evitar abusos, este regime não poderá aplicar-se a empresas que se apresentam como novas na sua designação, mas, de facto, são continuadoras da atividade de um prestador de serviços já existente.
- ¹⁰⁰ Deve ter-se igualmente em consideração o Guia do utilizador relativo à definição de PME (in https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/conferences/state-aid/sme/smedefinitionguide_en.pdf).
- ¹⁰¹ Como se esclarece na referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, «a condição de envidar os melhores esforços para garantir a indisponibilidade de conteúdos não autorizados, prevista no artigo 17.º, n.º 4, alínea b), não é aplicável a nenhuma das duas categorias de prestadores de serviços» (id est, os que têm menos e os que têm mais de 5 milhões de visitantes individuais). De todo o modo, os limiares estabelecidos podem ser facilmente alcançados (em especial os 5 milhões de visitantes), pelo que o objetivo de não onerar as novas empresas, de menor dimensão, do setor digital poderá ser frustrado, obrigando estas empresas a adquirir tecnologias de reconhecimento de conteúdos precisamente às gigantes tecnológicas que dispõem dessa tecnologia.
- ¹⁰² Para um estudo sobre as exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos na sociedade digital, vide WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, SCCR/9/7, April 5, 2003, prepared by Sam Ricketson.
- ¹⁰³ Vide João Pedro Quintais, Giancarlo Frosio et al., op. cit., 279.
- ¹⁰⁴ Sobre a interpretação destes conceitos, vide a jurisprudência do TJUE indicada na referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final, de 4 de junho de 2021, devendo a sua aplicação ter em consideração o disposto na Carta dos Direitos Fundamentais.
- ¹⁰⁵ Entende-se que assim seja; aliás, nos termos da Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, «tal significa que não será suficiente os titulares de direitos apresentarem novamente as mesmas informações que foram apresentadas ao abrigo do artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) ou c). Estes terão de justificar a natureza infratora do carregamento específico. Caso contrário, se não fosse necessária mais fundamentação, o mecanismo de reclamação e de recurso não teria qualquer efeito útil».
- ¹⁰⁶ Aliás, estando em causa conteúdos que manifestamente podem ser abrangidos pelo n.º 7 do artigo 17.º, aqueles devem ser de imediato desbloqueados (sem prejuízo da decisão final). Acresce que pode ser afastado o contraditório se «os titulares de direitos não reagirem dentro de um prazo razoável», pelo que «os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem tomar uma decisão sem o contributo dos titulares de direitos sobre se os conteúdos que foram bloqueados ou retirados devem ou não ser disponibilizados ou restaurados em linha». É a liberdade de expressão a prevalecer. Vide a Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021.
- ¹⁰⁷ Aliás, impõe-se referir que o quarto parágrafo do n.º 9 do referido artigo 17.º impõe aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que informem os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União. É a busca de um justo equilíbrio com a liberdade de expressão, como já referimos. Esta obrigação, como noz diz Alexandre Dias Pereira, «Os direitos autorais nas plataformas de partilha em linha de conteúdos digitais linha: as inovações trazidas pela Diretiva 2019/790/EU», cit., 12, «vai exigir um esforço adicional de adaptação nacional, uma vez que não havendo harmonização completa das exceções e limitações, será necessário configurar as condições de serviço face à legislação de direitos de autor de cada Estado-Membro».
- ¹⁰⁸ A já referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, sublinha que «ao aplicarem o artigo 17.º, os Estados-Membros devem respeitar a acervo da União em matéria de proteção de dados, nomeadamente no que diz respeito a eventuais medidas tecnológicas tomadas pelos prestadores de serviços em cooperação com os titulares de direitos ao abrigo do artigo 17.º, n.º 4, e no contexto do mecanismo de reclamação e de recurso para utilizadores previsto no artigo 17.º, n.º 9». Ou seja, parece haver aqui uma especial preocupação com o cumprimento do disposto no artigo 22.º (decisões individuais automatizadas, incluindo a definição de perfis) do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹⁰⁹ Este é na verdade um equilíbrio difícil e a citada Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, ao tentar estabelecer orientações, trouxe igualmente algumas novidades. Em primeiro lugar, veio dizer que os prestadores de serviços têm de ter um especial cuidado e dever de diligência (e, neste sentido, dar cumprimento às suas obrigações de desenvolverem os melhores esforços) quanto ao carregamento de conteúdos que possam «causar prejuízos económicos significativos aos titulares de direitos». Neste caso, e apesar do disposto no primeiro parágrafo do n.º 8 do artigo 17.º, pode ser exigível «um controlo humano ex ante rápido pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, verificando os carregamentos que apresentam tais conteúdos marcados e identificados por uma ferramenta automatizada de reconhecimento de conteúdos. Este controlo será aplicável a conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo (por exemplo, pré-lançamento de músicas ou filmes ou destaques de transmissões de eventos desportivos recentes)». Embora se reforce que este especial dever de cuidado deve «ser limitado aos casos de elevado risco de prejuízos económicos significativos, que devem ser devidamente justificados pelos titulares de direitos», a verdade é que a liberdade de empresa e a liberdade de expressão parecem aqui sofrer uma compressão não proporcionada; não há um justo equilíbrio, pois pode implicar encargos desproporcionados para os prestadores de serviços e estarmos muito próximos de uma obrigação geral de monitorização. Não respeitará um justo equilíbrio, na nossa opinião, a possibilidade de a decisão do controlo humano ex ante poder ser objeto de reclamação e recurso, nos termos da Diretiva. Em segundo lugar, a referida Comunicação da Comissão [COM (2021) 288 final], de 4 de junho de 2021, veio dizer que «quando carregamentos manifestamente infratores são identificados e bloqueados, ou seja, não são carregados, os utilizadores devem ser notificados disso sem demora injustificada e devem ainda poder contestar o bloqueio, apresentando as razões do seu pedido, ao abrigo do mecanismo de recurso previsto no artigo 17.º, n.º 9». Quando «os conteúdos que não sejam manifestamente infratores devem ser colocados em linha no momento do carregamento, com exceção dos conteúdos marcados pelos titulares de direitos (quando sujeitos a um controlo humano ex ante rápido)». Ou seja, os conteúdos não são manifestamente infratores, mas se estiverem marcados pelos titulares dos direitos não serão colocados em linha – prejudica-se novamente a liberdade de expressão. [Acresce ainda, como relevante para o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição do excesso, que, segundo esta comunicação da Comissão, se os prestadores de serviços colocarem os conteúdos em linha e os titulares dos direitos se opuserem, os prestadores devem realizar um controlo humano ex post rápido para uma decisão célere sobre se os conteúdos devem permanecer em linha ou ser removidos – repare-se que ainda não estamos no quadro do mecanismo extrajudicial de resolução de litígios previsto no n.º 9 do artigo 17.º]. Mas a referida Comunicação diz mais: «Em contrapartida, deve considerar-se que estes [os prestadores de serviços] não cumpriram, até prova em contrário, as suas obrigações de melhores esforços à luz do artigo 17.º, n.º 7, e que são responsáveis pela violação de direitos de autor, se tiverem disponibilizado os conteúdos carregados, ignorando as informações fornecidas pelos titulares de direitos, incluindo – no que diz respeito aos conteúdos que não são manifestamente infratores – as informações sobre os conteúdos marcados (...)» (itálico nosso).

¹¹⁰ Vide o documento SWD (2016) 301 final, de 14 de setembro de 2016, «Commission Staff Working Document, impact assessment on the modernisation of EU copyright rules».

¹¹¹ Obras a que o consumidor final (que não pode ser responsabilizado pela ausência de autorização ou, ainda que esta exista, é completamente alheio à iniquidade das receitas dos titulares dos direitos) ouve ou vê, da mesma forma, com qualidade equivalente, aos modos tradicionais de acesso a essas obras. Há aqui uma concorrência desleal entre os meios digitais e os meios tradicionais (e, nos meios digitais, entre os fornecedores de grandes plataformas em linha e a possibilidade dos titulares dos direitos colocarem, com o mesmo sucesso, as suas obras em linha – mas este é um problema de natureza diversa).

¹¹² Neste sentido Remédio Marques, *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, cit., 634.

¹¹³ Os exemplos que indicamos de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha permitem que qualquer pessoa possa colocar em linha conteúdos (denominados user-generated content ou user-uploaded content) que, de seguida, poderão ser consultados em streaming (difusão em fluxo contínuo) a partir dos sítios da internet ou de aplicações para equipamentos inteligentes (no YouTube encontramos milhares ou milhões de vídeos carregados por utilizadores). A consulta desses conteúdos é, ainda, promovida, por funcionalidades de indexação, de pesquisa e de recomendação [nos termos do artigo 3.º, alínea o), da proposta de Regulamento

sobre os serviços digitais, entende-se por sistema de recomendação «um sistema total ou parcialmente automatizado por uma plataforma em linha para sugerir na sua interface em linha informações específicas aos destinatários do serviço, nomeadamente como resultado de uma pesquisa iniciada pelo destinatário, ou que determine de outra forma a ordem relativa ou a proeminência das informações apresentadas] e, como dissemos, geralmente de forma gratuita (a remuneração dos prestadores de serviços assenta na venda de espaços de publicidade). Estamos perante uma quantidade gigantesca de conteúdos que é comunicada ou colocada à disposição do público através da internet, incluindo diversos conteúdos protegidos por direito de autor ou direitos conexos sem a devida autorização dos titulares dos direitos.

