



DIREITO DE AUTOR: BREVE REFLEXÃO SOBRE O FUTURO, O PRESENTE E OS JORNAIS NA EXPERIÊNCIA EUROPEIA*

NUNO SOUSA E SILVA

Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa – Porto/PT. Advogado (PTCS & Associados).
E-mail: nsousaesilva@gmail.com.

Sumário: 1. Direitos de autor e futuro – 2. Direitos de autor e jornais: O presente – 3. Jornais e futuro: algum papel para os direitos de autor? – 4. Conclusão

“Every new technology generates a surge of anxious energy. Each one changes the rules of communication and rearranges the social order. Take the telephone, that miraculous device for dissolving distance. From the moment in April 1877 that the first line linked phones No 1 and No 2 in the Bell Telephone Company, it was perceived as an almost uncanny instrument, separating the voice from the body.”

LAING, Olivia. *The future of loneliness in The Guardian*, 1º de abril de 2015

1. DIREITOS DE AUTOR E FUTURO

Os direitos de autor sempre estiveram ligados ao futuro. O seu surgimento histórico é relativamente recente. Tirando um outro antecedente episódico (sob a forma de privilégios), aceita-se de um modo geral que a primeira lei (geral e abstracta) sobre o assunto terá sido o Estatuto da Rainha Ana de 1709 (entrou em vigor em 1710). Esta lei estabeleceu pela primeira vez o direito de autor de, durante 14 anos, determinar quem podia publicar as suas obras. Tratou-se de uma transformação de um sistema que tinha surgido para regular o uso de uma tecnologia nova e potencialmente suverva: a impressão.¹

Na sua essência (ainda que de modo muito simplificado) os direitos de autor ainda são isso: um conjunto de faculdades que a Lei atribui a um sujeito para este controlar o uso que é feito de uma dada criação intelectual que satisfaça um conjunto de requisitos (a obra).

Os direitos de autor surgiram sobretudo para fazer face a problemas resultantes da evolução tecnológica.² Nesse sentido devem muito da sua origem ao futuro.

Mas, simultaneamente, o futuro sempre constituiu uma ameaça para os direitos de autor devido ao surgimento de tecnologias – ditas disruptivas³ – que põem em causa os modelos económicos de exploração das obras. O piano mecânico – contra o qual GADDIS, William se revolta no seu livro *Agapê Agonia*⁴ – gerou uma discussão enorme sobre saber se o fabricante de rolos que incorporavam uma obra teria que pagar alguma coisa ao titular dos direitos de autor nessas obras. Em 1908 o Supremo Tribunal norte-americano respondeu por unanimidade na negativa.⁵ Como consequência ocorreu uma alteração legislativa em 1909.

Também o polémico sistema da cópia privada (*levies*)⁶ surgiu na sequência da disseminação generalizada do gravador de cassetes, como resultado de um processo de tentativa-erro por parte das so-

* Este artigo resulta de um desenvolvimento substancial de algumas ideias expostas num artigo do *Jornal Crítico*, escrito a pedido de alguns alunos da Escola de Direito da Universidade Católica. Toda a jurisprudência europeia citada provém de curia.europa.eu, podendo as decisões mais relevantes ser consultadas, com edição e enquadramento, in RENDAS, Tito & SOUSA E SILVA, Nuno. *Direito de Autor nos Tribunais*, UCE, 2015.

1. Sobre a Stationers' Company e esta “pré-história” dos direitos de autor aconselho os livros: BENTLY, Lionel; SUTHERSANEN, Uma e TORREMANS, Paul (eds), *Global Copyright Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace* (ELGAR, Edward 2010) e JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*, University of Chicago Press, 2009.
2. ASCENSÃO, Oliveira. Projecto de uma lei sobre direitos conexos ao direito de autor, ROA, p. 597, 1978.
3. A noção de disruptão, é controversa. Sobre este tema cfr. O artigo excelente de LEPORE, Jill. *The disruption machine* (<http://www.newyorker.com/magazine/2014/06/23/the-disruption-machine?currentPage=all>) (*Ever since “The Innovator’s Dilemma,” everyone is either disrupting or being disrupted.*).

4. Publicado em tradução portuguesa pela editora portuense Ahab, no ano de 2010 (tradução de SILVA, José Miguel). O autor começa por anunciar precisamente que tem que “por isto tudo em ordem antes que tudo entre em colapso e seja devorado pelos advogados e pelos impostos” (p. 27); “...deixar as coisas organizadas é a única maneira de as proteger desta maré de entropia que se estende por todo o lado desde o ano em que se inventou o piano mecânico saído qual Cristo dum qualquer campo de batalha da Guerra Civil” (p. 30). Para um ensaio sobre a relação entre o escritor e o piano mecânico vide <http://www.williamgaddis.org/critinterpsays/secretrethistoryaa.shtml>.

5. *White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company*, 209 U.S. 1, 1908.

