

Resposta à consulta pública sobre o Pacote Legislativo Direito de Autor e Direitos Conexos - Mercado Único Digital

No momento em que existem duas propostas de Directiva relacionadas com Direitos de Autor e Conexos, o Gabinete de Estratégia, Planeamento e Avaliação Culturais abre consulta pública sobre as mesmas colocando um conjunto de questões, prefaciadas da seguinte forma:

As Propostas da Comissão Europeia no sentido da adaptação do direito de autor à nova realidade digital:

Segue, em seguida, a resposta da ANSOL - Associação Nacional para o Software Livre a cada uma das perguntas.

Acautelam devidamente os interesses dos detentores de direitos que operam em Portugal?

Uma actualização do panorama legislativo relacionado com Direitos de Autor e Conexos é necessária e bem vinda, alinhando a actual legislação com os desenvolvimentos sociais e tecnológicos que têm acontecido nos últimos anos.

Contudo, e apesar de essa ter sido a premissa usada para a apresentação das propostas de Directiva aqui analisadas, uma análise cuidada mostra que estas propostas não só fazem muito pouco para o necessário acompanhamento da evolução das tecnologias digitais, como, em alguns campos, apresentam medidas que vão no sentido de tentar garantir a exequibilidade das abordagens correntes, em vez de adoptar diferentes abordagens - necessárias para acompanhar uma diferente sociedade na sua produção e usufruto de obras protegidas por direitos de autor.

Assim, e destacando que há tanto pontos positivos como negativos nestas propostas, não podemos afirmar que elas acautelam devidamente os interesses dos detentores de direitos.

Estão alinhadas com as prioridades dessa entidade?

As propostas de Directiva aqui analisadas não se encontram alinhadas com as prioridades nem com as necessidades dos autores, artistas nem intérpretes, no âmbito geral, sendo que algumas propostas, ou alguns aspectos de algumas propostas, estão, outras não.

Representam vantagens/oportunidades do ponto de vista da sua estratégia? Se sim, especifique, por favor.

Existem várias vantagens e oportunidades derivadas de algumas das propostas contidas nestes documentos. Como exemplo ilustrativo, destacamos o Artigo 5.º do COM(2016) 593, que vem finalmente dar latitude às instituições para que possam adequadamente conservar o património cultural constante das suas colecções.

Que aspetos negativos lhes aponta?

COM(2016) 593

Prospecção de textos e dados

No artigo referente à prospecção de textos e dados (TDM), é proposta uma excepção mandatória para permitir a análise automatizada de grandes quantidades de dados, para fins de investigação. O objectivo é permitir a organizações de investigação usarem ferramentas de TDM em material com direitos de autor acedidos legalmente sem necessidade de pagamento ou autorização prévia por parte dos autores ou detentores de direitos.

Infelizmente, a abordagem tida pela proposta é, a nosso ver, errada. Exclui todos os outros actores dos benefícios da excepção, tal como unidades de I&D de companhias, *startups*, jornalistas, organizações da sociedade civil, instituições de património cultural e organismos públicos. Todas as entidades não consideradas como sendo de investigação terão de negociar uma licença. Isto seria incrivelmente difícil - ou mesmo impossível - considerando que TDM incorpora milhares de artigos ou *datasets* por tópico.

Hoje em dia o conhecimento é gerado não só em Universidades, mas também em empresas e instituições públicas, e por cidadãos a contribuir cada vez mais para o avanço da ciência e da inovação. A automatização do uso de algoritmos é essencial para criar sentido a partir de grandes quantidades de dados. Desde serviços de informação sobre obras culturais até provas científicas sobre tratamentos médicos, uma excepção que permita universalmente o uso de TDM pode ajudar a criar soluções a problemas dos Portugueses, sejam eles pequenos ou grandes problemas.

Além disso, preocupa-nos a inclusão de uma ampla cláusula possibilitando o uso de "medidas", dada aos detentores de direitos por forma a limitar a aplicação da excepção agora introduzida. Apesar da proposta admitir que este é um problema, direcciona aos Estados-Membros o dever de criar um método de "incentivo" para que ambas as partes definam as "melhores práticas" na aplicação dessas medidas. Mas, num processo em que se quer ágil, e em que há grande dificuldade em identificar todas as partes envolvidas num simples *dataset* (como já referido anteriormente), tal definição não nos parece exequível. Acrescenta-se, ainda, que tais métodos de incentivo não estão harmonizados entre os Estados-Membros (visto que cada um deve criar o seu método), pelo que a utilização de

datasets com partes envolvidas em diferentes Estados-Membros (o que, prevemos, será comum) se torna ainda mais complexo.

Utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais

A Comissão propõe uma exceção mandatória adicional para actividades de ensino transnacionais digitais. Isto iria permitir a professores e alunos usar obras com direitos de autor em locais de uma instituição educacional reconhecida através dum sistema em linha fechado. Contudo, esta liberdade pode ser limitada porque os Estados-Membros poderão introduzir acordos de compensação.

Actualmente, professores que queiram usar filmes, textos ou imagens em qualquer actividade educacional pela Europa têm diferentes regras em cada Estado-Membro. A nova exceção é mandatória apenas para usos digitais, e na prática não irá tornar a regra mais consistente. Porque os Estados-Membros podem escolher desactivar a exceção através do uso de licenças adequadas, pode acontecer que determinado filme usado para o Ensino num determinado curso em linha possa estar disponível para alunos numa país mas não noutra. Além disso, tudo o que for ensino fora do estabelecimento não terá direito à exceção.

Proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações digitais

Infelizmente, o facto de informação da Comissão Europeia relevante para a análise deste artigo só ter sido publicado ainda em formato de “cópia avançada”, e apenas a 17 de Fevereiro de 2017¹ - data limite para resposta a esta vossa consulta pública - não nos permite fazer uma análise mais detalhada quanto a este ponto. Ainda assim, há já dados suficientes para declarar que esta medida, como um todo, é negativa.

A Comissão Europeia propõe que serviços em linha devem pagar para fazer ligações a artigos que tenham até vinte anos de idade. Quase todas as ligações para notícias com um extracto explanatório colocadas num motor de busca estarão sujeitas a uma taxa. A Comissão espera que o pagamento chegue ao editor da notícia original.

Se um serviço que facilita o acesso a conteúdo agregado de notícias tem de pagar para estabelecer uma ligação, ele poderá decidir excluir algumas ligações ou fontes informativas do seu serviço para evitar custos. Como resultado, muita informação não estará acessível aos utilizadores através de pesquisas em linha, por exemplo. A experiência Espanhola mostra-nos que os pequenos editores serão quem sofrerá mais. Notícias tornar-se-ão um negócio exclusivo para grandes editoras e empresas que tenham poder negocial suficiente para compensar o fluxo financeiro da taxa. Assim, não é surpreendente que, tal como indicado no documento hoje disponibilizado pela Comissão, esta admita que esta medida não segue a vontade dos Estados-Membros nem do Parlamento Europeu.

Esta taxa criar barreiras à liberdade de informação e expressão. A proposta não apresenta uma clara definição de publicações de imprensa, pelo que pode incluir quase todos os tipos de publicações. Cada Estado-Membro teria de ter a sua própria definição de “notícia”. Além disso,

¹ https://www.asktheeu.org/en/request/2015_and_2016_documents_on_the_a#incoming-12549

não é claro quem é o beneficiário da taxa. A proposta é feita apesar das claras evidências vindas das experiências Espanhola e Alemã onde este modelo foi testado e falhou.

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores

Este é, provavelmente, o artigo destas directivas que mais nos preocupa. São propostas regras de obrigatória implementação por parte dos prestadores de serviços que, com o objectivo de assegurar o cumprimento de potenciais acordos celebrados entre estes e detentores de direitos, implica a implementação de serviços de monitorização e filtragem.

Como referido por um estudo da Universidade de Cambridge², esta proposta é incompatível com directivas Europeias existentes, em particular com a Directiva sobre o comércio electrónico³, e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴, nos seus artigos 9, 11 e 16.

Mesmo que estas incompatibilidades - inaceitáveis - não existissem, esta proposta, com os recitais que a complementam, a exposição de motivos e avaliações de impacto, apresentam ambiguidades, que teriam como resultado uma redução, em vez do ambicionado aumento, de certeza legal, o que iria ter um notável impacto negativo nas ambições de estabelecer um Mercado Único Digital na Europa.

De destacar que a ANSOL não apresenta neste documento uma outra análise que será necessária: a da adequação desta medida - ou de uma versão corrigida dela - à Legislação Nacional, incluindo uma análise à sua Constitucionalidade.

Em que medida pode ser melhorada? Em caso afirmativo, por favor fundamente as alterações a propor.

