



Universidades Lusíada

Vaz, Sónia Queiróz

A nova legislação francesa sobre obrigações dos ISP'S quanto à retenção dos dados dos infractores e o respeito de propriedade intelectual

<http://hdl.handle.net/11067/193>

<https://doi.org/10.34628/3xqn-zg36>

Metadados

Data de Publicação	2010
Palavras Chave	Internet - Direito e legislação - França - Disposições penais, Violação dos direitos de autor - França, Transferência de dados - Direito e legislação - França - Disposições penais
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 07 (2010)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T06:23:04Z com informação proveniente do Repositório

A NOVA LEGISLAÇÃO FRANCESA SOBRE OBRIGAÇÕES DOS ISP'S QUANTO À RETENÇÃO DOS DADOS DOS INFRACTORES E O RESPEITO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL¹

Sónia Queiroz Vaz²

I. Enquadramento do tema

O Acordo *Olivennes* foi um contrato assinado em França entre os ISP's e a indústria de entretenimento, após o pedido dirigido em Setembro de 2007 pela Ministra Francesa da Cultura, Christine Albanel ao então CEO da FNAC, Denis Olivennes, para criar uma comissão de estudo, entre outros temas relacionados, de uma possível sanção por violação do direito de autor devido a utilizações não autorizadas de obras protegidas através da Internet. Após a audição de representantes da indústria de entretenimento, de fornecedores do serviço de acesso à Internet e de associações de consumidores, foi apresentado um relatório de conclusões do estudo em Novembro de 2007. O relatório foi assinado por cerca de 40 empresas e foi apresentado como Acordo *Olivennes*.

Este acordo esteve na base da conhecida Lei francesa HADOPI³, também conhecida como Lei "Creation and Internet" que procedeu à alteração do Código da Propriedade Intelectual Francês. O objectivo desta alteração legislativa foi, entre outros, o de promover a distribuição e a protecção de obras criativas, protegidas pelo direito de autor, na Internet e a mesma foi aprovada em 2009. A lei pretende controlar e regular o acesso à Internet como forma de estimular o respeito das leis relativas ao direito de autor.

¹ Conferência proferida na Universidade Lusíada de Lisboa, no Colóquio "Direito de Autor e Sociedade de Informação. Perspectiva no início do Séc. XXI", em 6 de Novembro de 2009.

² Advogada (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira e Associados, RL). ...

³ Loi n. 2009-699 du 12 juin 2009 - Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

II. A criação da HADOPI

No âmbito da referida lei foi criada a *Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet* (“HADOPI”), autoridade pública independente criada para supervisionar o cumprimento do diploma legislativo em causa e que acabou por dar o nome ao mesmo.

a) Missão e funções da HADOPI

A referida autoridade tem como missão e funções: i) o encorajamento ao desenvolvimento da oferta legal e da observação da utilização lícita e ilícita de obras e prestações protegidas pelo direito de autor ou por direitos conexos através da rede de comunicações electrónicas utilizadas para o fornecimento de serviços de comunicação ao público em linha, ii) a protecção das obras e prestações face às violações dos direitos a elas relativos através da rede de comunicações electrónicas utilizadas para o fornecimento de serviços de comunicação ao público em linha, iii) a regulação e observação no domínio das medidas técnicas de protecção e de identificação das obras e das prestações protegidas pelo direito de autor ou por direitos conexos, iv) a proposta de alterações legislativas, v) ser consultada pelo Governo a respeito de qualquer projecto de lei relativo à protecção dos direitos de propriedade literária e artística ou a qualquer dos seus domínios de competência, vi) bem como apresentar relatórios anuais ao Governo sobre a sua actividade, o cumprimento dos seus objectivos e a execução da sua missão.

b) O procedimento administrativo junto da HADOPI

Para a protecção dos direitos e prossecução das suas atribuições, a HADOPI dispõe de agentes públicos nomeados pelo Presidente da HADOPI, nas condições legalmente fixadas.