6. Trata-se de uma exceção/utilização livre que permite aos utilizadores (pessoas singulares) fazerem licitamente cópias para determinados propósitos. Muitas vezes essa “autORIZAÇÃO” é paga por meio de uma taxa sobre os suportes utilizados para essas cópias (como CDs ou cartões de memória). Sobre o sistema cfr. KARAPAPA, Stavroula, *Private Copying*, Routledge, 2012 e QUINTAIS, João Pedro, *Private Copying and Downloading from Unlawful Sources*, IIC, p. 66-93, 2015.



ciudades representativas dos autores, em diálogo com o Tribunal Federal alemão.⁷

Está bom de ver que a internet, esse conjunto fenomenal de cabos que liga o mundo,⁸ não é o primeiro grande desafio colocado pela evolução tecnológica que os direitos de autor enfrentam e, provavelmente, não será o último.⁹ Basta pensar na impressão tridimensional, que – crê-se – a breve trecho estará a disposição do cidadão comum. Cada pessoa terá ao seu alcance uma pequena fábrica (com implicações avassaladoras, que transcendem a Propriedade Intelectual, bastando ver que até já é possível imprimir armas de fogo).¹⁰

Como escrevia KAPLAN, Benjamin na sua obra de 1967, *An Unhurried View of Copyright*:¹¹ “Sendo um ouvinte veterano de apresentações feitas por especialistas em direitos de autor na última década, sei que é quase obrigatório começar por invocar a “revolução de comunicações” do nosso tempo, depois mencionar os desajustamentos da lei actual e acabar por encorajar a cooperação de todos para a aprovação de uma revisão da lei”.

Em relação ao modelo de negócio tradicional dos jornais, hoje em crise, foi precisamente o que aconteceu, primeiro a Alemanha e depois Espanha, reviram as respectivas leis.

Mas, antes de discutir o futuro e o papel dos direitos de autor, olhemos, ainda que apenas de relance, o presente. O que se justifica plenamente, pois o desenvolvimento jurisprudencial do direito de autor a nível europeu tem envolvido em grande medida disputas em torno de jornais e *clipping*. Assim, o presente do direito de autor europeu deve igualmente aos jornais várias oportunidades de clarificação de questões difíceis.

2. DIREITOS DE AUTOR E JORNAIS: O PRESENTE

2.1. Enquadramento legal dos jornais no direito de autor

O CDADC português dedica algumas normas ao tratamento específico dos direitos de autor nos jornais. Logo no artigo 2º/1/a) refere-se como exemplo de obra protegida “livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos”. O artigo 5º enuncia o regime especial da protecção de título de jornal (cfr. ainda art. 214º/b).¹² No artigo 19º/3 o legislador consagra a presunção de que o jornal é uma obra colectiva com a consequência (excepcional) de o direito de autor sobre o jornal como um todo pertencer à empresa que o organiza.¹³ Em termos de duração, o artigo 35º/2 estende a aplicação do princípio da autonomia de cada publicação para efeitos de contagem do prazo.

A secção X, do capítulo III, do título II do CDADC diz respeito especificamente aos “jornais e outras publicações periódicas”. Aí, definem-se regras mais detalhadas sobre os direitos do jornalista em relação ao dono do jornal (art. 173º a 175º). Este enquadramento particular justifica-se à luz das especificidades da profissão, nomeadamente o facto de um jornalista ser alguém contratado para produzir obras (as peças jornalísticas desde que sejam originais) e ser necessário encontrar um equilíbrio entre os seus interesses morais e económicos ligados ao trabalho criativo e, por outro lado, os interesses do dono do jornal, que pretende explorar a criação do jornalista. Em matéria de direitos de autor os problemas de titularidade são matéria muito complexa e frequentemente contenciosa.¹⁴

7. Veja-se o texto magistral de HUGENHOLTZ, Bernt *The Story of the Tape Recorder and the History of Copyright Levies* in SHERMAN, Brad & WISEMAN, Leanne (eds), *Copyright and the Challenge of the New*, Kluwer, p. 179-196 2012

8. Cfr. BLUM, Andrew *Tubes: Behind the Scenes at the Internet*, Penguin, 2013).

9. Igualmente optimista em 2004 vide AKESTER, Patrícia *O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital*, Principa, p.15, 2004. Para uma interessante panorâmica histórica da evolução do direito de autor em face das mudanças tecnológicas cfr. SHERMAN, Brad & WISEMAN, Leanne, *ob. cit.*

10. <http://www.forbes.com/pictures/mhl45edi/h/anatomy-of-a-printed-gun/>

11. Columbia University Press, p. 1, 1967.

12. Nesse caso trata-se mais de uma protecção próxima do direito de marcas. Sobre isso cfr. FERRER CORREIA & NOGUEIRA SERENS, *Protecção do Título de Jornal*,

in *Temas de Direito de Autor*, vol. V, p. 11-36, 1989. Na lei alemã a protecção de títulos de obras é feita no domínio da *Markengesetz* de 1994 (§ 5(3)), no ordenamento italiano a protecção é dispensada através de um direito conexo (art. 100 da *Legge sul diritto d'autore*) e a jurisprudência francesa dispensa-lhe protecção por via do próprio direito de autor. Sobre isto veja-se KLINK, Jan, *Titles in Europe*, EIPR, p. 290-300, 2004.