- ¹¹⁴ Importa aqui referir a cooperação que tem existido entre titulares de direitos de propriedade intelectual e fornecedores de plataformas em linha patrocinada pela Comissão Europeia. Referimo-nos, designadamente, ao Memorandum of understanding (MoU) on the sale of counterfeit goods on the internet e ao Memorandum of understanding on online advertising and intellectual property rights. O primeiro pretende combater a oferta de produtos contrafeitos nos mercados em linha tendo como partes, nomeadamente, Adidas, Apple, Duracell, Hermès, Lexmark, Nike, Philip Morris, Procter & Gamble, por um lado, e Alibaba, Amazon, eBay, Facebook, OLX, por outro (envolve, ainda, diversas associações do domínio dos produtos farmacêuticos, dos produtos desportivos, dos brinquedos e dos produtos multimédia). A propósito deste acordo a Comissão Europeia apresentou um relatório em 2020 [Report on the functioning of the MoU – 2020, SWD(2020) 166 final/2]. O segundo acordo pretende impedir a publicidade em sítios da internet e em aplicações móveis que infrinjam direitos de autor ou direitos conexos e combater a disseminação de produtos contrafeitos. A Comissão Europeia, em 2020, apresentou igualmente um Report on the functioning of the MoU [SWD(2020) 167 final/2]. Bilateralmente o Governo Italiano celebrou um acordo com a plataforma Alibaba para combater infrações a indicações geográficas (vide <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/10422>).
- ¹¹⁵ Sobre a posição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com vasta jurisprudência sobre a liberdade de expressão e de informação e a sua censura a restrições ex ante (salvo circunstâncias excecionais), vide, entre outros, Julia Reda, Joschka Selinger, Michael Servatius, op. cit., 30-32.
- ¹¹⁶ Como referido no acórdão do TJUE de 11 de setembro de 2014, Eugen Ulmer, C-117/13, § 43, apesar da denominação «exceções e limitações», estamos em face de «direitos em benefício dos utilizadores de obras ou outros materiais protegidos» (como sublinhado no § 70 do citado acórdão Funke).
- ¹¹⁷ Neste sentido Sebastian Felix Schwemer, Jens Schovsbo, «What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime», in Paul Torremans (ed), Intellectual Property Law and Human Rights, 4th edition, Wolters Kluwer, 2020, 569-589, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3507542> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3507542>.
- ¹¹⁸ O indicado acórdão Funke é claro quando afirma, no § 64, que «a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, consagradas no artigo 11.º da Carta, não são suscetíveis de justificar, além das exceções e limitações previstas no artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva 2001/29, uma derrogação aos direitos exclusivos de reprodução e de comunicação ao público do autor, visados, respetivamente, no artigo 2.º, alínea a), e no artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva». Os Estados-Membros não podem alargar o âmbito das exceções ou limitações previstas na citada Diretiva. Como deriva dos §§ 57 e 58, a obtenção de um justo equilíbrio entre, por um lado, o interesse dos titulares dos direitos de autor e dos direitos conexos na proteção da sua propriedade intelectual, e, por outro, a proteção dos interesses e dos direitos fundamentais dos utilizadores de objetos protegidos, em especial da sua liberdade de expressão e de informação, bem como do interesse geral, alcança-se através dos direitos atribuídos aos autores e do mecanismo das exceções e limitações a estes direitos (a enumeração das exceções e limitações constantes da Diretiva é exaustiva, como diversas vezes foi sublinhado pelo tribunal, por exemplo no acórdão do TJUE de 16 de novembro de 2016, Soulier e Doke, C-301/15, § 34). Sublinhando que as exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos visam «privilegiar o exercício» de direitos fundamentais vide o § 45 do referido acórdão Spiegel.
- ¹¹⁹ A este propósito no acórdão Spiegel, §§ 54, 55 e 59, o tribunal não deixou de dizer que embora se deva adotar uma interpretação conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta, importa não desvirtuar o justo equilíbrio entre os direitos de autor (cujas disposições devem ser interpretadas de modo a não prejudicar o objetivo de se alcançar um nível elevado de proteção destes direitos), por um lado, e os direitos dos utilizadores

(visados pelas exceções e limitações – que devem ser objeto de interpretação restritiva), por outro lado, sem prejudicar este justo equilíbrio, bem como o efeito útil e a finalidade das disposições em causa.

- ¹²⁰ Expressamente neste sentido vide Sebastian Felix Schwemer, Jens Schovsbo, op. cit. Na verdade, no referido acórdão Pelham, §§ 59, 60 e 61, o tribunal diz-nos que a Diretiva 2001/29 pretende salvaguardar «um justo equilíbrio entre, por um lado, o interesse dos titulares dos direitos de autor e dos direitos conexos na proteção da sua propriedade intelectual e, por outro, a proteção dos interesses e dos direitos fundamentais dos utilizadores de objetos protegidos, bem como do interesse geral». E de seguida diz-nos «os mecanismos que permitem encontrar um justo equilíbrio entre estes diferentes direitos e interesses estão inscritos na própria Diretiva 2001/29, na medida em que esta prevê, nomeadamente, por um lado, nos seus artigos 2.º a 4.º, os direitos exclusivos dos titulares de direitos e, por outro, no seu artigo 5.º, as exceções e limitações a estes direitos (...)». Por fim, não deixa igualmente de reiterar que igualmente contribui para o referido justo equilíbrio a exigência de que «as exceções e limitações (...) só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito».
- ¹²¹ Vide Christophe Geiger, Elena Izyumenko, «The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!», in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 51(3) 282, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI), Research Paper No. 2019-09, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3472852> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3472852>; Thom Snijders, Stijn van Deursen, «The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions», in *IIC*, 2019, 50, 1176–1190, available at <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00883-0>. Como estes últimos autores referem (1183) «All in all, this means that not only any additional exception or limitation such as the German “right to free use” is out of bounds, but that the fundamental rights provided for in the Charter cannot serve as autonomous justificatory grounds for limitations or exceptions to copyright outside of the existing system»; todavia, a interpretação das exceções e limitações tem de ser efetuada em concordância com os direitos fundamentais («fundamental rights are not only operationalised through their substantive role in the mechanisms of the Directive, but also in the way they bind Member States’ legislators in their implementation of the exceptions and limitations into domestic laws, and judicial authorities in their interpretation of those provisions»). Por fim, não deixam de reconhecer, como referimos no texto, uma possível tensão com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (uma análise casuística poderá exigir que os direitos fundamentais sejam fundamento autónomo para limitar o direito de propriedade intelectual – as exceções e limitações previstas ao direito de autor e direitos conexos poderão ser insuficientes).
- ¹²² Vide Alexandre Dias Pereira, «Os direitos de autor na balança constitucional dos direitos fundamentais», cit., 49-50.
- ¹²³ Como nos diz Eleonora Rosati, «The DSM Directive Two Years On: Do Things Ever Get Easier?», cit., 1142, «So, no, things will not get any easier. Hopefully, however, they will become clearer ... in the end».
- ¹²⁴ Por exemplo, de João Pedro Quintais, «The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look», cit.
- ¹²⁵ O tribunal sublinhou que o novo regime de responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha exige uma leitura conjunta de todo o artigo 17.º, nos seus diversos números, pois no seu conjunto a disposição visa estabelecer um justo equilíbrio entre todos os interesses em conflito.
- ¹²⁶ O objetivo deste regime, como diz expressamente o tribunal, é «promover o desenvolvimento do mercado de concessão de licenças justas entre os titulares de direitos e esses prestadores» (§ 29) – itálico nosso.
- ¹²⁷ O tribunal é muito claro ao sublinhar que as obrigações a que estão sujeitos os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha não poderão conduzir a uma «indisponibilidade de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação» a estes direitos» (§ 77). Não basta que os prestadores de serviços desenvolvam os melhores esforços; o artigo 17.º, n.º 7, «prescreve um resultado preciso a alcançar». A utilização lícita dos serviços dos prestadores (porque os conteúdos não

violam direitos de autor ou direitos conexos ou porque estamos em face de utilizações legítimas ao abrigo, designadamente, das exceções ou limitações a direitos de autor ou direitos conexos) não pode, de forma alguma, ser afetada ou prejudicada pela execução das obrigações a que os prestadores dos serviços de partilha de conteúdos em linha estão obrigado nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 4, alínea b) e alínea c) in fine. Medidas que impliquem resultados em sentido diverso violarão o conteúdo essencial do direito à liberdade de informação e expressão.

¹²⁸ Por outro lado, o direito de propriedade (intelectual) não é um direito intangível nem a sua proteção tem de ser assegurada de maneira absoluta.

