

Assunto: Contributo pedido para a conferência sobre “Direitos de Autor e Direitos Conexos na Era Digital”

Portugal, assim como outros Estados-Membros da União Europeia, encontra-se na situação de ter de transpor a Diretiva 2019/790, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos. Apesar do prazo para a transposição já ter terminado, note-se que só há pouco tempo o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU) clarificou os requisitos a cumprir pelos Estados-Membros no artigo 17.º daquela diretiva. Mesmo as linhas orientadoras emanadas da Comissão Europeia sobre aquele artigo são recentes.

Dada a importância desta matéria, é crucial que a transposição seja feita com calma, de forma pensada e com o contributo dos vários setores e dos cidadãos em geral. **A título de exemplo, a ANSOL e outras entidades em Portugal continuam à espera da consulta pública, prometida o ano passado¹ pelo Ministério da Cultura.** Note-se que os direitos de autor e direitos conexos têm hoje um grande impacto nas instituições de património, nas instituições educativas, e na sociedade civil, que não tinham antes da massificação do uso das tecnologias digitais, mas que muitas vezes continuam a não serem chamadas para o debate. A título de exemplo, o programa para este evento inclui nos painéis:

- Representantes dos Artistas (GDA);
- Representantes dos Autores (SPA);
- Representantes dos produtores (Audiogest);
- Uma plataforma (Google) – não representando grandes plataformas, mas há pelo menos uma;
- Representantes das Rádios (APR);
- Representantes dos grande grupos de media (Plataforma de Media Privados);
- Representantes das Operadoras de Comunicações Eletrónicas (APRITEL).

1 A título de exemplo, como se pode verificar nesta notícia do jornal Expresso:

<https://expresso.pt/economia/2021-06-05-Portugal-falha-prazo-para-transpor-diretiva-europeia-dos-direitos-de-autor-5a4e2674>

Não está representada a sociedade civil – os cidadãos serão dos mais afetados –, quando temos em Portugal várias associações que ao longo dos anos têm trabalhado estas matérias, como a Associação D3 - Defesa dos Direitos Digitais; a própria ANSOL, a ESOP (Associação de Empresas Open Source Portuguesas); a COMMUNIA (em Portugal, na pessoa da Dr^a. Teresa Nobre), que é uma das associações que mais acompanhou o processo da Diretiva – primeiro, a nível Europeu e agora acompanhando em detalhe a transposição em cada Estado-Membro, conhecimento este que poderia ser muito útil ao legislador nacional –, tendo inclusive estado nos diálogos organizados pela Comissão Europeia a propósito do artigo 17.º, tendo ainda uma especialização e longa experiência na área do direito de autor e do ensino e do património cultural.

Por outro lado, vemos estarem representados os grandes grupos de media (Plataforma de Media Privados), mas não a Plataforma de Media Alternativos. Estão representadas as empresas jornalísticas, mas não os jornalistas (note-se que o artigo 15.º altera direitos que até agora pertenciam apenas aos jornalistas). Também não estão representados os setores da educação, da investigação científica e do Património Cultural, como a WikimediaPT, a BAD (Associação Portuguesa de Bibliotecários, Arquivistas, Profissionais da Informação e Documentação), e nem mesmo a Biblioteca Nacional (sendo certo que os artigos 3.º a 8.º servem estes sectores).

Percebemos que há 40 ou 50 anos as leis de direito de autor impactavam sobretudo criadores (autores e artistas) e editoras e produtoras – na verdade, estas leis foram criadas para equilibrarem estas relações comerciais –, mas com a digitalização da sociedade estas leis passaram a ter um impacto crítico nos cidadãos e também em áreas como o ensino e património, e portanto é útil e justo que estes novos atores passem a ter o seu espaço no debate. A Comissão Europeia deu esse passo com os diálogos ainda que já depois da diretiva aprovada, o Parlamento Europeu sempre esteve disponível – a ANSOL e outras associações como a D3 reuniram, em Bruxelas durante a discussão da diretiva, com os Eurodeputados, Portugueses e outros (responsáveis pelos diplomas nas várias comissões) –, e assim é importante que nos Estados-Membros se passe também a incluir aqueles que passaram a ser impactados por estas leis.

