

Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor¹

ADELAIDE MENEZES LEITÃO *

Sumario: 1.Coordenadas da evolução do Direito de Autor. 2. O Direito Europeu de Autor 3. A Responsabilidade civil por violação de direito de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC). 4. Conclusões.

1. Coordenadas da evolução do Direito de Autor

O Direito de Autor tem, recentemente, sido abordado no contexto das indústrias criativas, afastando-se, por essa razão, do seu enquadramento como um direito de protecção do autor e da obra intelectual, para se apresentar cada vez mais como um direito de ordenação do mercado.² Nas indústrias criativas incluem-se as artes visuais, como a pintura, a escultura, o artesanato, o design e a arquitectura, as artes performativas, como a música, o teatro, o cinema, a televisão e a rádio, e ainda as artes literárias. Estas diferentes indústrias são distintas entre si e no modo como dependem da criação intelectual. Apesar das diferenças existentes, deparam-se três vectores de identidade nestes três campos artísticos: *i*) pluralidade de criadores inte-

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 201-214.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ O presente estudo corresponde à conferência proferida no XII Curso Intensivo de Verão em Direito da Sociedade de Informação e Direito de Autor, organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual em 11 de Julho de 2013. Consigna-se uma palavra de agradecimento aos Professores Doutores Oliveira Ascensão e Dário Moura Vicente pelo convite que nos foi dirigido.

² Michael Spence, *Intellectual Property*, Oxford University Press, 2007, 74 e ss.

lectuais; *ii*) reduzido número de produtores, de distribuidores e de sociedades de gestão colectiva de direitos; e *iii*) crescente digitalização dos meios de distribuição.³

Este padrão estrutural das indústrias criativas coloca novos desafios aos regimes jurídicos da propriedade intelectual.

i) Pluralidade de criadores intelectuais

É necessário encontrar um equilíbrio entre os representantes dos autores, normalmente menos poderosos, e os representantes dos produtores, em geral mais poderosos. A este respeito, tem sido afirmado que o Direito de Autor da *common law* tende a preferir os produtores em detrimento dos autores, por contraste com o Direito de Autor continental que tende a privilegiar os interesses dos autores.

Em rigor, em muitas situações há coincidência entre os direitos dos produtores e dos autores, sendo os direitos conexos uma forma de suportar a produção e a distribuição do trabalho dos autores. No entanto, o Direito de Autor de matriz anglo-americana tem contaminado os sistemas jurídicos europeus, tendo-se acentuado a tendência para privilegiar os produtores em relação aos autores.

ii) Reduzido número de produtores, distribuidores e de sociedades de gestão colectiva de direitos

Actualmente, verifica-se alguma concentração empresarial ao nível da produção e distribuição e uma diminuição do papel das sociedades de gestão colectiva de direitos de autor. No entanto, no Reino Unido, as licenças de cópias para a educação, de trabalhos musicais e da reprodução pública da música continuam a ser geridas por sociedades de gestão colectiva de direitos de autor.⁴ Apesar da situação referida, tem-se admitido que, no Reino Unido, o poder crescente das associações de produtores levou à dominação por estas das sociedades de gestão colectiva. Em Portugal, assiste-se a este mesmo fenómeno, que se revela num maior peso das associações de produtores na entidade de gestão colectiva da cópia privada e nas indústrias cinematográfica e musical em detrimento das áreas da produção intelectual científica, da escrita, do teatro e, em geral, das artes performativas.⁵

³ Michael Spence, *Intellectual Property cit.*, 74 e ss.

⁴ As licenças de cópias para a educação são geridas pela *Copyright Licensing Agency*, o direito de cópia de trabalhos musicais pela *Mechanical Copyright Protection Society* e o direito de reprodução pública da música pela *Performing Right Society*.

⁵ No domínio da gestão colectiva dos direitos de autor e dos direitos conexos de referir a recente Directiva 2014/26/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro de 2014.

iii) Crescente digitalização dos meios de distribuição

A crescente digitalização da distribuição nas indústrias criativas desafia a continuidade da capacidade dos produtores de dominar esta distribuição. Nos primeiros anos da Internet, chegou-se a defender que a disponibilidade *on-line* iria tornar desnecessários os serviços dos produtores. Porém, o combate que os produtores e os distribuidores têm levado a cabo, alargando o conceito de “pirataria”, levou a que essa evolução não se tivesse completamente verificado.

