

veria um problema que não precisa de o ser e que, em grande medida, pertence ao passado⁴³, isto, sem prejuízo de reconhecermos que, por enquanto, ainda existe um forte mercado para os livros eletrónicos.

5. Conclusões

Podemos interrogar-nos se ainda faz sentido falar em esgotamento digital depois do Acórdão *Tom Kabinet*, ainda para mais tendo em conta o tipo de exploração em *streaming* e por assinatura que é cada vez mais comum na Internet. Todavia, ainda existe um forte mercado de compra e venda de livros eletrónicos, pelo que o problema do esgotamento digital não é algo do passado. A questão ainda não está definitivamente resolvida na UE, mas enquanto não houver uma reforma legislativa, o esgotamento não deve ser visto como um conceito geral, em vez disso, será de fundamental importância perguntar exatamente qual é o direito que supostamente se esgotou e sob qual diretiva é que os factos devem ser avaliados. Enquanto não houver alterações legislativas, o *download* para uso permanente de livros eletrónicos está abrangido pelo conceito de comunicação ao público e, mais especificamente, pelo conceito de colocação à disposição do público *on demand*.

⁴³ Caso-C 263/18, parágrafos 84 a 90, Conclusões do Advogado-Geral, que acompanhamos.

SUBSÍDIOS PARA A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2019/790

... SOUSA E SILVA***

Abstract: The controversial Directive 2019/790 of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market will have to be transposed into national law by 7 June 2021. This Directive is complex and will lead to profound changes in Portuguese copyright law. These changes will involve the recasting of the existing Copyright and Related Rights Code or the adoption of a new Code. Although the first approach is preferable, this opportunity should be taken to make corrections and updates to the existing legal framework, even in areas affected by the Directive. A slavish and hasty copy of the text of the Directive should be avoided. This article aims to outline the likely effects of the Directive in current Portuguese Copyright Laws and to make proposals on how to best transpose it.

Keywords: Copyright; directive; digital single market.

Summary: 1. Introduction 2. Context 3. Analysis with a view to transposition 3.1. Title II: Exceptions and limitations 3.1.1. Text and data mining 3.1.2. Digital teaching activities 3.1.3. Preservation of cultural heritage 3.1.4. Common provisions 3.2. Title III: measures to improve access to content 3.2.1. Out-of-commerce works 3.2.2. Other provisions 3.3. Title IV: A well-functioning marketplace for copyright 3.3.1. Related right on press publications 3.3.2. Publishers right to private copy levies 3.3.3. Fair remuneration in exploitation contracts 3.4. Article 17 3.5. Conclusion 5. Schematic overview.

Resumo: A controversa Diretiva 2019/790 de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital terá que ser transposta para o Direito nacional português até 7 de Junho de 2021. Trata-se de um instrumento complexo, que provocará alterações profundas ao Direito de Autor Português, implicando a reformulação do atual Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos ou mesmo a aprovação de um novo Código. Apesar da primeira abordagem ser preferível, deverá aproveitar-se a oportunidade para proceder a correções e atualizações do quadro normativo vigente, mesmo em áreas não abrangidas pela Diretiva. Deve evitar-se uma cópia servil e irrefletida do texto das normas da Diretiva. Este artigo visa dar conta dos previsíveis efeitos da Diretiva no atual quadro legislativo português e apresentar propostas quanto à melhor forma de a transpor.

... autor em Direito. LLM em Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência (MIPLC). Advogado e Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). E-mail: ... saesilva@gmail.com.

Este artigo constitui o suporte escrito de uma intervenção feita a 29 de outubro de 2019 no IV Congresso de Propriedade Intelectual (APDI/Almedina). Na altura não me foi possível apresentar este texto para publicação na *RDI*, nº 2 (2019). Agradeço a Tito Rendas e Pedro Sousa e Silva os pertinentes comentários e questões. Como sempre, qualquer erro será apenas da minha responsabilidade.

Palavras-chave: Direito de Autor; diretiva; mercado único digital.

Sumário: 1. Introdução 2. Enquadramento 3. Análise com vista à transposição 3.1. Título II: utilizações livres 3.1.1. Prospecção de dados (*data mining*) 3.1.2. Ensino com recurso a meios digitais 3.1.3. Conservação do património cultural 3.1.4. Disposições comuns 3.2. Título III: medidas para melhorar o acesso a conteúdos 3.2.1. Obras fora do circuito comercial 3.2.2. Outras disposições 3.3. Título IV: mercado de direito de autor que funcione corretamente 3.3.1. Direito conexo sobre publicações de imprensa 3.3.2. Direito do editor na cópia privada 3.3.3. Remuneração justa no contrato de exploração 3.4. O art. 17º 4. Conclusão 5. Síntese esquemática.

1. Introdução

Nos últimos cinco anos a União Europeia assumiu o objetivo de estabelecer um mercado único digital¹. A Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, conhecida como Diretiva do Mercado Digital Único (“DSM” na sigla inglesa; neste texto designada “Diretiva” ou, abreviadamente, “Dir.”), é uma peça fundamental na prossecução desse objetivo. Não obstante, teve uma gestação conturbada².

Em 14 de novembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de diretiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital (COM/2016/0593 final). Esta proposta, muito discutida, foi sujeita a uma primeira votação no Parlamento Europeu em setembro de 2018. Seguiram-se negociações em triálogo entre outubro de 2018 e fevereiro de 2019. Finalmente a 26 de março, no Parlamento

¹ Trata-se de matéria que merece um estudo mais aprofundado. A estratégia começou a ser desenhada com uma Comunicação da Comissão Europeia de 6 de maio de 2015 (“Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”) (COM(2015) 192 final) e deu já origem a um conjunto amplo de legislação, nomeadamente o Regulamento (UE) 2017/1128, de 14 de junho, relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno (conhecido como Regulamento de portabilidade); Regulamento (UE) 2018/302 de 28 de fevereiro, que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno (o chamado “*geoblocking*”); Regulamento (UE) 2018/1807, de 14 de novembro, relativo ao livre fluxo de dados não pessoais na união europeia, Regulamento (UE) 2019/1150 relativo à equidade e transparência para os utilizadores tradicionais de serviços de intermediação em linha, e a Diretiva (UE) 2019/770, de 20 de maio, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

² Para mais detalhes cfr. JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *EIPR*, 1 (2020), (pp. 28-41), pp. 28-29.

Europeu, e a 15 de abril, no Conselho, a Diretiva foi aprovada, tendo sido publicada no Jorna Oficial dois dias mais tarde³.

Durante este período, o debate público foi intenso, com polémicas, cartas abertas, petições, manifestações e apelos. De forma simplificada (e simplista), uns afirmavam que a nova Diretiva continha soluções pouco equilibradas, algumas das quais implicariam uma transformação indesejável da Internet. Outros defendiam que uma intervenção como a contida na proposta seria a única forma de proteger os criadores, pondo fim a uma grave injustiça.

Na verdade, o debate centrou-se essencialmente em dois artigos: os arts. 13º (agora art. 17º Dir.) – relativo ao papel e deveres de plataformas como o YouTube – e 11º da Proposta (agora art. 15º Dir.) – consagrando um direito conexo sobre publicações de imprensa – mas, como se verá, a Diretiva é um instrumento mais complexo e abrangente.

Na Diretiva fixou-se um prazo de transposição de dois anos, que termina a 7 de junho de 2021 (art. 29º/1 Dir.). Apesar disso, tendo em conta a magnitude das alterações a fazer, é importante que o diploma de transposição preveja uma *vacatio legis* mínima de um mês, pelo que seria desejável publicar uma Lei (ou Decreto-Lei autorizado) de transposição até maio de 2021⁴.