No que respeita à transposição da diretiva referida, a ANSOL gostaria de destacar alguns desafios e propostas, que consideramos serem importantes:

Artigo 17.º – Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

Este artigo foi analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia², que confirmou que a obrigação da utilização de filtros automáticos prévios limita o direito à liberdade de expressão e de informação. Assim sendo, o Tribunal determina que a legalidade do artigo 17 depende da implementação pelo legislador nacional de salvaguardas dos direitos dos cidadãos, das quais se destacam:

- No que respeita ao artigo 17.º, n.º 4, alínea b), e alínea c) é preciso que o legislador nacional exclua “*as medidas que filtram e bloqueiam conteúdos lícitos aquando do carregamento*” – ponto 85 da decisão do tribunal;
- É necessário proibir **sistemas de filtragem de conteúdos que não consigam distinguir suficientemente entre um conteúdo ilícito e um conteúdo lícito**, uma vez que tais sistemas seriam incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e de informação – ponto 86 da decisão do tribunal (note-se que os sistemas automáticos actualmente existentes conseguem identificar um conteúdo, mas não o contexto em que o mesmo é utilizado, não sendo portanto capazes de saber se o conteúdo está a ser utilizado legalmente ou não);
- É necessário garantir que os conteúdos que estejam abrangidos por exceções ao direito de autor (e.g. citações, paródia, caricatura, etc) e utilizações de obras em domínio público **não possam ser bloqueadas *ex-ante*, no momento do upload** – pontos 86 e 87 da decisão do tribunal;
- É necessário garantir que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha tenham a obrigação de informar os seus utilizadores “*da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União*” – ponto 88 da decisão do tribunal;
- É necessário garantir que a responsabilidade dos prestadores de serviços de tornarem indisponíveis determinados conteúdos só pode ser acionada “*se os titulares dos direitos em causa lhes transmitirem as informações pertinentes e necessárias relativamente a esses conteúdos*” – ponto 89 da decisão;

2 A decisão do TJUE pode ser lida em Português no respetivo *website* oficial:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258261&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10754778>

- É necessário garantir que não há uma obrigação geral de monitorização, e portanto, não pode haver bloqueios prévios, segundo o Tribunal, “os prestadores desses serviços não podem ser obrigados a prevenir o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos” – ponto 90 da decisão;
- É necessário garantir que a indisponibilidade de conteúdos não autorizados protegidos por direitos de autor mediante notificação dos titulares de direitos deve ser feita quando essa notificação tiver “elementos suficientes para permitir que o prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha se certifique, sem exame jurídico aprofundado, do caráter ilícito da comunicação e da compatibilidade de uma eventual remoção desse conteúdo com a liberdade de expressão e de informação”. Note-se que já a Comissão Europeia também tinha sublinhado nas suas linhas orientadoras, que a indisponibilidade dos conteúdos se referia apenas a conteúdos manifestamente ilícitos – ponto 91 da decisão;

Para além destas garantias dos direitos dos cidadãos, o TJUE ainda determinou outros procedimentos que o legislador deve incluir na lei, uma vez que se podem verificar erros de remoções e bloqueios, mesmo quando são os titulares dos direitos a enviarem a notificação. Assim, o Tribunal determina que o legislador nacional:

- garanta que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha tenham “mecanismos de reclamação e recurso céleres e eficazes”, sendo que as reclamações dos utilizadores devem ser objeto de controlo humano – ponto 94 da decisão;
- garanta que “os utilizadores tenham acesso a mecanismos de resolução extrajudicial que permitam uma resolução imparcial dos litígios, bem como a vias de recurso judicial eficazes” – ponto 95 da decisão;

Por fim, o TJUE sublinha ainda que “incumbe aos Estados-Membros, na transposição do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 para o seu direito interno, basear-se numa interpretação desta disposição que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela Carta.”