Neste contexto, Goldstein defendeu que a Internet poderia dar um lugar mais central aos autores na criação e distribuição do seu trabalho intelectual.⁶ No entanto, a evolução da Internet sugere que os produtores e os distribuidores continuarão a ter um papel significativo na medida em que filtram a grande massa de material disponível. Todavia, a indústria da música e do cinema alega que a Internet, através da pirataria, lhe faz perder 2 biliões de dólares por ano. Esta situação está na origem de alguns casos jurisdicionais emblemáticos, como o *A & M Records Inc v Napster Inc* e *MGM Studios Inc v Grokster Ltd.*⁷ Por outro lado, surgiram novas medidas tecnológicas para controlar a pirataria digital, medidas que foram ainda reforçadas pelo estabelecimento de regras sobre responsabilidade civil dos que realizam a neutralização das medidas tecnológicas de combate à pirataria ou para os que facilitam essa neutralização. Tem-se também admitido que a própria digitalização seria um factor que fomentaria a concentração da criação intelectual nos produtores, através de medidas tecnológicas que criariam barreiras de acesso. Mesmo que se considere que a digitalização não representa nem a morte dos produtores, nem a morte do domínio público, parece já ser incontornável que molda a forma como a criação intelectual é distribuída no mercado e que origina novos padrões de relacionamento entre os autores, os produtores, as sociedades de gestão colectiva e o público.

Gilles Lipovetsky, filósofo francês, considera que a sociedade de consumo transformou a noção de cultura, que é actualmente constituída por cinco grandes lógicas: o mercado, a ciência, a informação, a indústria cultural e as novas tecnologias de comunicação. A cultura deixou de ser algo nobre para passar a ser algo que obedece

⁶ *Apud* Michael Spence, *Intellectual Property cit.*, 77.

⁷ Nesta matéria reveste-se de interesse o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de Março de 2014, «Reenvio prejudicial – Aproximação das legislações – Direito de autor e direitos conexos – Sociedade da informação – Directiva 2001/29/CE – Sítio Internet que coloca obras cinematográficas à disposição do público, sem o consentimento dos titulares de um direito conexo com o direito de autor – Artigo 8.º, n.º 3 – Conceito de ‘intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos’ – Fornecedor de acesso à Internet – Despacho judicial, proferido contra um fornecedor de acesso à Internet, que o proíbe de facultar aos seus clientes o acesso a um sítio Internet – Ponderação dos direitos fundamentais».

aos mesmos princípios da economia, com o duplo fenómeno da mercantilização da cultura e da culturalização do consumo e da mercadoria.⁸

2. O Direito Europeu de Autor

Ora, é no contexto das anteriormente referidas coordenadas da sociedade de informação e do que alguns apelidam da “crise do Direito de Autor” – consequência da revolução digital – que se insere o Direito Europeu de Autor. O Direito de Autor, como outras áreas jurídicas, tem sido fortemente marcado pela harmonização europeia. Existe já um conjunto significativo de Directivas com implicações no Direito autoral.

A questão nuclear do Direito de Autor centra-se no seu âmbito de protecção: a obra intelectual. Sabemos que protege obras originais, mas que outro tipo de material mais banal acaba por receber igualmente tutela. Há casos em que a recusa de protecção assenta no carácter não original da obra ou no facto de não haver uma obra propriamente dita. O conceito de obra intelectual deve implicar uma certa qualidade do material. Fora de circunstâncias excepcionais, a obra intelectual não se reconduz a uma palavra ou a uma frase. Uma palavra pode, porém, ser considerada como parte substancial da obra, designadamente num poema de uma só palavra.⁹ Acresce que a obra pressupõe uma consciente ordenação do material. Por exemplo, se uma mosca intoxicada e pintada faz aleatoriamente uma impressão numa folha de papel em branco pode haver um resultado estético, mas não haverá certamente uma obra. No caso *Karostep Trade Mark* defendeu-se que uma pintura pode ser tão simples que não merece a protecção jusautoral, como será o caso, por exemplo, de uma linha ou de um círculo. Tem sido igualmente muito discutido se a peça de John Cage 4'33, que é uma peça com a gravação de 4 minutos e trinta e três segundos de silêncio, merece ser considerada uma obra ou se a gravação de entrevistas ou até de conversas espontâneas devem ser consideradas obras.¹⁰