O objetivo deste texto é analisar a Diretiva para perceber o que é que esta impõe e que margem deixa aos legisladores nacionais, apresentando algumas propostas para a transposição da Diretiva em Portugal⁵. Apesar de, nestas propostas, estarem ínsitas conceções de natureza política (como é inevitável

³ Esta Diretiva foi acompanhada pela Diretiva (UE) 2019/789 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e que altera a Diretiva 93/83/CEE do Conselho. O conteúdo inovador da Dir. 2019/789 é diminuto, mas deverá ser tido em conta. Não obstante, neste texto, não o abordarei. Sobre o tema *vide* FRIEDERIKE SCHULTE ZU SUNDERN, “Die Aktualisierung der SatCab-RL und ihre Umsetzung in nationales Recht”, *Intellectual Property Journal/Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, 11 (2019), pp. 452-484.

⁴ No entanto, sublinhe-se, a transposição está longe de ser a conclusão deste processo. Isto porque a Diretiva será aplicada e interpretada e, atentas as suas ambiguidades, é natural que o verdadeiro sentido de algumas das disposições só venha a ser estabelecido (ou mesmo alterado) daqui dez, quinze ou vinte anos através das decisões do Tribunal de Justiça.

⁵ Os programas eleitorais dos partidos políticos portugueses que elegeram deputados nas eleições legislativas de 2019 são em geral omissos em matéria de Direito de Autor. É assim com o programa eleitoral do PS, do PSD, do PCP, do CDS, do PAN e do Chega. Apenas o Bloco de Esquerda, o Livre e a Iniciativa Liberal se pronunciam e, neste particular ponto, tendem a convergir numa abordagem minimalista, procurando salvaguardar a posição dos utilizadores e a Internet livre, e defendendo, por isso, uma transposição da Diretiva que vá no sentido de diminuir o âmbito de aplicação do direito de autor e aumentar os espaços de liberdade. Mas, tendo em conta o número de deputados destes partidos, estas indicações não permitem fazer previsões quanto às escolhas políticas nesta matéria.

em todas as matérias jurídicas e especialmente neste caso), o meu propósito é essencialmente o de contribuir para termos uma melhor lei (ainda que possa não concordar com algumas das soluções adotadas na Diretiva).

2. Enquadramento

A Diretiva é relativamente extensa, com 86 considerandos e 32 artigos, repartidos por cinco títulos. Além de apresentar conteúdo autónomo e inovador, procede a alterações às Diretivas 2001/29 (Diretiva Infosoc) e 96/9 (Diretiva relativa às bases de dados)⁶.

No art. 1º/1 o legislador esclarece que a Diretiva “...estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável aos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno, tendo em conta, em especial, as utilizações digitais e transfronteiriças de conteúdos protegidos (...) regras em matéria de exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como regras destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido”. Estão em causa essencialmente quatro áreas: 1) utilizações digitais e transfronteiriças de conteúdos protegidos, 2) utilizações livres (designadas na Diretiva como “exceções e limitações”), 3) facilitação de licenças e 4) o (alegado) “bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido”.

A Diretiva tem a seguinte estrutura:

- Título I: arts. 1º e 2º (objeto e definições)
- Título II: arts. 3º a 7º (utilizações livres em contexto digital e transfronteiriço)
- Título III: arts. 8º a 14º (disposições destinadas a melhorar o acesso a conteúdos)
- Título IV: arts. 15º a 23º (“mercado de direitos de autor que funcione corretamente”)
- Título V: arts. 24º a 32º (alterações a Diretivas e aplicação da lei no tempo)

Este diploma aborda principalmente os seguintes temas:

- Prospecção de dados (em inglês *text and data mining*) (arts. 3º e 4º)
- Ensino à distância (art. 5º)
- Conservação do património cultural (art. 6º)
- Utilização de obras fora de comércio (arts. 8º a 11º)

⁶ Para uma análise aprofundada da Diretiva veja-se o excelente artigo de JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, cit.

- Licenças de uso alargado (em inglês *extended collective licensing*) (art. 12º)
- Direito conexo relativo a publicações de imprensa (art. 15º)
- Remuneração dos editores na cópia privada (art. 16º)
- Plataformas e conteúdo gerado por utilizadores (art. 17º)
- Remuneração justa nos contratos de exploração (arts. 18º-23º)

Todos estes aspetos implicarão alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, atualmente na sua 16ª versão, alterado pela última vez pela Lei 92/2019, de 4 de abril.

Mas não só. Será igualmente necessário intervir no DL 122/2000, de 4 de julho (proteção jurídica das bases de dados), em virtude do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 8º/2 e 24º da Diretiva, e no DL 252/94, de 20 de outubro (regime jurídico dos programas de computador), por imposição dos arts. 4º, 5º, 6º, 8º/2 e 23º/2 da Diretiva.

Além disso, indireta e eventualmente, poderemos assistir a alterações à Lei 26/2015, de 14 de abril (gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos), em virtude dos arts. 8º, 10º, 12º, 19º/6 e 20º/2 da Diretiva, à Lei 62/98, de 1 de setembro (cópia privada), em função dos arts. 5º e 16º da Diretiva, ao DL 333/97, de 27 de novembro, devido ao art. 13º da Diretiva (e, garantidamente, por causa da Diretiva 789/2019), e (menos provável) ao DL 7/2004, de 7 de janeiro (lei do comércio eletrónico) à luz do art. 17º da Diretiva⁷.

Na transposição o legislador português pode seguir uma de quatro abordagens. A primeira será elaborar um novo Código, alterando a sistemática atual. A segunda consiste em fazer uma transposição cuidada (isto é, atempada, com ponderação, estudo(s), técnica legislativa adequada e adaptação à realidade nacional) aproveitando a oportunidade para corrigir erros do CDADC que estão há muito tempo identificados e alterar previsões que atualmente fazem pouco sentido. Como terceira hipótese poderá proceder apenas a uma transposição adequada, sem aproveitar a oportunidade para melhorar a lei como um todo. A última, indesejável (mas infelizmente habitual), é a transposição inconsciente, servil, que se limita a uma cópia atabalhoada dos artigos da Diretiva; o que, neste caso, tendo em conta a sua complexidade e as opções que permite aos Estados-Membros, será praticamente impossível.

Parece-me que a segunda abordagem é a melhor: deveríamos aproveitar a oportunidade para reformular o Código e legislação extravagante além do imposto pela Diretiva, mas preservando, na medida do possível, a estrutura e numeração do CDADC.

⁷ Em qualquer caso, está em curso a revisão desta diretiva através do chamado *Digital Services Act*.

Sem pretensão de exaustividade, enunciam-se algumas das possíveis alterações: i) refletir e sintetizar a jurisprudência europeia em vários pontos (p.e., normas sobre hiperligações e/ou comunicação ao público, pois já existe um conjunto de jurisprudência sedimentada nesta matéria); ii) corrigir erros e gralhas, tais como as epígrafes trocadas entre os arts. 195º e 196º CDADC ou a data referida na primeira frase do preâmbulo (“1927” quando deveria ser “1972”); iii) atualizar disposições obsoletas, como a exigência de escritura pública para transmissão total de direito de autor (art. 44º CDADC) ou o direito de fiscalização de estabelecimentos de prensagem (art. 143º CDADC); iv) trazer alguma legislação extravagante para o CDADC, designadamente a regra do art. 3º DL 334/97, de 27 de novembro, relativa à contagem do prazo de duração, certas regras fundamentais da gestão coletiva atualmente na Lei 26/2015 e mesmo o regime dos programas de computador (DL 252/94) e das bases de dados (DL 122/2000); v) acrescentar algumas menções a formas de exploração digital; vi) clarificar a redação e o sentido de normas como os arts. 14º e 15º CDADC; vii) fazer melhorias transversais de regime, nomeadamente aquelas que se exigem no caso dos direitos conexos⁸.

3. Análise com vista à transposição

3.1. Título II: utilizações livres

O segundo título da Diretiva diz respeito a utilizações livres em contexto digital e transfronteiriço⁹. Não obstante estarmos perante utilizações livres de consagração obrigatória, a doutrina tem sublinhado que as soluções adotadas são pouco satisfatórias¹⁰.

