

Exma. Senhora
Dra. Edite Estrela
M.I Presidente da Comissão
de Cultura, Comunicação, Juventude e
Desporto
Assembleia da República

Lisboa, 17 de abril de 2017

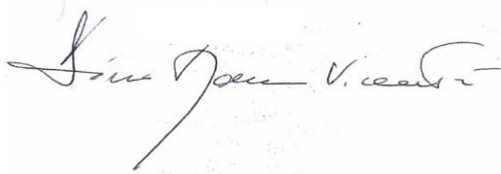
Assunto: Contributo da Associação Portuguesa de Direito Intelectual sobre as propostas de legislação europeia para a criação do Mercado Único Digital

Exma. Senhora Deputada,

Em resposta à comunicação que foi dirigida à Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI) pela Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto, presidida por V. Exa., para que esta associação se pronuncie sobre as iniciativas legislativas europeias relativas à criação do Mercado Único Digital, vem a APDI apresentar o seu contributo através do documento que agora se junta, da autoria do vogal da sua Direção Professor Doutor Alexandre Dias Pereira.

Apresentamos os nossos respeitosos cumprimentos,

O Presidente da Direção da APDI



Prof. Doutor Dário Moura Vicente

A Modernização do Direito de Autor na União Europeia: Breve Reflexão sobre as Propostas da Comissão

Alexandre Dias Pereira

1. No âmbito da criação do mercado único digital e na sequência da sua Comunicação “Promover no Mercado Único Digital uma economia europeia justa, eficiente e competitiva, baseada nos direitos de autor¹, a Comissão Europeia apresentou um pacote de propostas destinadas a adaptar as normas dos direitos de autor à era digital e a incorporar o Tratado de Marraquexe no direito da UE².

As propostas da Comissão são as seguintes:

- Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital³;

- Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão⁴;

- Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinadas utilizações permitidas de obras e outro material, protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos e que altera a Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação⁵;

- Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao intercâmbio transfronteiras, entre a União e países terceiros, de cópias em formato acessível de certas obras e outro material protegido por direitos de autor e direitos

¹ COM(2016) 592 final, Bruxelas, 14.9.2016.

² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>

³ COM(2016) 593 final, Bruxelas, 14.9.2016.

⁴ COM(2016) 594 final, Bruxelas, 14.9.2016.

⁵ COM(2016) 596 final, Bruxelas, 14.9.2016.

conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos⁶.

2. As propostas pretendem aumentar a disponibilidade de obras na Europa, (i) criando condições favoráveis para a distribuição transfronteiriça de programas de televisão e rádio em linha, (ii) aumentando a disponibilidade de obras audiovisuais em plataformas de VoD⁷, e (iii) facilitando a digitalização e divulgação de obras fora do comércio.

Depois, as propostas visam melhorar as regras de direitos de autor sobre investigação, educação e património cultural. Ao contrário da atual natureza facultativa da maior parte das exceções ao direito de autor da UE (e por isso do seu âmbito não transfronteiriço), propõe-se um conjunto de exceções obrigatórias que estão relacionadas com atividades de ensino, exploração de texto e dados (*data & text mining*), e a preservação do património cultural por entidades como os museus e as cinematecas.

Por outro lado, com vista a melhorar o funcionamento do mercado dos direitos de autor, propõe-se a consagração de um direito conexo para os editores (*publisher's right*), (2) reforça-se a posição dos titulares de direitos em sede de negociação e remuneração da exploração on-line do seu conteúdo em plataformas de partilha de vídeo, e (3) estabelecem-se novas regras de transparência para a remuneração dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes.

Finalmente, são apresentadas duas propostas para incorporação do Tratado de Marraquexe no direito da UE⁸. Pretende-se facilitar o acesso, em formato adequado, a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso. Nesse sentido, a proposta de diretiva prevê uma exceção obrigatória e a proposta de regulamento visa possibilitar o intercâmbio transfronteiriço desses exemplares entre a UE e países terceiros que são partes no Tratado.

⁶ COM(2016) 595 final, Bruxelas, 14.9.2016.

⁷ Entende-se que os operadores de serviços baseados em tecnologias equivalentes à retransmissão por cabo (por ex., os provedores de IPTV) não podem beneficiar da gestão coletiva obrigatória da retransmissão por cabo.

⁸ Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso, assinado em Marraquexe, Marrocos, em 28 de junho de 2013.

3. O pacote de modernização do direito de autor da União Europeia constitui objeto de análise crítica por parte de diversas organizações. Em especial, o Instituto Max Planck para a Inovação e Concorrência, de Munique, emitiu uma declaração de posição⁹, nos termos da qual, em síntese:

Primeiro, o pacote não se baseia numa “reavaliação sistemática” do direito de autor da União Europeia e, ao invés de simplificar o já complicado quadro jurídico existente, adiciona novos “estratos de regulação largamente desnecessários”, potenciando “inconsistências significativas”. Em especial, não se compreende que as exceções propostas para educação à distância, a mineração de dados e textos e a preservação do património cultural sejam obrigatórias, ao passo que certas exceções como a liberdade de citação, crítica, paródia e uso privado continuem facultativas.