O direito europeu, seguindo o norte-americano, tem optado por se situar na linha do reforço da tutela da propriedade intelectual, defendendo a ideia de que a propriedade intelectual pode ser utilizada como um instrumento de políticas públicas, dos governos e das organizações internacionais, destinada a favorecer a capacidade competitiva das empresas, como produtoras e utilizadoras da informação, promovendo a protecção dos seus investimentos e lucros. Por outro lado, as instituições europeias têm procurado legislar nesta matéria no contexto de uma política geral sobre a

⁸ Gilles Lipovetsky, *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*, Gallimard, 2013.

⁹ Michael Spence, *Intellectual Property cit*, 83.

¹⁰ Michael Spence, *Intellectual Property cit*, 74 e ss.

sociedade de informação. Surgiu, assim, o Livro Verde da Comissão Europeia, de 27 de Julho, de 1995, sobre direitos de autor e direitos conexos na sociedade de informação.¹¹

Neste domínio, é de salientar a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e Conselho, de 22 de Maio, na qual se fixa o quadro sancionatório relativo às violações dos direitos de autor que os Estados-Membros deverão adoptar. Com efeito, o artigo 8.º/1 da referida Directiva estabelece que os Estados-membros devem prever as sanções e as vias de recurso adequadas para as violações dos direitos e obrigações nela previstas e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação efectiva de tais sanções e vias de recurso, devendo as sanções previstas ser efectivas, proporcionais e dissuasoras. E acrescenta ainda no art. 8.º/2 que os Estados-membros devem estabelecer acções de responsabilidade civil e medidas cautelares para garantir que os autores prejudicados por acções ilícitas sejam indemnizados, bem como medidas cautelares contra intermediários que colaborem na violação de direitos de autor (art. 8.º/3). A referida Directiva centra-se essencialmente no direito de reprodução (art. 2.º), no direito de comunicação de obras ao público (art. 3.º) e no direito de distribuição (art. 4.º). Os considerandos da Directiva revelam de forma expressiva o papel decisivo atribuído à propriedade intelectual nas trocas internacionais e na própria concorrência. De facto, foi sobretudo este carácter instrumental atribuído à propriedade intelectual, em relação à concorrência no mercado interno, que justificou a elaboração da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação e, posteriormente, o reforço do respeito dos direitos de propriedade intelectual pela Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Abril de 2004.¹²

Não é, porém, unanimemente admitido que a Internet justifique este reforço de meios de defesa, uma vez que muitos autores e produtores preferem disponibilizar livremente as suas obras na Internet. Neste domínio, não há consensos, pois enquanto uns defendem que a revolução tecnológica, incorporada na Internet, representa a morte do direito de autor,¹³ outros preferem salientar que, desde a descoberta da imprensa por Guttenberg, o Direito de Autor tem incorporado todas as inovações tecnológicas por possuir uma enorme capacidade de adaptação a novas realidades.

¹¹ Adelaide Menezes Leitão, *O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através de acções de responsabilidade civil*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Coimbra Editora, 2010, 13.

¹² Adelaide Menezes Leitão, *O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual cit.*, 12-13.

¹³ Oliveira Ascensão, *Novas tecnologias e transformação do direito de autor*, Estudo sobre Direito da Internet e Sociedade da Informação, Almedina, Coimbra, 2001, 136, considera exagerada a notícia da morte do direito de autor, defendendo que este só necessita de se adaptar.