⁸ Enuncio propostas detalhadas e justificadas em NUNO SOUSA E SILVA, “Direitos conexos (ao direito de autor)”, *ROA*, (2016), pp. 355-445 (esp. pp. 442-444) e NUNO SOUSA E SILVA, “Algumas questões (controversas) e outras tantas sugestões a propósito do regime nacional dos direitos conexos”, *RDI*, n.º 1 (2017), pp. 103-148 (esp. pp. 146-148).

⁹ Na Diretiva, o legislador europeu refere-se a exceções e limitações. Como explicámos (TITO RENDAS/ NUNO SOUSA E SILVA, *Direito de Autor nos Tribunais*, UCE, Lisboa, 2019, p. 279, n. 2), em bom rigor ““exceções” e “limites” são figuras distintas: as exceções constituem derrogações de uma regra geral, ao passo que os limites definem os contornos do direito subjetivo atribuído”. Nessa medida, estão aqui em causa exceções, que o nosso Código, muito bem, designa por utilizações livres. Como este texto é escrito com vista à transposição opto pela designação do CDADC. Em sentido distinto, JOÃO PEDRO QUINTAIS, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law*, Wolter Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 192 explica a junção das duas designações como uma solução de compromisso entre as várias tradições jurídicas dos Estados-Membros e sustenta ser preferível empregar o termo limites.

¹⁰ JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, cit., p. 34, “... a missed opportunity to strengthen, harmonize and clarify copyright exceptions at EU level”.

3.1.1. Prospecção de dados (*data mining*)

O primeiro tema, abordado nos arts. 3º e 4º, é a prospecção de dados (*data mining*), que é definida como “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros” (art. 2º/2 Dir.). Trata-se de uma área da ciência da computação e estatística com especial relevância no domínio da aprendizagem automática (*machine learning*). O problema, em termos de Direito de Autor, é que as atividades de prospecção de dados implicam com frequência a reprodução de obras protegidas e a interferência com bases de dados protegidas pelo direito *sui generis* do fabricante de dados (envolvendo atos de extração e reutilização)¹¹. Na ausência de utilizações livres claramente aplicáveis (e harmonizadas) neste contexto, a utilização deste tipo de técnicas correria o risco de implicar uma violação de direitos exclusivos¹².

Para resolver este problema, a Diretiva veio prever, no art. 3º, uma utilização livre obrigatória *para fins de investigação científica*, permitindo a extração, reprodução, adaptação, reutilização e conservação de materiais a que tenham “acesso legal” (*sic!*)¹³ para prospecção de dados. No entanto, além de estar limitada na sua finalidade, esta previsão só funciona a favor de organismos de investigação científica ou organismos responsáveis pelo património cultural, definidos, respetivamente nos arts. 2º/1 e 2º/3 Dir.¹⁴. Além disso, impõe que os beneficiários armazenem as cópias efetuadas neste contexto com um nível de segurança adequado, podendo ser conservadas para fins de investigação científica, incluindo para a verificação dos resultados da investigação (art. 3º/2 Dir.). Por outro lado, admite que os titulares de direitos apliquem “medidas para assegurar a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são acolhidos”¹⁵, mas estas “não podem exceder o necessário para alcançar esse objetivo.” (art. 3º/3 Dir.). No considerando 17, o legislador deixa claro que não se pode seguir uma solução

¹¹ OLE-ANDREAS ROGNSTAD/JOOST POORT, “The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach”, in: *Copyright Reconstructed: Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change* (ed. P. BERNT HUGENHOLTZ), Wolter Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 155.

¹² Considerandos 11 e 19 Dir.. Fazendo essa análise em detalhe, cfr. CHRISTOPHE GEIGER/GIANCARLO FROSIO/OLEKSANDR BULAYENKO, “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (eds. Concepción Saiz García/Raquel Evangelio Llorca), Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 27-71 (pp. 30-45).

¹³ “acesso legítimo” seria melhor tradução.

¹⁴ Como resulta do considerando 12, estão abrangidas tanto as ciências naturais como as ciências humanas.

¹⁵ “armazenados” seria provavelmente uma melhor tradução para “hosted”.

semelhante à da cópia privada; isto é, não se pode associar o pagamento de uma compensação (taxa) à aplicação desta regra.

Por outro lado, estabelece-se no art. 4º uma licença presumida de âmbito mais geral, abrangendo as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, independentemente do contexto em que essa atividade tiver lugar. Trata-se de uma licença presumida, uma vez que se admite essa utilização “desde que os direitos não sejam reservados a favor de quem disponibiliza os materiais” (art. 4º/3 Dir.)¹⁶.

As duas previsões são aplicáveis à reprodução em matéria de direitos de autor e direitos conexos (art. 2º da Diretiva 2001/29), ao direito do fabricante de bases de dados (art. 7º Diretiva 96/9) e ainda ao novo direito conexo sobre publicações de imprensa (art. 15º Dir.). No entanto, quanto a programas de computador parece que apenas será aplicável o art. 4º Dir. (a licença presumida).

Tem havido muitas críticas sublinhando que esta abordagem não constitui uma solução adequada por ter um âmbito obrigatório limitado e admitir a adoção de medidas técnicas de proteção capazes de restringir o acesso a materiais¹⁷. É duvidoso se os Estados-Membros podem ir além do que aqui se prevê, sendo mais generosos na consagração de utilizações livres, pois é previsível que o TJ entenda que, neste caso, a harmonização é total.

Em termos de transposição vejo duas hipóteses: a) fundir os arts. 3º e 4º num único artigo relativo a prospeção de dados ou b) autonomizar as utilizações livres relativas a instituições culturais e organismos de investigação científica que já estão previstos nos artigos 75º 2/e), o) e u) CDADC num único artigo, com a adição do disposto nos arts. 3º e 6º da Diretiva e das definições de instituições culturais e organismos de investigação científica constantes do art. 2º/3 e transpor o art. 4º da Diretiva num artigo autónomo ou no artigo 75º/2 do CDADC. Na prática será necessário ter atenção, *inter alia*, ao artigo 31º da Lei 58/2019, de 8 de Agosto (que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD), no sentido de articular estas utilizações livres com as regras relativas à proteção de dados pessoais.

¹⁶ De acordo com o considerando 18, quando os materiais estejam disponíveis online “... apenas se deverá considerar adequado reservar esses direitos mediante a utilização de meios de leitura ótica, incluindo metadados e condições gerais de um sítio Internet ou de um serviço” (a tradução de “machine readable” para “leitura ótica”, apesar de não ser inédita, é questionável). Já “noutros casos, poderá ser apropriado reservar os direitos por outros meios, seja por acordos contratuais ou por uma declaração unilateral”.

¹⁷ CHRISTOPHE GEIGER/GIANCARLO FROSIO/OLEKSANDR BULAYENKO, *op. cit.*, pp. 56-64. Na mesma linha BEGOÑA OTERO, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 73 e ss. (pp. 75 e 98).

3.1.2. Ensino com recurso a meios digitais

O segundo tema deste Título é o ensino com recurso a meios digitais (“atividades pedagógicas digitais e transfronteiriças”), matéria que, com a crise COVID-19, ganhou uma importância acrescida. Prevê-se no art. 5º/1 Dir. uma utilização livre de obras e outro material protegido para fins exclusivos de ilustração didática, incluindo em contexto transfronteiriço. A utilização livre abrange reprodução e comunicação ao público no caso dos direitos de autor e direitos conexos, atos de exploração de programas de computador (art. 4º da Diretiva 2009/24) e a extração e reutilização de bases de dados protegidas pelo direito do fabricante de bases de dados (art. 7º da Diretiva 96/9). Para poder ser invocada requer-se, além da finalidade de ilustração, que os materiais em causa sejam disponibilizados digitalmente¹⁸ “sob a responsabilidade de um estabelecimento de ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos, estudantes e pessoal docente do estabelecimento de ensino” (ou seja, em acesso limitado, por exemplo, através de plataformas como Moodle ou Blackboard¹⁹), um objetivo não comercial²⁰ e a indicação da fonte, salvo quando tal se revele impossível. No considerando 21 sublinha-se: “Na maior parte dos casos, o conceito de ilustração implicará, por conseguinte, a utilização apenas de partes ou de excertos de obras, o que não deverá substituir a compra de materiais essencialmente destinados aos mercados do ensino”. Em contrapartida, a norma aplica-se à prática de atos relevantes tanto por parte de professores como por parte de alunos, inclusive para efeitos de avaliação (exames)²¹.

