

Exma, Senhora

Dr^a Edite Estrela

Presidente da Comissão Parlamentar de
Cultura, Comunicação, Juventude e
Desporto

Lisboa, 30 de maio de 2018

V.^a Ref.^a Ofício n.º 117/CCCJD/2018

N.^a Ref.^a: Car5/2018- CPCCJD

Assunto: Comentários ao Projeto de Lei n.º 865/XIII (3.^a) do PS (Regula a utilização de dispositivos digitais de uso pessoal e permite a fotografia digital nas bibliotecas e arquivos públicos)

Exma. Senhora Deputada,

A FEVIP – Associação Portuguesa de Defesa de Obras Audiovisuais, é uma associação sem fins lucrativos que representa as empresas de edição e distribuição de vídeo e videojogos, a distribuição de cinema e a distribuição de televisão por subscrição (Cabo, Satélite, IPTV, etc.). A FEVIP tem por objeto a defesa dos interesses dos seus associados, em matéria de proteção dos direitos inerentes à produção, edição, comercialização, distribuição e difusão de obras audiovisuais e atividades relacionadas dos seus associados.

A GEDIPE – Associação para a Gestão Coletiva de Direitos de Autor e de Produtores Cinematográficos e Audiovisuais, é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos, que tem por objeto a gestão coletiva dos Direitos Conexos dos produtores audiovisuais, sejam eles, Produtores Cinematográficos, Videográficos ou Produtores Independentes de Televisão. Representa em Portugal a produção independente de televisão, nacional e internacional, bem como a produção cinematográfica e videográfica nacional e internacional.

As signatárias agradecem a oportunidade que lhes foi concedida de expressarem a sua opinião relativamente ao Projeto de Lei em apreço, e disponibilizam-se desde já para serem ouvidas em audiência da Comissão Parlamentar de que V. Exa faz parte, em dia e hora a agendar oportunamente.

De qualquer forma, segue em anexo a posição adotada pelas signatárias nesta matéria.

POSIÇÃO DA FEVIP E DA GEDIP FACE AO PROJETO DE LEI N.º 865/XIII (3.ª) DO PS

I. APRECIACÃO NA GENERALIDADE

O Projeto de lei em apreço visa permitir a utilização de dispositivos digitais, designadamente, computadores portáteis, tablets, suportes de armazenamento de dados, leitores e auscultadores de reprodução áudio, telemóveis digitais e camaras fotográficas nas bibliotecas e arquivos públicos da administração central, local e regional, nomeadamente às bibliotecas de acesso público, às bibliotecas dos estabelecimentos dos vários graus de ensino, aos arquivos públicos dependentes da Direção-Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas e aos demais arquivos históricos dependentes das entidades públicas.

Nos termos do respetivo preâmbulo, a “sociedade do conhecimento” do século XXI, em que o conhecimento é cada vez mais desmaterializado e o seu acesso cada vez mais democrático, simples, célere e globalizado, devido à evolução das tecnologias de informação e comunicação, exigirá uma nova forma de relacionamento com leitores e investigadores que a ela acedem, nomeadamente a possibilidade de utilização livre de dispositivos digitais nesses estabelecimentos, salvaguardada a preservação dos documentos consultados e a não perturbação de terceiros. Adicionalmente, pretende-se permitir a captação, o armazenamento e a detenção das imagens recolhidas para consulta e uso intelectual a qualquer momento e em todas as fases do processo de investigação, pesquisa e recolha de informação, seja esta composta por fontes primárias, seja por bibliografia.

A iniciativa pretende estribar-se em práticas de instituições de referência internacional em França e no Reino Unido, e, ao mesmo tempo, afirma respeitar a proteção legal dos “direitos de autor e da propriedade intelectual”, representando vantagens evidentes para os investigadores e para as instituições, agilizando e desburocratizando o acesso.

Importa começar por reconhecer que são nobres e compreensíveis as razões que motivam a presente iniciativa legislativa, sobretudo num País como Portugal, cujos níveis de iliteracia e de cultura geral são de ordem a convocar todas as medidas de cariz legislativo, administrativo e, porventura, até fiscal, que possam fomentar o acesso generalizado à cultura, à informação e, de forma mais abrangente, ao conhecimento.

Porém, se a ideia é louvável, a forma escolhida parece pecar, em primeiro lugar, pela manifesta inoportunidade, uma vez que Portugal faz parte integrante da União Europeia, fonte de não despendiend a harmonização legislativa em matéria de Direito de Autor, sendo certo que

neste mesmo momento se encontra em discussão, em sede de diálogo trilateral, entre a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia uma Proposta de Diretiva¹ (apresentada pela Comissão em 14.09.2016) a qual contempla, justamente, entre outras propostas, o alargamento das atuais exceções e limitações ao Direito de Autor e Direitos Conexos, em ordem a possibilitar o acesso à distância a obras e outros materiais protegidos pertencentes às coleções permanentes dos museus, bibliotecas, arquivos de serviço público de estabelecimentos de ensino e de património cultural para fins de educação e ensino, através de redes de comunicações eletrónicas e a enquadrar a sua digitalização para fins de preservação quando se trate, nomeadamente, de acautelar o risco da sua degradação ou obsolescência tecnológica.