Os aspectos negativos identificados na resposta anterior podem e devem ser corrigidos. Assim:

COM(2016) 593

Prospecção de textos e dados

Apesar de se tentar dar um passo na direcção certa, esta proposta não é suficientemente ambiciosa. Ao excluir a maioria dos potenciais beneficiários, a excepção não dá resposta às enormes oportunidades à descoberta científica e à inovação. Como resultado, aqueles que quiserem criar um modelo de negócio com base em TDM irão fazê-lo fora da Europa, onde tais limitações não restringem a sua actividade - em detrimento das economias e do trabalho Europeus, incluindo o Português.

² “On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market”, Dr. Christina Angelopoulos, Center for Intellectual Property and Information Law (CIPIL), University of Cambridge, January 2017

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT>

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031>

A Europa precisa de uma excepção mandatária de TDM para todos os utilizadores e para todas as finalidades. A melhor forma de o conseguir é alargando o âmbito desta excepção na proposta de directiva. Em alternativa, o TDM poderia ser incluído no âmbito das excepções já existentes para actos temporários de reprodução.

Quanto às medidas de limitação do exercício desta excepção, elas não deveriam ser contempladas.

Utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais

Educação de qualidade e ao longo da vida baseada na igualdade de oportunidades de acesso ao conhecimento é um pilar numa sociedade inovativa. Na Europa, com a sua diversidade cultural, é especialmente importante que os cidadãos possam aprender e estudar sem fronteiras - sejam elas políticas ou regulatórias. O ensino acontece também informalmente, em organizações sem fins lucrativos, museus e bibliotecas. Por isso providenciar um acesso justo e igualitário a todo o material que possa ser usado no ensino formal ou informal é um investimento num melhor futuro para os cidadãos Portugueses e Europeus.

Mas a proposta aqui apresentada atropela a actual excepção para fins educativos, e pode criar ainda mais incerteza legal para os professores. A introdução de licenças pode efectivamente excluir vastas quantidades de obras ao uso sem restrições na educação. As licenças irão ser agas por um sistema escolar, que em muitos casos já têm falta de verbas. E entidades não-governamentais, associações, empresas de formação, museus, bibliotecas e outras entidades não poderão beneficiar da excepção.

É necessária uma excepção harmonizada entre os Estados-Membros. Essa excepção deverá cobrir todos os usos em instituições educacionais ou outras actividades educacionais, formais ou informais, praticadas por qualquer pessoa ou entidade, dentro ou fora da sala de aula. Estes benefícios podem ser obtidos simplesmente tornando a actual excepção para educação mandatária em toda a Europa e cobrindo tanto o uso analógico e digital.

Caso isto não aconteça, pelo menos o recurso a licenciamento não deve ser possível como forma de contornar a excepção. Se também essa alteração não ocorrer, ainda assim Portugal deve optar por não implementar tal possibilidade.

Proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações digitais

É proposta uma solução que não endereça correctamente o problema da perda de lucros dos editores, ao mesmo tempo que é limitado o acesso dos utilizadores à informação. Os editores alegam perda de lucros porque os leitores lêem os resumos e não seguem as ligações para o conteúdo original. Os desafios dos media noticiosos modernos são demasiado complexos para ser resolvidos com uma simples transferência de lucro de uma indústria para outra, e precisam de ser endereçados com políticas que não afectem os utilizadores. Assim, esta medida deve ser retirada da proposta.

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores

Corrigir a proposta de Directiva para eliminar a violação das Directivas Comunitárias e da Carta de Direitos Fundamentais é imprescindível.

As medidas previstas na proposta de Directiva requerem a monitorização e a filtragem de tudo aquilo que os cidadãos Europeus publicam em serviços de partilha de conteúdos. A máquina de censura necessária para implementar isto terá de ignorar todas as liberdades (incluindo as excepções previstas, mesmo nesta própria proposta) de uso da criação de outrem: actividades de citação ou ensino serão afectadas. Mais do que isso, a proposta apresenta uma ameaça aos direitos Humanos protegidos pela Lei Europeia e Internacional. Destacamos, como exemplo, o facto do Tribunal Europeu de Justiça ter dito mais do que uma vez que a monitorização e filtragem de conteúdos é uma quebra da liberdade de expressão e privacidade⁵⁶.

A forma mais simples de o fazer seria eliminando este artigo, tal como as provisões com ele relacionadas. Outras soluções, recorrendo a outros instrumentos, poderão ser encontradas após melhor análise dos assuntos em questão. Esta seria, em nosso entender, a aproximação mais adequada, tendo em conta a profunda incompatibilidade entre a proposta e a actual jurisprudência.

É também possível proceder às alterações necessárias ao texto, melhorando-o no sentido de o tornar alinhado com a Lei Europeia existente, e compatível com as Leis dos vários Estados-Membros. Tal pode ser atingido de várias formas:

1. Amendas cirúrgicas a todo o texto da proposta, eliminando todas as incompatibilidades com a Legislação Europeia, e posterior análise por cada Estado-Membro sobre a sua conformância e aplicabilidade em cada um deles. Esta abordagem tem o potencial perigo de não passar o teste de exequibilidade, isto é, não temos dados que possamos apresentar que garantam a possibilidade de, com simples alterações cirúrgicas, seja possível manter o mecanismo actualmente apresentado, garantindo certeza legal e o cumprimento dos objectivos definidos;
2. Uma reformulação do artigo, substituindo o mecanismo proposto, ou por um mecanismo de denúncia e acção, ou por um mecanismo legal implementando um 'dever de cuidar'. Vemos com muitas reservas esta aproximação, e acreditamos que uma análise cuidada para o desenho de um mecanismo de substituição será suficientemente moroso para que não hajam vantagens em optar por este ponto em relação à preferência por nós já anteriormente referida de retirar este artigo da actual proposta de Directiva, trabalhando este objectivo num outro âmbito;
3. Uma variante daquela que é a nossa solução proposta, uma possibilidade de ter este tema endereçado já nesta Directiva seria optar, desde já, por harmonizar a nível Europeu as medidas de responsabilidade acessória para a violação de direitos de autor

⁵ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115202&doclang=PT>

⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=PT>

e conexos. Não nos tendo debruçado em detalhe sobre esta possibilidade, realçamos que já existe corpus de análise técnica e legal sobre este tema⁷.

Como pode ser entendido por esta nossa listagem de soluções possíveis que nos tenham ocorrido, será difícil ter, em tempo útil, as alterações necessárias para tornar este artigo aceitável. Assim, reiteramos a nossa opinião de que a melhor abordagem será retirar este artigo desta proposta de Directiva, juntando este a outros temas relacionados com direitos de autor e conexos no mercado único digital que ainda terão de ser considerados de futuro⁸.

Se adotadas, suporá a sua execução a afetação adicional de recursos humanos ou financeiros?

As alterações propostas por nós que fazemos no ponto anterior levam a um impacto financeiro **positivo** para Portugal, reduzindo também, em alguns casos, a necessidade de afectação de recursos humanos. Fazemos aqui uma breve análise por proposta:

COM(2016) 593

Prospecção de textos e dados

Ao alargar a abrangência da excepção de TDM, haverá não só uma retenção como um potencial alargamento do número de entidades que beneficiam directa e indirectamente dela na utilização de TDM no seu trabalho e nos seus projectos. Um ecossistema mais forte e amigável da investigação e do desenvolvimento promove e propicia a criação de valor, com retorno directo e indirecto para Portugal, o seu tecido empresarial e mercado de trabalho.

Ao remover a possibilidade do uso de medidas de carácter tecnológico para restringir o usufruto desta excepção, não só o mercado é potenciado, como é evitada a necessidade da criação de um mecanismo nacional para incentivar as melhores práticas nestes casos, o que evita a afectação de recursos humanos e financeiros que, de outra forma, terão de existir.

Utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais

Caso seja implementada a nossa sugestão de harmonização a nível Europeu da actual excepção para fins educacionais, nada ou pouco muda no cenário Português, onde tal excepção já existe, ainda que a sua implementação não seja exactamente igual à de outros países que também a têm, exactamente pela actual falta de harmonização. Contudo, se a proposta de directiva for implementada como está actualmente, aumentará a incerteza legal quanto a alguns usos, e irá existir um impacto real nos usos dos cursos à distância ou

7

<https://irus.wolterskluwer.com/store/products/european-intermediary-liability-copyright-tort-based-analysis-pr-od-9041168354/hardcover-item-1-9041168354>

⁸Por exemplo, a reforma do sistema de compensação pela excepção da cópia privada
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm

multi-instituições, o que trará um impacto financeiro negativo directo às entidades de ensino, e indirecto à sociedade em geral, que vê a sua qualidade de ensino degradar-se.

Caso a questão do licenciamento se mantenha, Portugal deverá optar por não a verter para a legislação nacional. Fazer o contrário traria enormes custos financeiros às instituições de ensino, incluindo as públicas, e teria também um custo operacional para o Estado, tanto no que diz respeito a recursos humanos, como um impacto financeiro.

Proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações digitais

Esta medida, a ser adoptada - algo que não recomendamos, irá ter um impacto financeiro e de recursos humanos negativo para o Estado Português, tal como para tecido cultural e empresarial.

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores

A proposta apresentada por nós neste cenário não apresenta custos. Por outro lado, é-nos pouco útil tentar quantificar as despesas incorridas com a proposta tal como é apresentada, tendo em consideração os problemas fundamentais que ela tem, com destaque para a incompatibilidade com a Carta de Direitos Fundamentais Europeia, tal como referido numa resposta anterior.

Consegue quantificar os impactos positivos e/ou negativos na sua atividade ou nos interesses que representa? E na globalidade destes sectores da economia, sociedade e cultura portuguesas?

As propostas aqui analisadas têm impactos positivos e negativos, tanto na actividade da ANSOL, dos seus sócios, dos criadores e dos utilizadores de Software Livre, como nos sectores da economia, sociedade e cultura portuguesas. Nas nossas respostas aos pontos anteriores apontámos impactos positivos e negativos das medidas tal como estão propostas, tal como esses impactos no caso das alterações por nós propostas sejam consideradas, para Portugal. Assim, resta-nos neste ponto referir exemplos dos impactos que cada uma das medidas tem na actividade e nos interesses que a ANSOL representa.

COM(2016) 593

Prospecção de textos e dados

O Text and Data Mining é uma prática comum e cada vez mais popular nos meios técnicos e científicos. A certeza legal que é obtida com uma excepção abrangente é valiosa para nós, pelo que, a ser alargada a abrangência desta excepção como por nós proposto, o impacto seria positivo. No entanto, com o texto actual, o TDM passa a ser uma prática para o uso exclusivo de um pequeníssimo conjunto de entidades, excluindo a maioria dos autores e utilizadores de

Software Livre, que, em muitos casos, se verão incapacitados de prosseguir com as suas actividades num país Europeu. Assim, caso a excepção não seja alargada, o impacto dela será, ao contrário do seu objectivo, negativo para nós.

O uso de medidas de protecção tecnológicas é incompatível com o desenvolvimento e uso de Software Livre⁹. Assim, caso a possibilidade do uso destas medidas, como previsto na proposta, não seja retirada, como sugerimos, essa cláusula terá um impacto negativo directo para os produtores e consumidores de Software Livre.

Utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais

O Software Livre, tipicamente desenvolvido em ambientes trans-fronteiras, recorre frequentemente ao ensino informal na formação das suas equipas de desenvolvimento. Também as empresas e todo o ecossistema existente em torno do uso e desenvolvimento de Software seria impactado com esta medida. O facto do âmbito desta excepção não abranger todos os fins educacionais é portanto preocupante, sendo ainda mais a possibilidade da prática de licenciamento. Por outro lado, uma excepção verdadeiramente harmonizada e abrangente, como propomos, seria benéfica e potenciadora de todo o ecossistema do Software Livre.

Protecção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações digitais

Tal como referido numa resposta anterior, esta medida, tal como apresentada, terá um forte impacto negativo tanto para os autores de Software Livre e empresas que operem no mercado de Software e serviços tecnológicos, como principalmente para os utilizadores das novas tecnologias como forma de obtenção de informação e conhecimento.

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores

A proposta que fazemos quanto a este item não tem impactos para a ANSOL, visto que consiste na não inclusão deste artigo na Directiva final. O impacto do artigo, como está actualmente, para a ANSOL e para a sociedade Portuguesa e de todos os Estados-Membros seria, contudo, devastadora. Nesta análise só estudámos os impactos legais, por serem os mais óbvios - uma erosão dos nossos direitos fundamentais, mas os impactos negativos técnicos e tecnológicos seriam também, claramente, longe de negligenciáveis.

⁹ <https://drm-pt.info/faq/>

Este é apenas um breve resumo das considerações que a ANSOL tem a tecer sobre as referidas directivas. Como sempre, mostramo-nos disponíveis para contactos futuros sobre estas e outras temáticas.

Com os nossos melhores cumprimentos,

Marcos Marado - Presidente da ANSOL - marcos.marado@ansol.org

ANSOL - Associação Nacional para o Software Livre

Sobre a ANSOL:

A "**ANSOL - Associação Nacional para o Software Livre**" é uma associação portuguesa sem fins lucrativos que tem como fim a divulgação, promoção, desenvolvimento, investigação e estudo da Informática Livre e das suas repercussões sociais, políticas, filosóficas, culturais, técnicas e científicas.

Mais informação: <https://ansol.org>