De qualquer modo, não é possível negar a encruzilhada em que se encontram actualmente os direitos de propriedade intelectual.¹⁴

A Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Abril de 2004, procura, essencialmente, uma harmonização dos aspectos processuais, de modo a que nos diferentes Estados-Membros se registre um reforço dos meios de reacção contra as violações de direitos intelectuais, uma vez que os avanços tecnológicos em matéria de armazenamento de informação e de cópia transformaram a “pirataria” e a contrafacção num comércio à escala mundial, colocando novos desafios à propriedade intelectual, designadamente no que respeita aos meios civis de resposta e à criminalização das condutas.¹⁵ Esta Directiva, ainda que situada sobretudo no plano processual, não deixa de interferir com aspectos de direito material, designadamente promovendo um alargamento das respostas civis e permitindo um recurso mais amplo à responsabilidade civil. Não pode, por consequência, deixar de ter uma leitura conjuntamente com a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001.¹⁶

A Directiva 2004/48/CE estabelece no art. 13.º/1 o quadro relativo às indemnizações por perdas e danos no sentido de que os Estados-Membros devem assegurar que, a pedido da parte lesada, as autoridades judiciais competentes ordenem ao infractor que, sabendo-o ou tendo motivos razoáveis para o saber, tenha desenvolvido uma actividade ilícita pague ao titular uma indemnização por perdas e danos adequada ao prejuízo por este efectivamente sofrido devido à violação.

Relativamente ao art. 13.º/1 da Directiva levantam-se questões em torno das referências a “sabendo-o ou tendo motivos razoáveis para o saber tenha desenvolvido uma actividade ilícita” e “prejuízo efectivamente sofrido”.

Estas locuções parecem abrir novas latitudes na responsabilidade delitual por violação de direitos de autor e direitos conexos.

1) Com efeito, a *culpa* é normalmente aferida em relação ao resultado da conduta – ilicitude do resultado. Neste caso verifica-se que a culpa é aferida pelo carácter ilícito da conduta, um pouco em termos paralelos à culpa no domínio da violação de normas de protecção. Com efeito, nas normas de protecção a culpa é aferida face à violação ilícita conforme aos elementos constitutivos da norma de protecção e não a eventuais consequências resultantes da violação, não sendo necessária a violação de bem jurídico.

¹⁴ O nosso *O Reforço da Tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual*, 13.

¹⁵ W. R. Cornish, *Intellectual Property*, 3.ª, Sweet & Maxwell, London, 1998, 41.

¹⁶ Adelaide Menezes Leitão, *O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual cit*, 13.

No direito alemão delitual, o § 823 II BGB, relativo às normas de protecção exige culpa, mesmo que a norma de protecção não contenha esse elemento subjectivo. Dolo e negligência têm que relacionar-se com a violação da norma de protecção. Em contrapartida, com respeito aos danos que resultam da realização de tipo legal, a culpa não é necessária. O dano não tem que ser abrangido pela culpa (*Verschulden*), uma vez que ele não pertence à *causalidade que provoca a responsabilidade*, mas à *que preenche a responsabilidade*, pressupondo só uma imputabilidade objectiva.¹⁷

Este aspecto parece resultar da existência na *common law* de uma responsabilidade por *innocent passing off and infringement of copyright*. Por outro lado, quer a responsabilidade civil quer outras medidas de reacção são concebidas na *common law* no sentido de o direito de autor se aproximar de um direito de propriedade e não apenas de um exclusivo sobre os lucros.¹⁸

2) A segunda questão refere-se ao *prejuízo efectivamente sofrido* que parece abrir espaço para novas fórmulas de cômputo do dano indemnizável, abrangendo novas latitudes de prejuízo em relação aos critérios tradicionais do cálculo da indemnização.¹⁹

Com efeito, acrescenta-se no artigo 13.º/1/a) da citada Directiva que ao estabelecerem o montante das indemnizações por perdas e danos as autoridades judiciais devem ter em conta todos os aspectos relevantes como as consequências económicas negativas, nomeadamente os lucros cessantes, sofridas pela parte lesada, quaisquer lucros indevidos obtidos pelo infractor e, se for caso disso, outros elementos para além dos factores económicos, como os danos morais causados pela violação ao titular do direito.

Esta fórmula ultrapassa os critérios típicos da responsabilidade delitual no cálculo da indemnização, abrangendo os lucros cessantes, os lucros obtidos pelo infractor e consagrando uma indemnizabilidade alargada, que ultrapassa os requisitos apertados em matéria de danos morais, cobrindo-se, assim, danos e lucros consequenciais. Mas há mais: o artigo 13.º/1/b) fornece uma fórmula de cálculo para o estabelecimento do montante em alternativa ao anteriormente referido que se centra na indemnização por perdas e danos em alternativa à definida na alínea a) que se centra numa quantia fixa determinada com base em elementos como, no mínimo, o montante das remunerações ou dos direitos que teriam sido auferidos se o infractor

¹⁷ O nosso *Normas de Protecção de Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 672.