E esta discussão, com o grau de profundidade e de abrangência que os processos legislativos europeus sempre têm, devidamente enquadrados pelas regras dos Tratados e das Boas Práticas nos procedimentos legislativos, devidamente precedido de exaustivo levantamento da realidade fáctica² e da audição de todas as partes interessadas em processos de consulta pública amplamente participados, preclude, naturalmente, quaisquer iniciativas autónomas da parte dos Estados Membros, por melhores que sejam as ideias subjacentes às mesmas.

Em segundo lugar, e mesmo que não estivesse em curso o processo legislativo que acabamos de referir, sempre importaria analisar a presente iniciativa à luz das obrigações assumidas pelo Estado Português no Ordenamento Internacional, nomeadamente, junto da OMPI e da OMC, sendo certo que não basta afirmar que se pretende salvaguardar os Direitos de Autor e Direitos Conexos, como se faz no Projeto de lei, importando verificar se efetivamente, as soluções normativas propostas acautelam devidamente o direito exclusivo à reprodução, previsto no art.º 9.º n.º 1 da [Convenção de Berna](#), nos artigos 7.º c), 10.º e 13.º da [Convenção de Roma](#), nos artigos 9.º e 14.º n.º 1 a 3 do Acordo TRIPS/ADPIC e em que medida, tratando-se da introdução de mais um regime de exceção, se mostra cumprida a chamada Regra dos Três Passos, constante do art.º 9.º n.º 2 da Convenção de Berna, e do art.º 13.º do [Acordo TRIPS/ADPIC](#) que a generalizou a todos os titulares de direitos e a todos os direitos exclusivos para além do direito exclusivo de reprodução.

¹ Documento COM(2016) 593 final 2016/0280 (COD) disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-593-PT-F1-1.PDF>

² *Cfr.*: Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules on the modernisation of EU copyright rules– Part I, disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules> [consultado a 27.05.2018]

No entanto, é justamente o facto de estar em discussão, justamente, na União Europeia, o alargamento do número de exceções e limitações constante do art.º 5.º da [Diretiva 2001/29/CE](#) do P.E. e do Conselho de 22.05.2001 sobre Direito de Autor na Sociedade da Informação ([InfoSoc](#))³ que projeta luz sobre as alegadas insuficiências das atualmente existentes, sendo certo, por outro lado, que a intenção clara do legislador comunitário foi no sentido de estas últimas serem taxativas, como consta do Considerando 32 da Diretiva [InfoSoc](#), não podendo os Estados Membros criar novas exceções, como decorre do n.º 2 do art.º 5.º, só podendo subsistir, para além das contempladas no art.º 5.º da referida Diretiva, aquelas que, preexistindo a própria Diretiva, sejam aplicáveis “a certos casos de menor importância e desse que a aplicação se relacione unicamente com a utilização não-digital e não condicione a livre circulação de bens e serviços na Comunidade (...)”.

Ou seja, se atentarmos aos debates provocados pela implementação da Diretiva vigente, à própria motivação expressa nos Considerandos da mesma Diretiva, que se encontra transposta para o nosso Código do Direito de Autor e Direitos Conexos pela [Lei n.º 50/2004 de 24.08](#), logo nos damos conta que o problema que o Projeto de lei ora em apreciação visa solucionar não se mostra assim tão fácil de resolver, caso contrário, muito provavelmente, vários outros Estados Membros já teriam também enveredado por esse caminho, facto que a realidade desmente.

A verdade é que não podem fazê-lo porque, pura e simplesmente, se trata de um problema que só será suscetível de ser resolvido por via de uma ampla reforma legislativa, como a que está em curso. Caso contrário, qualquer Estado Membro que o faça, corre o risco de violar a Diretiva [InfoSoc](#) e, com isso, incorrer em sanções económicas de montante significativo.

Atentemos, sobretudo, no Considerando 40, uma vez que o que se pretende, neste último, é limitar a prática da utilização dos dispositivos digitais no âmbito de estabelecimentos sem fins lucrativos, tais como bibliotecas acessíveis ao público e instituições equivalentes, bem como arquivos. E repare-se como é clara e inequívoca a exclusão de quaisquer utilizações no contexto do fornecimento em linha de obras ou outro material protegido.

Já no Considerando 42 da mesma Diretiva, foca-se o caso concreto da exceção ou limitação existente para efeitos de investigação pedagógica e científica não comercial, incluindo o ensino

³ Disponível em <https://www.gedipe.org/website/atividade/legislacao-relevante.html>

à distância com caráter não comercial e independentemente da estrutura organizativa e dos meios de financiamento do estabelecimento em causa.