13. Os programas de computador (igualmente sujeitos a direitos de autor) têm uma solução semelhante (art. 3º/2 do DL 252/94 de 20 de Outubro), que é uma transposição da Directiva 2009/24/UE. Sobre o regime dos direitos de autor aplicados a programas de computador em Portugal veja-se VIEIRA, José Alberto, *A protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor*, Lex, 2005.

14. Especificamente sobre este problema, com abundantes referências, cfr. ROUXINOL, Milena *A vinculação autoral do trabalhador jornalista*, Coimbra Ed., 2015.



2.2. O problema do aproveitamento de notícias (factos)

Os jornais são criações efémeras, pois normalmente o interesse de uma notícia é muito curto.¹⁵ Esta (só) tem valor enquanto ainda “é notícia”. Por isso mesmo este tipo de bem imaterial levanta especificidades que não são de fácil resposta.

No conhecido caso decidido pelo *Supreme Court* norte-americano em 1918 *INS v. Associated Press*¹⁶ discutiu-se precisamente o problema do aproveitamento das notícias e do investimento envolvido na sua obtenção. A *International News Service - INS* e *Associated Press - AP* eram agências noticiosas concorrentes que recolhiam notícias de todo o mundo. Os jornais locais subscreviam o serviço destas agências noticiosas para conseguirem certas notícias que não obteriam autonomamente e, assim, poderem publicá-las.¹⁷ Como o sol nasce a leste, as notícias saíam primeiro aí. A *INS* tinha alguns repórteres ao seu serviço que compravam jornais na Costa Leste, contendo notícias “da” *AP*, e que as transmitiam por telégrafo para a Costa Oeste. Assim, a *INS* não tinha o investimento na recolha dessas notícias e aproveitava-se do esforço da *AP*.¹⁸

Em rigor este não era (não é, nem deve ser) uma questão de direitos de autor. O direito de autor só é conferido a uma obra com um mínimo de criatividade (originalidade)¹⁹ e incide apenas sobre a expressão e não sobre as ideias, factos, métodos ou estilos que lhe subjazem.²⁰ Logo, sobre as notícias em si, desde que relatadas com palavras diferentes, não existe um direito de exclusivo. Por isso, este litígio (dito de aproveitamento parasitário) foi resolvido por via da concorrência desleal.

Até hoje nos EUA, existe uma forma de acção conhecida como *hot news doctrine* que visa proteger o valor económico duma notícia que derive o seu valor especialmente do facto de ser recente (*time-sensitive*).²¹ Na Europa, o cenário não é muito diferente. Os direitos de autor não protegem notícias ou factos, podendo proteger apenas a expressão criativa em causa.²² Para isso é necessário que a expres-

são criativa seja original. Neste contexto, o TJUE já afirmou que: “...a reprodução de um excerto de uma obra protegida (...) compreende onze palavras consecutivas (...) é susceptível de constituir uma reprodução parcial, na acepção do artigo 2º da Directiva 2001/29, se (...) esse excerto contém um elemento da obra que, enquanto tal, exprime a criação intelectual do próprio autor”.²³

Assim, parece ser de concluir que o problema – admitindo que é um problema – do aproveitamento do investimento alheio na obtenção de notícias nem sempre terá uma resposta assente no direito de autor. Mas será que tem (ou deverá ter) uma resposta no âmbito da concorrência desleal, do enriquecimento sem causa ou de outro mecanismo equivalente?²⁴

2.3. Clipping, reprodução e agregação de notícias

Existem actividades, no domínio da informação que envolvem mais do que a utilização de factos recolhidos por uma outra empresa. Assim, a actividade de *press clipping* (podendo ser traduzida como revista de imprensa) muitas vezes envolve a reprodução de excertos das notícias de outros jornais.²⁵

Esta actividade, na medida em que utiliza a expressão criativa de outros, pode ser revelante para o direito de autor.²⁶ Ao copiar parte de uma obra e disponibilizá-la *online*, ocorrerão actos de reprodução e comunicação ao público, na medida em que o excerto seja, por ele, susceptível de protecção jusautorais.²⁷ Mas o alcance dos direitos de autor é consideravelmente limitado visto que os pequenos excertos normalmente utilizados na actividade o *press clipping* dificilmente gozarão de protecção por serem demasiado pequenos.

Mesmo assim, à primeira vista, pareceria que a ordem jurídica confere um direito de controlar a utilização que seja feita de excertos nos casos em que estes sejam originais. No entanto, na análise de um problema de direitos de autor, é necessário, antes de chegar

15. Claro que crónicas e artigos de opinião poderão ter um carácter mais perene. Espero que mesmo este pequeno artigo encontre o interesse dos leitores decorridos uns meses da sua publicação.

16. 248 U.S. 215 (1918).

17. Como os jornais portugueses fazem v.g. com a Agência Lusa (<http://www.lusa.pt/default.aspx?page=home>).

18. Este era só um dos métodos utilizados, pois ocorriam também subornos a jornalistas e funcionários. As notícias mais valiosas eram as relativas à primeira guerra mundial, a que a *AP* tinha maior facilidade de acesso.