¹⁸ Michael Spence, *Intellectual Property cit.*, 30.

¹⁹ Adelaide Menezes Leitão, *A Tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento, Coimbra Editora, 2006, 41 e ss.

tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão.

Por sua vez, n.º 2 do art. 13.º da Directiva acrescenta que mesmo que, mesmo quando o infractor desconheça o carácter ilícito da sua conduta poderá ser ordenada a recuperação de lucros ou a indemnização por perdas e danos que podem ser preestabelecidos, parecendo admitir uma responsabilidade por factos ilícitos independente de culpa. Neste ponto, configura-se um *encurtamento da culpa* no sentido que há algum espaço para equacionar uma responsabilidade de tipo objectivo e estabelece-se um modelo de responsabilidade civil próximo do ilícito contra-ordenacional, sendo que as penas civis preestabelecidas revertem agora para os lesados e não para entidades públicas. Esta linha europeia e a forma como a mesma foi transposta para os ordenamentos europeus gera perplexidades e dificuldades de articulação com os sistemas de responsabilidade delitual e de cálculo indemnizatório.

Em 16 de Julho de 2008 surge o Livro Verde da Comissão sobre os direitos de autor na economia do conhecimento que respeita às excepções e limitações aos direitos de exclusivo, resultantes da Directiva 2001/29/CE, que afectam a difusão do conhecimento. O Livro Verde questiona se estas excepções continuam a permitir manter o justo equilíbrio dos direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos e de utilizadores em face à evolução da difusão digital.

Em 11 de Setembro de 2009, a Comissão adoptou uma comunicação na área da tutela efectiva da propriedade intelectual na sociedade de informação defendendo a criação de um Observatório Europeu em Matéria de Contrafacção e Pirataria.

Em 27 de Abril de 2010, surge o Livro Verde – Realizar o potencial das indústrias culturais e criativas, que chama a atenção para o enorme potenciais destas indústrias para gerar crescimento e emprego.

3. A Responsabilidade civil por violação de direito de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC)

A responsabilidade civil por violação do direito de autor pode surgir no quadro dos ilícitos penais ou no quadro de ilícitos civis. No que concerne aos primeiros, a matéria da violação e defesa dos direitos de autor encontra-se regulada no título IV do Código de Direitos de Autor e de Direitos Conexos, que tipifica quatro ilícitos criminais do âmbito da violação de direitos de autor: a usurpação (art. 195.º), a contrafacção (art. 196.º), a violação do direito moral de autor (art. 198.º) e o aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º).

Comete o crime de usurpação quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma ou do organismo de radiodifusão, utilizar uma obra ou prestação por qualquer das formas previstas neste Código (art. 195.º/1).

Comete o crime de contrafacção quem utilizar, como sendo criação ou prestação sua, obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão de radiodifusão que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria (art. 196.º).

O terceiro ilícito penal corresponde à violação do direito moral de autor que se verifica quando alguém se arroga fraudulentamente a paternidade de uma obra ou de prestação que sabe não lhe pertencer; e quando alguém atentar contra a genuinidade ou integridade da obra ou prestação, praticando acto que a desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor ou do artista (art. 198.º).

Por fim, há o ilícito criminal praticado por quem se aproveita da obra contrafeita ou da obra usurpada, designadamente aplicável a quem vender, puser à venda, importar, exportar ou por qualquer modo distribuir ao público obra usurpada ou contrafeita ou cópia não autorizada de fonograma ou videograma, quer os respectivos exemplares tenham sido produzidos no País quer no estrangeiro (art. 199.º).

Os crimes de usurpação, contrafacção, violação de direito moral de autor e aproveitamento de obra usurpada ou contrafeita são punidos com pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias, de acordo com a gravidade da infracção, agravadas uma e outra para o dobro em caso de reincidência, se o facto constitutivo da infracção não tipificar crime punível com pena mais grave.