Por outras palavras e, de forma sintética:

O art.º 2.º da Diretiva 2001/29/CE (ou Diretiva [InfoSoc](#)) atribui o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte: a) aos autores, para as suas obras; b) aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; c) aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; d) aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e) aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.

Trata-se de um direito absoluto e exclusivo que, à partida, abrange as digitalizações e as fotografias digitais previstas no Projeto de lei ora em apreciação, como é facto indiscutível.

Para que possa aplicar-se a permissão normativamente concedida pelo Projeto de lei, sem licença alguma ou autorização individual ou prestada por entidades de gestão coletiva representativas dos referidos titulares de direitos, torna-se óbvia a necessidade de prever uma exceção ao direito exclusivo acabado de enunciar.

Sucedem, porém, que as exceções e limitações admissíveis, à luz da referida Diretiva (e sem prejuízo de, adiante, passarmos a analisar também a [Diretiva Locação e Comodato](#)) são taxativas, pelo que o Projeto de lei em apreço terá, forçosamente de ser passível de enquadramento numa das alíneas dos números 2 e 3 do art.º 5.º da Diretiva [InfoSoc](#) que tratam, respetivamente, das exceções ao direito de reprodução (que é o caso) e aos direitos de reprodução, comunicação pública e colocação à disposição (que poderão estar em causa, nomeadamente, logo que as fotografias digitais ou ficheiros resultantes da digitalização das obras ou outro material protegido à guarda das instituições públicas abrangidas pelo Projeto de Lei, sejam enviadas a terceiros e ou colocadas na *Internet* aberta, por “upload”, situação que é absolutamente impossível de prevenir ou impedir e mesmo depois de ocorrer, impossível de localizar a fonte com vista a identificar o responsável, dado que poderá ter sido qualquer pessoa. Quaisquer tentativas de obter provas esbarrariam no direito à privacidade e ao anonimato. Sendo conhecida a tendência para a partilha de ficheiros, não é difícil supor que rapidamente se organizariam variadas comunidades de utilizadores e várias bases de dados.

As duas únicas exceções que poderiam aplicar-se nos casos perspetivados pelo Projeto de Lei, são as constantes das alíneas c) do n.º 2 e n) do n.º 3, todas do art.º 5.º da Diretiva [InfoSoc](#), importando verificar se se encontram ou não presentes os respetivos requisitos:

Começemos pela exceção constante da alínea c) do n.º 2 (direito de reprodução):

- Desde logo, importaria que apenas estivesse em causa a reprodução, sendo certo que, conforme se afirmou supra, é absolutamente incontrolável a comunicação ao público ou colocação à disposição mediante “*upload*” na Internet, e partilha subsequente com familiares e amigos, podendo facilmente transpor o círculo familiar para se alastrar para as chamadas redes sociais, violando então claramente outros direitos exclusivos;
- Por outro lado, o enquadramento na exceção impõe como requisito que o ato de reprodução seja praticado pela própria biblioteca, estabelecimento de ensino ou museu acessível ao público, ou pelo próprio arquivo, sendo certo que a ideia constante do Projeto de Lei em apreço é permitir aos próprios interessados que digitalizem, copiem, fotografem, etc. sem qualquer limite ou condição. Logo, não se enquadra nesta exceção.
- Será também necessário que o estabelecimento em causa não prossiga finalidades lucrativas, o que implica que o próprio ato específico de reprodução também as não prossiga. Porém, no caso da reprodução individual, não há como assegurar esse requisito. É certo que o Projeto de lei clausula no art.º 6.º a finalidade exclusiva de uso privado, mas não existe nenhuma forma de assegurar que as imagens ou ficheiros assim obtidos não sejam exploradas comercialmente.
- Note-se que, enquanto que a digitalização levada a cabo pelos próprios estabelecimentos pode envolver a utilização de dispositivos de proteção tecnológica (TPM) ou, no mínimo, de informação para a gestão de direitos digitais (DRM), que poderá de alguma forma auxiliar na investigação de potenciais abusos ou ilícitos criminais, já a digitalização feita pelos próprios interessados não será, seguramente, acompanhada de quaisquer dispositivos ou tecnologias que possam limitar a utilização futura dessas imagens ou desses ficheiros, o que potencia a entrada em circulação de cópias ilegais, obtidas a partir da digitalização efetuada por qualquer pessoa, mas que não correspondem, de forma alguma, a uma forma de aquisição legítima de um suporte permanente, a partir do qual seja legalmente admissível efetuar cópias para uso privado. A este respeito, importa ter em conta o que adiante se referirá a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Analisemos, agora, o possível enquadramento na exceção constante da alínea n) do n.º 3 do art.º 5.º:

- Um dos requisitos é que se trate de uma utilização para efeitos de investigação ou estudos privados. Ora no Projeto de Lei, embora se refira, no preâmbulo, a finalidade de investigação académica, não se volta a falar nela em todo o texto da parte operacional, muito menos se prevendo qualquer necessidade de se tratar de alunos ou de professores, devidamente identificados por “login” e “password” e necessariamente supervisionados pela própria instituição de ensino, sob pena de acesso fraudulento;
- Outro requisito é que a utilização seja efetuada “*por terminais destinados para o efeito nas instalações dos estabelecimentos referidos na alínea c) do n.º 2, de obras e outros materiais não sujeitos a condições de compra ou licenciamento que fazem parte das suas coleções*”. Não é, essa, de todo, a situação propugnada pelo Projeto de Lei, pelo que também não se encontra acolhida pela exceção constante da alínea n) do n.º 3 do art.º 5.º, não havendo nenhuma outra que possa minimamente enquadrar a situação.