19. Para uma discussão do actual significado da expressão na Europa e num panorama comparativo cfr. SOUSA E SILVA, Nuno, *Uma introdução ao direito de autor europeu*, ROA, 1331-1387, 2013 e VALLÉS, Ramon Casas, *The requirement of originality in DERCLAYE, Estelle (ed), Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, p. 102-132, 2009. Sobre o aspecto específico da protecção de notícias mas com uma perspectiva de direito norte-americano cfr. BRAUNEIS, Robert, *The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News*, 27, *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 2009 e BALGANESH, Shyamkrishna, *Hot news: the enduring myth of property in news*, *Columbia Law Review*, p. 419-497, 2011.

20. Assim, a nível internacional, o artigo 9º/2 do Acordo TRIPs (actualmente com 160 membros) dispõe: “A protecção do direito de autor abrangerá as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tal.” Em Portugal cfr. art. 1º/2 CDADC.

21. Pensou-se (e foi alvo de um grande debate) que o caso daria origem a uma doutrina mais ampla em matéria de concorrência desleal, mas o âmbito de aplicação desta decisão acabou por ser reduzido. Para um caso recente em que voltou a ser aplicada cfr. *Barclay's Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F. 3d 876 (2nd Cir. 2011) (estava em causa informação financeira e o tribunal impôs um período de “exclusividade” de apenas 90 minutos). Sobre o impacto e a evolução da doutrina *INS* veja-se, entre muitos outros, LEISTNER, Matthias, *The legacy of International News Service v. Associated Press in HEATH, Christopher & KAMPERMAN SANDERS, Anselm (eds.), Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy*, Kluwer Law International, p. 33-49, 2010 e WADLOW, Christopher, *A Riddle Whose Answer is 'Tort': A Reassessment of International News Service v Associated Press*, *The Modern Law Review*, 76(4) p. 649-680, 2013.

22. ROSATI, Eleonora, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, EE, p. 81, 2013.

23. C-5/08 *Infopaq* (EU:C:2009:465), § 48.

24. Esta questão, no seu sentido mais amplo, ocupa parte da minha investigação de doutoramento e não será abordada neste pequeno artigo.

25. Esta é só uma de várias formas de *clipping* (talvez a mais própria), sendo que o termo é também utilizado para a análise de outros modalidades de comunicação social.

26. Sobre a situação em Espanha (anterior à reforma de 2014) cfr. LÓPEZ, Juan José Marín, *Derecho de Autor, Revistas de Prensa y Press Clipping*, RIDA, 215, p. 2-101, 2008.

27. Sobre o regime destas “faculdades reservadas” ao titular de direitos de autor e harmonizado a nível europeu cfr. SOUSA E SILVA, Nuno *Uma introdução...cit.*, p. 1374-1380.



a qualquer conclusão, compulsar os limites e excepções à protecção. Em Portugal, a maioria destes encontram-se no artigo 75º CDADC, relativo a “utilizações livres”. No nº2/c) desta disposição pode ler-se que: “São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra: (...) a selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa”.²⁸ Este artigo parece, assim, excluir a necessidade de autorização para que uma empresa se dedique à actividade de *press clipping*, mesmo nos casos raros em que os excertos utilizados são originais.

Nessa perspectiva, serviços como o Google News ou o Huffington Post, os chamados agregadores de notícias, parecem merecer um tratamento semelhante em sede de direito de autor. Sendo assim, à partida,²⁹ em Portugal podem dedicar-se à sua actividade sem necessidade de obter autorização dos titulares de direitos de autor.

Além disso, grande parte das reproduções que ocorrem no domínio de *clipping* podem ser reconduzidas à única excepção obrigatória, prevista no artigo 5º/1 da Directiva 2001/29. De acordo com este artigo “Os actos de reprodução temporária (...), que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir:

a) Uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou

b) Uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado económico, estão excluídos do direito de reprodução...”³⁰

Assim, o TJUE já teve oportunidade de deixar claro, em dois casos relativos a jornais e empresas de *clipping*, que esta excepção se aplica tanto às “cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória *cache*) do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio na internet”,³¹ como ao “processo de captura de dados” (o *clipping* propriamente dito).³² e ³³ No entanto, a actividade de *clipping* (bem como a agregação de notícias) não envolve apenas reprodução, pois normalmente ocorre ainda a hiperligação.

2.4. Hiperligações, a lei e a imprensa

Uma questão ligada à actividade de *press clipping* e que, em certas circunstâncias, poderia permitir o controlo desta actividade por parte dos produtores de conteúdos noticiosos é o efeito jurídico da hiperligação. Na medida em que a maior parte das empresas de *clipping* facultam uma hiperligação (o *link*) para a publicação original,³⁴ se fosse considerado que a disponibilização de um *link* era um acto relevante do ponto de vista jusautor, o titular de direitos

28. Esta excepção não se encontra expressamente prevista no artigo 5º da Directiva 2001/29 mas pode ser reconduzida a várias das suas alíneas. Pode encontrar-se uma excepção equivalente em vários outros países europeus. Assim, TRABUCO, Cláudia, Com onze...cit., p. 51-52.