Nos crimes referidos a negligência é punível com multa de 50 a 150 dias, exceptuando o caso do aproveitamento da obra usurpada ou contrafeita em que a negligência é punida com multa de 50 dias. Em caso de reincidência não há suspensão da pena (art. 197.º).

O procedimento criminal relativo aos crimes autorais não depende de queixa do ofendido, excepto quando a infracção diga exclusivamente respeito à violação de direitos morais (200.º/1).

O ilícito penal implica simultaneamente um ilícito civil de Direito de Autor, o qual havendo danos justifica responsabilidade civil. Neste caso, por força do art. 203.º do CDADC, as acções de responsabilidade civil podem ser autónomas ou apensadas ao processo criminal.

Existem situações em que, independentemente da prática de qualquer ilícito criminal, surge uma violação de direito de autor ou dos direitos conexos que, conjugados com a produção de danos, pode implicar responsabilidade civil. Nestes casos, a responsabilidade civil é autónoma da responsabilidade criminal.

Ora, como vimos anteriormente, a Directiva 2004/48/CE atendendo à crescente vulnerabilidade dos direitos autorais na sociedade digital procurou fomentar um maior recurso às acções de responsabilidade civil com algum aligeiramento dos respectivos pressupostos. Para o efeito procurou sobretudo utilizar este sistema como uma resposta mais eficaz à lesão de direitos de autor e dos direitos conexos, o que passou pela implementação de fórmulas de cálculo indemnizatório mais atractivas para os lesados e mais sancionadoras para os lesantes.

A transposição da directiva no domínio do CDADC foi realizada através de uma tentativa de aproximação ao sistema de responsabilidade delitual consagrado no art. 483.º/1 do Código Civil. Ora, este sistema assenta em pressupostos que justificam a imputação de danos, a saber, a acção, a ilicitude, a culpa, o nexos de causalidade e o dano. Estes pressupostos encontram-se no art. 211.º/1. Com efeito, nesta disposição estabelece-se que “*Quem, com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente o direito de autor ou os direitos conexos de outrem, fica obrigado a indemnizar a parte lesada pelas perdas e danos resultantes da violação*”.

A ilicitude reconduz-se à violação de direitos de autor e direitos conexos. A culpa opera na referência ao dolo e à mera culpa. Os danos nas perdas e danos. O nexos de causalidade pode ser compreendido na expressão “resultantes da violação”.

Pode-se, assim, afirmar existir alguma redundância no art. 211.º do CDADC em relação ao artigo 483.º do CC. Não obstante esta redundância pode ser enaltecida na medida em que se pretende que o sistema de responsabilidade delitual por violação de direitos de autor e direitos conexos não quebre completamente a harmonia do direito delitual como resultaria de uma transposição literal da Directiva.

Assim, no contexto nacional, o incentivo do recurso às acções de responsabilidade civil não é feito à custa de um aligeiramento dos pressupostos da responsabilidade delitual, designadamente recorrendo a um *encurtamento da culpa*, mas sobretudo através das novas fórmulas de cômputo dos danos.

Efectivamente, neste âmbito, são de referir os n.º 2 a n.º 5 do art. 211.º, cujos vectores fundamentais são os seguintes:

i) Princípio de indemnizabilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais. O paradigma delitual assenta no carácter excepcional da indemnizabilidade dos danos morais, só sendo indemnizáveis aqueles que pela sua gravidade mereçam a tutela do

direito (art. 496.º/1 do CC), reconduzindo os danos morais não graves a bagatelas insusceptíveis de indemnização. Ao não se exigir a gravidade e o merecimento da tutela jurídica nos danos morais resultantes de violação de direitos de autor e dos direitos conexos inaugura-se um modelo de maior abertura à indemnização de danos não patrimoniais;

ii) Relevância de dimensões exteriores ao danos no cômputo deste, designadamente dos lucros, custos de protecção de direitos de autor e dos direitos conexos e de investigação e cessação de condutas ilícitas. O princípio da correspondência da indemnização ao dano abre, neste ponto, na linha da Directiva 2004/48/CE, uma brecha, permitindo-se através da incorporação de lucros e custos uma indemnização superior ao dano.