No que diz respeito à Diretiva 2006/115/CE do P.E e do Conselho de 12.12.2006 ([Diretiva Locação e Comodato](#)), importa ter em conta que o direito de comodato diz respeito, segundo o art.º 2.º (Definições) alínea b), à “*colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, diretos ou indiretos, quando efetuada através de instituições acessíveis ao público*”, sendo que a Diretiva o atribui: a) ao autor (quanto ao original e às cópias da sua obra); b) ao artista intérprete ou executante (quanto às fixações da sua prestação); c) ao produtor de fonogramas (quanto aos seus fonogramas); d) ao produtor da primeira fixação de um filme (quanto ao original e às cópias desse filme).

Porém, ao abrigo do art.º 6.º, os Estados Membros podem derrogar o direito exclusivo de comodato desde que os autores, pelo menos, afirmem remuneração por conta de tais comodatos, e também podem isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento daquela remuneração.

O legislador português, no n.º 3 do art.º 6.º [Decreto-Lei n.º 332/97 de 27 de novembro](#), que operou a transposição, para Portugal da Diretiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19.11.1992 relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor, isentou as bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos da obrigação de pagamento da remuneração devida aos autores, pelo que a mesma não é aplicável ao comodato público.

Quanto às exceções ou limitações ao direito de comodato, constam as mesmas do art.º 10.º da Diretiva Locação e Comodato e são as mesmas aplicáveis aos titulares do direito de autor.

Porém, é fundamental distinguir entre o direito de comodato e o direito de reprodução, e, nesse aspeto, são absolutamente inequívocas as ilações extraídas a partir da jurisprudência do TJUE.

II. O QUE NOS DIZ A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Importa, desde logo, determinar se a digitalização através de computadores portáteis, tablets, suporte de armazenamento de dados, leitores e auscultadores de reprodução áudio, telemóveis digitais e camaras fotográficas corresponde ao conceito de reprodução, para efeitos de aplicação do direito exclusivo de reprodução, ou se, eventualmente, está dele excluída por, designadamente, se inscrever na noção de “reprodução transitória”.

Para isso, importa analisar o que o TJUE decidiu no Acórdão [INFOPAQ](#)⁴, nomeadamente que *“1) Um ato que tem lugar durante um processo de captura de dados, que consiste em armazenar um excerto de uma obra protegida de onze palavras e em imprimir este excerto, é suscetível de ser abrangido pelo conceito de reprodução parcial na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, se – o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar – os elementos assim reproduzidos forem a expressão da criação intelectual do seu próprio autor.*

2) O ato de impressão de um excerto composto por onze palavras, que tem lugar durante um processo de captura de dados como o que está em causa no processo principal, não preenche o requisito relativo ao carácter transitório previsto no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e, portanto, não pode ser realizado sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor em causa”.

Em síntese, o Tribunal concluiu que:

- A Diretiva [InfoSoc](#) oferece um enquadramento legal do direito de autor e dos direitos conexos, que proporciona uma maior segurança jurídica e obriga os Estados Membros a respeitarem um elevado nível de proteção da propriedade intelectual, estimulando consideravelmente os investimentos na criatividade e na inovação;

⁴ Acórdão TJUE (Quarta Secção) proferido em 16.07.2009 no Proc-º n-º C-5/08 (*Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/images/gedipe/jurisprudencia>

- A proteção conferida pelo artigo 2.º da Diretiva 2001/29 deve ter um alcance amplo.
- Segundo o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, um ato de reprodução só está excluído do direito de reprodução previsto no artigo 2.º desta se preencher cinco requisitos, a saber, quando o ato seja temporário; seja transitório ou episódico; constitua parte integrante e essencial de um processo tecnológico; o único objetivo deste processo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar; e o referido ato não tenha, em si, significado económico.
- O carácter transitório e instrumental da reprodução não pode depender de uma intervenção humana, que elimine a cópia quando a mesma deixar de ser necessária, porque não é garantido em termos de segurança jurídica que essa eliminação ocorra, pelo que não cumpre, desde logo, o primeiro requisito para ser incluído na exceção, sendo desnecessário averiguar se os demais se verificam, porque são cumulativos.

