

PARECER TÉCNICO ACERCA DO PROJECTO DE LEI Nº 865/XIII

I. Objecto e Objectivo:

Analisando o Projeto de Lei diríamos que: tal como referido no seu preâmbulo, visa *“do ponto de partida do cidadão, leitor, investigador, consolidar boas práticas de acesso ao conhecimento, permitindo-lhe aceder na posse dos seus dispositivos digitais de uso pessoal às salas de leitura das bibliotecas e arquivos públicos, concedendo-lhes direitos para a utilização dos mesmos, salvaguardada a preservações dos documentos e a não perturbação de terceiros”*. *“...pretende-se ainda legislar no sentido de permitir a recolha de fotografias digitais para investigação académica e para o uso privado da documentação à guarda das bibliotecas e arquivos públicos”*.

O preâmbulo termina com a seguinte conclusão: *“Salvaguardando-se quer a protecção legal dos direitos de autor e da propriedade intelectual, quer a preservação dos documentos que carecem de especiais necessidades de manuseio e conservação, a presente iniciativa introduzirá vantagens evidentes para os investigadores e para as instituições, agilizando e desburocratizando o acesso”*.

Salvo o devido respeito por opinião contrária, é nosso entendimento que **a protecção legal dos direitos de autor e da propriedade intelectual não se encontra salvaguardada**, pelo que a vantagem para os investigadores e para as instituições, tem de ser reequacionada.

A conclusão com que o preâmbulo termina padece de um vício lógico por assentar numa premissa que não se verifica. Não obstante, somos também da opinião que a busca pela vantagem identificada não deve ser abandonada. Estamos de acordo com o objectivo e o propósito, mas não podem merecer a nossa anuência nem a forma nem o processo.

Sendo esta a nossa opinião, importa concretizar e descrever os motivos que – novamente no nosso entendimento – nos levam a concluir pela **ilegalidade do projeto e necessidade de alterações**.

Mas de facto e porque se concorda com o fito apresentado e porque se entende ser possível alcançar objetivos semelhantes, não deixaremos de apresentar uma outra via que, obviando as violações do direito vigente, seria suscetível de desonerar os custos dos **investigadores, mercedores de protecção legal até porque são eles próprios também autores e titulares de direitos**.

II. O Projecto de Lei

O Grupo Parlamentar do Partido Socialista apresenta e subscreve uma Lei que permite a fotografia digital nas bibliotecas e arquivos públicos da administração central, local e regional, nomeadamente bibliotecas de acesso público, bibliotecas dos estabelecimentos dos vários

graus de ensino, arquivos públicos dependentes da Direcção-Geral do Livro, Arquivos e Bibliotecas e demais arquivos históricos dependentes de entidades públicas.

A fotografia para uso privado, a ser realizada pelo próprio, torna possível a cópia de documentos dos fundos e colecções das bibliotecas e arquivos públicos, que o leitor esteja em condições de consultar, sem custos acrescidos ao serviço prestado pelo simples acesso à sala de leitura.

É um diploma que permite a reprodução do espólio das bibliotecas e arquivos para uso privado, não prevendo qualquer condição quanto ao utilizador. Se, de facto, no preâmbulo se refere *“fotografia digital para investigação académica e para uso privado”*, *“que permitirá a investigadores captar, armazenar e deter as imagens recolhidas para consulta e uso intelectual a qualquer momento e em todas as fases do processo de investigação, pesquisa e recolha de informação”*, a verdade é que – no texto da Lei –, **nenhuma identificação dos sujeitos é feita. A Lei não limita o direito de qualquer cidadão a fotografar qualquer documento.**

Ora, parece-nos assim que prevê uma possibilidade ilimitada de fotografia digital para uso privado. Por exemplo, e **nos termos deste projecto, nada impediria que qualquer cidadão fotografe documentos valiosos e protegidos sem qualquer limitação.**

Considerando também o leque de dispositivos digitais previstos no projecto, atrevemo-nos a considerar que um *scanner* portátil também seria possível. Note-se que a capacidade, velocidade e qualidade de um *scanner* diferem em muito de uma fotografia digital.

III. A legislação Comunitária

Tal como referido, este diploma chama à colação várias matérias, entre elas diplomas legais, de onde destacamos – na ordem jurídica comunitária – a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001, e a Directiva 2006/115/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006.

A Directiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, é bem conhecida da AGE COP, por ser a que prevê a excepção da cópia privada.

A Directiva 2006/115/CEE é relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual e dispõe que os Estados-Membros devem prever o direito de autorizar ou proibir o aluguer e o comodato de originais e cópias de obras protegidas.

Define comodato como a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público.

De acordo com esta Directiva, aos Estados-Membros assiste a possibilidade de derrogar o direito exclusivo para os comodatos, na condição de os autores auferirem remuneração por conta de tais comodatos (cfr. Artigo 6º n.º 1).

A Directiva vai ainda mais longe e permite que os Estados-Membros possam isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento dessa compensação (cfr. Artigo 6º n.º 3).

Temos pois e em síntese que **o direito comunitário inclui, nos direitos exclusivos dos titulares, o direito ao aluguer e comodato, permitindo uma excepção a este último (ou seja, não necessita da autorização do autor) para o comodato público, prevendo a obrigação do pagamento de uma compensação.** Como excepção da excepção (ou seja, não necessidade de autorização sem direito a remuneração) a Directiva concede aos Estados-Membros a possibilidade de dispensarem a obrigação do pagamento da remuneração a determinadas categorias de estabelecimentos. Note-se que estas possibilidades se referem ao direito de colocação à disposição e não ao direito de cópia e reprodução.

Fiquemos com estas noções e resumo da Directiva 2006/115/CEE e detenhamo-nos na Directiva 2001/29/CE.

No seu artigo 2º consagra o direito de reprodução, no 3º o direito de comunicação e no 4º o direito de distribuição. Especial relevância tem o artigo 5º que prevê excepções e limitações a estes direitos.

O n.º 2 do artigo 5º concede aos Estados-Membros a possibilidade de preverem excepções ou limitações ao direito de reprodução em vários casos, nomeadamente:

- a) *Em relação à reprodução em papel ou suporte semelhante realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, com excepção das partituras, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa.*
- b) *Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6º, à obra ou outro material em causa.*
- c) *Em relação a actos específicos de reprodução praticados por bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus acessíveis ao público, ou por arquivos, que não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta.*

Aqui já as possibilidades de restrição são – diríamos – mais exigentes até porque se está em face do direito de reprodução.

Já o n.º 3 do artigo 5º prevê a possibilidade de excepções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2º e 3º, nomeadamente nos seguintes casos:

- n) *Utilização por comunicação ou colocação à disposição para efeitos de investigação ou estudos privados, a membros individuais do público 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 colecções.*

O artigo 5º n.º 5, condiciona a previsão das limitações permitidas ao respeito pela conhecida “regra dos 3 passos”, nos termos da qual **as excepções e limitações só têm aplicação se não conflituarem com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudicarem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular de direito.**

Visitada a Directiva 2001/29/CE temos que aos Estados-Membros assiste o direito a limitar o direito exclusivo de reprodução sob certas condições, nomeadamente (i) o pagamento de uma compensação equitativa ou (ii) ser a reprodução instrumental para efeitos de comunicação ao público quando realizada por bibliotecas ou equiparados, sempre e em qualquer caso com respeito pela regra dos 3 passos.

Podem ainda restringir o direito de comunicação ao público para fins de investigação ou estudos privados, cumpridas as demais condições previstas na alínea n) do n.º 3 e – novamente – com respeito pela regra dos 3 passos.

Importa ainda atender à Proposta de Directiva que desde Setembro de 2016, está em discussão: “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital”. Tivemos acesso à versão mais recente, de 17 de Maio de 2018, que foi remetida pela Presidência do Conselho da União Europeia à *Permanent Representatives Committee*.

Em termos muito sumários diga-se que esta proposta de Directiva propõe actualizar e desenvolver as seguintes excepções ao direito de autor:

- Prospecção de textos e dados por organismos de investigação para efeitos de investigação científica;
- Utilizações digitais de obras e outro material protegido para fins de ilustração didáctica;
- Reprodução de obras por parte de instituições responsáveis por património cultural para fins de assegurar a sua preservação e conservação.

De destacar, também, a previsão de um mecanismo, por parte dos Estados-Membros, que permita a digitalização e difusão de obras que deixaram de ser comercializadas através de, por exemplo, licenciamentos coletivos.