29. O artigo 75º/4 CDADC tem um limite absoluto à utilização dos limites e excepções: esta não pode atingir a normal exploração da obra nem causar prejuízo injustificado aos interesses do autor. Trata-se da nacionalização do testes dos três passos. Nas palavras de DIAS PEREIRA, Alexandre, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, p. 552, 2008: “...a Directiva 2001/29 converteu a regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 9º, 2), de critério dirigido aos signatários (Estados) da Convenção a cláusula geral de interpretação (*Auslegungsregel*) com ‘função judiciária’”.

30. Para um primeiro comentário crítico ao entendimento desta excepção cfr. TRABUCO, Cláudia, Com onze palavrinhas apenas...: a reprodução temporária de obras e actividade de *press clipping*, *Cadernos de Direito Privado*, nº 28, p. 38-53, 2009.

31. C-360/13, *PRC* (EU:C:2014:1195), § 64. Estava em causa um litígio entre uma empresa (a PRC) que recorria aos serviços de uma empresa de *clipping* (Meltwater) e uma associação criada pelos editores de jornais do Reino Unido com o objectivo de atribuir licenças colectivas relativas ao conteúdo dos jornais (NLA). Apesar de a

empresa de *clipping* ter pago por essa licença a NLA considerava que também os clientes da empresa de *clipping* necessitariam de uma licença para poder receber os relatórios na medida em que estavam envolvidas reproduções. O TJUE rejeitou esta tese que até tinha tido acolhimento nas duas primeiras instâncias.

32. C-302/10, *Infopaq II* (EU:C:2012:16), § 58. O reenvio surge no contexto de um litígio entre uma empresa de *clipping* (a Infopaq) e o sindicato profissional dos jornais diários dinamarqueses - DDF. Estes últimos consideravam que as reproduções que ocorriam no processo de tratamento de dados necessitariam do seu consentimento na medida em que envolviam reprodução de obras protegidas.

33. No âmbito mais amplo do chamado *data mining* (tratamento automatizado de dados) os direitos de autor levantam ainda problemas, sendo que os dados empíricos recolhidos por HANDKE, Christian, GUIBAULT, Lucie & VALLBÉ, Joan-Josep, *Is Europe Falling Behind In Data Mining? Copyright's Impact On Data Mining In Academic Research*, disponível em <http://ebooks.iospress.nl/publication/40890> revelam um efeito negativo da actual regulação europeia na investigação científica.

34. Quando se trate de material disponível *online*. Há *clipping* de publicações em papel e de outros meios de comunicação social.



de autor sobre esse conteúdo teria um poder jurídico de controlar a sua utilização.³⁵

Esta questão foi discutida recentemente e de forma apaixonada a propósito de uma série de reenvios prejudiciais feitos por tribunais europeu para o Tribunal de Justiça da União Europeia.³⁶

No caso *Svensson*³⁷ estava em causa a disponibilização por parte da Retriever Sverige (uma empresa de *clipping*) de uma série de hiperligações para artigos publicados no jornal *Göteborgs Posten* (incluindo na sua edição *online* de acesso livre). Os jornalistas, autores dos artigos em causa, consideravam-se lesados e defendiam que esta prática por parte da Retriever Sverige constituía uma utilização indevida de uma obra protegida. O Tribunal sueco de segunda instância chamado a julgar esta questão decidiu suspender a instância e dirigir, entre outras, a seguinte questão ao TJUE: “Quando alguém que não seja titular do direito de autor sobre uma determinada obra [fornece] uma [‘hiperligação’] para a obra na sua página na internet, verifica-se uma comunicação da obra ao público, na aceção do artigo 3º, nº 1, da Diretiva [2001/29]?”. Em antecipação houve quem defendesse veementemente tanto a resposta afirmativa como a resposta negativa.³⁸

O TJUE considerou que, uma vez que a comunicação que ocorre aquando de uma hiperligação não abrange um público novo (isto é, que vá para além do público contemplado pelo autor da primeira comunicação),³⁹ essa prática não consiste num acto de comuni-

cação ao público relevante do ponto de vista do direito de autor. Conclui-se assim que a hiperligação é, por si só, um acto irrelevante do ponto de vista do direito de autor.⁴⁰

Uma vez que o TJUE já tinha deixado claro no acórdão *Svensson* que não era relevante a indicação do facto de o conteúdo provir de um outro *site*,⁴¹ o caso *Bestwater*⁴² em que o Supremo Tribunal alemão perguntava se a inclusão de um vídeo do *Youtube* numa outra página (o chamado *framing*) constituía comunicação ao público, foi decidido por despacho e em apenas 20 parágrafos. Como não podia deixar de ser, considerou-se que também o *framing* era admissível sem autorização do autor.⁴³

Estas decisões no seu efeito prático são semelhantes ao entendimento da jurisprudência norte-americana⁴⁴ e alemã.⁴⁵ Mas parece, em face dos critérios acolhidos – “público novo” e “obras livremente disponíveis noutra sítio da internet” – ser mais matizada e problemático.