Já no Acórdão Leenrecht⁵, em que estava em causa a aplicabilidade das regras contidas na Diretiva 2006/115/CE ao comodato de obras em formato digital, por parte do próprio estabelecimento público, interessa ao presente comentário verificar as condições extremamente restritivas em que o TJUE aceitou a aplicabilidade do regime do comodato público, que obviamente pressupõem a conclusão de que, fora das condições nesse caso exigidas, não poderá aplicar-se a derrogação constante do art.º 6.º da referida Diretiva ao direito exclusivo de autorizar ou proibir o comodato, conferido pelo art.º 3.º do mesmo diploma. Assim, o TJUE concluiu, a este propósito, que:

- As cópias digitais de obras literárias e artísticas não podem ser excluídas do objeto do direito de comodato, uma vez que resulta do considerando 7 da [Diretiva 2006/115/CE](#) que esta foi adotada, nomeadamente, para que “a *legislação dos Estados-Membros [seja] aproximada de forma a não entrar em conflito com as convenções internacionais em que se baseiam as legislações sobre direito de autor e direitos conexos de muitos Estados Membros*” e que o Tratado da OMPI figura entre estas convenções, da qual a União e todos os Estados são partes.

⁵ Acórdão TJUE (Terceira Secção) proferido em 10.11.2016 no Proc.º n.º C-174/15 (*Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/images/gedipe/jurisprudencia>

- Consequentemente, há que interpretar os conceitos de “objetos” e de “cópias” na aceção da Diretiva 2006/115, à luz dos conceitos equivalentes constantes do Tratado da OMPI.
- *“O artigo 1.º, n.º 1, o artigo 2.º, n.º 1 alínea b), e o artigo 6.º n.º 1, da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, devem ser interpretados no sentido de que o conceito de “comodato”, na aceção destas disposições, abrange o comodato de uma cópia de um livro em formato digital, quando esse comodato seja efetuado através da colocação dessa cópia no servidor de uma biblioteca pública e seja permitido que um utilizador reproduza a referida cópia por meio de transferência para o seu próprio computador, sendo que só pode ser transferida uma única cópia durante o período do comodato e que, depois de decorrido esse período, a cópia transferida por esse utilizador deixa de poder ser utilizada por este.”*
- Por outro lado, O TJUE também foi perentório ao declarar não poder admitir que uma cópia cedida por uma biblioteca pública possa ser obtida a partir de uma fonte ilícita, o que equivaleria a tolerar, ou mesmo a encorajar, a circulação de obras contrafeitas ou pirateadas e opor-se-ia assim, manifestamente ao objetivo resultante do seu considerando 2, que é combater a pirataria.
- O Tribunal de Justiça já declarou, aliás, a respeito da exceção de cópia privada prevista no artigo 5.º n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, que esta exceção não abrange o caso de cópias efetuadas a partir de uma fonte ilícita no [Acórdão ACI ADAM](#)⁶.
- A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou que *“não se pode impor aos titulares do direito de autor a obrigação de terem de tolerar violações dos seus direitos que possam acompanhar a realização de cópias privadas. Se os Estados Membros dispusessem da faculdade de adotar uma legislação que permitisse que as reproduções para uso privado também fossem efetuadas a partir de uma fonte ilícita, daí resultaria, claramente, um prejuízo para o bom funcionamento do mercado interno.*

⁶ Acórdão TJUE (Quarta Secção) proferido em 10 de abril de 2014 no Proc.º C-435/12 (*ACI ADAM e outros v. Stichting de ThuisKopie e Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/images/gedipe/jurisprudencia/>

- *“Da aplicação dessa legislação nacional poderia decorrer um prejuízo injustificado para os titulares do direito de autor. “*
- *“Ora todos estes argumentos relativos à exceção de cópia privada se revelam pertinentes para a aplicação da exceção de comodato público e podem assim ser transpostos, por analogia, para o contexto do artigo 6.º, n.º 1. da Diretiva 2006/115.”*
- *Assim, “o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que a derrogação para o comodato público nele prevista se aplique à disponibilização por uma biblioteca pública de uma cópia de um livro em formato digital no caso de essa cópia ter sido obtida a partir de uma fonte ilegal.”*

Que dizer, portanto, da possibilidade inteiramente livre e não condicionada, de qualquer cidadão aceder às obras e outros materiais constantes das coleções permanentes de uma Biblioteca Pública ou de um Arquivo público, e poder utilizar os seus utensílios digitais a seu bel-prazer, alegando, obviamente fins de uso privado, para proceder à digitalização ou à fotografia digital de toda e qualquer obra que esteja disponível ao público para consulta?

Seria seguramente ilógico presumir que aquilo que ao próprio estabelecimento público é vedado fazer, ou só é permitido em circunstâncias muito específicas, devidamente rodeadas de todas as seguranças (técnicas e jurídicas), fosse permitido ao cidadão comum, que não teria qualquer limitação ou requisito para proceder a essa digitalização, e posterior livre utilização.