Adota-se ainda a regra do país de origem, de acordo com a qual a lei aplicável a estas atividades em contexto transfronteiriço é a do local do estabelecimento de ensino (art. 5º/3).

¹⁸ Como sublinha BEGOÑA RIBERA BLANES, “La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 159 e ss. (p. 170), esta norma só se aplica ao uso digital (presencial ou à distância). Naturalmente que nada impede o legislador nacional de combinar numa única norma esta previsão (para usos digitais) com a do art. 5º/3/a) da Diretiva 2001/29 (para usos analógicos). Em Portugal dever-se-á atender aos arts. 75º/2/e), f), g) e h) CDADC.

¹⁹ Veja-se considerando 22.

²⁰ Como se refere no considerando 20: “A estrutura organizativa e os meios de financiamento de um estabelecimento de ensino não deverão ser fatores decisivos para determinar o caráter não comercial da atividade”. Na verdade, determinar o significado de objetivo não comercial nem sempre será fácil – pense-se numa empresa de *software* que dá formação gratuita nas suas ferramentas, em institutos de formação profissional ou mesmo em pós-graduações. Creio que devemos ser restritivos naquilo que se entende como objetivo comercial neste contexto.

²¹ BEGOÑA RIBERA BLANES, *op. cit.*, p. 173, apontando para as referências à aprendizagem nos considerandos 21 e 22 e defendendo que a utilização livre cobre todo o processo educativo. Parece-me discutível que a norma abranja a elaboração de trabalhos por parte dos alunos (lembre-se o caso C-161/17, *Renckhoff* (EU:C:2018:634)).

Os Estados-Membros podem optar por limitar o âmbito desta utilização livre, nomeadamente ao excluir a sua aplicação a partituras musicais ou obras dirigidas principalmente ao ensino (como manuais), desde que seja fácil aos estabelecimentos de ensino obter licenças para desenvolver as suas atividades (art. 5º/2 Dir.)²². De igual modo, a Diretiva prevê a possibilidade de ser fixada uma compensação equitativa, como a taxa de cópia privada, pelas utilizações livres aí previstas (art. 5º/4).

Das várias opções de transposição, aquela que me parece mais razoável passa por fazer um entendimento amplo da utilização livre²³. Logo, creio que não se deve utilizar a faculdade prevista no art. 5º/2 Dir., uma vez que esta ignora o interesse público subjacente a esta previsão. A utilização livre deve aplicar-se também (ou até sobretudo) aos materiais concebidos especialmente para o ensino. De igual modo, não creio que se deva estabelecer uma compensação equitativa/taxa, mas será necessário conjugar esta previsão com o prescrito no art. 75º/2 e), f), g) e h) do CDADC e enunciar as condições aqui previstas para esta utilização livre no art. 76º do CDADC.

3.1.3. Conservação do património cultural

O terceiro tema diz respeito à conservação do património cultural. No art. 6º Dir. prevê-se a possibilidade de as instituições responsáveis pela conservação de património cultural (definidas no art. 2º/3 como “*uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro*”) fazerem cópias, mas só dos elementos que façam parte da coleção permanente e na medida do necessário para assegurar a respetiva conservação²⁴. Em termos de transposição será necessário prever uma utilização livre e conjugá-la com o previsto no art. 75º/2/e) e u) do CDADC e ainda com o novo regime das obras fora do comércio (arts. 8º a 11º Dir.).

²² Em face do texto do nº 2 artigo não é totalmente claro se os Estados-Membros podem mesmo excluir totalmente esta utilização livre. BEGOÑA RIBERA BLANES, *op. cit.*, pp. 206-207 pondera as ambiguidades do texto e conclui que não é lícito excluir totalmente a utilização livre (que é obrigatória e imperativa), mas só é possível limitar o seu âmbito de aplicação.

²³ Como sublinha JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, p. 32 esta previsão é muito limitada, não abrangendo instituições como bibliotecas e museus e excluindo atividades educativas comerciais (como é frequentemente o caso com a formação profissional).

²⁴ Esta hipótese já estava prevista, como opção, no art. 5º/2/c) da Diretiva 2001/29. Passa agora a ser obrigatória, mais ampla e mais densificada.

3.1.4. Disposições comuns

O art. 7º trata de duas questões transversais. A primeira é a invalidade de disposições contratuais contrárias a utilizações livre aí estabelecidas, que, em Portugal, já está prevista (de forma mais abrangente) no art. 75º/5 CDADC. A segunda (art. 7º/2) diz respeito à relação entre as utilizações livre e as medidas técnicas de proteção. Esta disposição gera necessidade de adaptar os arts. 221º e 222º CDADC. Ao fazê-lo deve aproveitar-se para corrigir a remissão para legislação revogada que ainda consta do art. 221º/4 CDADC²⁵.

Por outro lado, como assinalou Dário Moura Vicente²⁶, algumas normas desta Diretiva atribuem relevância extraterritorial aos atos praticados (vejam-se arts. 5º/3 e 9º) demonstrando que a regra do art. 63º do CDADC (“*A ordem jurídica portuguesa é em exclusivo a competente para determinar a proteção a atribuir a uma obra, sem prejuízo das convenções internacionais ratificadas ou aprovadas.*”) está desajustada da realidade.

3.2. Título III: medidas para melhorar o acesso a conteúdos

O terceiro título da Diretiva diz respeito a medidas para melhorar o acesso a conteúdos. Procura-se tornar mais fácil obter licenças para a utilização de obras protegidas. Porém, apesar da sua complexidade, as soluções consagradas não parecem realizar o fim a que se propõem.

3.2.1. Obras fora do circuito comercial.

Nos arts. 8º a 11º prevê-se um regime para as obras fora do circuito comercial²⁷. Este conceito não se confunde com o de “obras órfãs”. As obras órfãs são

²⁵ Este artigo foi alterado em 2019, mas manteve-se a remissão para a Lei nº 83/2001, de 3 de agosto, revogada desde 2015.

²⁶ Oralmente na sequência da minha apresentação. Criticamente sobre o princípio da territorialidade em Direito de Autor, cfr. P. B. HUGENHOLTZ, “Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law”, in: *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (ed. Estelle Derclaye), Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 12-26, apontando precisamente a regra do país de origem (constante da Diretiva satélite e cabo) como uma via para superação/relativização do princípio.

²⁷ Este regime foi desenhado em reação à jurisprudência C-301/15, *Soulier et Doke* (EU:C:2016:878), mas fica muito aquém das necessidades que o sistema francês procurava satisfazer. Para umas notas breves sobre essa decisão cfr. NUNO SOUSA E SILVA, “Direito de Autor: Sinopse dos Últimos (2016-2017) Desenvolvimentos na Jurisprudência Europeia”, *RDI*, nº1 (2018), pp.7-27 (pp. 19-20). Sobre a solução

aquelas cujo titular de direitos de autor não é conhecido ou, sendo conhecido, não é passível de ser localizado, mas que provavelmente ainda gozam de direito de autor²⁸. Em contrapartida, há obras cujo autor ou titular de direitos de autor é conhecido e está localizado/contactável, mas em relação às quais há indisponibilidade comercial. O livro está indisponível, não é possível comprá-lo e, portanto, é considerada uma obra fora do circuito comercial²⁹.