Por isso mesmo, não é ainda clara a admissibilidade da disponibilização de hiperligações para conteúdos que não foram colocados à disposição do público com o consentimento do seu autor. No caso *GS Media* (C-160/15), discute-se precisamente a licitude do fornecimento de hiperligações para fotografias de um número ainda não publicado da revista *Playboy*. O Supremo Tribunal holandês colocou várias questões em sede de reenvio que visam apurar quando é que uma hiperligação constitui comunicação ao público. Espera-se que a decisão do TJUE possa clarificar esta questão.⁴⁶

35. Na hiperligação está em causa sobretudo o **direito de comunicação ao público** em sentido amplo, isto é, incluindo a **colocação à disposição do público**. Com base no disposto nos tratados WIPO de 1996, o artigo 3º da directiva 2001/29 estabeleceu o(um) direito de comunicação ao público, definido como “o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”. Assim, a comunicação ao público de uma obra, seja um programa de televisão, uma música ou uma pintura poderá constituir uma violação de direitos de autor. Trata-se de um direito definido de forma muito ampla, instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet. Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público tal como definido na directiva não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente (execução pública). Definir quando ocorre comunicação ao público constitui uma operação complexa, revelando-se essencial conhecer a jurisprudência do TJUE na matéria. Em primeiro lugar, requer-se que haja um **público** (um “número indeterminado de telespectadores potenciais”, sendo que na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos). É igualmente exigido que haja **intenção de comunicar** a obra e que esta comunicação seja feita a um **público novo**. Sem ser determinante, a **natureza da comunicação** (se ocorre no contexto de uma actividade lucrativa ou não) é relevante (a natureza lucrativa faz pender para a afirmação de uma violação). Em sede de reenvio prejudicial o TJUE já considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel, e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes de um hotel, também no caso de radiodifusão (nomeadamente por via televisiva) de obras num *pub* e em sites de *streaming*. No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista, apesar de ter considerado que ocorria comunicação ao público na disseminação de obras musicais numa estância termal (*spa*) tcheca. Sobre esta jurisprudência vide LEISTNER, Matthias *Europe’s copyright law decade: Recent case law of the European Court of Justice and policy perspectives*, CMLR, p. 559-600, 2014 e

BURRI, Mira, *Permission to Link Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson*, JIPITEC, p. 245-255, 2014. Como frisa esta última autora, deve, porém, ter-se em conta que os direitos de autor são apenas um de vários institutos jurídicos com relevância para entender e regular a questão jurídica das hiperligações (p. 249).

36. O reenvio prejudicial é um meio de cooperação entre tribunais nacionais e o TJUE pelo qual os primeiros podem colocar questões de interpretação ou validade de direito europeu ao segundo desde que estas sejam relevantes para a decisão da questão (está previsto no artigo 267º do TFUE). Sobre o mecanismo veja-se BROBERG, Morten & FENGER, Niels, *Preliminary References to the European Court of Justice*, OUP, 2010.

37. C-466/12, *Svensson* (EU:C:2014:76).

38. Para uma visão do debate, defendendo uma resposta intermédia, veja-se TSOUTSANIS, Alexander, *Why copyright and hyperlinking can tango*, JIPLP, p. 495-509, 2014.

39. C-466/12, *Svensson* § 24.

40. C-466/12, *Svensson* § 28: “Por conseguinte, na falta de público novo, uma comunicação ao público como a do processo principal não está sujeita à autorização dos titulares do direito de autor.” e § 32: “...o artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não constitui um ato de comunicação ao público, na aceção desta disposição, o fornecimento, num sítio da internet, de hiperligações para obras livremente disponíveis noutra sítio da internet”. Para um comentário em Português veja-se TRABUCO, Cláudia, *As ligações em rede são atos de comunicação ao público?*, *Cadernos de Direito Privado*, nº 47, p. 22-37, 2014.

41. C-466/12, *Svensson* § 29.

42. C-348/13 (EU:C:2014:2315).

43. C-348/13 *Bestwater* § 19.

44. Veja-se *Perfect 10 v Google*, 487 F (3d) 701 (9th Cir 2007).

45. BGH, 17.07.2003 - I ZR 259/00 *Paperboy*. Estava precisamente em casa uma empresa que explorava um motor de busca relativo a jornais *online*.

46. Além deste, encontra-se também pendentes dois reenvios pedidos pela mesma entidade holandesa (C-527/15 *Stichting Brein* e C-610/15 *Stichting Brein*) que se adivinham relevantes para elucidar as várias questões pendentes.



3. JORNAIS E FUTURO: ALGUM PAPEL PARA OS DIREITOS DE AUTOR?

Os jornais estão em crise, pelo menos no seu modelo tradicional. Os volumes de circulação diminuíram e o modo de consumo de notícias vai migrando do papel para o ecrã.⁴⁷

Os agregadores de notícias são apontados como os principais culpados pela diminuição de receitas que o sector da imprensa tradicional vem sofrendo. As empresas agregadoras não suportam os custos de produzir conteúdos e de recolher notícias e, na perspectiva dos lesados, beneficiariam de forma “parasitária” do trabalho destes. Assim, os jornais clamam protecção para os seus investimentos na obtenção e organização de notícias.