¹²⁹ O legislador europeu não precisou as medidas concretas que os prestadores dos serviços de partilha de conteúdos em linha devem adotar. Diz, apenas, que devem envidar os seus «melhores esforços», e isto «de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor». O objetivo da norma jurídica terá sido o de «assegurar que as obrigações assim impostas possam adaptar-se às circunstâncias do caso em apreço dos diferentes prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, bem como à evolução das práticas do setor e das tecnologias disponíveis», ou seja uma formulação «em termos suficientemente abertos para poder adaptar-se à evolução das circunstâncias» (vide §§ 73 e 74). Por outro lado, esta norma aberta terá ainda por fundamento (e porque se trata de uma obrigação imposta aos prestadores dos serviços) a liberdade de empresa (na busca de um justo equilíbrio entre todos os direitos fundamentais em conflito: direito de propriedade intelectual, liberdade de informação e expressão e liberdade de empresa) e, assim, «deixar ao critério dos prestadores de serviços a determinação das medidas concretas a tomar para alcançar o resultado pretendido, para que estes possam optar por executar as medidas que melhor se adaptem aos recursos e às capacidades de que dispõem, e que sejam compatíveis com as restantes obrigações e desafios a que deve fazer face no exercício da sua atividade» (§ 75).

¹³⁰ Além do recorte subjetivo (ou um âmbito subjetivo limitado), nos termos do artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva, e como supra referimos; devendo, ainda, atender-se ao consagrado no artigo 17.º, n.º 6 (determinados novos prestadores) que igualmente analisámos.

¹³¹ Haverá sempre o risco de conteúdos lícitos serem automaticamente, por algoritmos, bloqueados ou atrasados na sua difusão (perdendo eventualmente valor informativo), como haverá sempre o risco de conteúdos ilícitos serem divulgados. Todavia, o tribunal foi expresso nesta matéria. Na dúvida prevalece a liberdade de informação e expressão. Na verdade, se o sistema de filtragem não consegue distinguir com suficiente segurança um conteúdo lícito de um conteúdo ilícito «de modo que a sua implementação poderia ter por efeito provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito», tal será «incompatível com o direito à liberdade de expressão e de informação, garantido pelo artigo 11.º da Carta», e não respeitará «o justo equilíbrio entre este e o direito de propriedade intelectual» (vide § 86).

¹³² Como o tribunal sublinhou no § 87 do acórdão «o legislador da União considerou que, dada a sua particular importância para a liberdade de expressão e a liberdade das artes e, logo, para esse justo equilíbrio, era necessário tornar obrigatórias estas exceções e limitações, que figuram entre as previstas a título facultativo no artigo 5.º da Diretiva 2001/29, a fim de assegurar que os utilizadores beneficiem de uma proteção uniforme em toda a União». A liberdade de expressão e a liberdade das artes implicou que estas exceções se tornassem obrigatórias, pelo que os Estados-Membros terão de as prever no seu direito interno.

¹³³ Não bastará o tradicional *fumus boni iuris*, ou seja, não será suficiente um juízo de mera probabilidade, um juízo assente em critério do *homo prudens*. Não bastarão presunções baseadas na experiência. A aparência não será suficiente, é necessário uma informação clara, precisa, objetiva e legalmente fundada. Neste domínio, o futuro Regulamento sobre os Serviços Digitais (que abordaremos a seguir) contém disposições mais detalhadas (vide, em especial, os artigos 14.º, 15.º, 19.º e 20.º da proposta) que poderão servir de referência para a densificação das referidas notificações e informações. Neste sentido, vide Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», in IIC, 2022, 53, 362.

¹³⁴ Vide Guido Westkamp, «Two Constitutional Cultures, Technological Enforcement and User Creativity: The Impending Collapse of the EU Copyright Regime?», in IIC, 2022, 53, 62-93.

¹³⁵ Salvaguardas destinadas a impedir o seguinte resultado: «(...) the introduction of the Article 17 liability mechanism will lead to the preventive blocking and removal of potentially lawful content, solely based on the decision of an automated filtering system. This mechanism leads to prior restraint of the users' right to freedom

of expression and information whereas specific safeguards, including human review and judicial redress, apply only ex-post (...), como nos diz Julia Reda, Joschka Selinger, Michael Servatius, op. cit., 51.

¹³⁶ In *Corpus Iuris Civilis*, edição de Paul Krueger, Theodor Mommsen, Rudolf Schoell, Wilhelm Kroll, Berlin, Weidmann, 1888-1895.

¹³⁷ Estamos em face de mutações significativas exigindo uma alteração do quadro regulatório. Vide, inter alia, Luis Silva Morais, «Sociedade da informação, mercados digitais, direito de autor e concorrência – É chegada a hora de uma grande reforma europeia?», in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2015, 389. Como o autor refere mais adiante (391) a sociedade digital permite a reprodução de conteúdos protegidos com «qualidade idêntica aos originais» e a internet difundiu-os ilimitadamente (ou quase).

¹³⁸ Sobre a compreensão do que são plataformas digitais e a sua relação com interesses públicos, vide, entre outros, Pieter Nooren, Nicolai van Gorp, Nico van Eijk, Ronan Ó Fathaigh, «Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options», in *Policy and Internet*, vol. 10, 3, 2018, 264-301.

¹³⁹ A proposta de regulamento, como agora apresentada, não abrange a problemática do respeito pelos nomes de domínio (TLDs, SLDs, e outros) de direitos de propriedade intelectual (em especial os sinais distintivos do comércio). Todavia, existem já propostas para incluir neste regulamento dos serviços digitais esta problemática, que aqui não vamos desenvolver.

¹⁴⁰ Para mais desenvolvimentos vide, entre outros, Natali Helberger, Jo Pierson & Thomas Poell, «Governing online platforms: from contested to cooperative responsibility», in *The information society*, 2018, Vol. 34, No. 1, 1-14. Diversos interesses se conjugam: concorrência; inovação; proteção do consumidor; direitos fundamentais; liberdade de expressão; liberdade de informação; liberdade de empresa; segurança; fiabilidade; sindicância; privacidade; dados pessoais; livre desenvolvimento da pessoa; etc.

¹⁴¹ As mudanças foram significativas – vide Giovanni Sartor, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future*, cit., 19, ss. Não apenas as mudanças são significativas como existem muitas dúvidas (apesar das interpretações do TJUE a que fizemos referência): a densificação de conceitos como os de «atuação diligente», «obrigação geral» versus «obrigação específica», atitude «passiva» ou atitude «ativa» por parte dos prestadores de serviços intermediários (em especial os efetuam armazenamento em servidor, pois têm um papel mais ativo do que os que se limitam a atividade de simples transporte ou armazenagem temporária); a utilização de medidas automáticas de filtragem de conteúdos (a extensão e a eficácia destas medidas poderá colidir com direitos fundamentais, pelo que se exige que haja transparência nestas medidas de modo a evitar muitos «falsos positivos», id est, excessos e vigilâncias gerais, e a regra deverá ser a de que na dúvida prevaleça a liberdade, como veremos); a utilização da denominada Good Samaritan clause (a que voltaremos); o alcance da definição de serviço da sociedade de informação de modo a determinar se abrange novos serviços [no seu acórdão de 20 de dezembro de 2017, processo C-434/15, o TJUE entendeu que o serviço prestado pela UBER não seria abrangido pela Diretiva 2000/31/CE; já no seu acórdão de 19 de dezembro de 2019, processo C-390/18, o TJUE entendeu que os serviços prestados pela Airbnb estariam abrangidos pela Diretiva 2000/31/CE; parece que o critério subjacente é o do grau de controlo que o prestador de serviços tem sobre os serviços que presta, ou seja quanto menos for este grau de controlo maior a probabilidade de ser classificado como um serviço da sociedade de informação]; a definição de conteúdo ilegal e de conteúdo prejudicial («harmful») ou danoso (cuja maior ou menor amplitude poderá ferir direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de informação, a liberdade artística, a liberdade de empresa). Sobre estes e outros desafios vide Tambiama Madiega, op. cit.

¹⁴² Os objetivos prosseguidos pela proposta de Regulamento só podem ser integralmente atingidos ao nível da intervenção da União. Estamos perante os objetivos do bom funcionamento do mercado interno, a garantia de um ambiente digital «seguro, previsível e fiável» e o respeito pelos direitos fundamentais, designadamente, a liberdade de expressão, a liberdade de informação, a liberdade de empresa, a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social, bem como, em caso de conflito entre estes direitos, encontrar um justo equilíbrio entre os direitos em causa, em aplicação, desde logo, do princípio da proporcionalidade.

¹⁴³ Sobre estas tecnologias e suas vantagens vide, entre outros, Martin Husovec, «The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is superior? And Why?», in *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 42, 53(2018), 53- 84.

¹⁴⁴ Neste sentido, vide Valentina Moscon, *op. cit.*, 978.

¹⁴⁵ Teremos aqui em consideração, mas apenas no que for substancialmente relevante, as alterações introduzidas pelo Parlamento Europeu, sendo certo que no momento em que escrevemos ainda não existe um texto com a nova sistematização das disposições.

¹⁴⁶ Nos termos do artigo 2.º, alínea g), da proposta, entende-se por conteúdos ilegais «quaisquer informações que, por si só ou por referência a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou de um Estado-Membro, independentemente do objeto ou da natureza precisa desse direito». Trata-se, intencionalmente, de uma noção bastante ampla. Engloba-se qualquer informação, independentemente da forma que assuma, que seja ilegal (pode ser relativa a conteúdos, produtos, serviços ou atividades). Ilegalidade que pode resultar do direito da União Europeia ou do direito interno (conforme com o direito da União). No que aqui mais nos importa, os conteúdos ilegais incluem produtos ou serviços que infrinjam direitos de propriedade intelectual (marcas, desenhos ou modelos, patentes, modelos de utilidade, logótipos, denominações de origem ou indicações geográficas, firmas, direito de autor, direitos conexos, segredos comerciais ou industriais, etc.).