O que se prevê nos artigos 8º a 11º da Diretiva é um esquema de representatividade alargada, isto é, autores ou outros titulares de direitos que não têm uma relação com uma entidade de gestão coletiva podem, não obstante, ser representados por esta, a qual poderá autorizar uma utilização (inclusive transfronteiriça – art. 9º/1 Dir.) das suas obras quando estas estejam fora do circuito comercial. No entanto, esta licença só abrange fins não comerciais, apenas pode ser emitida a favor de instituições responsáveis pelo património cultural e incidirá exclusivamente sobre as obras ou outro material protegido fora do circuito comercial que faça parte da coleção permanente da instituição (art. 8º/1 Dir.). Estas licenças devem ser requeridas no Estado-Membro onde a instituição responsável pelo património cultural se encontra estabelecida (art. 8º/6 Dir.) e, à partida, não podem abranger obras ou materiais cujo lugar de produção ou publicação inicial seja um país terceiro, i.e., fora da UE (art. 8º/7 Dir.).

Além da licença alargada, estabelece-se também uma utilização livre subsidiária, aplicável quando não exista uma entidade de gestão coletiva suficientemente representativa dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença (art. 8º/3 Dir.)³⁰. Esta utilização livre está igualmente limitada a fins não comerciais e só poderá ser invocada por instituições responsáveis pelo património cultural (definidas

agora adotada veja-se, i.a., LUCIE GUIBAULT/SIMONE SCHROFF, “Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders”, *JIC*, 49, 8, (2018) pp. 916-939.

²⁸ Art. 26º-A/1 CDADC: “Consideram-se obras órfãs, as obras intelectuais protegidas em que nenhum dos seus titulares de direitos estiver identificado ou se, apesar de identificado, nenhum deles tiver sido localizado”.

²⁹ Cfr. art. 8º/5 Dir. Dois exemplos seriam estas teses de doutoramento em Direito, publicadas pela Almedina, mas que não consigo comprar: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina, Coimbra, 1988 e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000. Na verdade, a Diretiva dá aos Estados-Membros latitude na configuração dos critérios para que determinar quando é que uma obra se encontra fora do comércio e estabelece o dever de promover o diálogo entre as partes interessadas (art. 11º) na definição destes critérios. Discutindo o conceito em detalhe veja-se RAQUEL EVANGELIO LLORCA, “La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial em la Directiva (EU) 2019/790”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 214-271 (pp. 226-232).

³⁰ RAQUEL EVANGELIO LLORCA, *op. cit.*, p. 255 sublinha a necessidade de incluir nos requisitos da utilização livre a indisponibilidade das licenças de uso alargado.

restritivamente no art. 2º/3 Dir.) relativamente ao espólio que faça parte da sua coleção permanente (art. 8º/2 Dir.). Esta utilização, ainda que transfronteiriça, estará sujeita à regra do país de origem (art. 9º/2 Dir.).

Quer no caso da licença alargada, quer no caso da utilização livre, deve prever-se que “os titulares de direitos possam, a qualquer momento e de forma fácil e eficaz, excluir as suas obras ou outro material protegido do mecanismo de concessão de licenças (...) ou da aplicação da exceção ou limitação (...) em geral ou em casos específicos, inclusive após a concessão de uma licença ou após o início da utilização em causa” (art. 8º/4 Dir.). Além disso, haverá um dever de publicidade destas utilizações em portal próprio a ser gerido pelo Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (art. 10º Dir.)³¹. Prevê-se ainda que os Estados-Membros deverão promover um diálogo entre as partes interessadas (art. 11º Dir.).

Este sistema complexo implicará várias alterações à lei portuguesa. Será necessário alterar ou remover os arts. 52º e 53º do CDADC. Por outro lado, será importante regular as licenças com efeito alargado ou no CDADC ou na Lei 26/2015. A utilização livre subsidiária prevista na Diretiva poderá ser incluída no artigo 75º CDADC ou noutra norma (porventura dedicada a instituições de conservação do património cultural) e deverá ser conjugada com o previsto no art. 75º/2/u) CDADC. Será igualmente necessário mencionar os critérios de conexão territorial previstos no artigo 8º/7 Dir., possivelmente no capítulo VII do Título I do CDADC (atualmente arts. 63º a 66º).

3.2.2. Outras disposições

Além do caso particular das obras fora do comércio, o art. 12º da Diretiva prevê a possível concessão (em geral) de licenças coletivas com efeitos alargados (em inglês *extended collective licences*)³². Trata-se de um mecanismo quase inédito na

³¹ Como já ocorre no caso das obras órfãs (<https://euiipo.europa.eu/orphanworks/>).

³² Estas licenças de efeito alargado são diferentes dos casos de gestão coletiva obrigatória, em que existe um mandato legal a favor da entidade de gestão coletiva (como no caso da retransmissão por cabo – art. 7º/1 do DL 333/97, de 27 de novembro). A diferença entre as duas está na possibilidade, existente nas licenças coletivas de efeito alargado, de o titular de direitos exercer o seu direito individualmente e de excluir a representatividade alargada (que apenas se presume). O que caracteriza as licenças coletivas com efeitos alargados é apenas o facto de uma entidade de gestão coletiva representar titulares de direitos que não a mandataram. Explicando a diferença cf. JOÃO PEDRO QUINTAIS, *Copyright in the age...*, cit., pp. 106 e ss. Sobre o tema *vide* também (em contexto normativo diferente) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva de Direitos Autorais”, *ROA*, (2013), pp. 149-183.

ordem jurídica portuguesa³³ e que, neste caso, é de adoção facultativa (art. 12º/1 Dir. onde se lê: “Os Estados-Membros *podem* prever”). Além disso admite-se também que se estabeleça uma presunção de representação (art.12º/1/b) Dir.) e esclarece-se que este artigo não se aplica à gestão coletiva obrigatória (art. 12º/4 Dir.). Em ambos os casos contemplados – presunção de representação e licenças coletivas com efeitos alargados – exigem-se condições (art. 12º/2 Dir.) e prevêem-se salvaguardas (art. 12º/4) para a sua utilização. Creio que não será necessário estabelecer imediatamente licenças de efeito alargado, sendo preferível identificar cuidadosamente as necessidades concretas dos utilizadores à luz do novo quadro legal. Não obstante, as condições e salvaguardas podem ser já estabelecidas na lei nacional.

Com vista a facilitar a negociação e conclusão de acordos para disponibilizar obras audiovisuais a pedido (“*video-on-demand*”), o art. 13º prevê a criação de um organismo imparcial ou de mediadores. Isto é diferente da comissão de peritos prevista no art. 44º da Lei 26/2015, visto que esta última exerce uma função jurisdicional, dirimindo litígios. A minha sugestão, para transposição do art. 13º da Diretiva, é copiá-lo tal e qual.

O art. 14º Dir. tem como objetivo facilitar o acesso a obras de arte visual no domínio público. Nesse sentido, proíbe-se a atribuição de direitos de autor ou direitos conexos sobre qualquer material resultante de um ato de reprodução (como as meras fotografias) de uma obra de arte visual no domínio público, exceto no caso de esse material que reproduz a obra visual no domínio público ser ele próprio original. Exemplificando, uma mera fotografia de arquivo/catálogo de uma escultura de Auguste Rodin (†1917) não permitirá que o fotógrafo invoque qualquer direito sobre a fotografia. Em contrapartida, se a luz, a composição, as cores, ou outros atributos da fotografia da escultura permitirem afirmar que se trata de uma fotografia original, então o fotógrafo continuará a ser titular de direitos sobre essa obra fotográfica, apesar de o motivo/objeto fotografado (a escultura) se encontrar no domínio público.

Esta disposição da Diretiva vem reduzir o âmbito do direito conexo sobre meras fotografias em países que o prevejam, como é o caso de Espanha, Alemanha e Itália. Em face do art. 164º/2 CDADC, parece que a nossa lei de direito de autor já garante este resultado. No entanto, esta poderá ser uma boa oportunidade para visitar ou mesmo revogar a Lei 31/2019, de 3 de maio, que regula a utilização de dispositivos digitais de uso pessoal e permite a fotografia digital nas bibliotecas e arquivos públicos.

³³ Tanto quanto sei só está prevista no art. 6º/2 DL 333/97. Em contrapartida, nos art. 7º/1 do DL 333/97 e 178º/2 CDADC estabelece-se gestão coletiva obrigatória.

3.3. Título IV: mercado de direito de autor que funcione corretamente

O título IV da Diretiva relativo ao mercado de direito de autor que funcione corretamente levanta, desde logo, a questão de saber o que é “funcionamento correto do mercado” e com que critérios ou perspectiva se afere a dita “correção”. Estamos perante um caso de uso emotivo de termos éticos³⁴. O que não surpreende, pois é neste título que se encontram as matérias mais polémicas da Diretiva.

3.3.1. Direito conexo sobre publicações de imprensa

O art. 15º Dir. estabelece um novo direito conexo sobre publicações de imprensa. A justificação apontada reside, por um lado, nas dificuldades económicas que o sector da imprensa vem sofrendo e por outro na existência de um aproveitamento não remunerado desses conteúdos por parte dos agregadores de notícias e empresas de *clipping*³⁵. Esta abordagem foi tentada, sem grande sucesso, na Alemanha³⁶ e em Espanha³⁷. Aliás, recentemente, o TJ no caso C-299/17, VG

³⁴ Como explica CHARLES L. STEVENSON, “The emotive meaning of ethical terms”, *Mind New Series*, vol. 46, nº181 (1937), pp. 14-31 os termos éticos (como “bom” ou “justo”) têm uma função argumentativa para além de descritiva, exercendo considerável influência social. O objetivo desta designação é legitimar as soluções mais controversas da Diretiva.

³⁵ Veja-se o considerando 54 Dir.

³⁶ A 22 de Março de 2013, a Alemanha tornou-se o primeiro país europeu a consagrar um direito conexo para proteger editores de imprensa (*Leistungsschutzrecht für Pressverleger*). A lei alemã de direitos de autor (*UhrG*) foi alterada, tendo sido introduzidos novos artigos: §87f, §87g e §87h, atribuindo ao produtor de conteúdo noticioso um direito exclusivo de controlar a utilização de excertos de material noticioso com exceção de uma palavra ou “excertos muito curtos” (§87f (1) *UhrG*). Material noticioso é definido como “um compêndio de artigos jornalísticos determinado editorialmente e publicado periodicamente sob um dado título” (§87f (2) *UhrG*). O direito teria a duração de um ano (§87g (2) *UhrG*), sendo transmissível (§87g (1) *UhrG*) e não poderia ser exercido contra os autores da obra em causa (§87g (3) *UhrG*), os quais teriam direito a uma parte da remuneração auferida pelos titulares deste direito conexo (§87h *UhrG*). Esta medida legislativa, conhecida como *Lex Google*, não teve o efeito previsto. Em resposta à lei, que entrou em vigor a 1 de agosto de 2013, a Google anunciou que a partir dessa data o seu serviço Google News passaria a ser *opt-in*. Ou seja, só as empresas produtoras de conteúdos que quisessem é que seriam indexadas, prescindindo desse modo do novo direito conexo. Na sequência disto a maior parte das empresas titulares do novo direito conexo aderiu ao serviço prestado pela Google, revelando que este novo direito era, em grande medida, inútil.

³⁷ Com a *Ley* 21/2014 de 4 de novembro, o legislador espanhol consagrou um direito conexo para “periodistas” no art. 32º/2 da *Ley de Propiedad Intelectual*. Contudo, e ao contrário da solução alemã, este direito foi consagrado como um direito irrenunciável sujeito a gestão coletiva obrigatória. Esta solução não permitiu à Google seguir uma estratégia semelhante à adotada na Alemanha. Por isso, limitou-se a anunciar que não ia indexar conteúdo noticioso espanhol. Na sequência disto os *sites* dos jornais espanhóis terão sofrido um declínio no número de visitas, entre 5 e 10%. Sobre o tema cfr. RODRIGO BERCOVITZ

Media³⁸ considerou o direito conexo sobre excertos noticiosos consagrado na lei alemã incompatível com a Diretiva 98/34/CE (Diretiva relativa a normas técnicas), visto que a consagração deste direito não foi notificada previamente à Comissão³⁹. Haverá agora uma convicção que, sendo a medida tomada a nível europeu, as consequências serão diferentes⁴⁰.

O art. 15º vem prever um direito conexo a favor dos editores de publicações de imprensa (definidas no artigo 2º/4 Dir. de forma a excluir revistas com fins científicos ou académicos⁴¹), que acresce ao direito de autor (e outros direitos) que eventualmente incida sobre a publicação e que se consubstancia num direito de impedir a utilização comercial dessas publicações. O âmbito do exclusivo é definido por remissão para os art. 2º (reprodução) e 3º/2 (colocação à disposição) da Diretiva 2001/29. Mas não estão aqui abrangidas a utilização de termos isolados

ou excertos muito curtos, nem a disponibilização dos artigos através de hiperligações (art. 15º/1 Dir.)⁴². Por isso, atos como a partilha de notícias em redes sociais não estão abrangidos pelo exclusivo. São aplicáveis “com as devidas adaptações”

as normas da Diretiva 2001/29 relativas a utilizações livres, medidas técnicas de proteção, informações para a gestão dos direitos e meios de tutela (art. 15º/3 Dir.). A duração é de dois anos contados da mesma forma que o direito de autor (caducidade no primeiro dia de janeiro do ano seguinte àquele em que se completam os dois anos) e este direito só incidirá sobre as publicações de imprensa publicadas pela primeira vez depois do dia 5 de junho de 2019 (art. 15º/4 Dir.). Prevê-se ainda que as receitas que advenham da exploração deste direito sejam repartidas de forma adequada com os autores (art.15º/5 Dir.). Não é claro em face da diretiva se este direito é disponível, como o direito conexo alemão, ou indisponível como o direito conexo espanhol.

As minhas propostas para transposição desta disposição vão no sentido de consagrar este novo direito em artigo(s) autónomo(s) sistematicamente colocado(s) na secção X (“dos jornais e outras publicações periódicas” – arts.

RODRÍGUEZ-CANO, “Tasa Google o Canon AEDE: uma reforma desacertada”, *Propriedades Intelectuais*, 3 (2015), pp. 5-25.

³⁸ EU:C:2019:716.

³⁹ A Diretiva em causa foi, entretanto, substituída pela Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação.

⁴⁰ JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, p. 36, manifesta-se descrente. Acompanho-o.

⁴¹ Traçar essa fronteira nem sempre será fácil. Pense-se numa revista como a Brotéria – estará ou não incluída?

⁴² Se excertos muito curtos não são abrangidos e um excerto de 11 palavras pode gozar de direito de autor se for original (C-5/08, *Infopaq*, EU:C:2009:465), sobrarão poucos casos em que haja interferência com este novo direito conexo sem haver também interferência com o direito autor.

3º-175º CDADC) do Título II do CDADC ou, em alternativa, no Título III relativo aos direitos conexos (o que será mais correto do ponto de vista dogmático). Será necessário conjugar este novo direito com o previsto no art. 75º/2/c) e m), que estabelece utilizações livres relativas a publicações de imprensa e prever regras de repartição de benefícios entre os editores de imprensa e os autores.