E que podemos concluir no âmbito da hipotética invocação da exceção de uso privado (art.º 2.º n.º 2 b) da Diretiva [InfoSoc](#)) sobre a possibilidade de tais reproduções em formato digital serem, por sua vez, utilizadas por terceiros para estimular o mercado ilegal e, portanto, a evasão ao pagamento de direitos de autor fora do quadro de interesse público em que a mesma subsiste no comodato público?

Podemos concluir o seguinte: se a própria forma de acesso à obra e sua digitalização potencia a sua reprodução ilimitada e a circulação de exemplares digitais em rede, fazendo total concorrência (desleal) com os exemplares em venda no mercado, também se poderá dizer que, ao admitir esta solução como legalmente válida, as bibliotecas e arquivos públicos se transformariam na maior fonte de pirataria digital, facultando os meios para se defraudarem os interesses legítimos dos titulares de direitos, em manifesta e frontal violação da regra dos três passos, estipulada no art.º 5.º n.º 5 da Diretiva [InfoSoc](#).

Veja-se, por último, que, na jurisprudência do TJUE, nem sequer para as obras literárias que se encontram há bastante tempo fora dos circuitos comerciais, se encontra fundamento, no estado atual da legislação e do direito de autor europeu, para legitimar a digitalização sem autorização dos próprios titulares de direitos, não obstante a evolução tecnológica o permitir e facilitar:

Diz o TJUE, a este propósito, no Acórdão [SOULIER](#)⁷:

- *“O art.º 2.º, alínea a) e o artigo 3.º n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, confie a uma sociedade autorizada de cobrança e de repartição de direitos de autor o exercício do direito de autorizar a reprodução e a comunicação ao público, sob forma digital, de livros ditos “indisponíveis”, isto é, livros publicados em França antes de 1 de janeiro de 2001 e que já não são objeto de difusão comercial nem de publicação de forma impressa ou digital, permitindo ao mesmo tempo aos autores ou sucessores nos direitos desses livros opor-se ou pôr termo a esse exercício nas condições definidas por essa regulamentação.”*
- *“Esta interpretação é corroborada pela Convenção de Berna, nos artigos 1.º a 21.º, que a União está obrigada a cumprir por força do artigo 1.º n.º 4 do Tratado da OMPI sobre o direito de autor, de que a União é parte e que a Diretiva 2001/29 visa designadamente dar execução, como indica o seu considerando 15 (...).”*
- *“É certo que a Diretiva 2001/29 não se opõe a que uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, prossiga um objetivo como a exploração digital de livros indisponíveis no interesse cultural dos consumidores e da sociedade no seu conjunto. No entanto, a prossecução desse interesse não pode justificar uma derrogação não prevista pelo legislador da União à proteção assegurada aos autores por essa diretiva. A este respeito, cabe recordar, em primeiro lugar, que decorre da natureza exclusiva dos direitos de reprodução e de comunicação ao público previstos no art.º 2.º alínea a) e no artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29 que os autores são as únicas pessoas a quem essa diretiva atribui, a título originário, o direito de explorar as suas obras.”*

⁷ Acórdão TJUE (Terceira Secção) proferido em 16.11.2016 no Proc.º n.º C-301/15 (*Marc Soulier e Sara Droke v. Premier Ministre et Ministre de la Culture et Communication*) disponível em <https://www.gedipe.org/website/images/gedipe/jurisprudencia/>

Conclusão: Não existe, portanto, no Direito da UE, ao momento atual, enquadramento legal para as limitações que o Projeto de Lei visa introduzir nos direitos exclusivos de reprodução, comunicação ao público e colocação à disposição. Falta saber o que trará a Reforma em curso.

III. A MAIS RECENTE PROPOSTA DE COMPROMISSO DO CONSELHO EUROPEU PARA A DIRETIVA DIREITO DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL

A este respeito, podemos desde já antecipar, de acordo com o estado avançado de discussão da Proposta de Diretiva sobre o Direito de Autor no Mercado Único Digital, na fase de diálogo trilateral, que estão a ser propostas, de facto, algumas exceções obrigatórias no sentido da progressiva desmaterialização das obras e demais materiais protegidos, mas que nenhuma contempla um âmbito tão livre, tão irrestrito, tão incontrolável e de consequências tão imprevisíveis (para não dizer previsivelmente catastróficas para os interesses dos titulares de direitos):

São as seguintes as inovações legislativas europeias no campo das exceções e limitações, sempre respaldadas pelo critério dos Três Passos, o qual é reiterado pelo Considerando (6) no texto da Proposta de Compromisso do Conselho Europeu do passado dia 17.05.2018:

a) *Text and Data Mining* (Pesquisa digital de Texto e Dados) ou TDM

Apenas no campo da investigação científica (Os Considerandos 8 e (8a) alargam a exceção de TDM a factos ou dados não protegidos por Direitos de Autor e *que não envolvem reprodução*⁸ ou que *apenas envolvem reprodução temporária*⁹ ao abrigo do art.º 5.º n.º 1 da Diretiva [InfoSoc](#)). O Cons. 9 refere claramente que as atuais exceções e limitações para fins de investigação científica não são suficientes, são opcionais para os Estados Membros e *não estão adaptadas ao uso das novas tecnologias, podendo mesmo excluí-las contratualmente*¹⁰(caso de licenças de acesso aberto, por exemplo, ou subscrições. O Cons. 10 permite parcerias público-privadas para TDM e o uso de ferramentas tecnológicas.