Conforme se referiu anteriormente, a Lei HADOPI tem como principal objectivo instituir o respeito pelos direitos de propriedade intelectual na Internet, sendo que, de acordo com a referida lei, o início de qualquer procedimento de reacção a uma alegada violação de direitos de propriedade intelectual passará pela constatação pontual de um *download* ilegal de uma música, de um filme, de um livro ou de qualquer outra obra criativa e original, do domínio literário, científico ou artístico, susceptível de protecção e pela queixa do titular do(s) direito(s) alegadamente violado(s) junto do tribunal ou da HADOPI.

A HADOPI pode posteriormente obter dos operadores de comunicações electrónicas informações necessárias à identificação do alegado infractor: a identidade, a morada, o endereço de e-mail e os dados telefónicos do assinante a partir dos quais o acesso aos serviços de comunicação ao público em linha foi utilizado para a reprodução, colocação à disposição ou comunicação ao público

das obras ou prestações protegidas sem a autorização dos titulares dos direitos.

Após a identificação, a HADOPI enviará ao alegado infractor um primeiro e-mail de aviso. Em caso de reincidência nos 6 meses seguintes, o internauta receberá um segundo aviso, desta vez através de carta registada.

Se a HADOPI constatar novo incumprimento no período de 1 ano será decretada a suspensão da assinatura/do acesso, suspensão essa que poderá ser de 3 meses a 1 ano, sendo o internauta impedido de, nesse período de “interdição” celebrar qualquer contrato com outro fornecedor de acesso à Internet.

Verifica-se uma possibilidade de transacção com o infractor: a sanção poderá ser reduzida, de 1 a 3 meses, se o internauta se comprometer a não voltar a infringir os direitos de propriedade intelectual.

Para além disso, poderá ser imposta uma sanção alternativa à suspensão de acesso à Internet, se o titular da assinatura para acesso à Internet a partir da qual os *downloads* ilegais foram feitos for uma pessoa colectiva, atendendo a que a suspensão poderia, neste caso, ter consequências desproporcionadas, relacionadas com o funcionamento da empresa em causa.

Os fornecedores de acesso à Internet poderão ser igualmente punidos ao abrigo da Lei HADOPI com penas de multa que poderão ascender aos € 5000, se não aplicarem as decisões de suspensão da assinatura/do acesso à Internet ou se renovarem a assinatura/acesso de um cliente que tenha sido alvo de aplicação de uma medida de suspensão.

Qualquer pedido dirigido aos fornecedores de acesso à Internet de filtragem de conteúdos ou serviços, bem como de suspensão, terá de ser dirigido pelo titular dos direitos ao tribunal competente.

A aplicação das medidas supra mencionadas pela HADOPI é susceptível de recurso para o tribunal competente.

III. Os argumentos a favor e contra a aprovação da Lei HADOPI

Antes da aprovação da Lei HADOPI foram aduzidos vários argumentos contra o diploma legal em causa.

Primeiro, foi a Decisão do *Conseil Constitutionnel* de 10 de Junho de 2009 que expressamente declarou inconstitucionais algumas disposições da lei HADOPI com destaque para as que autorizavam o corte de acesso à Internet directamente pela HADOPI, sem uma decisão judicial prévia. Corroborando-se o entendimento vertido nesta decisão defendia-se que o legislador não pode conceder poderes a uma autoridade administrativa como a HADOPI para, em defesa do direito de autor e dos direitos conexos, restringir ou impedir o acesso à Internet dos cidadãos, uma vez que a livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do Homem. Alegavam igualmente os defensores desta tese que o desenvolvimento generalizado dos serviços de comunicação ao público em linha é essencial para a participação por via democrática na partilha

de pensamentos e de opiniões e esse direito implica o acesso a esses serviços.

Alguns argumentos prendiam-se mais com questões procedimentais: a proposta inicial da lei HADOPI, ao permitir a suspensão imediata do acesso à Internet, decretada por uma autoridade administrativa implicava uma inversão do ónus da prova e instituíam uma presunção de culpa, sem possibilidade de exercício do contraditório e para além disso questionava-se o efeito pedagógico dos «avisos» da HADOPI por não descreverem os factos praticados.

Muitos avançaram a polémica questão da protecção dos dados pessoais como uma das mais sensíveis: durante a intervenção da HADOPI eram tratados dados pessoais sem legalização por parte da CNIL.

Outros consideravam os custos económicos excessivos para os fornecedores de acesso à Internet, com a adaptação das suas infra-estruturas à necessidade de conservação dos dados e de resposta aos pedidos de colaboração e de divulgação de informação da HADOPI.