Ista seria uma boa oportunidade para trazer para o CDADC a regra geral de contagem de prazos de duração, atualmente no art. 3º DL 334/97, já que será necessário especificar a forma de contagem da duração deste direito conexo (art. 2º/4 Dir.). Quanto a saber se o direito é disponível ou indisponível, não havendo qualquer indicação na Diretiva, creio que deve valer a regra geral de disponibilidade deste tipo de direitos, não sendo necessário estabelecer uma previsão nesse sentido.

1.2. Direito do editor na cópia privada

Como é sabido, no acórdão C-572/13, *HP/Reprobel* o TJ concluiu que⁴³ uma legislação nacional (...) que autoriza o Estado-Membro a atribuir uma parte da compensação equitativa devida aos titulares de direitos aos editores de obras criadas pelos autores, em que esses editores tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que esses setores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados” é incompatível com o Direito da União Europeia. Por isso, o art. 82º/1 CDADC e a atual Lei da Cópia Privada (Lei 62/98, de 1 de setembro) são, desde então e nessa medida, aplicáveis⁴⁴.

Permitindo superar essa jurisprudência, o legislador europeu consagrou no art. 16º Dir. a possibilidade de o editor receber parte da taxa de cópia privada. Como se assinalou, isso está previsto na lei portuguesa, mas é por enquanto inaplicável. Se a escolha do legislador nacional for a de manter esse regime, será tão necessário prever um regime transitório, visto que não é possível que os editores recebam proveitos da taxa de cópia privada no período anterior à entrada em vigor da Diretiva.

⁴³ C-572/13, *HP/Reprobel* (EU:C:2015:750), §49.

⁴⁴ Neste mesmo sentido vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “A compensação equitativa pela cópia privada em direito de autor português e da União Europeia”, *RDI*, nº 2 (2016), pp. 7-57 (p. 52, n. 68). Deve assinalar-se que apesar da eficácia retroativa da decisão de reenvio, à partida esta retroatividade não afetará os feitos já consolidados (ou seja, as taxas cobradas e distribuídas pelos editores).

3.3.3. Remuneração justa nos contratos de exploração

No Capítulo 3 do Título IV da Diretiva (arts.18º a 23º) estabelecem-se regras relativas aos contratos de exploração⁴⁵. Estas procuram assegurar o equilíbrio entre prestações (uma remuneração adequada e proporcionada) e a proteção da parte mais fraca através de regras de transparência (art. 19º), mecanismos de modificação contratual (art. 20º) e um direito de revogação por falta de exploração (art. 22º)⁴⁶. Este último cria mesmo uma obrigação de explorar a obra ou prestação (fazendo lembrar uma obrigação de usar a marca sob pena de caducidade)⁴⁷. Sublinhe-se que este regime (arts. 18º a 22º) não é aplicável aos programas de computador (art. 23º/2)⁴⁸.

Em Portugal os arts. 14º/4 e 49º do CDADC (sendo estas disposições aparentemente aplicáveis a artistas-intérpretes por remissão do art. 192º CDADC) já asseguram correção de desequilíbrios contratuais exigida pelo art. 20º da Diretiva.

Em contrapartida, será necessário, para dar cumprimento ao artigo 19º Dir., consagrar um direito de informação⁴⁹, embora se possa entender que ele já resultaria em parte das regras do Código Civil (arts. 573º e ss.) e das relativas aos contratos de exploração em especial⁵⁰. Será igualmente necessário conjugar esse direito com o regime dos segredos de negócio, o que nem sempre será fácil. Por outro lado, antevejo dificuldades práticas na aplicação do art. 19º/1 Dir., segundo

⁴⁵ Sobre estas disposições em detalhe *vide* CONCEPCION SAIZ GARCÍA, “El principio de la remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/EU”, *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 367-417.

⁴⁶ A referência no art. 21º Dir. à possibilidade de recurso a um mecanismo voluntário de resolução de litígios (mediação ou arbitragem) já está assegurada pelo art. 229º CDADC. No entanto, como explica, VITOR PALMELA FIDALGO, “A Arbitragem Voluntária e a Propriedade Intelectual”, *RDI*, nº 2 (2017), pp.157-197 (p. 195), esta norma deveria ser corrigida para ficar claro que não se consagra aí nenhum critério especial de arbitrabilidade.

⁴⁷ Cf. considerando 80 Dir. Esta obrigação já estava prevista nomeadamente no Direito espanhol e no Direito francês, mas não (pelo menos de forma explícita e geral) no Direito português. Diga-se, porém, que no regime do contrato de edição, que é o paradigma dos contratos de comercialização para o qual a lei remete (arts 139º, 147º, 156º e 172º CDADC), se prevê o dever de explorar a obra (art. 90º CDADC). De igual forma, no contrato de representação cénica o empresário obriga-se a fazer apresentar a obra (art. 115º CDADC).

⁴⁸ Mas também não parece que esta aplicação esteja vedada. Assim, não vejo necessidade de alterar o art. 11º/2 do DL 252/94.

⁴⁹ Sobre este direito em detalhe *vide* LLANOS CABEDO SERNA, “La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 419-474 (esp. pp. 443 e ss.).

⁵⁰ Art. 96º CDADC (contrato edição), aplicável por remissão noutros domínios (arts 139º, 147º, 156º e 172º CDADC).

o qual “os autores e artistas intérpretes ou executantes recebem, regularmente – pelo menos, uma vez por ano – e tendo em conta as especificidades de cada setor, informações atualizadas, pertinentes e exaustivas sobre a exploração das suas obras e prestações por parte daqueles a quem foram concedidas licenças ou transferidos os seus direitos, bem como dos seus sucessores legais, nomeadamente no que diz respeito aos modos de exploração, a todas as receitas geradas e à remuneração devida.”; ainda assim, o legislador nacional terá que o transpor. Não obstante, acho que se deverá prever a exclusão daqueles autores/intérpretes cuja participação não é significativa, como admite o art. 19º/4 Dir.

Será igualmente necessário determinar os contornos (âmbito e prazo) do direito de revogação (do contrato ou apenas da exclusividade) por falta de exploração previsto no artigo 22º Dir., sendo que este direito é disponível (art. 23º/1 Dir. “a contrario”)⁵¹ e pode ser excluído em certas obras plurais, por exemplo, obras cinematográficas (art. 22º/2 Dir.). Também em face disto parece claro que o artigo 189º/2 do CDADC é incompatível com esta diretiva e deve ser revogado⁵². Creio que o direito de revogação deve ser previsto numa versão minimalista.

3.4. O art. 17º

O famigerado antigo artigo 13º (da Proposta), agora artigo 17º, é atualmente objeto de uma ação de anulação proposta pela Polónia⁵³. Sem entrar demasiado nas dificuldades que esta matéria levanta, limitar-me-ei a expor brevemente a solução da Diretiva e o seu contexto e, mais importante, a fazer algumas propostas quanto à sua transposição⁵⁴.

⁵¹ Em sentido contrário cf. CONCEPCION SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 412, apoiando-se no art. 22º/5 Dir. para considerar este direito irrenunciável através de contratos singulares, só o sendo em casos de negociação coletiva.

⁵² Sobre a interpretação desse artigo cf. NUNO SOUSA E SILVA, “Algumas questões (controversas)...”, *cit.*, pp. 142-143.

⁵³ C-401/19, *República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, em que se pede a declaração da invalidade do art. 17º/4/b) e /c) “in fine” [isto é, na parte com a redação: «e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)»], da Dir. e, subsidiariamente, no caso de o Tribunal Justiça declarar que as normas impugnadas não podem ser dissociadas das restantes normas do art. 17º da Dir. sem que seja alterada a essência da regulamentação nele contida, que declare o artigo totalmente inválido.

⁵⁴ Para mais contexto e referências *vide* JULIÁN LÓPEZ RICHART, “Responsables, *ma non troppo*: las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para ele intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derecho de autor em el mercado único digital”, in: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, cit., pp. 307-366 e ANNEMARIE BRIDY, “The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform”, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 22 (2020), pp. 323-358 (descrevendo em detalhe o processo de negociação/lobbying).