Nos EUA, como já referido, tem-se recorrido à *hot news doctrine*⁴⁸ mas na Europa até há bem pouco tempo, este desejo (necessidade?) de protecção não se encontrava satisfeito. Porém, a 22 de Março de 2013, a Alemanha tornou-se o primeiro país europeu a consagrar um direito conexo para proteger pequenos excertos noticiosos (*Leistungsschutzrecht für Pressverleger*).⁴⁹ A lei alemã de direitos de autor (UhrG) foi alterada, tendo sido criadas três novas secções: § 87f, 87g e 87h. Isto aconteceu num contexto de grande oposição tanto por parte das empresas (com proeminência para a Google), como por parte da academia (com destaque para a opinião do Instituto Max Planck⁵⁰). Um dos argumentos utilizados pelo Instituto Max

Planck centrou-se na ideia de que a relação entre motores de busca/agregadores de notícias e produtores de conteúdos não era de parasitismo das primeiras mas sim de simbiose.⁵¹ Isto porque, como declarou o Supremo Federal alemão:⁵² “Sem conteúdo os motores de busca nada encontrariam – sem motores de busca não seria possível encontrar nada no oceano infinito de informação da internet”.

Apesar das críticas, a legislação foi aprovada e mantém-se em vigor. Estes artigos atribuíram ao produtor de conteúdo noticioso um direito exclusivo de controlar a utilização de excertos de material noticioso com excepção de uma palavra ou “excertos muito curtos” (§ 87f(1) UhrG).⁵³ Material noticioso é definido como “um compêndio de artigos jornalísticos determinado editorialmente e publicado periodicamente sob um dado título” (§ 87f(2) UhrG). Este direito tem a duração de um ano (§ 87g(2) UhrG), é transmissível (§ 87g(1) UhrG) e não pode ser exercido contra os autores da peça em causa (§ 87g(3) UhrG), sendo que os autores dos artigos têm direito a uma parte da remuneração auferida pelos titulares deste direito conexo (§ 87h UhrG).⁵⁴

No entanto esta medida legislativa, conhecida como *lex Google*, não teve o efeito previsto. Em resposta à lei, que entrou em vigor a 1º de agosto de 2013, a Google anunciou que a partir dessa data o seu serviço Google News passaria a ser *opt-in*. Ou seja, só as empresas produtoras de conteúdos que quisessem é que seriam indexadas, prescindindo desse modo do novo direito conexo.⁵⁵

47. DENICOLA, Robert, News on the Internet, Fordham Intellectual Property, *Media & Entertainment Law Journal*, 23.1, p. 68-69, 2013.

48. BALGANESH, Shyamkrishna, *ob. cit.*, p. 425, *Property in news seems to be a de facto reality today under the hot news doctrine*.

49. Os direitos conexos (também ditos direitos vizinhos) são direitos com uma semelhança estrutural e causal com o direito de autor mas que não incidem sobre uma obra. Estes direitos visam proteger o investimento envolvido no desenvolvimento de determinadas actividades. Em Portugal o CDADC prevê a protecção dos artistas-intérpretes, dos produtores de fonogramas e videogramas e dos organismos de radiodifusão. Mas também o regime de protecção das bases de dados prevê um direito (dito *sui generis*) que na verdade é um direito conexo e o mesmo se poderá dizer do direito do editor de obras não publicadas caídas no domínio público (art. 39º CDADC). Sobre os direitos conexos pode ver-se, entre outros, DIAS PEREIRA, Alexandre, Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas Protegidas por Direitos Conexos ao Direito de Autor, ROA, p. 991-1084, 2012; OLIVEIRA ASCENÇÃO, Direito de Autor...cit., pp. 543-598; OEBBECKE, Johannes S., *Der ‘Schutzgegenstand’ der Verwandten Schutzrechte* (LANG, Peter, 2011).

50. http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf. Para uma interessante análise deve ler-se OHLY, Ansgar, *Ein Leistungsschutzrecht für Pressverleger? Wettbewerbs in Recht und Praxis*, 41-48, 2012.

51. BARABASH, Igor, *Ancillary Copyright for Publisher: The End of Search Engines and News Aggregators in Germany?*, EIPR, p. 244, 2013.

52. BGH, 17/07/2003 - I ZR 259/00 Paperboy rn. 65.

53. Esta noção levanta grandes dificuldades de interpretação. Nesse mesmo sentido ROSATI, Eleonora, *The German ‘Google tax’ law: groovy or greedy?* JIPLP, p. 497, 2013; KREUTZER, Till, *Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu VorschauBildern – Was bleibt am Ende übrig?*, *Multimedia und Recht*, p. 512-516, 2014.

54. Sobre esta repartição cfr. WANDTKE, Artur-Axel, *Zum Leistungsschutzrecht der Presseverleger und dem Beteiligungsanspruch der Urheber*, ZUM, p. 847-853, 2014.

55. <http://ipkitten.blogspot.pt/2013/06/what-happened-after-german-lex-google.html>. Para uma panorâmica da discussão cfr. RIEGER, Felicitas *Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, Nomos, 2013.