Na nossa opinião, a implementação do artigo 17.º feita pela Alemanha toma em conta todas estas salvaguardas e é um bom exemplo a seguir, aconselhando-se a análise do mesmo.³

3 A implementação alemã do Artigo 17.º pode ser consultada em:

<https://www.buzer.de/gesetz/14656/b39759.htm>. O Ministério da Justiça alemão também disponibilizou uma tradução não oficial em inglês da sua proposta (adoptada pelo Parlamento alemão com pequenas alterações): https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/UrhDaG_Gov_Draft_EN.html

É preciso também sublinhar que o artigo 17.º torna obrigatórias algumas exceções, como por exemplo, a paródia, que Portugal decidiu não ter aquando da transposição da InfoSoc (2001), mas que agora é obrigado a transpor.

Artigo 15.º – Proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações em linha

O artigo 15.º foi outro dos artigos mais polémicos no debate sobre esta diretiva, uma vez que este artigo reduz a circulação de notícias de jornalismo profissional na Internet. As empresas jornalísticas pediram ao legislador que lhes fossem dados os direitos de proibir a reprodução e proibir a comunicação ao público e, portanto, é expectável que usem esses direitos, reduzindo a circulação da informação. À redução do número de notícias em circulação corresponde um aumento de interações dos utilizadores com desinformação.

É importante que os seguintes pontos fiquem expressos na lei nacional:

- a) É importante garantir que estes novos direitos **não se aplicam** a:
 - publicações científicas (mesmo que periódicas) – artigo 2.º, ponto 4 da diretiva;
 - websites, como blogs por exemplo (que também são periódicos) – considerando 56 da diretiva;
 - publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes de 6 de junho de 2019 – artigo 15.º, ponto 4.
- b) A diretiva exclui expressamente os seguintes casos, pelo que é importante que a lei nacional garanta que estes novos direitos **não se aplicam** a:
 - uso de palavras ou pequenos excertos;
 - hiperligações (URLs);
 - uso privado e não comercial por utilizadores individuais;
 - exceções ao direito de autor – é particularmente importante que as exceções sejam protegidas; note-se que as exceções ao direito de autor (utilizações livres na lei nacional) têm uma correspondência direta com os direitos fundamentais e devem ser excluídas do alcance destes novos direitos, como de resto se tem feito;
 - usos permitidos por licenças não-exclusivas;
 - uso de obras em domínio público;
 - uso de factos – é particularmente importante que o legislador deixe claro que estes novos direitos não se aplicam a factos (considerando 57 da diretiva).

- c) As editoras de imprensa podem renunciar a este direito – é importante porque os órgãos de comunicação social (OCS) mais pequenos, independentes, locais, regionais, serão negativamente atingidos por estes novos direitos, pelo que devem ter a possibilidade de renunciarem se assim lhes for mais favorável. Os OCS podem ainda licenciar as suas publicações com licenças livres ou não exclusivas, o que é importante para aqueles OCS que usam licenças como as Creative Commons como parte do seu modelo de negócio.

A ANSOL sempre foi contra a criação destes novos direitos, por um lado porque eles reduzem a circulação da informação, por outro porque eles diminuem o direito e poder negocial dos jornalistas, e por fim porque eles não resolvem o problema dos OCS: as dificuldades económicas dos OCS estão relacionadas com a completa desregulação e monopolização da publicidade, incluindo a publicidade direcionada, e não com direitos de autor e conexos. O tempo veio dar razão à ANSOL e outras organizações: depois dos OCS ficarem com direitos dos jornalistas, a nova diretiva “Digital Services Act”, apoiada pelos OCS, está precisamente a discutir as questões ligadas à publicidade.