Segundo, o pacote terá um impacto de “fragmentação” do quadro normativo, uma vez que certas matérias, como a educação à distância, serão simultaneamente objeto de diretivas e de regulamentos, além de não apresentar uma concetualização coerente (por ex. a noção de titular de direitos, as distinções entre exceções e limites, remuneração equitativa e compensação equitativa, comunicação ao público e colocação à disposição do público e ausência de clarificação dos atos de hiperligação que constituem comunicação ao público);

Terceiro, pese embora a criação de um sistema unitário de direitos de autor na União Europeia ter sido abordada pela Comissão em diversas Comunicações e de o artigo 118 do TFUE fornecer a base legal para tal ensejo – considerando-se o regulamento como o instrumento não apenas adequado, mas também necessário para promover o funcionamento do mercado interno -, atualmente a criação de um sistema unitário poderá não ser realista nem viável.

Em suma, pelas razões sumariamente expostas, o MPI entende que o pacote de modernização deveria simplificar o direito de autor da EU ao invés de o tornar ainda mais complicado e inconsistente e, além disso, embora seja favorável a um sistema unitário de direitos de autor a médio prazo, esse objetivo poderá ser “irrealista”, pelo

⁹ Reto M. Hilty & Valentina Moscon, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, February 2017.

que as medidas propostas deveriam ser contidas numa única diretiva, que estabeleceria todas as exceções obrigatórias, incluindo as relativas às utilizações em benefício de pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos, implementando desse modo o Tratado de Marraquexe.

4. De um modo geral, saudamos as propostas da Comissão no sentido da atualização da adaptação das normas de direitos de autor da União Europeia aos desafios do mundo digital. Todavia, o pacote de modernização proposto suscita algumas questões.

4.1. Para começar, cumpre dizer que este processo já remonta pelo menos ao Livro Verde de 1988 sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia digital, cujo programa de ação então traçado levou à adoção de diversas diretivas de harmonização.¹⁰ Por isso, tal como salientado pela declaração do MPI, a modernização deve desde logo harmonizar-se com o quadro jurídico já existente, buscando maior coerência sistemática e conceitual, ao invés de fragmentar noções legais cujo sentido vai sendo clarificado pela jurisprudência do TJUE. Com efeito, a União Europeia conta já com 11 diretivas e a jurisprudência do TJUE sobre elas com mais de 80 decisões.

Por outro lado, o pacote de modernização representa um passo qualitativo, uma vez que acarreta a unificação de regimes através da adoção de regulamentos. Ao contrário do que já sucede em outros domínios da propriedade intelectual, como as marcas e os modelos e desenhos, não existe um título jus-autoral unitário na União Europeia, conservando o direito de autor no essencial a sua base territorial nacional. Adotar um regulamento no domínio dos direitos de autor será, metaforicamente, “uma lança em África”, ficando aberto o caminho à instauração de um sistema unitário de direitos de autor na União Europeia. Talvez seja essa uma via possível a médio prazo e até permitida pelo princípio da proporcionalidade. Todavia, é duvidoso que passe no crivo do princípio da subsidiariedade, já que não está provado que o atual sistema impeça o

¹⁰ Aliás, estudámos a origem e os contornos iniciais deste processo na nossa dissertação de mestrado em direito, intitulada “Informática, direito de autor e propriedade tecno-digital”, apresentada em finais de 1998 à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e defendida em provas públicas no dia 12 de abril de 1999 (publicada com atualizações em 2001 pela Coimbra Editora).

bom funcionamento do mercado interno nem que um sistema unitário seria um meio mais eficaz para alcançar esse fim.

É verdade que as propostas de regulamentos se centram no mercado único digital, pelo que os seus efeitos seriam confinados ao mundo digital, o qual, por natureza, quase não conhece fronteiras. Todavia, este será mais indício da utilização do “lema” sociedade de informação como pretexto de apropriação de uma zona de soberania por parte da União Europeia, em detrimento dos Estados-Membros.¹¹ Parece-nos politicamente mais aconselhável explorar primeiro a via da harmonização por via de diretivas e, no caso de se revelar insuficiente para o bom funcionamento do mercado único digital, “experimentar” então a solução regulamento.

De todo o modo, a via do regulamento poderá ser mesmo necessária para a relação da União Europeia com países terceiros, tal como previsto para a proposta de regulamento que visa possibilitar o intercâmbio transfronteiriço de exemplares de obras em formato adequado para invisuais entre a UE e países terceiros que são partes no Tratado de Marraquexe.