Relativamente ao dano existe, assim, uma evolução.²⁰ O dano ocupa o lugar central na responsabilidade civil. Trata-se do dano patrimonial que corresponde à *diferença para menos no património do lesado*, que resulta da diferença entre a situação em que presentemente se encontra (situação real) e aquela que se encontraria se o facto constitutivo da obrigação de indemnizar não se tivesse verificado (situação hipotética), diferentemente do dano real, que corresponde ao valor objectivo do prejuízo sofrido. O lucro cessante só tem lugar numa concepção patrimonial do dano e só configura um dano em relação à situação hipotética do património do lesado.²¹

A doutrina obrigacionista moderna tem defendido que o dano tem que ser enquadrado em termos jurídicos,²² enquanto *supressão de uma vantagem tutelada pelo direito*.²³ Da primazia metodológica do dano, a evolução aponta para margens de aplicação da responsabilidade delitual a zonas em que só se está perante danos atípicos, realidades abstractas e hipotéticas, que não traduzem uma supressão efectiva de vantagens juridicamente tuteladas, mas que redundam em actos ilícitos perante direitos de monopólio por desvio de utilidades hipotéticas, que deveriam permanecer no seu titular. Assim, verifica-se actualmente uma polaridade que passa pelos danos emergentes, os lucros cessantes e os lucros indevidamente obtidos pelo infractor.

iii) Relevância do valor da receita obtida pelo infractor no cálculo do dano. Com efeito o art. 211.º/3 estabelece-se que “*para o cálculo da indemnização devida à*

²⁰ Para mais desenvolvimentos, o nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 32 e ss.

²¹ Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, Coimbra, 1999, 24-25 e 35 e ss.

²² Sobre a necessidade de adoptar um conceito normativo de dano, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil, – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 89-90, alicerçando-o em critérios normativos e numa ponderação da ordem jurídica, sendo que entre esses critérios normativos se encontra a ilicitude.

²³ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º vol, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1994, 284.

parte lesada, deve atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infractor, designadamente do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados”. Neste caso, o dano abrange o próprio benefício ou enriquecimento do infractor, o que permite enquadrar na responsabilidade delitual um campo tradicionalmente ocupado pelo instituto do enriquecimento sem causa.²⁴

iv) O legislador manda ainda atender às circunstâncias da infracção, à gravidade da lesão sofrida e ao grau de difusão ilícita da obra ou da prestação. Os critérios referidos anteriormente devem ser conjugados de modo a encontrar um montante indemnizatório. Atendendo à multiplicidade de critérios – alguns dificilmente conjugáveis entre si – defendemos que esta fórmula acentua a dimensão preventiva e punitiva da responsabilidade delitual. Com efeito, assiste-se à erosão do paradigma reconstitutivo da responsabilidade delitual, sendo a matriz da responsabilidade civil por violação de direitos de autor e direitos conexos marcadamente punitiva. Parece-nos, pois, que o legislador entende que toda esta variedade de critérios se impõe para encontrar o “prejuízo efectivamente sofrido” por violação de direitos de autor e dos direitos conexos à escala comercial.

v) No art. 211.º/5 do CDADC estabelece-se ainda um sistema subsidiário – apenas utilizável em caso de impossibilidade de se fixar o montante indemnizatório de acordo com a primeira fórmula - por contraposição com a alternativa que resulta da Directiva – desde que a este sistema não se oponha a parte lesada. Trata-se da fixação judicial de uma quantia fixa com recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos suportados com a protecção do direito de autor ou direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva.

Verifica-se porventura alguma incongruência nesta fórmula porque os critérios de determinação do montante indemnizatório nela referidos já se encontram em grande parte tidos em conta no n.º 2 do art. 211.º, pelo que esta solução terá à partida pouco espaço de aplicação prática.

O mesmo é de referir em relação à reicidência em que o legislador manda combinar todos os critérios já utilizáveis nas fórmulas anteriores. Com efeito, o art. 211.º/6 estabelece que “quando, em relação à parte lesada, a conduta do infractor constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos critérios previstos nos n.ºs 2 a 5.”

²⁴ Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, 297 e ss.

