

Contributo da Associação D3 – Defesa dos Direitos Digitais relativamente à Reforma Europeia do Direito de Autor

À

Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto
Grupo de Trabalho do Mercado Único Digital
12cccjd@ar.parlamento.pt

O presente documento visa dar um contributo da Associação D3 – Defesa dos Direitos Digitais para a apreciação parlamentar, a ocorrer no âmbito da Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto, da proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito de autor no mercado único digital. Tal contributo foi-nos solicitado pelo Grupo de Trabalho do Mercado Único Digital, pelo que desde já agradecemos a oportunidade que nos é concedida.

Será naturalmente um contributo sumário na medida em que a proposta de Directiva não tem ainda uma formulação final, o que apenas deverá acontecer nos trólogos entre Comissão, Conselho e Parlamento Europeu.

A necessidade de reforma

O actual regime de direito de autor na sociedade de informação resulta da Directiva Infosoc (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 da informação). Em 2001, quando a Directiva entrou em vigor, a Internet era já um meio de comunicação bastante utilizado. Apesar disso, tratava-se então de uma Internet muito diferente daquela que hoje conhecemos. A rápida evolução tecnológica veio permitir a inclusão de um número cada vez maior de pessoas, com melhor qualidade e velocidade das ligações, que permitem uma cada vez maior difusão de conteúdos, numa evolução que não dá sinais de estar a abrandar, e que portanto se prevê que continue no futuro.

Hoje, novos desafios se colocam a uma legislação de direito de autor na Internet.

Geoblocking

Tratando-se de uma reforma no âmbito do Mercado **Único** Digital, não fazia sentido que os cidadãos europeus continuassem a enfrentar barreiras digitais artificiais no acesso a conteúdo - tal é aliás a exacta negação do conceito de mercado único. Aos cidadãos europeus não só era frequentemente rejeitada a possibilidade utilizarem serviços localizados em outros países europeus, como encontravam mesmo barreiras concretas que bloqueavam até os acessos, numa discriminação realizada a partir da localização geográfica do utilizador da Internet (*geo-blocking*). Tal não representava apenas uma fragmentação da Internet, mas também uma fragmentação artificial do próprio mercado único.

Excepções e limites ao direito de autor

Os direitos dos utilizadores para utilização de conteúdos estavam também desfragmentados. Como se sabe, o facto de um conteúdo estar sujeito a direito de autor não quer dizer que ele não possa ser utilizado. Existe uma série de situações em que a utilização é permitida sem necessidade de autorização do titular de direitos, e em muitas delas sem que haja sequer uma obrigação de compensação ao autor. Tal corresponde ao hoje bastante conhecido termo *fair use*. Trata-se de utilizações perfeitamente legítimas, que correspondem à tutela de outros valores jurídicos, alguns dos quais correspondentes ao exercício de direitos fundamentais, e que prosseguem fins de interesse público. Pese embora a designação *fair use* seja bastante popular, trata-se de um conceito que pertence ao ordenamento jurídico dos E.U.A.

Na Europa, tais direitos dos utilizadores correspondem às chamadas excepções ou limites ao direito de autor, designadas por utilizações livres, na lei Portuguesa. Acontece que na Directiva InfoSoc tudo o que correspondia a direitos dos autores era obrigatório, ou seja, os Estados-membros estavam obrigados a transpor para a sua legislação nacional. Já a parte correspondente aos direitos dos utilizadores, era meramente opcional. O que significa que as excepções não estavam harmonizadas a nível europeu. Cada Estado-membro tratou de transpor as excepções da maneira que bem entendeu, o que resultou num quadro legal tão complicado que [nem com um mapa](#) é fácil de acompanhar. Basta que um cidadão atravesse a fronteira para poder perder um direito que julgava ter, caso o país a que chega não tenha transposto a excepção correspondente da mesma forma que o seu país de origem. Por exemplo, a Eslovénia não permite a excepção para fins de citação, o Reino Unido não permite a cópia privada, a Polónia, tal como Portugal, limitou a excepção para fins de ensino para além do que vinha previsto. Naturalmente que esta fragmentação representa mais uma barreira ao mercado único. Era necessário tornar as excepções obrigatórias, para que os europeus pudessem contar com um quadro jurídico comum.