Os fins de investigação científica para além do TDM, *v.g.*, revisão pelos pares (*peer review*) e pesquisa conjunta devem continuar a ser abrangidos pelo art.º 5.º n.º 3 (a) da Diretiva [InfoSoc](#).

De notar que o Cons. 12 exige mesmo a securitização dos acessos legítimos por validação de endereços IP ou autenticação de utilizadores, de forma proporcionada aos riscos envolvidos e não impedindo ou afetando demasiado a TDM.

⁸ Itálico nosso

⁹ Itálico nosso

¹⁰ Itálico nosso

No entanto, o Cons. (13) dispensa a previsão de compensação porque assume que o prejuízo causado por TDM será mínimo, *uma vez que se limita a entidades que desenvolvem pesquisa científica*¹¹.

O Cons. 13-a visa permitir aos Estados-Membros que autorizem a conservação das cópias e extratos temporários de obras e outros materiais protegidos, no âmbito da exceção de TDM desde que não se prolongue para além do prazo necessário, e que o acesso tenha sido legítimo, incluindo quando a obra foi disponibilizada em linha e desde que os titulares de direitos não tenham reservado o direito de reprodução e extração TDM, por exemplo, por acordo, declaração unilateral, metadados legíveis pela máquina ou meios técnicos (DRM/TPM).

b) Ilustração para fins de ensino

O Cons. 14 explica que o art.º 5.º n.º 3 (a) da Diretiva [InfoSoc](#) *não tem efeitos em ambiente digital*¹² e portanto não opera transfronteiras, pelo que é necessária uma nova exceção obrigatória; o Cons. 15 alarga a todos os estabelecimentos de ensino reconhecidos desde que justificado por fins não comerciais.

O Cons. 16 acautela *que as cópias para fins de ensino não substituam os originais*¹³ e alarga a acessibilidade para fins de ensino a pessoas com necessidades especiais.

O Cons. 16-a exige que estas utilizações ao abrigo de exceções ou limitações sejam *supervisionadas pelo estabelecimento de ensino*¹⁴, incluindo durante os exames e o ensino fora das instalações, por exemplo, num museu, biblioteca ou outras instituições de património cultural, limitada pelo fim e abrangendo o uso de meios digitais na sala de aula e à distância, *com acessos limitados aos professores e aos alunos inscritos no programa, mediante uso de passwords*¹⁵.

O Cons. (17) salvaguarda os esquemas existentes nalguns Estados Membros onde se pagam licenças no mercado de ensino, mas exige publicidade e acessibilidade desses esquemas.

O Cons. 17-a permite aos Estados Membros que estabeleçam a necessidade do pagamento de uma compensação justa pelo uso para ensino.

¹¹ Itálico nosso

¹² Itálico nosso

¹³ Itálico nosso

¹⁴ Itálico nosso

¹⁵ Itálico nosso

c) Preservação de Património Cultural

O Cons. 11-a alarga o conceito de Instituições de Património Cultural a bibliotecas de acesso público, museus e arquivos independentemente do tipo de obras e outros materiais protegidos detidos em coleções permanentes, bem como a instituições de património sonoro ou cinematográfico, estabelecimentos de educação e organismos de radiodifusão públicos.

Segundo o Cons. 11-b, estas entidades também estarão cobertas pela exceção de TDM relativamente a conteúdos a que tenham acesso legal, o qual poderá ser baseado a política de acesso aberto ou mediante contratos, entre os titulares de direitos tais como subscrições.

Segundo o Cons. 11-c, as instituições de património cultural poderão ter de conservar as cópias feitas ao abrigo da exceção TDM, para ulterior verificação de resultados científicos pelo que deverão *guardá-las em local seguro e não poderão mantê-las durante mais tempo do que o necessário*¹⁶.

Os Estados-Membros poderão determinar, ao nível nacional e após discussão com os “*stakeholders*” modalidades concretas de conservação das cópias efetuadas, incluindo a possibilidade de designar terceiros como fiéis depositários dessas cópias, *de forma proporcionada e limitada ao estritamente necessário para o fim de armazenamento daquelas, de forma segura e de modo a prevenir utilização não autorizada*¹⁷.

Os Estados-Membros deverão assegurar que a vontade de reservar direitos é respeitada¹⁸.