Para a questão agora em análise é de realçar o considerando 20 da última versão da proposta de Directiva (ainda em discussão) que determina que actos de reprodução realizados por instituições responsáveis pelo património cultural, que não caibam no fim de preservação, devem manter-se sujeitos à autorização dos respectivos titulares de direito, a não ser que tal venha a ser permitido por outras excepções ou limitações criadas pelo direito da União.

Assim, e se é certo que a proposta de Directiva promove um alargamento das excepções, não deixa também de manter limitações ao direito de reprodução.

Ora, se se discute um alargamento é, obviamente porque essa possibilidade não existe. Mas é também demonstrativo do interesse do legislador comunitário de continuar o esforço de liberalização de obras protegidas para efeitos de investigação e em determinadas condições.

Note-se que – mesmo se e quando aprovada a Proposta de Directiva nos moldes actualmente conhecidos -, a mesma não legitimaria a decisão consagrada no Projecto de Lei nº 865/XIII do PS.

Temos pois e em conclusão que, na nossa opinião, **o Projecto de Lei não respeita integralmente a legislação comunitária.**

IV. A legislação Nacional

Interessa também relembrar conceitos, institutos e preceitos previstos na legislação nacional, quer no CDADC, quer em legislação avulsa.

No artigo 68º do CDADC estão elencadas as formas de utilização e refere-se que assiste ao autor o direito exclusivo de fazer ou autorizar “qualquer forma de distribuição do original ou de cópias da obra, tal como venda, aluguer ou comodato”.

Por sua vez, o DL 332/97, de 27 de Novembro, regula a excepção do direito de comodato atribuindo ao titular de direitos o direito a uma remuneração a ser paga pelo proprietário do estabelecimento.

Refere ainda este diploma (no n.º 3 do artigo 6º) que o direito à remuneração não se aplica às bibliotecas públicas da Administração Central, Regional e Local, escolares e universitárias.

Resulta então da legislação referida que o Estado português “aceitou” a permissão concedida pelas Directivas 2001/29/CE e 100/92/CEE, atribuindo - ao utilizador - o direito a consultar obras (note-se que estamos no âmbito de restrições ao direito de comunicação ao público e não do direito de reprodução), prevendo a obrigação do pagamento de uma compensação equitativa que pode – em determinados casos – ser dispensada. A regra é, pois, a da limitação do direito de comunicação ao público ter de ser remunerada.

Já o CDADC, no seu artigo 75º, enumera taxativamente as utilizações livres, ou seja, as utilizações que dispensam o consentimento do autor, sendo que – para várias delas – consagra o direito ao recebimento de uma compensação equitativa (cfr artigo 76 n.º 1 alínea b).

Com interesse para a matéria em questão temos as alíneas:

a) a reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;

e) a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras;

o) a comunicação ou colocação à disposição de público, para efeitos de investigação ou estudos pessoais, a membros individuais do público por terminais destinados para o efeito nas instalações de bibliotecas, museus, arquivos públicos e escolas, de obras protegidas não sujeitas a condições de compra ou licenciamento, e que integrem as suas colecções ou acervos de bens.

Todas estas utilizações livres têm de superar o crivo da regra dos 3 passos, prevista no n.º 4 do artigo 75º, sob pena de serem consideradas ilícitas.

Os artigos 81º e 82º, juntamente com a Lei 62/98 de 1 de Setembro, regulam a actividade da AGE COP, ou seja, tratam da cópia privada.

Da análise destes preceitos resulta que o Estado Português transpõe a excepção do direito de reprodução desde que exista o pagamento de uma compensação equitativa. É também verdade que casos há em que a própria compensação equitativa é isentada (cfr. Artigo 4º Lei 62/98).

Também a cópia privada apenas é possível quando não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.

Sumariamente são estes os preceitos em vigor a que o Grupo Parlamentar do PS propõe acrescentar um novo diploma nos termos referidos no ponto I.

V. Conflitos

Da análise de toda a legislação resulta claro que o legislador português tem dedicado tempo e atenção à matéria que agora também o Grupo Parlamentar do PS pretende regular.

É evidente que se verifica uma tentativa de conciliar os interesses dos titulares de direitos com os interesses e direitos do público.