Liberdade de Panorama

Era também necessário adicionar algumas exceções. Entre elas, a mais popular seria talvez a de liberdade de panorama. Trata-se da liberdade de capturar imagens ou vídeo de prédios e outras obras sujeitas a direito de autor que estejam permanentemente localizadas num espaço público, como a rua.

Neste momento, diferentes países têm diferentes regimes, e alguns proíbem a captura de imagens de rua que mostrem determinados edifícios ou obras, por causa do direito de autor dos seus criadores.

Conteúdos gerados por utilizadores

A referida evolução tecnológica da Internet deu azo à chamada cultura da Internet. Para o melhor e para o pior, as gerações mais recentes desenvolveram uma cultura digital comum, fruto da permanente comunicação e partilha entre pessoas de diferentes países e de novas ferramentas tecnológicas que vieram facilitar a criação artística e cultural. Hoje, os cidadãos já não são apenas consumidores passivos de conteúdos, são também criadores.

Parte dessa cultura da Internet consiste em conteúdos que são criados pelos utilizadores, com base em conteúdos pré-existentes. Falamos de remixes que vão desde arte visual até às “fan-fics”, e que incluem também os famosos “memes”.

Tais conteúdos caem actualmente numa zona cinzenta a nível legal. Uma interpretação maximalista do direito de autor colocaria barreiras a estas utilizações, mas que a serem consagradas legalmente estariam sempre votadas ao desprezo social e ineficácia. Isto porquanto trata-se de práticas já muito disseminadas e consideradas *justas*, pelo menos sempre que não exista um ganho económico relevante ou um prejuízo sério para o autor original.

Era necessário dar enquadramento legal a estas actividades banais da Internet, definindo-se claramente quais os direitos dos utilizadores para fins não comerciais, e evitar a incerteza jurídica em que vive toda uma geração que produz este tipo de conteúdos.

Em suma

Estes são alguns dos problemas que uma reforma europeia do direito de autor deveria dar resposta. Existia a necessidade de se estabelecer um regime único de direito de autor para toda a Europa, fácil de entender e que não deixasse margem para incertezas jurídicas.

A proposta actual não resolve nenhum destes problemas.¹

1 A legislação já aprovada, relativamente a geoblocking, limita-se aos casos de deslocação temporária para outro país.

O que efectivamente se discute na reforma

Infelizmente, tudo aquilo que os cidadãos efectivamente precisavam de uma reforma do direito de autor, o legislador europeu fez questão de deixar de fora. Na proposta de reforma ficaram essencialmente aquelas medidas que contavam com forte pressão lobista de indústrias e interesses privados. A reforma europeia ainda não está finalizada, mas o legislador europeu já falhou monumentalmente perante aqueles que deviam estar a ser representados, os cidadãos. Restam as propostas que representam outros interesses que não os interesses dos cidadãos.

As propostas mais polémicas prendem-se com os artigos 13º e 11º. Começaremos portanto pelos artigos 3º e 4º, que têm passado mais despercebidos.

Artigo 3º - *Text and Data Mining*

A prospecção de texto e dados refere-se ao processo de leitura de enormes quantidades de texto ou dados, através de computador, para extrair informação e encontrar padrões e tendências que permitam chegar a conclusões.

Esta é actualmente a forma mais popular de desenvolvimento de Inteligência Artificial. Estes sistemas já não são desenvolvidos através da tentativa de reproduzir o pensamento humano em computadores, mas antes alimentando os mesmos computadores com quantidades colossais de informação e programando-os para tratar a informação em larga escala, de forma a dela retirar conclusões que permitam ao computador realizar as melhores escolhas, com base em todos os exemplos que o computador já conhece. Esta actividade é crucial para o desenvolvimento da Inteligência Artificial, uma área que a Europa afirma querer liderar.