¹⁴⁷ Importa, desde já esclarecer o que se entende, nesta proposta de Regulamento, por «serviço intermediário» e por «plataforma em linha». O primeiro, nos termos do artigo 2.º, alínea f), é um dos seguintes serviços: «um serviço de «simples transporte» que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações; um serviço de «armazenagem temporária» que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, que envolva a armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações, apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários, a pedido destes; um serviço de «armazenagem em servidor» que consista na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço a pedido do mesmo»; o Parlamento Europeu introduziu o «serviço de motor de pesquisa em linha». A utilização destes serviços tem crescido de modo extraordinário e, por isso, a proposta de Regulamento dirige-se a estes serviços da sociedade da informação (vide a definição consagrada na Diretiva (UE) 2015/1535) – este crescimento também implicou um aumento das atividades ilícitas. Por «plataforma em linha» entende-se, nos termos do artigo 2.º, alínea h), da referida proposta, «um prestador de um serviço de armazenagem em servidor que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço, que, por razões técnicas objetivas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a sua integração no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento». O considerando n.º 13 da proposta de Regulamento explicita esta noção dizendo que as plataformas em linha (como as redes sociais ou os mercados em linha – que adquiriram uma importância extraordinária nos últimos anos) constituem uma subcategoria da categoria mais vasta de prestadores de serviços de armazenagem em servidor, sujeitando aquela subcategoria a obrigações específicas; não são, todavia, para efeitos deste Regulamento, plataformas em linha, por exemplo «a secção de comentários de um jornal em linha (...), caso seja evidente que a secção em causa é acessória do serviço principal, representado pela publicação de notícias sob a responsabilidade editorial do editor» (mas o Parlamento Europeu não deixou de dizer que «o alojamento virtual de comentários numa rede social deverá ser considerado um serviço de plataforma em linha»). Para uma crítica à referida definição vide Nuno Sousa e Silva, «Novas regras para a internet: notas breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais», cit., 82-83. É importante referir que esta proposta de Regulamento, no seu artigo 1.º, n.º 3, sublinha que «O presente regulamento é aplicável aos serviços intermediários prestados aos destinatários do serviço cujo local de estabelecimento ou de residência se encontre na União, independentemente do local de estabelecimento dos prestadores desses serviços», ou seja, o juridicamente relevante é o local de prestação do serviço e não o local em que o prestador do serviço está estabelecido ou tem residência, pretendendo-se, assim, que as regras estabelecidas no Regulamento sejam eficazes e se assegure condições de concorrência equitativas no interior do mercado interno. No quadro do direito português e a propósito da transposição da Diretiva 2000/31/CE, vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrónico», cit., 84-87, sublinhando a adoção, em certas matérias (designadamente propriedade intelectual), do «princípio do controlo pelo país de destinação/receção do serviço».

¹⁴⁸ «(...) copyright enforcement online is a major issue in the context of the DSA and the DSA will be of utmost importance for the future of online copyright in the EU» - Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», cit., 360.

¹⁴⁹ No processo C-460/20, ainda não decidido pelo TJUE, está precisamente em causa a ponderação entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, por um lado, e o respeito pela dignidade humana, o respeito pela vida privada e a proteção de dados pessoais, por outro. No caso em causa, duas pessoas singulares pretendem que a Google (recorrida) suprima referências a determinadas hiperligações visualizadas nas pesquisas efetuadas através do seu motor de busca «que conduzem a artigos em linha de um terceiro que identificam os recorrentes» e cesse a «visualização das fotografias que acompanham um desses artigos sob a forma das denominadas imagens de pré-visualização («thumbnails»)». Os motores de busca, como o da Google, funcionam como «gatekeepers» da informação e, por isso, têm uma relevante função na realização da liberdade de expressão e de informação. Mas, desde logo quando se efetua uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, têm igualmente consequências no respeito pela dignidade da pessoa, o respeito pela sua vida privada e a tutela de dados pessoais. No pedido de decisão prejudicial em causa no processo referido está precisamente em causa a tensão entre os referidos direitos fundamentais. Em concreto, os recorrentes no processo principal «contestam a veracidade dos dados tratados e pedem, por essa razão, a supressão das referências às hiperligações que conduzem a conteúdos editados por terceiros onde figuram esses dados». Ou seja, na opinião dos recorrentes, os artigos em causa contêm várias alegações erradas e opiniões difamatórias fundadas em factos não verdadeiros e, por isso pedem a referida supressão, bem como a retirada das imagens de pré-visualização da lista dos resultados da pesquisa. A Google recusou-se a dar seguimento ao pedido, «remetendo para o contexto profissional em que os artigos e as imagens controvertidas se inserem e invocando o seu desconhecimento quanto à alegada falsidade das informações neles contidas». O Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella apresentou as suas conclusões a 7 de abril de 2022 e, sumariamente, veio dizer que, ponderados os direitos fundamentais em confronto, e considerando o pedido efetuado (assente em alegadas falsidades das informações), o operador de um motor de busca «não pode basear-se, de maneira determinante, na circunstância de o interessado poder razoavelmente obter proteção jurídica contra o fornecedor dos conteúdos, por exemplo através de uma providência cautelar» (a rapidez com que a informação se difunde na internet e a dificuldade da remoção posterior, bem como a morosidade dos processos judiciais, implicaria danos irreparáveis para a pessoa). Também não é solução excluir o envolvimento do operador do motor de busca e obrigar o interessado a dirigir-se ao editor da página web pedindo a remoção do conteúdo (este pode recusar-se a remover a informação e, sendo esta efetivamente falsa, continuaria a ser difundida graças ao motor de busca causando grave prejuízo à pessoa). O Advogado-Geral propõe um específico «procedural fairness». Ou seja, deverá o «interessado fornecer um indício de prova da falsidade dos conteúdos dos quais se pede a supressão das referências, quando tal não se mostre, nomeadamente em relação à natureza das informações em causa, manifestamente impossível ou excessivamente difícil». Com estes pressupostos, operador do motor de busca deverá «efetuar as verificações que integram as suas possibilidades concretas, contactando, na medida do possível, o editor da página web indexada. Se as circunstâncias do caso concreto o aconselharem para evitar um prejuízo irreparável para a pessoa em causa, o operador do motor de busca pode proceder a uma suspensão temporária da indexação das referências ou indicar nos resultados da pesquisa que a veracidade de algumas das informações que figuram no conteúdo a que conduz a hiperligação em questão é contestada». Disse, ainda, quanto à «remoção dos resultados de uma pesquisa por imagens, efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, de fotografias, exibidas sob a forma de imagens de pré-visualização, que representam essa pessoa, não se deve ter em conta o contexto da publicação na Internet em que essas fotografias apareceram originariamente». Assim, sendo certo que os direitos fundamentais relativos ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais não têm natureza absoluta devendo ser ponderados com outros direitos fundamentais e atendendo, ao abrigo do princípio da proporcionalidade, designadamente ao papel que a pessoa desempenha na vida pública e à veracidade ou falsidade das informações em causa. A natureza falsa da informação (e conseqüente ilicitude de tratamento de dados pessoais) implica uma prevalência do respeito pela vida privada e pela proteção de dados pessoais em relação à liberdade de expressão ou de informação. O respeito pela dignidade da pessoa humana impõe esta solução em virtude de uma informação falsa conduzir a uma alteração da identidade da pessoa, em especial quando vivemos numa sociedade

tecnológica (quantas vezes a construção da identidade em efetuada “em rede”). O operador de um motor de busca tem uma especial responsabilidade derivada da função de “portal” (gatekeeper) da informação (o Advogado-Geral reconheceu o exercício de vastos poderes privados por parte dos fornecedores de motores de busca que gozam de um enorme e concentrado poder económico e social que condiciona o exercício dos direitos fundamentais – daí que o TJUE já tenha reconhecido efeito horizontal direto aos direitos fundamentais e o Advogado-Geral defende a adoção, na internet, de alguma forma de procedural data due process, ou seja a fair procedure). Esta especial responsabilidade implica que o operador do motor de busca deverá ter um papel ativo na supressão de resultados de pesquisa que contenham conteúdos onde figurem dados pessoais falsos. Sendo certo que este operador não tem de efetuar um controlo generalizado dos conteúdos alojados nem tenha de verificar se os mesmos são verdadeiros ou falsos, a sua especial responsabilidade impõe uma ponderação dos interesses em conflito (o pedido unilateral do interessado e os interesses do operador do motor de busca). O Advogado-Geral propõe o seguinte: o interessado tem o ónus de indicar os elementos em que o pedido se fundamenta e apresentar indícios probatórios da falsidade dos conteúdos em causa (se se tratar de uma pessoa que desempenha um papel relevante na vida pública, esses indícios probatórios deverão ser especialmente fortes – o direito à informação adquire aqui uma maior espessura, sem prejuízo a liberdade de expressão de opinião, incluindo a crítica irreverente ou a sátira); o operador do motor de busca deverá efetuar verificações para confirmar ou não o mérito do pedido, no quadro das suas possibilidades concretas, e decidir sobre a aceitação, ou não, do pedido de supressão de referências. É igualmente a prevalência da tutela da dignidade da pessoa que move o Advogado-Geral a concluir, no limite, que de modo a evitar danos irreparáveis para a pessoa, o operador do motor de busca suspenda temporariamente a indexação das referências ou indique nos resultados da pesquisa que a veracidade de algumas das informações é contestada (não nos esqueçamos, § 31 in fine, que «no mundo dos bits, a difusão de informações falsas sobre a identidade de alguém é uma cicatriz permanente da sua identidade, que, hoje em dia, é definida sobretudo na rede, e um prejuízo grave para a sua dignidade»). Quanto às fotografias, o Advogado-Geral não deixou de ponderar que o culto da imagem, próprio da sociedade atual, tem como consequência que a imagem de uma pessoa é um dos principais atributos da sua personalidade (a imagem é capaz de veicular informações particularmente pessoais). É uma solução em defesa dos direitos de personalidade ou uma solução de equilíbrio (sem que os fornecedores de motores de busca sejam os «juízes da verdade» e sem se cair numa «censura privada da informação em rede» se se impusesse àqueles fornecedores obrigações gerais de verificação da veracidade ou falsidade das informações) que pretende conduzir ao menor sacrifício possível dos direitos fundamentais em confronto sem esquecer o valor último: a dignidade da pessoa.