Não é tarefa nem fácil nem isenta de críticas, mas parece-nos consensual que o legislador nacional tem seguido o caminho que promove o acesso às obras e à cultura de forma, diríamos, menos onerosa.

Inclusivamente, nesse sentido tem também interesse a actuação da AGE COP, nomeadamente em questões de reprografia. Note-se que, neste momento, é já permitida a reprodução de obras protegidas, em determinadas condições, sendo aplicada uma compensação equitativa, mesmo sem que o utilizador disponha de um exemplar da obra.



Associação para a Gestão da Cópia Privada

São situações em que a AGE COP e as bibliotecas celebram protocolos que legitimam esta reprodução, obviamente que, com respeito pelos direitos de autor, e por isso com limitações na extensão da reprodução e respeito pela regra dos três passos e também desde que exista o pagamento de uma remuneração.

Com a legislação em apreço, estes protocolos serão inviabilizados provocando um óbvio prejuízo aos titulares de direitos e constitui-se como uma violação do disposto no nº 2 do art. 3º da Lei 62/98.

Para conhecimento, juntamos em anexo um exemplar do protocolo de reprografia da AGE COP.

VI. Proposta

São vários os preceitos e diplomas a considerar e que mereceram as referências atrás explicitadas e que agora nos permitem afirmar que o projecto de Lei nº 865/XIII não tem viabilidade de ser aprovado sem mais, desde logo por extravasar as possibilidades previstas pelo direito comunitário que, como sabemos, prevalece sobre a legislação nacional sendo que também nesta, como vimos, são violados preceitos em vigor.

Importa acentuar que o Acórdão do TJUE de 6 de Julho de 2006, condenou o Estado Português por não cumprir as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1º e 5º da Directiva 92/100/CEE (actual Directiva 2006/115/CE), relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual. Por força da decisão, o Decreto Lei 332/97, de 27 de Novembro foi alterado, havendo ainda quem considere que o incumprimento do Estado Português se mantém, dada a amplitude das entidades prevista no n.º 3 do artigo 6º como isentas da obrigação de pagamento da remuneração equitativa.

De facto, o legislador comunitário e conseqüentemente o nacional, têm tido cautelas em todos os casos de restrições aos direitos de autor, fazendo uma distinção clara entre o direito de reprodução e o direito de colocação à disposição do público.

Em regra, fazem acompanhar as restrições aos direitos à contrapartida de uma remuneração equitativa e do respeito pela regra dos 3 passos.

No projecto que agora se comenta, não é previsto qualquer pagamento para o novo direito de reprodução pela fotografia de obras protegidas. **Estamos, pois, em crer que tal possibilidade viola o direito comunitário.** E assim é também porque as excepções possibilitadas pelo direito comunitário devem ser interpretadas restritivamente.

Mas apesar das críticas, **a verdade é que o projecto contém em si orientações, interesses e objectivos que podem e devem ser considerados e que, na nossa opinião, devem ser aproveitados, com algumas adaptações.**

A primeira nota que nos apraz dizer é que questões de organização legislativa sugerem que **não seja criado um novo diploma avulso**, sendo possível que esta matéria seja integrada em

AGECOP

Associação para a Gestão da Cópia Privada

diploma já existente. A previsão de novo diploma avulso, implica maiores riscos de erradas interpretações e aplicações.

Ora, o diploma que nos parece melhor integrar esta matéria, que é uma excepção ao direito de reprodução, seria a Lei 62/98 que regula a cópia privada.

Na verdade, a chamada Lei da cópia privada já prevê e regula a cópia privada e as suas isenções e teria todo o sentido incluir também o direito à fotografia digital, no âmbito da reprografia.

Também as questões de regulação de utilização de dispositivos digitais de uso pessoal deveriam ser inseridas na Lei da cópia privada.

Em concreto, e como referido no início deste documento, tomamos a liberdade de sugerir que o direito de reprodução possa ser objecto de uma limitação verificadas determinadas condições:

- (i) **Respeito pela regra dos 3 passos;**
- (ii) **Pagamento de uma compensação;**
- (iii) **Confirmação dos interesses de investigação científica e académica do utilizador.**

Somos da opinião que estas medidas deverão ser tomadas e explicitadas em sede da Lei 62/98, Lei da Cópia Privada.