Os titulares de direitos acham que o mero facto de um obra ser “lida” por um computador deve obrigar a uma remuneração. Ora, o computador não desfruta da obra, nem da criatividade do autor. Trata-se meramente de um tratamento matemático da informação, que é aliás de grande utilidade para toda a sociedade. Imagine-se um sistema que procura pelas palavras “Assembleia da República” em toda a literatura escrita do século XX, para uma tese que versa sobre essa instituição.

O problema deste artigo é que cria uma nova excepção para a prospecção de texto e dados mas restringe-a a instituições de investigação científica. O que equivale na prática a uma proibição generalizada dessa actividade a quem não for uma instituição de investigação, tal como jornalistas, estudantes, empresas e cidadãos em geral. O que dantes era uma actividade que, na ausência de lei, se teria como permitida, deixa de o ser. Estaremos a criar uma excepção, que na prática, proíbe muito mais do que permite.

Quem tem o direito de acesso a um documento, como seja ler um livro que comprou legitimamente, deve também ter o direito de lê-lo mediante processos mecânicos. Tal deve também poder acontecer livremente quando realizado em larga escala, sem necessidade de autorização e sem necessidade de remuneração aos titulares de direitos.

Artigo 4º - Exceção para fins de ensino

A exceção para fins de ensino é uma das exceções mais importantes da legislação do direito de autor. Prossegue um claro fim de interesse público e tutela um direito fundamental.

Esta proposta vem restringir a exceção para fins de ensino no domínio digital. Em primeiro lugar, a proposta exige que a utilização do conteúdo seja realizada num estabelecimento de ensino ou através de redes seguras acessíveis apenas a alunos e professores. Deixam-se de fora todas as instituições de ensino não formal, como museus, bibliotecas, associações, etc. A exigência de redes seguras e fechadas impossibilita o acesso a plataformas e ferramentas públicas na Internet que são comumente utilizadas para trabalho escolar. Desincentiva-se ainda a abertura de recursos e de informação que pode e deve estar aberta a alunos de qualquer escola e a cidadãos em geral. Hoje, a escola já não se limita ao espaço físico do seu edifício.

Mas mais gravoso ainda, esta proposta permite que a exceção para fins de ensino possa não ser utilizada caso os detentores de direitos ofereçam no mercado licenças que “estejam facilmente disponíveis”. Isto vem subverter toda a lógica do sistema. Abre-se aqui a porta para uma nova “taxa da cópia para... fins de ensino”, que, se transposta para a legislação nacional, levará forçosamente escolas e universidades a terem de pagar avultadas quantias a uma qualquer entidade gestora de direitos, retirando-se assim verbas ao nosso - já cronicamente subfinanciado - sistema público de ensino para entregar a privados.

Artigo 11º - “Taxa do Link”

Este artigo, de difícil interpretação, prevê um novo direito conexo a favor dos editores de publicações de imprensa. Pretende-se que as plataformas digitais tenham de pagar uma licença pelos links para conteúdos de sites de editores de imprensa que sejam partilhados nas suas redes. Tem sido muito discutido que formas de link estão sujeitas a pagamento - tem-se dito que serão apenas os links que tenham um “snippet”, uma pré-visualização automática do conteúdo do texto para o qual se “linka”, não bastando um mero link com título. No entanto, como referido, o artigo é extremamente vago, não nos dando certezas sobre a sua interpretação. Também nada há no artigo que restrinja este direito apenas a determinadas plataformas, pelo que o direito verificar-se-à sempre, independentemente da plataforma em causa.

De qualquer forma, discordamos em absoluto com o princípio. A essência de Internet consiste na navegação entre sites através de links de um lado para o outro e na liberdade de fornecer links a qualquer pessoa.

Estaremos também a desincentivar a partilha de conteúdos jornalísticos profissionais e credíveis, quando [sabemos que existe uma relação entre a diminuição destes conteúdos e a proliferação de fake news.](#)

Se o objectivo é dar financiamento ao jornalismo, nada impede os Estados de encontrarem formas de o fazer directamente. Agora fazê-lo através de uma espécie de imposto sobre *links* é algo com consequências nefastas, e que ainda para mais já sabemos que não resulta, conforme nos demonstra a experiência dos casos de Espanha e Alemanha, que implementaram esta medida sem sucesso algum.