¹⁵⁰ Sobre a problemática, que aqui não vamos abordar, de os direitos fundamentais poderem constituir um autónomo fundamento (além das exceções e limitações legalmente previstas ao direito de autor e direitos conexos) de limitação ao conteúdo do direito de autor e direitos conexos, vide, em especial, Stijn van Deursen, Thom Snijders, «The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework», in IIC, 49, 1080–1098 (2018).

¹⁵¹ A estrutura de supervisão é, de facto, complexa. Em primeiro lugar, os Estados-Membros devem designar uma ou várias autoridades como responsáveis pela aplicação do regulamento (artigo 38.º). Todavia, uma dessas autoridades (se for mais do que uma) será designada, pelo Estado-Membro, como coordenador dos serviços digitais. Este coordenador dos serviços digitais atua como ponto único de contacto com a Comissão, o Comité Europeu dos Serviços Digitais, os coordenadores dos serviços digitais de outros Estados-Membros, bem como com outras autoridades competentes do Estado-Membro em causa, relativamente às matérias relacionadas com a aplicação do regulamento. Devemos não confundir o coordenador de serviços digitais de destino (o coordenador dos serviços digitais de um Estado-Membro em que o serviço intermediário é prestado) e o coordenador de serviços digitais de estabelecimento (o coordenador dos serviços digitais do Estado-Membro em que o prestador de um serviço intermediário está estabelecido ou em que o seu representante legal reside ou está estabelecido). Os coordenadores dos serviços digitais são independentes (devendo estar dotados dos necessários meios materiais e humanos) e desempenham as suas funções de forma imparcial, transparente e atempada (artigo 39.º). Estes coordenadores gozam de vastos poderes de investigação (artigo 41.º) em relação aos prestadores de serviços intermediários que estejam sob jurisdição do seu Estado-Membro (sob o modo de determinação da jurisdição competente, vide o artigo 40.º). Está consagrado um dever de colaboração transfronteiriço

entre os coordenadores de serviços digitais (artigo 45.º) e podem participar em investigações conjuntas (artigo 46.º) quando estejam em causa prestadores de serviços intermediários que operam em vários Estados-Membros. O coordenador de serviços digitais pode (tendo em consideração, designadamente, a escala ou a complexidade da infração) solicitar a intervenção da Comissão (para esta exercer os seus poderes de investigação e execução) quando estiver em causa uma infração ao disposto no regulamento por parte de um fornecedor de uma plataforma em linha de muito grande dimensão. Nos termos da proposta de Regulamento prevê-se a criação de um grupo consultivo independente de coordenadores dos serviços digitais para a supervisão dos prestadores de serviços intermediários, denominado «Comité Europeu dos Serviços Digitais», composto pelos coordenadores de serviços digitais e presidido pela Comissão (artigos 47.º e 48.º). De entre as suas funções, apontamos o papel relevante que este Comité pode ter no aconselhamento de medidas a adotar pelos coordenadores de serviços digitais ou pela Comissão em relação a fornecedores de plataformas de muito grande dimensão (artigo 49.º). Importa sublinhar a importância das funções da Comissão, em especial quando estamos em face de incumprimentos das obrigações previstas nesta proposta de Regulamento por parte dos fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou, como introduziu o Parlamento Europeu, motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão (artigos 50.º e ss.). Na verdade, no que respeita a estes fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão quis-se consagrar uma intervenção reforçada ao nível europeu (não se limitando ao papel dos reguladores nacionais – face ao alcance pan-europeu destas plataformas e à consequente necessidade de uma supervisão reforçada, ágil e europeia destas plataformas). Diga-se, ainda, que os destinatários de serviços intermediários podem mandar um organismo, uma organização e uma associação para exercer os direitos em seu nome (artigo 68.º). Por fim, e nos termos do artigo 67.º, estabelecem-se regras sobre um sistema de partilha de informações que facilite as comunicações entre os coordenadores dos serviços digitais, a Comissão e o Comité. Temos aqui uma governação europeia dos serviços digitais transfronteiriços que exige mecanismos de cooperação ao nível da União e uma estrutura de governação que garanta a coordenação, a nível europeu, entre todos os organismos responsáveis. Assim, temos: autoridades nacionais (com funções de coordenadores dos serviços digitais – que se têm de coordenar com os coordenadores dos outros Estados-Membros), um Comité consultivo (que coordene as atividades das autoridades nacionais e da Comissão), e a Comissão que fica habilitada a supervisionar diretamente os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão (ou seja, tem poderes de execução diretos). Sobre os coordenadores de serviços digitais vide Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», cit., 375-376.

- ¹⁵² Os coordenadores de serviços digitais, nos termos do artigo 41.º, têm poderes de investigação, poderes de execução (por exemplo, ordenar a cessação das infrações, impor coimas, impor uma sanção pecuniária compulsória, adotar medidas provisórias) e poderão solicitar a colaboração da autoridade judiciária competente para, em certos casos graves e em certas condições, «ordenar a restrição temporária do acesso dos destinatários do serviço a que respeita a infração ou, apenas quando tal não seja tecnicamente viável, solicitá-lo à interface em linha do prestador de serviços intermediários em que a infração ocorre» [entende-se por interface em linha nos termos do artigo 2.º, alínea k), «quaisquer suportes lógicos, incluindo um sítio Web ou uma parte deste, e aplicações, incluindo aplicações móveis»]. Como se lê nos considerando 82 e 83, o coordenador de serviços digitais pode solicitar a colaboração da autoridade judiciária competente para esta ordenar o bloqueio do «acesso a serviços que estejam a ser utilizados por terceiros para violar um direito de propriedade intelectual» devendo esta ordem ser temporária e dirigir-se «a um prestador de serviços intermediários, como o prestador de serviços de armazenagem em servidor, o prestador de serviços de Internet ou o registo ou agente de registo de domínio pertinente, que se encontre numa posição razoável para alcançar esse objetivo sem restringir indevidamente o acesso a informações lícitas». No respeito por certos limites é deixada liberdade aos Estados-Membros para fixar o montante das coimas e das sanções pecuniárias compulsórias pelo incumprimento das obrigações dos prestadores de serviços intermediários nos termos do regulamento (artigo 42.º). Considerando a particular relevância dos fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão, bem como, como introduziu o Parlamento Europeu, dos motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão, está previsto na proposta de Regulamento uma secção específica relativa à supervisão, investigação, execução, vigilância dirigida aos fornecedores destas plataformas ou motores de pesquisa em caso de incumprimento das suas obrigações adicionais