Em síntese, os que se opunham à Lei HADOPI alegavam que a mesma continha medidas que violavam direitos do Homem e princípios de proporcionalidade, eficácia e efeito dissuasivo.

No entanto, não se podem desconsiderar os vários argumentos favoráveis à aprovação e implementação das medidas preconizadas pela Lei HADOPI. Senão vejamos:

Tal como defendia a própria ministra da Cultura Francesa, não se trata tanto de criminalizar nem de suprimir liberdades fundamentais, a menos que possamos qualificar o crime de furto como uma liberdade fundamental. Na verdade, as medidas instituídas pela Lei HADOPI são, designadamente, uma forma de combate à constante e reiterada diminuição da capacidade de obtenção de receitas dos artistas e intérpretes, relacionada com as dificuldades financeiras atravessadas pela indústria discográfica e uma tentativa de contrariar uma diminuição brutal das receitas das produtoras discográficas, constatada na última década, na ordem dos 50%, maioritariamente atribuída à partilha não autorizada através da Internet de obras protegidas pelo direito de autor e que implica a necessidade de redução de postos de trabalho na indústria, a perda de capacidade de investimento em novos talentos e de produção de gravações inovadoras, a falta de capacidade para promoção dos artistas e autores, a incerteza quanto à recuperação dos investimentos realizados, bem como o enfraquecimento do dinamismo cultural das gravações a nível europeu.

As formas de gerar receitas adicionais permitirão combater o clima de desmotivação, desinteresse e instabilidade que, designadamente, a indústria discográfica atravessa.

Tenta-se assim, reforçar o direito de autor e os direitos conexos, através de medidas que enfatizam o respeito pelos direitos de propriedade intelectual e que, por outro lado, impõem punições fortes e efectivas contra as utilizações não consentidas de tais direitos.

Na esteira do que defendeu em determinado momento Denis Olivennes,

mesmo que a Lei HADOPI não constitua a solução destinada a acabar com a pirataria da noite para o dia, pelo menos dificulta a vida a quem faz *downloads* ilegais de forma reiterada e favorece o desenvolvimento de uma oferta legal, que até poderá ser gratuita. Mas cabe aos titulares de direitos tomar essa decisão.

IV. O respeito dos direitos de propriedade intelectual na Lei Portuguesa.

A contrafacção e a pirataria têm um impacto negativo de cerca de 500 mil milhões de euros na economia mundial, o que equivale a entre 5% e 7% do total de mercadorias transaccionadas no comércio global, segundo dados da Associação de Marcas Comerciais das Comunidades Europeias (ECTA), associação que representa empresas com marcas registadas (mais de 1500 membros). Ou seja, por cada cem euros que são transaccionados em todo o mundo, uma parte, de entre 5 a 7 euros, é tomada pela economia paralela dos produtos pirateados e contrafeitos.

Por outro lado, estima-se que a União Europeia perdeu 100 mil postos de trabalho só em 2008 por causa da contrafacção e da pirataria, também segundo dados daquela Associação⁴.

O ordenamento jurídico português conta com vários diplomas legais que preconizam a defesa dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial, genericamente designados direitos de propriedade intelectual.

A Directiva *Enforcement* (Directiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual) é disso exemplo. Foi transposta pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril e procedeu a várias alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e ao Código da Propriedade Industrial (CPI) tendo em vista efectivar o respeito por estes direitos e as medidas de reacção à violação dos mesmos.

Mas muito antes dessas alterações resultantes da Directiva *Enforcement* já o CDADC tinha uma secção especificamente dedicada à violação e defesa do direito de autor, donde se destacava (e continua a destacar) a respectiva tutela penal (art.º 185.º a 200.º), a responsabilidade civil (art.º 211.º) em que poderá incorrer aquele que causa prejuízos aos titulares dos direitos de autor e de direitos conexos. O legislador adiantou inclusivamente os critérios para determinar o valor da indemnização devida (lucro do infractor, lucros cessantes e danos emergentes do lesado e encargos com a protecção do direito de autor e dos direitos conexos, investigação e cessação da conduta lesiva, danos não patrimoniais, gravidade da lesão e grau de difusão ilícita da obra ou prestação, entre outros).