Por outro lado, existem alternativas ao artigo 11 que resolvem o problema dos media com as plataformas digitais, sem proibir os cidadãos de partilharem excertos e links para notícias, que consiste em dar um direito de presunção às empresas de media sobre as notícias, para estas poderem negociar licenças com as plataformas digitais.

Artigo 13º - Filtros de censura

O artigo 13 será porventura o artigo mais problemático, já que coloca as plataformas digitais perante duas opções: Ou negociam licenças que cubram todas as utilizações realizadas pelos seus utilizadores, ou têm de cumprir obrigações de filtragem de conteúdos que na prática só podem ser cumpridas com recurso a mecanismos de censura automática de conteúdos.

As plataformas já podem ser responsabilizadas hoje em dia pelo conteúdo enviado por utilizadores, *a posteriori*, através do sistema vulgo *notice and takedown*. Se as plataformas não removerem de forma diligente os conteúdos identificados ou denunciados, podem ser responsabilizadas por eles.

O recurso a mecanismos automáticos de censura é restrição completamente desproporcional da liberdade de expressão dos cidadãos. Publicações em qualquer meio podem gerar problemas jurídicos, e não apenas relacionados com direito de autor. Do exercício da liberdade de expressão de qualquer pessoa podem resultar ofensas a direitos de autor, direitos de imagem, difamação, injúria, plágio, etc. Nenhum desses eventuais problemas pode justificar o recurso a filtros de censura prévia - pelo menos em Democracia. É assim que se lida com problemas de liberdade de expressão: *a posteriori*, nunca através de censura prévia.

Este sistema coloca as plataformas como os novos juízes das liberdades. Serão elas a decidir que conteúdos respeitam ou não respeitam o direito de autor, algo que deveria ser feito por tribunais. Acontece que estas plataformas não estão em posição de decidir de forma neutra, nem têm qualquer incentivo para defender os direitos dos cidadãos. Antes pelo contrário, podendo elas ser responsabilizadas se não removerem o conteúdo, em caso de dúvida irão sempre optar por remover primeiro, perguntar depois.

Coloca-se ainda nos utilizadores o ónus de provar que não são culpados. A partir do momento em que os filtros são obrigatórios e no envio identificam um conteúdo e impedem a publicação, há duas possibilidades: O conteúdo estava de facto a ser utilizado abusivamente (não havia autorização nem era enquadrável numa das excepções), ou cabia numa das excepções e portanto não deveria ter sido filtrado. Se isso acontecer, para que o utilizador possa enviar um simples vídeo, estar-se-á a pedir:

1. que o utilizador saiba que pode ter a razão do seu lado, i.e., que determinadas utilizações de conteúdo são legítimas perante a lei,
2. que o utilizador queira e se dê ao trabalho de contestar a remoção,
3. que saiba enquadrar juridicamente a sua utilização - para que tenha hipótese no pedido de reapreciação;
4. que se confie que as plataformas sejam juízes neutros sobre matérias jurídicas, ainda por cima que versam sobre liberdade de expressão;
5. que as plataformas estejam disponíveis para gastar dinheiro e recursos para lidar com as contestações dos utilizadores.

Isto tudo, para se poder colocar online um simples vídeo, por exemplo.

Esta medida reforça também os monopólios existentes ao levantar barreiras à concorrência. A Google e o Facebook são provavelmente as únicas empresas do mundo que já têm estas tecnologias de reconhecimento de conteúdos (filtros) e que já utilizam à posteriori. São precisamente os concorrentes da Google e do Facebook, principalmente pequenas empresas e novas *startups* que queiram aparecer que serão prejudicados por não conseguirem dar resposta a uma tal obrigação.

Entende-se ainda que os filtros de censura vão contra a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que [não admite](#) o recurso a sistemas de monitorização geral dos conteúdos.