(ou a esses fornecedores de plataformas ou motores especialmente dirigida) previstas nesta proposta. Podemos estar em face de incumprimentos difíceis de identificar e corrigir devido à sua complexidade e, todavia, suscetíveis de prejudicar um número relevante de destinatários dos seus serviços em diversos Estados-Membros e, inclusive, causar danos importantes à sociedade. Prevê-se, assim, um sistema de supervisão reforçada (artigo 50.º) a cargo do coordenador de serviços digitais de estabelecimento. Se a infração às referidas obrigações adicionais aplicáveis apenas a fornecedores de plataformas em linha ou motores de pesquisa de muito grande dimensão persistir, compete, agora, à Comissão investigar (artigo 51.º) – a Comissão pode efetuar pedidos de informação (artigo 52.º), pode realizar entrevistas (artigo 53.º), inspeções no local (artigo 54.º), adotar medidas provisórias (artigo 55.º), pode (na redação introduzida pelo Parlamento Europeu), se «o fornecedor da plataforma em linha de muito grande dimensão ou do motor de pesquisa de muito grande dimensão em causa assumir compromissos para assegurar o cumprimento das disposições pertinentes do presente regulamento, (...) tornar esses compromissos vinculativos para essa plataforma (...)» (artigo 56.º), pode, ainda, adotar medidas de acompanhamento da aplicação e do cumprimento efetivos do disposto no Regulamento por parte desses fornecedores de plataformas (artigo 57.º). Se se verificar incumprimento (das disposições do Regulamento que impõem obrigações adicionais a estes fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou motores de pesquisa de muito grande dimensão ou das medidas adotadas pela Comissão ao abrigo desta secção relativa à supervisão, investigação, execução e vigilância dos fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou motores de pesquisa de muito grande dimensão) a Comissão poderá adotar as seguintes sanções: decisões de não conformidade (artigo 58.º); coimas (artigo 59.º); e sanções pecuniárias compulsórias (artigo 60.º). Nesta específica secção, a proposta de regulamento estabelece um prazo de prescrição para a imposição de sanções (artigo 61.º) e para a sua execução (artigo 62.º). Estabelecem-se, ainda, regras sobre garantias processuais (artigo 63.º), a possibilidade de publicação das decisões (artigo 64.º), a cooperação (artigo 65.º) com autoridades judiciais (incluindo a cooperação da Comissão com os tribunais nacionais), e a adoção de atos de execução relativos à intervenção da Comissão (artigo 66.º). Das decisões da Comissão é possível recurso para o TJUE (o Parlamento Europeu introduziu uma nova disposição precisamente sobre a competência do TJUE nos termos do artigo 261.º do TFUE). Um modelo processual e sancionatório que se aproxima do estabelecido no direito europeu da concorrência.

¹⁵³ Na verdade, encontramos nesta proposta de Regulamento obrigações de devida diligência desenhadas em função do tipo e da natureza do serviço intermédio. Existem, assim, obrigações de base dirigidas a todos os prestadores de serviços intermediários; obrigações adicionais para os prestadores de serviços de armazenagem em servidor; e obrigações acrescidas para os fornecedores de plataformas em linha e plataformas em linha de muito grande dimensão (estas plataformas, face ao número de destinatários dos seus serviços, têm um grande alcance, são muito relevantes, nomeadamente, no debate público, nas transações comerciais, na divulgação de informações, na formação de opinião e ideias, pelo que se justifica, face ao âmbito e impacto dos riscos, que lhes sejam impostas obrigações específicas para além das que são consagradas para os fornecedores de plataformas em linha em geral) e para os motores de pesquisa de muito grande dimensão. A proteção dos interesses dos destinatários dos serviços, o combate aos conteúdos ilegais e a proteção dos direitos fundamentais, no respeito pelo princípio da proporcionalidade, exigiram esta diferenciação e discriminação ao abrigo do princípio da igualdade. Os critérios para determinar se estamos em face de um fornecedor de plataforma em linha de grande dimensão estão estabelecidos no artigo 25.º (o Parlamento Europeu introduziu uma disposição sobre os critérios para determinar quando estamos perante um fornecedor de um motor de pesquisa em linha de muito grande dimensão).

¹⁵⁴ Além de todos os prestadores de serviços intermediários deverem criar um único ponto de contacto (artigo 10.º) e de terem representantes legais se não tiverem um estabelecimento na União, mas aqui ofereçam serviços (artigo 11.º), todos os prestadores de serviços intermediários em linha devem (artigo 12.º da proposta) conceder informação (em linguagem clara e inequívoca e ser disponibilizada ao público num formato facilmente acessível) sobre quaisquer restrições que coloquem à utilização dos seus serviços no que diz respeito às informações prestadas pelos seus destinatários (id est, qualquer pessoa, singular ou coletiva, que utilize o serviço intermediário em causa). Em especial, informações sobre a moderação de conteúdos, incluindo a tomada de decisões algorítmicas e a análise humana. Trata-se de um dever de transparência na relação contratual entre o prestador de serviços intermediários e os destinatários dos serviços. Na aplicação e execução das restrições referidas,

os prestadores de serviços devem agir de forma diligente, objetiva e proporcionada, ponderando os direitos e interesses legítimos de todas as partes envolvidas e considerar, de forma especial, os direitos fundamentais de que gozam os destinatários dos serviços. Importa sublinhar a noção (na redação introduzida pelo Parlamento Europeu) de «moderação de conteúdos» constante do artigo 2.º, alínea p): «as atividades, automatizadas ou não, empreendidas por prestadores de serviços intermediários destinadas, em especial, a detetar, identificar e combater os conteúdos ilegais ou informações incompatíveis com os seus termos e condições, fornecidos pelos destinatários do serviço, incluindo as medidas tomadas que afetam a disponibilidade, visibilidade e acessibilidade desses conteúdos ilegais ou dessas informações, como a despromoção, a desmonetização, o bloqueio do acesso ou a remoção dos mesmos, ou a capacidade de os destinatários fornecerem essas informações, como a cessação ou suspensão da conta de um destinatário». Sobre a moderação de conteúdos nos EUA vide, entre outros, Tarleton Gillespie, «Platforms are not Intermediaries», in *Georgetown Law Technology Review*, vol. 2, 2018, 198-216 [o autor sublinha que as «platforms are defined not by what they permit but by what they disallow»; «(...) platforms moderate (...) recommend (...) curate (...)»; não são simples empresas comunicações, mas não são igualmente editores quando moderam conteúdos, pelo que não deverão perder os seus «safe harbours», legalmente previstos]. A moderação de conteúdos coloca um conjunto difícil de problemas: os critérios da moderação (pré-juízos, preconceitos, etc., id est, a modelação do pensamento e da opinião); os segredos dos algoritmos; “moderadores”, mas não “editores” (id est, beneficiários de isenção de responsabilidade – the good Samaritan clause –, mesmo quando controlam os conteúdos) – o projeto de regulamento que estamos a estudar tenta responder a alguns destes problemas [sendo certo que existem muitas diferenças – que aqui não vamos desenvolver – entre um serviços telefónico (onde é ilegal escutar a conversa), um serviço de rádio, televisão ou imprensa (que são responsáveis pelos conteúdos e, inclusive, discutimos o seu serviço público) e o serviços de um fornecedor de uma plataforma eletrónica em linha (um modelo híbrido que pela sua relevância e “tamanho” tem de ser repensado)]. Com exceção dos prestadores de serviços intermediários que possam ser qualificados como micro ou pequenas empresas, todos os prestadores de serviços intermediários têm de publicar anualmente um relatório sobre as atividades de moderação de conteúdos em que tenham participado durante esse período de tempo (artigo 13.º). Todavia, os fornecedores de plataformas em linha estão sujeitos à apresentação de relatórios de transparência mais detalhados, incluindo, designadamente, informações sobre a remoção de informações consideradas conteúdos ilegais ou contrárias aos seus termos e condições e de bloqueio do acesso às mesmas ou sobre o número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União de modo a se determinar se estaremos perante fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão, sujeitas a obrigações adicionais (vide artigo 23.º). Nos termos do artigo 24.º e ao abrigo de uma obrigação de transparência, os fornecedores de plataformas em linha estão obrigados a fornecer aos destinatários dos seus serviços informações sobre publicidade designadamente «quando e em nome de quem é apresentada a publicidade» e «os principais parâmetros utilizados para determinar que lhes seja apresentada determinada publicidade, com explicações pertinentes sobre a lógica utilizada para o efeito, nomeadamente quando esta se baseia na definição de perfis» (considerando 52 tal como alterado pelo Parlamento Europeu). Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão utilizam com frequência meios para priorizar e apresentar informação, desde logo algoritmos. Nos termos do artigo 29.º estes fornecedores de plataformas têm a obrigação de revelar aos destinatários dos seus serviços os algoritmos ou outros sistemas utilizados para as recomendações. Igualmente se exige a estes fornecedores de plataformas (artigo 30.º) uma obrigação acrescida de transparência quando exibem publicidade em linha (devem compilar e disponibilizar ao público um repositório dos anúncios, desde logo para facilitar a supervisão e investigação de conteúdos ilegais de tal publicidade). A pedido do coordenador dos serviços digitais de estabelecimento ou da Comissão, estes fornecedores de plataformas devem fornecer «acesso aos dados necessários para controlar e avaliar o cumprimento do presente regulamento» (artigo 31.º). Atendendo aos riscos adicionais relacionados com as atividades dos fornecedores de plataformas em linha de grande dimensão, a proposta de regulamento (artigo 33.º) impõe a estes fornecedores requisitos adicionais de transparência, desde logo requisitos de comunicação das avaliações de risco efetuadas (nos termos do artigo 26.º) e medidas de atenuação adotadas (nos termos do artigo 27.º), bem como os resultados da auditoria (nos termos do artigo 28.º). Similares obrigações se estabelecem para os fornecedores de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão. Quanto ao princípio da transparência no quadro do direito português

e a propósito da transposição da Diretiva 2000/31/CE, vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrónico», cit., 87-91. Sobre a obrigação de transparência nesta proposta de Regulamento, vide Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», cit., 363, ss.