4.2. Na especialidade, o teor das propostas merece-nos algumas observações, para além das já apontadas pelo MPI.

Para começar, deve realçar-se que o pacote acentua a desindividualização do direito de autor. Os objetivos são louváveis, como sejam promover a distribuição transfronteiriça de programas de televisão e rádio em linha e aumentar a disponibilidade de obras audiovisuais em plataformas de VoD. Todavia, alargar a gestão coletiva obrigatória prevista para a retransmissão por cabo significa, na prática, retirar poder aos titulares de direitos, reduzindo os direitos de autor a meros direitos de remuneração, como sucederá igualmente no domínio da digitalização e divulgação de obras fora do comércio (pese embora a possibilidade de *opt-out*), ou com a exploração on-line de conteúdos em plataformas de partilha de vídeo. É verdade que as regras propostas de transparência para a remuneração dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes

¹¹ Permitimo-nos remeter para o que escrevemos sobre esta matéria na nossa tese de doutoramento “Direitos de Autor e liberdade de informação” (Almedina, 2008, § 3).

contribuirão para uma maior clareza do sistema, mas nem por isso a desindividualização, em termos de desnecessidade de autorização individual, será menor.

A tendência para a “socialização” dos direitos de autor nota-se igualmente nas propostas que, visando melhorar as regras de direitos de autor sobre investigação, educação e património cultural, consagram um conjunto de exceções obrigatórias relacionadas com atividades de ensino, exploração de textos e dados (*data & text mining*), e a preservação do património cultural por entidades como os museus e as cinematecas. Ao mesmo tempo estas propostas têm o efeito algo contraditório de significar, a contrario, que não estando já expressamente previstas as utilizações aí referidas, não são autorizadas por lei, já que pelo menos não passariam no teste dos três passos.

Todavia, parece-nos que o objetivo principal é tornar essas exceções obrigatórias de modo a impedir a fragmentação de regimes nacionais que perturbem ou prejudiquem o bom funcionamento do mercado único digital, por exemplo no contexto do ensino à distância. De resto, na doutrina são vários os Autores que defendem a obrigatoriedade das exceções, de modo a evitar o atual mosaico de regimes nacionais. De entre estas exceções deverá contar-se, naturalmente, a destinada a permitir o acesso, em formato adequado, a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso, nos termos do Tratado de Marraquexe.

Se a consagração da obrigatoriedade de exceções aprofunda a função social dos direitos de autor, já a proposta de criação um direito conexo para os editores - existente em alguns Estados Membros - aponta em sentido contrário. Um dos princípios que norteiam a harmonização dos direitos de autor na União Europeia é o princípio do nível elevado nível de proteção. Na prática isso significa harmonizar por cima, isto é, tornar padrão comum o nível de proteção mais elevado praticado por um Estado Membro (veja-se, por exemplo, o caso da duração de proteção). O mesmo vale, em certo sentido, para o direito especial do fabricante de base de dados.

Todavia, não está demonstrado que a atribuição de um direito conexo a mais uma categoria de titular de direitos – no caso, os editores – promova o bom funcionamento do mercado interno. Basta pensar que o direito especial do fabricante de bases de dados

não foi replicado por outros países e nem por isso as grandes empresas da Internet procuraram a Europa como principal centro de negócios...

Além de que, na prática, os editores já são titulares, por cessão legal ou contratual, de direitos patrimoniais. É bem provável que na prática este novo direito seja usado sobretudo contra os próprios autores, inibindo-os de procurarem vias alternativas de produção e distribuição das suas obras. Certamente que com esse novo direito a posição dos editores sairá reforçada em sede de negociação com os operadores de novos modelos de negócios. Resta saber, todavia, se esse reforço de proteção não terá um efeito contraproducente em termos de estímulo à criação cultural.

4.3. Finalmente, há questões não abrangidas pelo pacote e que sem dúvida contribuiriam para a modernização dos direitos de autor no mundo digital. Pense-se, por exemplo, na distribuição de conteúdos digitais, incluindo programas de computador, e a questão do esgotamento *online*, tendo presente o acórdão *UsedSoft*. De igual modo, seria importante articular o pacote com a proposta de regulamento sobre a portabilidade transfronteiriça de serviços e conteúdos digitais, que se destina a permitir aos residentes na EU viajar com o conteúdo digital que adquiriram ou subscreveram no país de origem.

O mercado único digital assentará fundamentalmente no alargamento do princípio do país de origem aos direitos de autor e da gestão coletiva obrigatória para utilizações semelhantes à retransmissão por cabo, seguindo o modelo do “balcão único”. Atualmente os direitos de autor e direitos conexos estão excluídos do princípio do país de origem nos termos da diretiva sobre comércio eletrónico. O pacote de modernização terá um impacto significativo neste domínio, sujeitando os direitos de autor no mercado único digital ao princípio do país de origem.

Corre-se o risco da “corrida para baixo”, no sentido de os Estados Membros competirem entre si na criação de ambientes jurídicos mais favoráveis ao estabelecimento das empresas da nova economia, à semelhança da concorrência em sede fiscal. Os direitos de autor serão então um mero custo de transação, cujo valor assentará apenas num juízo de eficiência económica.

Todavia, no atual enquadramento jurídico-constitucional, os direitos de autor são, em primeira linha, um instrumento da liberdade de criação cultural – e da dignidade da



Associação Portuguesa de Direito Intelectual

pessoa humana que a encarna - e não apenas uma ferramenta das indústrias culturais e da eficiência económico-financeira dos mercados digitais ou outros. Pelo que preservar o e dignificar o papel do autor enquanto criador intelectual é – e deverá ser – o cerne da modernização do direito de autor europeu.