Mas... funciona?

Não, e isso é o que torna a situação mais incompreensível.

Perante todas as críticas feitas ao artigo 13º, que têm tanto de extensas como gravosas, poder-se-ia pensar se tais sacrifícios, na prática, trariam resultados. Mas a verdade é que **os filtros automáticos nem sequer são capazes de distinguir utilizações lícitas de utilizações ilícitas**. Porque tal avaliação não se resume a uma análise técnica que um computador possa realizar, mas requer uma avaliação jurídica.

Citando o Supervisor Europeu de Protecção de Dados que há poucos dias [publicou os seus comentários](#) sobre esta reforma:

"o co-legislador deve continuar a reflectir cuidadosamente nas prováveis consequências práticas das obrigações criadas no Artigo 13 (1), no risco de interferência em direitos fundamentais e na evasão de salvaguardas, e no potencial de distorção da concorrência de formas que prejudicam direitos fundamentais. Numa área tão delicada, a lei da UE deve ser tão precisa e clara quanto possível. A UE deve avaliar cuidadosamente a implementação da directiva e assegurar-se de que a protecção de dados por design e outras salvaguardas são implementadas."

"(...) a certeza jurídica e clareza deste artigo é portanto essencial para evitar limitações desproporcionais ou desnecessárias no exercício de direitos fundamentais bem como o para evitar o possível impacto na concorrência".

“(...) dado, contudo, a já endêmica monitorização das pessoas na Internet, existe o risco de que esta proposta venha agravar a situação se as medidas tomadas provarem não ser apropriadas e proporcionais.”.

“o efeito da obrigação de prevenir infrações de direito de autor não deve ser limitar os direitos e liberdades individuais constantes da Carta, nem deve ser uma ainda maior distorção da concorrência num mercado já sobreconcentrado”.

Na verdade, esta é apenas mais uma opinião que se junta a um sem fim de iniciativas e tomadas de posição de entidades que têm alertado para os problemas desta legislação: Ela terá como dano colateral - talvez não intencional mas perfeitamente previsível - ingerências em direitos fundamentais básicos dos cidadãos, como a Liberdade de Expressão.

Contra esta reforma ou contra as soluções a que a reforma recorre, nomeadamente o art. 13º, [já se pronunciaram desfavoravelmente](#):

- O relator das Nações Unidas para a Liberdade de Expressão, David Kaye.
- O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.
- A própria Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos.
- Vint Cerf, um dos fundadores da Internet.
- Tim Berners-Lee, o inventor da World Wide Web.
- Tim Wu, o “pai” da net neutrality.
- Fundadores da Mozilla, da Wikipédia ou da Internet Archive.
- Um número record de académicos - há um consenso académico sobre quão má é esta reforma.
- Um sem número de organizações de direitos humanos e de direitos digitais.
- As comunidades da Wikipédia de múltiplos países europeus, incluindo a portuguesa. Entre muitos, muitos outros. De facto, fora das indústrias que beneficiarão financeiramente desta reforma, e que estiveram na sua origem, não cremos que haja outras entidades a defendê-la.

Em Portugal, para além da D3: a [DECO](#), a Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade de Informação, a Associação Nacional para o Software Livre, Associação Ensino Livre, Ubuntu Portugal, Creative Commons, Associação Portuguesa de Bibliotecários, Arquivistas e Documentalistas, Beta-i - Innovation Acceleration Hub, Capítulo Português da Internet Society, e Associação de Empresas de Software Open Source Portuguesas ([aqui](#)).

Sem dúvida que as chamadas gigantes tecnológicas americanas colocam desafios a que a Europa deverá dar resposta. Mas essa resposta não deve ser dada através do Direito de Autor - o Direito da Concorrência seria a solução mais adequada - principalmente quando são direitos fundamentais dos cidadãos que acabam por ser as vítimas de guerras de muitos milhões.

Apelamos à rejeição ou profunda reformulação dos artigos 3º, 4º, 11º e 13º.