¹⁵⁵ Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão devem submeter-se a auditorias externas e independentes (artigo 28.º) para verificar o cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força do presente regulamento. Considerando os riscos sistémicos que os sistemas implantados por estes fornecedores de plataformas representam para a sociedade, estes fornecedores devem, igualmente, nomear um ou mais responsáveis pela conformidade (artigo 32.º) encarregados de controlar o cumprimento, pelos referidos fornecedores de plataformas, do regulamento (estes responsáveis pela conformidade, agindo de forma independente, devem possuir as qualificações necessárias para aplicar medidas e controlar o cumprimento do regulamento). No quadro do presente regulamento está previsto ainda o seguinte: aplicação de normas estabelecidas por organismos de normalização europeus e internacionais (artigo 34.º); a elaboração e adoção de códigos de conduta (artigo 35.º; sem prejuízo dos esforços de autorregulação já desenvolvidos na União, por exemplo, com o Memorando de Entendimento sobre a venda de mercadorias de contrafação), incluindo códigos de conduta para a publicidade em linha (artigo 36.º); e a elaboração, pela Comissão, de protocolos de crise (artigo 37.º) para circunstâncias extraordinárias que, todavia, estão sujeitos ao princípio da proporcionalidade e não podem constituir uma via para consagrar uma obrigação geral de vigilância, uma obrigação de controlo das informações ou um obrigação de vigilância ativa de factos ou circunstâncias que indiquem conteúdos ilegais. Sobre a via da autorregulação vide European Parliament, *Liability of online platforms*, cit., 76, ss.; sobre esta via em França, vide Christiane Féral-Schuhl, op. cit., 759-762.

¹⁵⁶ Os prestadores de serviços de armazenagem em servidor, incluindo os fornecedores de plataformas em linha, estão obrigados a criar mecanismos que permitam a qualquer pessoa, singular ou coletiva, notificá-los da presença, no seu serviço, de conteúdos ilegais (artigo 14.º), podendo estar incluídos, como sabemos, conteúdos que infrinjam direitos de propriedade intelectual. A notificação tem de ser «suficientemente precisa e adequadamente fundamentada» de modo a se evitar utilizações abusivas ou de má-fé. Se um prestador de serviços de armazenagem em servidor decidir (na sequência de uma notificação ou por sua iniciativa, ainda que através de meios automatizados) remover ou bloquear o acesso a conteúdos fornecidos pelos destinatários do serviço (artigo 15.º), deve o destinatário ser informado da decisão e o prestador do serviço tem de a fundamentar («apresentar uma exposição de motivos clara e específica a todos os destinatários do serviço afetado»). Esta exposição de motivos deve, designadamente, informar o destinatário das possibilidades de recurso dessa decisão, «em especial através de mecanismos internos de tratamento de reclamações, resolução extrajudicial de litígios e vias de recurso judicial» (não nos esqueçamos que a decisão em causa pode infringir a liberdade de expressão). Os prestadores de serviços devem publicar as decisões e as exposições de motivos numa base de dados acessível ao público e gerida pela Comissão (os dados pessoais têm de ser omitidos). Para os fornecedores de plataformas em linha são estabelecidas obrigações adicionais que, modo a que são sejam qualificadas como desproporcionadas, não se aplicam às micro e pequenas empresas (artigo 16.º), e que incluem, desde logo, a obrigatoriedade de proporcionarem aos destinatários dos seus serviços (artigo 17.º) o acesso a um «sistema interno eficaz de tratamento de reclamações» contra decisões (de remoção ou bloqueio do acesso às informações; de suspensão ou cessação da prestação do serviço, no todo ou em parte, aos destinatários; de suspensão ou encerramento da conta dos beneficiários) tomadas pelo fornecedor da plataforma em linha com fundamento de que as informações prestadas pelos destinatários constituem conteúdo ilegal ou sejam incompatíveis com as condições contratuais estabelecidas. A decisão da reclamação – que não pode ser tomada exclusivamente com base em meios automatizados – tem de ser adotada de forma atempada (em especial se a decisão da reclamação é no sentido de revogar a decisão anterior, terá de ser adotada «sem demora injustificada»), diligente e objetiva. Os fornecedores de plataformas em linha devem ainda informar os autores das reclamações da «possibilidade de resolução extrajudicial de litígios prevista no artigo 18.º e de outras possibilidades de recurso disponíveis», designadamente o recurso a vias judiciais. O artigo 18.º estabelece regras sobre o mecanismo de resolução extrajudicial de litígios, desde logo quanto às reclamações que não tenham podido ser resolvidas através do sistema interno de tratamento de reclamações referido no artigo 17.º. Os destinatários do serviço têm o direito de selecionar qualquer

organismo de resolução extrajudicial de litígios que tenha sido certificado pelo coordenador dos serviços digitais do Estado-Membro, no respeito de certas condições. A Comissão publica uma lista desses organismos. Nos termos do artigo 43.º da proposta de Regulamento, os coordenadores dos serviços digitais podem receber reclamações por parte dos destinatários dos serviços contra os prestadores de serviços intermediários por incumprimento, por parte destes, das obrigações estabelecidas no regulamento. Estamos, claramente, perante o desenvolvimento de mecanismos alternativos (menos formais) e administrativos de resolução de litígios de modo a responder de uma forma mais célere (face à rapidez da internet) aos litígios que surjam, desde logo quanto à ilicitude, face ao direito da propriedade intelectual, de conteúdos. Sobre o «princípio da informalização» ou desjudicialização («o juiz é tendencialmente substituído pelo árbitro e, talvez, sobretudo, pelo agente da autoridade administrativa») dos meios de resolução de litígios no quadro do direito português e a propósito da transposição da Diretiva 2000/31/CE, vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrónico», cit., 108-112.

¹⁵⁷ Vide o que dissemos a propósito dos artigos 14.º e 15.º da proposta de Regulamento.

¹⁵⁸ Se, nos termos do artigo 19.º da proposta de Regulamento, a notificação (nos termos artigo 14.º) da existência de um conteúdo ilegal for efetuada por um sinalizador de confiança, o fornecedor da plataforma em linha deverá tratar essa reclamação e adotar uma decisão de forma prioritária e sem demora. O estatuto de sinalizador de confiança (concedido pelo coordenador dos serviços digitais do Estado-Membro em que o requerente se encontra estabelecido, devendo a Comissão construir uma base de dados dessas entidades acessível ao público) só pode ser atribuído a pessoas coletivas «que tenham demonstrado, nomeadamente, que possuem conhecimentos especializados e competências específicas para combater os conteúdos ilegais e que trabalham de uma forma diligente e objetiva» (considerando 46, na redação introduzida pelo Parlamento Europeu). No domínio dos direitos de propriedade intelectual, na versão proposta pela Comissão, dizia-se expressamente que poderia ser concedido esse estatuto, lia-se nesse considerando, «às organizações da indústria e dos titulares de direitos», parecendo que podiam adquirir este estatuto as entidades de gestão coletiva de direitos de propriedade intelectual [entretanto, na versão proposta pelo Parlamento Europeu não só esta frase desaparece do considerando como se retirou, no artigo 19.º, n.º 2, alínea b), a referência a «representa interesses coletivos», sublinhando-se, ao invés, a sua independência face a «qualquer fornecedor de plataformas em linha»]. De todo o modo, os requisitos estabelecidos pelo artigo 19.º parecem-nos que podem ser preenchidos pelas referidas entidades de gestão coletiva de direitos de propriedade intelectual. Sobre estas entidades, vide, entre outros, António Carlos Morato, «O streaming e a evolução da gestão coletiva de direitos autorais», in *Revista de Direito Intelectual*, 1/2021, 153, ss. Adota-se mais um passo no sentido da promoção da gestão coletiva do direito de autor. Com uma posição crítica em relação a esta evolução do direito da União Europeia que acentua a «desindividualização do direito de autor» e o reduz a «uma ferramenta das indústrias culturais e da eficiência económico-financeira dos mercados digitais ou outros» em prejuízo da sua compreensão como «um instrumento da liberdade de criação cultural – e da dignidade da pessoa humana que a encarna (...)», vide Alexandre Dias Pereira, «A modernização do direito de autor na União Europeia», in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, vol. I, cit., 54-57. Em sentido diverso, vide Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», cit., 372-373.

¹⁵⁹ Nos termos do artigo 20.º da proposta de Regulamento, os fornecedores de plataformas em linha «devem suspender, durante um período razoável e após terem emitido um aviso prévio, a prestação dos seus serviços aos destinatários do serviço que forneçam com frequência conteúdos manifestamente ilegais». A disposição em causa estabelece alguns critérios para determinar quando estamos perante uma utilização abusiva. O considerando 47 esclarece que estamos perante uma utilização abusiva «(...) sempre que seja evidente para um leigo, sem qualquer análise substantiva, que o conteúdo é ilegal (...)». No quadro deste artigo 20.º poderão ser incluídas infrações a direitos de propriedade intelectual (desde logo no caso de contrafações com «escala comercial» - recordando aqui uma noção do acordo TRIPS, artigo 61.º). Os fornecedores de plataformas em linha poderão, ainda, adotar medidas mais graves quando estão em causa «conteúdos manifestamente ilegais relacionados com crimes graves» (vide o artigo 21.º - no âmbito material deste artigo só poderemos incluir a infração a um direito de propriedade intelectual se conseguirmos qualificar como um risco para a vida ou a segurança das pessoas, como poderá acontecer, por exemplo, na contrafação de produtos patenteados no domínio farmacêutico - o Parlamento Europeu alterou a inserção sistemática da disposição). Naturalmente que as decisões

tomadas pelos fornecedores de plataformas em linha devem ser sempre passíveis de recurso (nos termos desta proposta de Regulamento e do direito interno dos Estados-Membros aplicável) e estão sujeitas à supervisão do coordenador dos serviços digitais competente. Por outro lado, os fornecedores de plataformas em linha poderão responsabilizar civilmente os destinatários dos seus serviços pela utilização abusiva atendendo aos danos que poderão ter sofrido. Obviamente que também haverá uma utilização abusiva se estivermos em face de reincidentes (os denominados nos EUA de repeat infringers).

¹⁶⁰ Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão podem usar as suas plataformas para influenciar de forma decisiva, nomeadamente, o comércio eletrónico. O modo como os fornecedores dessas plataformas concebem e regulam os seus serviços é orientado para beneficiar o seu modelo de negócio sem uma preocupação com riscos (sociais e económicos) que podem estar em causa. Assim, esta proposta de Regulamento impõe (artigo 26.º) a esses fornecedores de plataformas que efetuam uma avaliação dos riscos sistémicos decorrentes do funcionamento e utilização dos seus serviços (incluindo utilizações abusivas por parte dos destinatários dos seus serviços). Entre esses riscos sistémicos está a divulgação de conteúdos ilegais, designadamente a venda de produtos contrafeitos. Independentemente da responsabilidade do destinatário dos serviços da plataforma na medida em que desenvolva uma atividade ilegal, impõe-se ao fornecedor da plataforma em linha de grande dimensão que identifique, analise e avalie os riscos sistémicos e que tome medidas para atenuar esses riscos (artigos 26.º e 27.º). Na verdade, o alcance da plataforma (o acesso aos conteúdos ilegais pode ser largamente amplificado através de contas de grande alcance), os sistemas algorítmicos utilizados, a utilização abusiva da plataforma para dificultar a concorrência, a manipulação do serviço da plataforma, a criação de contas falsas, a utilização de robôs digitais e outros comportamentos automatizados, podem contribuir para a divulgação de conteúdos ilegais (incluindo os violadores de direitos de propriedade intelectual). Entre as medidas a adotar pelos fornecedores de plataformas em linha de grande dimensão, contam-se as seguintes: adaptar os seus sistemas de moderação de conteúdos e de recomendação algorítmica e as suas interfaces em linha, de modo a restringir a divulgação de conteúdos ilegais; medidas corretivas, por exemplo a suspensão da publicidade a conteúdos ilegais; reforçar os seus processos internos ou a supervisão; iniciar ou aumentar a cooperação com sinalizadores de confiança; medidas de autorregulação; etc.

¹⁶¹ Sempre que o fornecedor de uma plataforma em linha permita que consumidores possam celebrar contratos à distância com comerciantes (artigo 22.º - agora com outra sistematização proposta pelo Parlamento Europeu) deve a plataforma assegurar que os comerciantes em causa sejam rastreáveis (os comerciantes só poderão utilizar os serviços da plataforma para promover mensagens ou oferecer produtos ou serviços, ainda que com base em licenças contratuais, aos consumidores localizados na União se concederem um conjunto de informações destinado a identificá-los – que inclui um conjunto vasto de dados). O objetivo desta disposição é assegurar «um ambiente em linha seguro, fiável e transparente para os consumidores, bem como para outras partes interessadas, como comerciantes concorrentes e titulares de direitos de propriedade intelectual» (considerando 49), dissuadindo que os comerciantes vendam produtos ou ofereçam a prestação de serviços que violem, designadamente, direitos de propriedade intelectual. Estas informações que permitem rastrear os comerciantes serão armazenadas, de forma segura, pelos fornecedores de plataformas em linha durante certo tempo, desde logo o necessário para serem acedidas, de acordo com a legislação aplicável, por autoridades públicas (ou outras, nos termos legais). Acresce que a referida disposição impõe aos fornecedores de plataformas em linha que desenvolvam, sem que lhes cause encargos excessivos ou dispendiosos (sem que esqueçamos que os fornecedores de plataformas em linha não são autoridade para garantir a fiabilidade ou veracidade da informação), esforços razoáveis para verificar a fiabilidade das informações concedidas pelos comerciantes (podendo os fornecedores de plataformas socorrer-se de certas bases de dados ou solicitar aos comerciantes documentos comprovativos fiáveis). Se existirem dúvidas sobre a fiabilidade da informação e o comerciante não corrigir ou completar essa informação, o fornecedor da plataforma em linha deve suspender a prestação do seu serviço ao comerciante até que o pedido seja satisfeito.

¹⁶² Alguma doutrina defende que os safe harbours constituíram e constituem ferramentas essenciais à inovação tecnológica. A excecionalidade deste regime é um espelho da excecionalidade da internet. Sem tal isenção de responsabilidade a inovação tecnológica poderia ter sido prejudicada. Recorde-se que o infrator de direitos de propriedade intelectual não é, direta e primeiramente, o prestador de serviços intermediários em linha.

Agir diretamente contra este seria limitar o uso da tecnologia e consequentemente causar efeitos negativos na inovação. Vide, neste sentido, Sam Alexander, «A Quiet Harbour: Finding a Balanced Approach to the Copyright Liability of Online Service Providers», in *Bond Law Review*, vol. 32, 2020, 101 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3536866>). Por certo que se assistiu a relevantes inovações tecnológicas (por exemplo, sistemas de filtragem inteligentes), mas muitos (na verdade poucos) fornecedores de plataformas cresceram (tornando-se gigantes tecnológicos), em especial no início, à custa de grandes quantidades de materiais protegidos por direitos de propriedade intelectual sem autorização dos seus titulares (o YouTube é disso exemplo). No texto que agora citamos o autor compara o sistema jurídico dos EUA, com os seus safe harbours consagrados no Digital Millennium Copyright Act, e o direito australiano que não consagrou tais isenções.

¹⁶³ Sobre este princípio no quadro do direito português e a propósito da transposição da Diretiva 2000/31/CE, vide Alexandre Libório Dias Pereira, «Princípios do comércio eletrónico», cit., 107-108.

¹⁶⁴ Esta perspetiva de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários parece fundamentar-se não apenas na natureza do seu serviço (neutro, técnico e automático), mas igualmente na necessidade de intervenção dos prejudicados pelos conteúdos ilegais, na responsabilização dos destinatários dos serviços, na responsabilização dos moderadores de grupos em ambientes fechados em linha, etc. No considerando 26 da proposta de regulamento não apenas se sublinha que não se deve apenas tentar assacar responsabilidade aos prestadores de serviços intermediários, mas acrescenta-se que, «quando for necessário», se deve apenas impor medidas de remoção ou bloqueio de conteúdos ilegais àqueles que disponham da necessária «capacidade técnica e operacional» em defesa da liberdade de expressão e de informação (diz-se «de modo a evitar e minimizar eventuais efeitos negativos para a disponibilidade e acessibilidade de informação cujo conteúdo não seja ilegal»).

¹⁶⁵ O Parlamento Europeu apenas alargou a aplicação da disposição em causa aos motores de pesquisa em linha (id est, aos resultados da pesquisa).

¹⁶⁶ O Parlamento Europeu denominou de «alojamento virtual».

¹⁶⁷ Pode tratar-se simplesmente de uma notificação que lhe foi apesentada por um cidadão ou por uma pessoa coletiva (nos termos que já analisamos e que esta proposta de regulamento prevê) desde que a notificação em causa seja precisa e fundamentada para que um «operador económico diligente» possa identificar e avaliar esse conteúdo e tomar as medidas adequadas contra esses conteúdos ilegais.

¹⁶⁸ O agir de forma diligente exige uma atuação por parte do prestador de serviços a partir do momento em que tem conhecimento, com um certo grau de probabilidade (que não precisa de ser grande), da infração. Se nada faz para verificar a infração ou não adota as medidas necessárias será responsabilizado (o que no direito anglo-saxónico se denomina de wilful blindness doctrine). Vide Sam Alexander, op. cit., 110-111.

¹⁶⁹ Tal como o Parlamento Europeu veio exigir.

¹⁷⁰ Vide Alexander Peukert et al., «European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal», cit., 367.

¹⁷¹ Temática complexa, que não vamos aqui abordar, é a determinação da lei aplicável e do tribunal competente para decidir de litígios em ambiente digital. Vide, em especial, Dário Moura Vicente, «O tribunal competente no contexto digital: desenvolvimentos recentes», in *Propriedade Intelectual. Estudos vários*, AAFDL, 2018, 311-320; Dário Moura Vicente, *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, cit., em especial, 246, ss., e 396, ss.

¹⁷² Diga-se que o prestador de serviços intermediários está obrigado a informar («sem demora injustificada») a autoridade que emitiu a decisão, no caso de ordens de atuação contra conteúdos ilegais, das medidas que adotou e o momento em que foram tomadas e, no caso de ordens para prestar informações, de as prestar «sem demora injustificada». Em qualquer das situações, será cumprido o disposto no artigo 10.º (ponto de contacto) e haverá articulação com os coordenadores dos serviços digitais, nos termos do artigo 67.º. Obviamente que as condições estabelecidas para as decisões adotadas pelas autoridades (judiciárias ou administrativas) terão de cumprir, ainda, com as regras do direito processual penal nacional aplicável.