O Cons. 18 justifica a exceção de preservação do património cultural para criar uma nova exceção ao direito exclusivo de autorização. Logo a seguir, porém, o Cons. 20 restringe a exceção a esse fim (impedir a obsolescência tecnológica ou a degradação do suporte original das coleções permanentes) e volta a submeter qualquer outra reprodução à autorização dos titulares de direitos, exceto se previsto noutra exceção ou limitação legal à luz do Direito da UE. As obras consideram-se como pertencentes a coleções permanentes ao abrigo de compra, licenciamento ou acordo de custódia.

¹⁶ Itálico nosso

¹⁷ Itálico nosso

¹⁸ Sublinhado e enegrecido nossos

O Cons. 20- a refere que as instituições de património cultural poderão recorrer a terceiros para preservar as coleções e fazer cópias, ao abrigo da exceção, pois podem não ter os meios necessários;

Os considerandos 22 a 24 justificam a necessidade de uma nova exceção para as instituições de património cultural poderem digitalizar e disseminar as obras que se contêm nas suas coleções permanentes, *quando as mesmas já não se encontrem a ser comercializadas*¹⁹ (obras fora do comércio). O legislador pretende permitir aos Estados Membros que escolham o tipo de legitimação legal que querem aplicar.

O Cons. 24-a permite aos Estados Membros a atribuição de responsabilidade legal pelo cumprimento do regime de licenciamento e da utilização de obras fora do comércio.

O Cons. 25 exemplifica os tipos de obras que poderão ser considerados fora do comércio e explica quando deixa de poder considerar-se a aplicação desse estatuto, recomendando que os Estados Membros *consultem os titulares de direitos antes de determinarem os procedimentos necessários para uma obra poder ser considerada ao abrigo desse estatuto*²⁰.

O Cons. 25-a exige que seja empreendido um esforço razoável para avaliar a disponibilidade de obras com vista à sua declaração como fora do comércio, deixando aos Estados Membros um grau de liberdade significativo quanto aos procedimentos, e limitando uma avaliação obra a obra aos casos em que seja considerada razoável, em vista da informação relevante disponível, da probabilidade de disponibilidade comercial e do custo de transação esperado; Esta última, não tem de ser feita fora do Estado Membro onde a instituição tem sede. *A disponibilidade limitada de uma obra, como numa loja de segunda mão, ou a possibilidade teórica de obtenção de licença não se considera disponibilidade ao público nos canais de comércio habituais*²¹. O Cons. 26 exclui a aplicação deste regime a obras ou outros materiais protegidos de países terceiros, salvo exceções, dispensando uma verificação obra a obra. O Cons. 27 dá liberdade às instituições de património cultural para contratualizar as licenças e permite-lhes que gerem receitas para suportar esses custos. O Cons. 28 justifica a criação de um portal, a cargo do EUIPO, para publicitar as obras fora de mercado.

¹⁹ Itálico nosso, *Cfr.* o referido supra a propósito do Acórdão SOULIER

²⁰ Itálico nosso

²¹ Itálico nosso

O Cons. 28- a salvaguarda a aplicabilidade *de exceções ou limitações previstas no Direito da União*²² ou outras licenças de efeito alargado, não baseado no estatuto de obras fora do comércio, e também salvaguarda os mecanismos existentes de licenciamento para outras entidades que não sejam instituições de património cultural.

Conclui-se, pois, perante todas as salvaguardas e restrições parcimoniosa e meticulosamente introduzidas em cada uma das novas exceções agora propostas, que não é de todo fácil, nem pode ser encarado com ligeireza o esforço de enquadramento de quaisquer exceções ou limitações aos direitos exclusivos de reprodução e de comunicação ao público, incluindo o de colocação à disposição do público.

Em função desta análise, e sem prejuízo da possibilidade de serem aduzidos outros argumentos ainda, parece-nos ter ficado por demais evidente a falta de enquadramento legal da solução proposta no Projeto-Lei do PS, devendo aguardar-se pela conclusão deste importante debate travado ao nível europeu, nele participando ativamente pelas vias legalmente admissíveis, mas de forma alguma procurando, ainda que com a melhor das intenções, frustrar os objetivos da proteção dos interesses legítimos dos titulares de direitos.

Com efeito, tendo um conhecimento “de experiência feito” sobre a tendência de uso e abuso de técnicas de reprodução de obras literárias e de outra natureza, em variados suportes, que conduziu ao nível atual de pirataria digital e considerando ainda a absoluta impossibilidade prática de condicionar, impedir, verificar ou impedir a disseminação de cópias digitais das obras disponibilizadas pelas Bibliotecas e Arquivos Públicos que derivaria da legalização do uso de dispositivos digitais, sem qualquer tipo de restrição ou condicionalismo técnico e jurídico, teremos de concluir forçosamente que tal proposta deverá ser rejeitada, até por configurar uma inequívoca violação das obrigações internacionais assumidas por Portugal no quadro da OMPI, da OMC e da UE.

Pela GEDIPE e pela FEVIP



António Paulo Santos
(Diretor Geral)

²² Itálico nosso