Note-se que os n.ºs 5 e 6 do artigo 211.º afiguram-se-nos especialmente criticáveis, por representarem uma transposição defeituosa da Directiva 2004/48/CE, na medida em que procedem à substituição de uma opção alternativa do sistema de cálculo indemnizatório por uma solução subsidiária.²⁵

Em nosso entender, o sistema de responsabilidade delitual especial por violação de direito de autor não é isento de dificuldades práticas de aplicação e comporta uma difícil harmonização com o sistema de cômputo do dano estabelecido no Código Civil, tendo sido aprofundada uma dimensão punitiva sem paralelo no nosso direito.

A jurisprudência nacional tem feito pouca aplicação da Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril. Alguns litígios que chegaram às instâncias judiciais superiores são anteriores à entrada em vigor desta lei.²⁶ Porém, em algumas decisões relativas à aplicação de medidas cautelares já é possível constatar uma aplicação generosa da referida legislação.²⁷

4. Conclusões

A Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, que altera o CDADC transpõe de forma deficiente e incompleta algumas soluções da Directiva 2004/48/CE. Não obstante, as alterações introduzidas vão no sentido de uma tutela mais efectiva da propriedade intelectual, valorizando as acções de responsabilidade civil.

No sistema português este incentivo às acções de responsabilidade civil por violação dos direitos de autor e dos direitos conexos não é feito, porém, à custa do aligeiramento dos respectivos pressupostos, mas antes através de novas fórmulas do cálculo da indemnização.

A responsabilidade especial por violação de direitos de autor e dos direitos conexos inaugura, assim, novas orientações no domínio do cômputo do dano e do respectivo cálculo indemnizatório. Todavia, as fórmulas de cálculo da indemnização cumulam critérios múltiplos, alguns dificilmente conjugáveis entre si, parecendo a fórmula subsidiária de difícil aplicação.

O conjunto de critérios estabelecidos no artigo 211.º do CDADC apontam para uma dimensão punitiva da responsabilidade por violação dos direitos de autor e dos direi-

²⁵ Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor cit.*, 297.

²⁶ Acórdão do STJ 13-Jan.-2010 (Henriques Gaspar) e Acórdão do STJ 29-Nov.-2012 (Serra Baptista)

²⁷ Cfr. Ac. Rel. Lx 10-Fev.-2009 (Abrantes Gerales), Ac. Rel. Cbr 17-Nov.-2009 (Judite Pires).- e Ac. Rel. Lx 28-Fev.-2013 (Pedro Martins), Ac. Rel. Lx 6-Jun.-2013 (Catarina Arêlo Manso)

tos conexos que permite reflectir sobre as constantes metamorfoses das funções da responsabilidade delitual, nas quais o lastro anglo-americano nos direitos continentais, por via da legislação europeia, parece ser incontornável.

Por tudo o que se deixou explicitado, afigura-se-nos que o papel fundamental na reacção aos ilícitos autorais através da responsabilidade civil caberá essencialmente aos tribunais, mediante uma aplicação equilibrada dos critérios legais. Esse equilíbrio postulará, em certas situações, alguma parcimónia na aplicação dos critérios adoptados com a transposição da Directiva 2004/48/CE; noutras, atendendo ao carácter incompleto da referida transposição, impor-se-à uma interpretação do direito nacional em conformidade com a Directiva.

Bibliografia

- Ascensão, José de Oliveira - *Novas tecnologias e transformação do direito de autor*, Estudo sobre Direito da Internet e Sociedade da Informação, Almedina, Coimbra, 2001
- Coelho, Pereira - *O enriquecimento e o dano*, Almedina, Coimbra, 1999
- Cordeiro, António de Menezes - *Direito das Obrigações*, 2.º vol, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1994
- Cornish, W. R. - *Intellectual Property*, 3.ª, Sweet & Maxwell, London, 1998
- Frada, António Carneiro da - *Direito Civil. Responsabilidade Civil, – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006
- Leitão, Adelaide Menezes - *A Tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento, Coimbra Editora, 2006
- Leitão, Adelaide Menezes - *Normas de Protecção de Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009
- Leitão, Luís Menezes - *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011
- Lipovetsky, Gilles - *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*, Gallimard, 2013
- Spence, Michael - *Intellectual Property*, Oxford University Press, 2007