Na sequência disto, a maior parte das empresas titulares do novo direito conexo aderiu ao serviço prestado pela Google, revelando que este novo direito é, em grande medida, inútil.⁵⁶

Apesar da experiência alemã não ter tido os resultados esperados, a solução serviu de inspiração a um outro legislador. Em Espanha, a lei de direitos de autor foi substancialmente alterada, entrando uma nova versão em vigor a 1 de Janeiro de 2015. Entre outras inovações, o legislador espanhol consagrou um direito conexo para “periodistas” no artigo 32º/2 da Ley de Propiedad Intelectual, modulado na *lex Google* alemã.⁵⁷ Contudo, e ao contrário da solução alemã, este direito foi consagrado como um direito irrenunciável sujeito a gestão colectiva obrigatória. Esta solução, além de claramente antinómica,⁵⁸ não permitiu à Google adoptar uma estratégia semelhante à encontrada na Alemanha. Por isso, esta empresa limitou-se a anunciar que não ia indexar conteúdo noticioso espanhol.⁵⁹ Na sequência disto, os *sites* dos jornais espanhóis terão sofrido um declínio no número de visitas, entre 5 e 10%.⁶⁰ Também em Itália, tem sido discutida a possibilidade de adopção de uma solução semelhante,⁶¹ assim como na China,⁶² não se prevendo, por ora, iniciativa semelhante em Portugal.

Em França, a solução foi de outra natureza, tendo a Google assinado um acordo com a associação francesa de imprensa, constituindo um fundo de €60 milhões de euros para publicação digital.⁶³

Um acordo semelhante já tinha sido alcançado na Bélgica, na sequência de uma decisão judicial.⁶⁴ Como é sabido, no Brasil tal não sucedeu tendo a Google recusado o pagamento pela indexação, o que levou os jornais saírem em massa (representando cerca de 90% do mercado) do serviço Google News.⁶⁵

4. CONCLUSÃO

Se é certo que o “não há nada mais imprevisível que o passado”,⁶⁶ também as medidas relativas ao futuro dos jornais têm tido alguns efeitos inesperados.

Como escreve PRODZSUN, Rupprecht:⁶⁷ “O princípio segundo o qual a legislação em termos de Propriedade Intelectual não deve favorecer alguns modelos de negócio em face de outros sempre foi uma quimera”. É inevitável que a regulação favoreça mais uns participantes no mercado do que outros.

A interferência da lei no mercado dos jornais, recorrendo ao direito de autor como forma de financiar a sua publicação, além de ser difícil de justificar, não tem obtido os resultados esperados, gerando mesmo efeitos perversos. Por isso, se é certo que o financiamento da imprensa, com vista a garantir pluralidade e isenção de opiniões, constitui matéria de incontornável interesse público,⁶⁸ parece cada vez mais claro que uma solução credível e eficiente não passará pelos direitos de autor.

56. PRODZSUN, Rupprecht. *Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP law?*, IIC p. 260, 2013 (*toothless tigers*).

57. Em Espanha esta nova lei passou a ser designado por “tasa Google” <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/10/29/5450b3caca4741943c8b4572.html>

58. Alguns autores sugerem que inconstitucional e/ou contrária ao art. 17º da CDFUE, na medida em que a protecção da propriedade inclui a sua livre disposição. Será ainda relevante o art. 1º do Protocolo nº1 da CEDH.

59. <http://ipkitten.blogspot.pt/2014/12/google-announces-end-of-news-in-spain.html>

60. <http://ipkitten.blogspot.pt/2015/03/spain-did-google-tax-really-change.html>

61. <http://the1709blog.blogspot.co.uk/2013/06/towards-google-tax-also-in-italy.html>

62. Cfr. TAO LI, *Rechtsschutz für Pressverleger in der Volksrepublik China*, GRUR-Int p. 332-341, 2014 que conclui no sentido de não ser útil a respectiva consagração.

63. PRODZSUN, Rupprecht, ob. cit., p. 260.

64. <http://ipkitten.blogspot.pt/2012/12/google-and-belgian-newspaper-publishers.html>

65. <http://mashable.com/2012/10/19/brazilian-newspapers-google-news/>

66. LOBO ANTUNES, António em entrevista “O meu tempo é hoje”, RTP1, 2015.

67. Ob. cit., p. 261.

68. É conhecida a discussão sobre o papel e influência dos proprietários dos *media* no conteúdo noticioso (*Does ownership impact content?* Sobre isso cfr. <http://google/1Zr6EE>).



ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artigo	OUP	Oxford University Press
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão, última instância)	RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
CDADC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos [Portugal]	ROA	Revista da Ordem dos Advogados [Portugal]
CMLR	Common Market Law Review	TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
EE	Edward Elgar	TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia.
EIPR	European Intellectual Property Review	TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
GRUR-Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler teil	UCE	Universidade Católica Editora
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law	UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) 1965 (Lei de Direito de Autor alemã)
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law and Practice	USC	The United States Code
n	nota	WIPO	World Intellectual Property Organization
		ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht