



Movimento Liberdade na Era Digital

<https://ledmov.org/> · led@ledmov.org

Posição do Movimento Liberdade na Era Digital sobre o projecto de lei 118/XII

O indivíduo na era digital

Num cenário internacional dominado por iniciativas legislativas lesivas dos direitos e liberdades do indivíduo, não é sistemática em Portugal a auscultação de vozes que representem preocupações com esses direitos e liberdades.

Parece comum a expectativa (e até a admoestação) de que, pelo menos fora de uma esfera privilegiada de legitimidade corporativa, o escrutínio público de processos legislativos se deva esgotar na participação dos cidadãos em actos eleitorais.

O projecto de lei agora em discussão é exemplo claro destes problemas — concebido no seio de um organismo (Secção dos Direitos de Autor e Direitos Conexos do Conselho Nacional de Cultura) que representa primariamente os potenciais beneficiários das ‘compensações equitativas’ nele definidas.

A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias limitou-se a concluir que o projecto de lei

“reúne os requisitos constitucionais e regimentais para ser discutido e votado em plenário”

sugerindo em nota técnica a consulta de mais entidades — também estas vocacionadas para representar beneficiários e intermediários do sistema de compensações. De algumas, como a Secretaria de Estado de Cultura, é legítimo dizer que idealmente não teriam papel tão restrito — expectativa que sentimos contrariada por declarações do actual Secretário de Estado noutros contextos.¹

É neste contexto que, gratos pela oportunidade concedida pelo Grupo de Trabalho dedicado ao projecto de lei 118/XII, nos dirigimos agora à Comissão Parlamentar de Educação, Ciência e Cultura — não contra o sistema de direitos intelectuais mas pelo seu equilíbrio, contra visões maximalistas que pretendem a ele equiparar ou subjugar direitos fundamentais do indivíduo.

O contexto legal

O assunto em discussão é a cópia privada, uma prática legal e defendida por lei, e a possibilidade de serem ou não alterados os mecanismos compensatórios a ela associados.

A cópia privada é a cópia de uma obra realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos [cf. CDADC art.º 75, n.ºs 2, al. a), 4 e 5; art.º 81, al. b) e 82.º; e Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro].

¹Por exemplo, na entrevista publicada no *Correio da Manhã* de 2011-10-30: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/lazer/cultura/francisco-jose-viegas-acharam-que-vestiria-a-pele-de-estalinista>

Cobertos pela cópia privada estão actos tão simples como: fazer um backup de um CD audio para o nosso PC, copiar uma faixa do mesmo CD para um leitor de MP3, fotocopiar um capítulo de um livro para pesquisa, digitalizar uma página de um livro ou outro documento. Não cobertos pela cópia privada estão quaisquer actos que desrespeitem a legislação de direitos de autor e afins (conexos, lei do software, etc.).

Contextos que contaminam a discussão pública

Cópia privada não é “pirataria” — a sustentação emocional

Alguns promotores do presente projecto de lei persistem em estender o âmbito de discussão à “pirataria”, de forma explícita ou implícita (nem sempre subliminar) — apesar de nas discussões mais formais reconhecerem e até sublinharem o âmbito estrito da cópia privada.

Extravasando o âmbito anunciado do projecto de lei, os argumentos resultantes não lhe proporcionam qualquer sustentação jurídica; mas funcionam como sustentação emocional e fonte de confusão na opinião pública.

É importante que o projecto de lei não se transforme num mecanismo encapotado de colectivização do pagamento de compensações por prejuízos ou danos, prejuízos e danos que decorrem de actividades criminais tipificadas em legislação completamente distinta e que têm mecanismos próprios de serem ressarcidos.

Alternativa a invasão de privacidade? — a falsa dicotomia

Várias legislações no domínio do direito intelectual reconhecem o valor da privacidade como base para limitações e excepções, incluindo a da cópia privada.

Mas esse reconhecimento não é genuíno se acompanhado de pedidos de resgate — como quando sistemas de ‘compensação equitativa’ nos são apresentados como ‘soluções de compromisso’, que teremos de aceitar para evitar alternativas invasivas da privacidade (sistemas de gestão digital de direitos, acções de fiscalização, ...).

Por um lado queremos frisar que consideramos inaceitáveis vias que ameacem a privacidade. Quando a evolução tecnológica fornece a detentores de direitos argumentos de prejuízo com base em comportamentos privados, bem como meios para registar e limitar alguns desses comportamentos, importa acima de tudo salvaguardar a privacidade como direito fundamental — se necessário repensando o direito intelectual.

Acresce que essa opção que nos é apresentada representa, em essência, uma falsa dicotomia: não apenas quaisquer soluções invasivas da privacidade seriam completamente desproporcionais, como se revelariam ineficazes para lidar com o fenómeno da cópia privada. Com efeito, esta última é, por natureza, insindicável, e foi precisamente essa insindicabilidade que conduziu à criação de um sistema de compensação equitativa.

Assim sendo, não estamos a discutir ‘males menores’ (que possam parecer cedências razoáveis por contraponto com as ameaças esgrimidas), mas antes a exacta medida em que é razoável, apesar de tudo, compensar o autor por utilizações lícitas da sua obra, levadas a cabo numa esfera retirada ao olhar público e ao giro comercial.

O Fundo Cultural

Não pretendemos aqui tomar posição sobre em que medida cabe ao estado incentivar financeiramente a criação intelectual. Mas parece-nos perverso que (através do artigo 12.º) esse papel contamine e transcenda funções de uma entidade privada criada para cobrança e distribuição de compensações:

- subtraindo às potenciais ‘compensações’ 15% do total das receitas líquidas, qual pseudo-imposto consignado;
- recebendo do estado poderes de gestão de 2/3 dessa quantia;
- transferindo 1/3 para o estado² como receita consignada ao pagamento de um subsídio.

Fica também assim contaminada a discussão em torno do projecto de lei — passível de promoção como ferramenta de financiamento de criação e de “acções de natureza cultural ou social”, à margem do sistema geral de impostos.

O problema da irrenunciabilidade

A expressa previsão da compensação pela cópia privada como um direito irrenunciável (artigo 5.º) merece objecções, quer de princípio, quer de eficácia.

Ao nível dos princípios, pressupõe um autor desprotegido e incapaz de gerir os seus próprios interesses, a cuja liberdade contratual a lei tem de impor restrições, o que não corresponde de todo à realidade do terreno. Ao nível da eficácia, tal interferência com a livre formação da vontade das partes constitui um poderoso obstáculo a modelos de divulgação das obras e prestações (como é o caso de certas licenças Creative Commons) que pode ser de todo o interesse para o autor, particularmente para o autor jovem e em início de carreira. Assim, paradoxalmente, em último caso, as soluções previstas no texto legislativo proposto poderão reverter contra aqueles cujos direitos pretendia salvaguardar.

Além disso, sempre que o autor não pretenda ser representado por uma entidade gestora — mesmo, repare-se, naquelas situações em que não pretenda renunciar ao seu direito mas deseje manter na sua esfera a respectiva gestão —, a verba arrecadada em seu nome, pela cópia privada das suas obras, a título de compensação equitativa, acabará por reverter para outros autores, que em última análise com ele concorrem pelas predilecções do público. Acrescem problemas de transparência nos métodos de distribuição das receitas arrecadadas, quer dentro da AGE COP quer das suas associadas. Mais uma vez, as boas intenções do legislador reverteriam em prejuízo, e não na salvaguarda, de interesses legítimos dos autores.

Finalmente, a citada irrenunciabilidade esquece o caso específico das obras de cariz académico e científico, que despoletam um conjunto de preocupações muito específico — diverso, na essência, de obras de outro cariz — e não podem ser, sem mais, assimiladas a outras categorias ditas mais comerciais. Não apenas os interesses de um autor científico não coincidem com os interesses de um autor de obras de outro tipo (aquele autor tem, em princípio, todo o interesse em ser profusamente citado e ver as suas teses difundidas de forma tão alargada quanto possível), como os próprios factores de interesse público a ter em conta (pense-se no ensino e na informação) aconselham uma ponderação a todos os níveis diversa da que foi feita no texto em análise.

Dos danos

Sem quantificação?

De acordo com a exposição de motivos do projecto lei, está em causa garantir aos titulares de direitos

“uma razoável e justa compensação pelos danos sofridos pela prática social da cópia privada”

²O projecto de lei refere como destino o Fundo de Fomento Cultural do Ministério da Cultura, apesar de o referido ministério não existir actualmente.

Definindo o projecto de lei 118/XII um sistema de taxas que representa um “imposto em benefício de particulares”³, esperar-se-ia recair sobre os seus autores e promotores o ónus da prova de essas taxas constituírem “compensação equitativa” de danos, “razoável e justa” — pelo menos alguma estimativa, face à impossibilidade óbvia de uma quantificação rigorosa.

Mas, tanto quanto sabemos, não foi apresentada até agora qualquer análise de prejuízos justificativa dos valores definidos no projecto de lei.

Presunção de cópia privada, presunção de prejuízo

O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relativo ao processo Padawan contra SGAE⁴ sublinha a necessidade de correlação entre taxas e prejuízos:

“a compensação equitativa deve necessariamente ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas pela introdução da excepção de cópia privada’.”

Mas mesmo este acórdão é criticável⁵ ao consagrar para “pessoas singulares enquanto utilizadores privados” a presunção dupla expressa nos parágrafos 54–56 (ênfase nossa):

“a partir do momento em que os equipamentos em causa foram disponibilizados a pessoas singulares para fins privados, **não é de modo algum necessário demonstrar** que estas **realizaram de facto cópias privadas** com recurso a esses equipamentos e, assim, **causaram efectivamente um prejuízo** ao autor da obra protegida.

Com efeito, presume-se legitimamente que essas pessoas singulares beneficiam totalmente da referida disponibilização, isto é, espera-se delas que explorem a plenitude das funções associadas aos referidos equipamentos, incluindo a de reprodução.

Daqui decorre que a mera capacidade destes equipamentos ou destes aparelhos para realizar cópias basta para justificar a aplicação da taxa por cópia privada, na condição de os referidos equipamentos ou aparelhos serem disponibilizados a pessoas singulares enquanto utilizadores privados.”

Como considerar “justas e razoáveis” tais presunções e o que delas decorre em legislação como a agora proposta?

Deficiências de tipificação de prejuízos

Para além da inexistência (e da complexidade) de avaliação sistemática de ‘prejuízos’, não é difícil encontrar problemas em alguns exemplos usados por promotores de sistemas de compensação, começando pela ausência da consideração de potenciais benefícios associados à cópia privada.

A cópia de um CD de música é frequentemente usada para exemplificar um ‘prejuízo’ igual ao preço de um exemplar original. Mas limitações práticas ou legais à cópia não implicariam automaticamente a compra de exemplares adicionais. Não só pelo peso do preço unitário (a menos de fornecimento de exemplares adicionais a custo reduzido) mas também porque, só por si, o objecto CD não permite todos os usos que a cópia facilita — cópias de segurança, transferências em diversos formatos para equipamentos diversos (desde computador pessoal aos

³José de Oliveira Ascensão: “A proposta de reforma da lei da cópia privada”, http://www.gestautor.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=64 (sobre uma proposta antecedente do actual projecto de lei).

⁴Processo C-467/08, Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), 21 de Outubro de 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0467:PT:NOT>

⁵Ver, por exemplo, Zohar Efroni: “The European Court of Justice rules on copyright levies”, <http://cyberlaw.stanford.edu/node/6550> (Center for Internet and Society, Stanford Law School).

equipamentos de leitura mais reduzidos)... Sem a possibilidade da cópia privada, facilmente um CD musical seria visto pelos consumidores como menos valioso.

Em alguns casos a ‘venda perdida’ a favor da cópia privada pode simplesmente resultar do desperdício de oportunidades de negócio, como com obras não disponíveis no mercado em formatos ou fracções convenientes. Mesmo perante uma alternativa de cópia privada a transacção pode ser interessante para o consumidor, por falta de conhecimentos, tempo, ou meios para chegar a resultado igualmente conveniente (e.g., comprando excerto de um livro em formato digital em vez de digitalizar ou fotocopiar a partir de um exemplar em papel).

Coerência legal

Finalmente, é interessante notar que a cópia privada é uma das utilizações abrangidas pelo número 4 do artigo 75.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC):

Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.

A presunção sistemática de prejuízo como resultado de actos de cópia privada não implica a revogação deste ponto?

Das compensações

Presunção de que todo o espaço é usado para cópia privada

A taxa, ao ser pelo armazenamento máximo, assume que todo o dispositivo é usado para fins de cópia privada, mesmo que tal nunca tenha sido a intenção na sua aquisição. A não existência no mercado de discos para desktop com capacidades inferiores a 500 GB torna esta taxa um custo que se reflecte em todos os computadores, especialmente os mais baratos, e em última instância numa taxa sobre a posse e o uso de tecnologias de informação, independentemente do tipo de uso destas que seja feito.

De notar, a propósito, que um suporte de armazenamento pode estar repleto de obras objecto de protecção em termos de direito de autor ou direitos conexos *sem* que esteja ou faça sentido estar envolvida cópia privada no sentido jurídico em causa (apesar de não vermos previstas excepções para os dois últimos exemplos)

- ficheiros criados pelo próprio utilizador;
- obras cujo uso é restringido através de ‘medidas eficazes de carácter tecnológico’ (DRM), que na prática impedem não só a cópia privada como diversas utilizações livres previstas no CDADC;
- obras adquiridas em formato digital sob pressuposto de utilização em diversos dispositivos;
- obras com diversas licenças livres e obras oferecidas informalmente, a título particular, sem restrições de cópia (exemplo típico: fotografias oferecidas por familiares e amigos...).

Isenções ausentes

Por definição, a cópia privada só pode ser efectuada por pessoas singulares. Empresas e outras organizações não usam cópia privada, não devem pagar por ela — como ficou claro no acórdão do TJUE:

“a aplicação, sem distinção, da taxa por cópia privada no que respeita a todos os tipos de equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, incluindo na

hipótese, explicitamente evocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, em que estes últimos são adquiridos por pessoas não singulares, para fins manifestamente estranhos ao da cópia privada, não é conforme com o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2001/29.”

Embora o projecto de lei 118/XII inclua uma referência ao acórdão (apenas para substituir o termo “remuneração” por “compensação”) os autores optaram por o ignorar quanto às isenções, mantendo no artigo 6.º a assinatura de um mundo de “comunicação audiovisual”, “fonogramas” e “videogramas” (o mesmo protegido no n.º 3 do artigo 82.º do CDADC) — uma visão limitadíssima do universo de aplicações do armazenamento digital, incapaz de evitar que um projecto de lei que se reclama de protecção da criação intelectual acabe em muitos casos por a onerar.

Aumento dos custos indirectos e directos de todos os equipamentos electrónicos

Todos os equipamentos electrónicos nos dias de hoje têm um tipo qualquer de armazenamento. Por equipamentos electrónicos entenda-se o espectro que vai de torradeiras inteligentes, máquinas de lavar ou alarmes até computadores, telemóveis, tablets, decodificadores de TDT, portas de metropolitano, routers/modems para acesso à Internet, etc. Para todos estes equipamentos se propõe deste modo a criação de uma taxa, sem sequer tentar separar casos óbvios em que a cópia privada não se aplica.

Nos outros casos propõe-se uma taxa fixa, calculada com base numa percentagem do preço e depois congelada. Se os preços fossem estáveis isto poderia ser compreensível. Num mercado onde os preços caem constantemente e onde as capacidades a taxar crescem em passos rápidos e significativos, qualquer taxa assim definida facilmente passaria rapidamente a representar mais que o custo do produto não taxado.

Ao responsabilizar solidariamente o retalhista com o importador pelo pagamento da taxa, o retalhista arrisca-se a ter de pagar a taxa duas vezes se a pagar ao importador e este não o fizer. Esse risco económico resultará num aumento de preço para o consumidor. Este risco/custo aumenta com cada intermediário.

Burocracia para todos

O consumidor final, se fizer a aquisição de um produto com armazenamento no exterior (por exemplo, numa loja Amazon), é considerado por esta legislação importador e é responsável por todo o processo burocrático.

Além disso, será necessário aos retalhistas e importadores implementarem toda uma infraestrutura burocrática para a gestão da informação relativa à cobrança da taxa (informação essa que tem que ser reportada autónoma e periodicamente, incluindo discriminação por equipamento da taxa cobrada, registo de ocorrência de isenções), assim como será necessário alterar softwares de registo, facturação e gestão para integrar as obrigações decorrentes da lei, com os respectivos custos elevados associados.

Ignora o mercado em 2ª mão e mudança de finalidade

A compra de um dispositivo de armazenamento no mercado de segunda mão não é tida em conta. Mais genericamente, a mudança de finalidade. A possibilidade de a taxa ser devolvida quando o dispositivo passa a ser usado para um fim isento não está prevista.

Um novo tipo de contrabando

Ao adicionar taxas que podem ultrapassar o preço do produto e custos indirectos com burocracia, dada a facilidade de aquisição directa por parte do consumidor a fornecedores estrangeiros, mesmo por ignorância (o consumidor que não estiver a par da lei/taxa) vamos potencialmente assistir ao surgimento de um novo tipo de contrabando, com o aumento de custos que daí advêm para a o sistema alfandegário, policial e de justiça. Esta lei não é uma questão de pagar o justo pelo pecador, é de o cidadão pagar por um mau trabalho do legislador.

Porquê taxas?

A Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁶ indica que “em certos casos de excepção ou de limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado” — mas sem impor que tal compensação seja suportada através de um mecanismo de taxas como o deste projecto de lei.

A insistir-se que a cópia privada acarreta para os titulares de direitos um prejuízo não negligenciável, parece-nos muito mais “razoável e justa” (e simples!) uma solução que inclua a compensação directamente no preço de cada obra protegida por direitos de autor ou conexos — idealmente como valor a decidir caso a caso pelos beneficiários.

Notando a preocupação de promover a criação intelectual, fica em qualquer caso a sugestão de na distribuição de compensações serem claramente privilegiados os criadores.

A actual lei já é injusta

Os presentes mecanismos compensatórios estabelecidos por lei para a compensação dos autores de obras pela cópia privada já ultrapassaram há muito a mera compensação destes pela cópia privada das suas obras e pelos prejuízos que desta possam decorrer, tendo vindo a transformar-se num mecanismo de presunção da utilização de determinados suportes e equipamentos para um fim exclusivo de cópia privada, o que não corresponde à realidade, criando desta forma um enriquecimento ilegítimo dos autores e uma cobrança indevida de taxas por actividades com as quais não têm qualquer ligação.

Importa portanto corrigir a legislação no sentido de se voltar a enquadrar nas suas justificações e objectivos originais, e não agravar a injustiça que já actualmente existe.

Movimento Liberdade na Era Digital · 17 de Fevereiro de 2012

O Movimento Liberdade na Era Digital propõe-se defender os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, com particular destaque para a liberdade de expressão e a privacidade, bem como o equilíbrio do sistema de direitos intelectuais.



Texto licenciado com a Licença Creative Commons
Atribuição – Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não Adaptada
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/>

⁶<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>