Não havendo a disponibilidade para remover este artigo da diretiva, a ANSOL tentou contribuir para minimizar os pontos negativos, quer em relação aos cidadãos (como se pode ver nos pontos acima), quer aos jornalistas: são os jornalistas (e não os jornais) que têm competências para aferir o que tem valor-notícia, o ângulo de um acontecimento a noticiar, são eles que escrevem as notícias, muitas vezes, até são os jornalistas a criar novos órgãos de comunicação social, etc.

Ora, este artigo 15.º vem dar às empresas jornalísticas direitos que até agora pertenciam apenas aos jornalistas, diminuindo assim o poder negocial do jornalista, que hoje já é demasiado fraco em relação aos grupos de media. É a primeira vez que se dá o direito de exclusivo de reprodução da obra e da comunicação da obra ao público a editoras. Passando a ter aqueles direitos, as editoras deixam de ter incentivos para negociar esses direitos com os autores (neste caso, jornalistas). A diretiva sublinha que este novo direito não pode prejudicar o direito do jornalista, mas é importante fortalecer esta ideia na lei nacional, uma vez que a diferença de poder é muito grande: de um lado, teremos grupos de media com gabinete jurídico e do outro jornalistas a recibos verdes ou noutras situações precárias. A diretiva estipula ainda que o jornalista deve receber uma parte “apropriada” do que os jornais receberem das plataformas⁴. A

4 Note-se que o ano passado a Google fez um acordo com vários jornais em Portugal, mas não sabemos quanto é que os jornalistas estão a receber ou se estão a receber alguma coisa. <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/news-showcase-portugal/>

ANSOL bateu-se para que fosse adicionada uma parte “apropriada e proporcional”, uma vez que uma parte apropriada pode ser zero, não garantindo o pagamento dos jornalistas, que vêem os seus direitos diminuídos por esta diretiva, mas não ficou no texto. No entanto, o artigo 18º da diretiva, e que a ANSOL também defendeu, (que respeita a todos os autores e, portanto, também jornalistas, e artistas) obriga a uma remuneração proporcional, pelo que o legislador nacional tem latitude para proteger a posição dos jornalistas.

Artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 14.º

Estes artigos dizem respeito a exceções ao direito de autor (prospecção de texto e dados; ensino, obras fora do circuito comercial, património) e domínio público.

O legislador nacional tem aqui ampla margem para decidir sobre a manutenção de exceções ou configuração de novas, **que podem ir muito além do que esta diretiva determina**, uma vez que ela própria o permite, desde que essas configurações respeitem as diretivas anteriores (nomeadamente a Directiva da Sociedade de Informação, que estabelece exceções bem mais amplas que a nova Directiva para fins educativos e de investigação). No artigo 25.º desta diretiva é estipulado:

Artigo 25.º

Relação com as exceções e limitações previstas em outras diretivas

Os Estados-Membros podem adotar ou manter em vigor disposições mais amplas, compatíveis com as exceções e limitações previstas nas Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, para as utilizações ou áreas abrangidas pelas exceções ou limitações previstas na presente diretiva.

Assim, deve considerar-se a oportunidade dada pelo artigo 25.º para melhorar o quadro legal para fins educativos e para fins de investigação. Portugal não tem actualmente nenhuma excepção ao direito de autor para fins de investigação. O legislador nacional não deve, pois, limitar-se a implementar as exceções para prospecção de dados previstas nos artigos 3.º e 4.º. Deve também implementar uma excepção ampla para investigação, tal como previsto no artigo 5.º/3 a) da Directiva da Sociedade de Informação, que permita não só reproduções, mas também comunicações ao público (incluindo o direito de tornar disponível ao público), a fim de permitir colaboração entre investigadores e verificação de resultados da investigação.

No que respeita à excepção para fins de ensino, um dos objetivos desta nova diretiva era o de criar um standard mínimo de utilizações educativas lícitas nos vários países da União Europeia, pelo que o legislador europeu incluiu no artigo 5.º algumas opções (e.g. remuneração e

licenciamento) que permitem aos países manterem as suas tradições (por exemplo, o licenciamento é comum em países como o Reino Unido (na altura ainda pertencente à UE) e alguns países do norte da Europa). Tais opções não devem, no entanto, ser implementadas em Portugal, que não tem prática/tradição, nem capacidade económica para introduzir tais sistemas remuneratórios e de licenciamento.

Note-se aliás que Portugal já tem uma exceção para fins de ensino razoável, mas tem espaço para a melhorar ao abrigo do artigo 5.º/3 a) da Directiva da Sociedade de Informação, nomeadamente permitindo a utilização de certos materiais (e.g. fotografias, pinturas, pequenas obras) na íntegra. Há países que aproveitaram melhor a oportunidade, como por exemplo a Estónia, que tem a melhor exceção para fins de ensino da UE, ainda que as várias diretivas permitam ainda melhorar a exceção daquele país. A ANSOL sugere que o legislador nacional olhe para a exceção da Estónia⁵ para melhorar a nossa exceção. A Estónia é um país com uma grande digitalização, mas isso também só é possível porque tem exceções que permitem aos cidadãos ter essas práticas digitais, pelo que é um bom exemplo onde nos inspirarmos.

Em conclusão, o legislador nacional pode manter e ampliar as exceções da lei nacional. Note-se ainda que estas exceções, de acordo com a diretiva, não estão sujeitas a nenhuma compensação.

No que se refere às obras em domínio público, que tanto deve ser protegido, a ANSOL sugere que o legislador nacional faça a transposição seguinte:

Reproduções não-originais de obras e outros materiais

- 1. Um material resultante de um ato de reprodução de uma obra ou outro material protegido não está sujeito a direitos de autor, nem a direitos conexos, exceto se tal material for original no sentido de ser uma criação intelectual do seu autor.**
- 2. O parágrafo 1 aplica-se independentemente do ato de reprodução ter lugar antes ou depois do termo de proteção da obra ou outro material ter terminado.**
- 3. Para os objetivos deste Artigo, “reprodução” significa qualquer reprodução bidimensional ou tridimensional, independentemente do formato, processo, tecnologia, ou meio de reprodução.**

⁵ A Communia fez uma análise de algumas exceções na UE e concluiu que a Estónia tinha a melhor exceção para fins de ensino: <https://www.communia-association.org/2016/06/24/education-exception-bcs-copyright/>

Artigo 7.º – Disposições comuns

Nas últimas décadas, têm havido várias tentativas de limitar e remover as exceções através quer de contratos, quer das medidas tecnológicas de proteção, também chamadas DRM, a tal ponto que o legislador Europeu viu necessidade de proteger as exceções destes dois mecanismos, na diretiva.

A lei nacional já esclarece que os contratos não se podem sobrepor às exceções ao direito de autor, também conhecidas na lei Portuguesa como “Utilizações Livres”.

O Parlamento Português já resolveu o problema do DRM, que resultou na lei aprovada em 2017. Durante mais de uma década os titulares dos direitos não só não disponibilizaram os meios para que os cidadãos pudessem beneficiar das exceções como estipulado em lei anterior, como garantiram mesmo que nunca o poderiam fazer, podendo assim Portugal, de acordo com a diretiva InfoSoc, tomar medidas para garantir que o DRM não possa impedir o uso das exceções.

Note-se que o DRM não é apenas péssimo para os cidadãos e preservação do património, ele é péssimo também para autores e artistas que perdem o controlo das suas obras. A ANSOL trabalhou durante mais de 15 anos com o Parlamento Português para que o nosso país resolvesse este problema e com a lei de 2017, Portugal foi elogiado em todo o mundo.

No ano passado, uma proposta de transposição da nova diretiva pelo Governo Português fazia algumas alterações à lei do DRM aprovada em 2017, que pode enfraquecer essa mesma lei. A nova diretiva veio dar razão ao Parlamento Português e à ANSOL: o DRM não pode impedir as exceções ao direito de autor (utilizações livres) e é importante garantir que assim seja.