Para além da consagração da tutela penal e do reconhecimento da

⁴ Informação disponível no site do INPI em <http://www.marcasepatentes.pt/index.php?action=view&id=224&module=newsmodule>.

responsabilidade civil por prejuízos causados, o CDADC prevê igualmente a possibilidade de apreensão e perda de coisas relacionadas com a prática do crime (art.º 201.º).

O tribunal competente pode igualmente impor ao infractor ou ao intermediário cujos serviços sejam utilizados pelo infractor, uma medida destinada a inibir a continuação da infracção verificada, designadamente, a interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões, a privação do direito de participar em feiras ou mercados ou o encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento.

Para além disso, estão ao dispor dos lesados titulares de direitos procedimentos cautelares (art.º 209.º), sendo que, para além das providências cautelares previstas na lei de processo, o autor pode requerer das autoridades policiais e administrativas do lugar onde se verifique a violação do seu direito a imediata suspensão de representação, recitação, execução ou qualquer outra forma de exibição de obra protegida que sejam realizadas sem a devida autorização e, cumulativamente, requerer a apreensão da totalidade das receitas.

Foram igualmente adoptadas na transposição da Directiva *Enforcement* para o ordenamento jurídico Português várias medidas para obtenção da prova (art.º 210.º - A) e medidas para preservação da prova (art.º 210.º - B) que conferem aos interessados a possibilidade de requerer medidas provisórias urgentes e eficazes para preservar provas da alegada violação, mesmo sem audiência prévia da parte requerida, se o atraso na sua aplicação puder causar danos irreparáveis ao requerente (art.º 210.º - C). Para além disso, foi instituída a obrigação do alegado infractor de prestar informação sobre a origem e as redes de distribuição dos bens ou serviços em que se materializa a violação do direito de autor ou de direitos conexos (art.º 210.º - F).

Acresce que, apesar das reacções que também se fizeram sentir no nosso país a propósito da Lei HADOPI, designadamente por se considerar que implementava um verdadeiro “Big Brother” no sentido de haver um controlo dos internautas que poderia conduzir à limitação e restrição de um direito “fundamental” de acesso à Internet, tendemos a considerar que no nosso ordenamento jurídico se encontram já em vigor disposições que em muito se assemelham ao procedimento instituído pelo diploma francês. Senão vejamos a título exemplificativo.

A Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho regula a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes.

Nos termos da Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho, os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações devem conservar pelo período de 1 ano a contar da data de conclusão da comunicação os dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação, o seu destino, o tipo de comunicação, a data, hora e a

duração da comunicação, o equipamento de telecomunicações dos utilizadores e para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel.

A transmissão desses dados (os dados de tráfego, dados de localização e dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador) às autoridades competentes poderá ser ordenada por despacho do juiz para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves. Sendo que no âmbito da referida lei “crime grave” significa crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

Designadamente dados como os códigos de identificação atribuídos ao utilizador da Internet ou do e-mail, os códigos de identificação do utilizador e o n.º de telefone atribuídos a qualquer comunicação, o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação podem ser dados a transmitir pelos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações às autoridades competentes.

V. Conclusões

A Constituição da República Portuguesa, no seu art.º 42.º reconhece expressamente a Liberdade de criação cultural intelectual, artística e científica, sendo que esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

Não se pode, por isso, questionar a importância do respeito dos direitos de propriedade intelectual e da instituição de medidas firmes de combate às utilizações não autorizadas de direitos, porque elas constituem uma forma de restabelecer o clima de confiança necessário para o aumento do contributo criativo, original e artístico dos nossos autores, artistas intérpretes e executantes, produtores e organismos de radiodifusão, que se reflecte no efectivo enriquecimento do nosso património cultural e histórico.

O nosso contributo poderá ser simplesmente o reconhecimento e o respeito desses direitos e a sua utilização nos termos autorizados pela lei e pelos titulares. Os titulares dos direitos podem autorizar utilizações gratuitas. Se não for esse o caso, reconhecer e respeitar os nossos autores, artistas ou outros titulares de direitos passará pelo pagamento da remuneração devida pelo acesso e utilização das obras e prestações em causa.