O art. 17º da Dir. baseia-se numa determinada narrativa (ou crença): a existência de um *value gap*, isto é, uma diferença de montante entre o que um autor ou artista recebe em plataformas como o YouTube (muito menos) e noutras como o Spotify, sendo que os utilizadores fazem sensivelmente a mesma utilização destes dois serviços. Há quem conteste esta visão, sublinhando que estamos a comparar alhos com bugalhos (por outras palavras o YouTube não é parecido com a RTP)⁵⁵.

Em todo o caso, este artigo apresenta-se como uma solução para a utilização massificada de obras e prestações de forma (alegadamente) não remunerada (ou insuficientemente remunerada). Os destinatários desta obrigação são os “prestadores de serviço de partilha de conteúdos em linha” (cujo arquétipo é o YouTube). A definição, complexa, consta do art. 2º/6 Dir. e é feita tanto pela positiva como pela negativa. Pela positiva é “um prestador de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos.”. Pela negativa excluem-se “os prestadores de serviços como enciclopédias em linha sem fins lucrativos, os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 e os mercados em linha, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso.” Ou seja, estão abrangidas plataformas como o YouTube e outras plataformas de partilha de vídeos como Daily Motion e Vimeo, redes sociais como o Facebook, Instagram, Tik Tok, Twitter e LinkedIn. Em contrapartida, excluem-se repositórios de artigos científicos como o SSRN, a Wikipédia, plataformas de partilha de conteúdos *open source* como o GitHub ou outros *forges* equivalentes, mecanismos de troca de mensagens diretas como WhatsApp, Telegram ou Slack e grandes prestadores de serviços de armazenamento *cloud* como Amazon Web Services, Box ou Dropbox, e ainda mercados digitais como OLX ou eBay. Além disso, prevê-se uma isenção de certas obri-

⁵⁵ Sobre o debate cfr. JÖRG WIMMERS/MALEK BARUDI, “Der Mythos vom Value Gap: Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten”, *GRUR*, 119 (2017), pp. 327-338 (criticando o argumento) e CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, “Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement”, *JIPITEC*, 10 (2019), pp. 147-172 (criticando a proposta e propondo alternativas). Ao contrário de ANNEMARIE BRIDY não considero que os únicos beneficiados com esta intervenção legislativa sejam os fornecedores de tecnologias de deteção automática de conteúdos (*op. cit.*, p. 358). Bem vistas as coisas, ao aumentar muito significativamente os custos de operação destas plataformas, a legislação acabou de erigir barreiras à entrada, protegendo os agentes económicos já estabelecidos. Nessa medida, ao contrário do que é normalmente afirmado, a legislação pode constituir um favor que é feito a plataformas dominantes como YouTube e Facebook.

gações para as chamadas empresas jovens e com pouco dinheiro (menos de três anos, volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros e número médio mensal de visitantes singulares na União não exceder 5 milhões – art. 17º/6)⁵⁶.

O nº 1 do art. 17º começa por afirmar “os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilidade do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores”. Esta solução entronca na evolução da jurisprudência em matéria de hiperligações⁵⁷. Está pendente um reenvio feito pelo *Bundesgerichtshof* a 6 de novembro de 2018, em que se pergunta, em face de jurisprudência anterior que já considerou que os intermediários como o Pirate Bay ou aquele que vende um leitor de vídeo que inclui hiperligações faziam comunicação ao público, se o YouTube também pratica atos de comunicação ao público⁵⁸. Independentemente da resposta, o legislador europeu vem agora estabelecer que os atos de fazer *upload* e, mais importante, de disponibilizar conteúdo numa plataforma constituem também uma faculdade reservada aos titulares de direitos. No entanto, como explicam Martin Husovec e João Pedro Quintais⁵⁹ a natureza deste novo direito (direito autónomo ou mera explicitação do conteúdo do já consagrado direito de comunicação ao público) terá grandes implicações em matéria de licenças, sobretudo no âmbito da gestão coletiva⁶⁰. Assim, a resposta que o TJ dê aos reenvios pendentes poderá ter implicações relevantes na transposição desta norma⁶¹.

⁵⁶ Na verdade, não se conhece nenhum exemplo de uma plataforma nestas condições.

⁵⁷ C-466/12, *Svensson* (EU:C:2014:76), C-348/13, *BestWater* (EU:C:2014:2315), C-279/13, *Cmore* (EU:C:2015:199), C-160/15, *Gs Media* (EU:C:2016:644), C-527/15, *Filmspeler* (EU:C:2017:300), C-610/15, *Pirate Bay* (EU:C:2017:456) e C-161/17, *Renckhoff* (EU:C:2018:634). Descrevo sucintamente esta evolução em NUNO SOUSA E SILVA, “Direito de Autor: Sinopse...”, *cit.*, pp. 11-16. Sobre o tema veja-se por todos JOÃO PEDRO QUINTAIS, “Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public”, *JWIP*, 21 (2018), pp. 385-420.

⁵⁸ C-683/18, *YouTube*. Mais recentemente o *Oberster Gerichtshof* austríaco também fez um reenvio com perguntas muito semelhantes: trata-se do caso C-500/19, *Puls 4*.

⁵⁹ “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms”, in: <https://ssrn.com/abstract=3463011>.

⁶⁰ O considerando 64 parece caracterizar esta intervenção como lei interpretativa (o âmbito do direito é clarificado, mas não alterado) – assim, MATTHIAS LEISTNER, “European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?” (in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3572040). Em sentido contrário, cf. JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, p. 37. Creio que o TJ, quando confrontado com essa questão, seguirá a abordagem mais formalista e literal, considerando a Diretiva, nesta parte, lei interpretativa.

⁶¹ Em sentido contrário, ANNEMARIE BRIDY, *op. cit.*, p. 357 considera que a resposta a dar pelo TJ será irrelevante.

O art. 17º/3 Dir. afasta a aplicação do sistema de isenção de responsabilidade *notice and take down* previsto no art. 14º da Dir. 2000/31 (em Portugal transposto no art. 16º no DL nº 7/2004, de 7 de janeiro) em relação à utilização de obras ou outros materiais protegidos nestas plataformas (o sistema continuará a valer noutros contextos)⁶². As plataformas passarão a ter dois caminhos para evitar a responsabilidade direta pela violação de direitos de propriedade intelectual: ou obtêm uma licença que cobrirá igualmente as atividades dos seus utilizadores desde que estes não atuem com carácter comercial ou as suas atividades não gerem receitas significativas (art. 17º/2 Dir.)⁶³, ou demonstram o cumprimento dos deveres enunciados no art. 17º/4 Dir. Estes deveres são: a) envidar todos os esforços para obter uma autorização⁶⁴, b) efetuar os melhores esforços para assegurar indisponibilidade de conteúdo ilicitamente carregado na medida em que os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias para essa verificação e c) agir com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado no sentido de bloquear o acesso ou retirar o conteúdo ilícito e impedir o seu futuro carregamento. A avaliação do cumprimento destes deveres está sujeita a critérios de proporcionalidade, tendo em conta vários fatores, como o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço e a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços (art. 17º/5 Dir.). O art. 17º/8 Dir. faz uma homenagem ao surrealista belga René Magritte, ao dizer que a obrigação de filtragem que decorre (lógica e necessariamente) dos deveres enunciados nas alíneas b) e c) do art. 17º/4 não constitui uma obrigação geral de monitorização⁶⁵. O objetivo dessa norma é afastar qualquer conflito com o art. 15º da Diretiva 2000/31 (que, em bom rigor, nunca existiria), mas continua a ser muito duvidosa a

⁶² Como explica JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, p. 37, o art. 17º deve ser visto como *lex specialis* face à Diretiva 2000/31.

⁶³ Este conceito exclui *youtubers* e outros *influencers* (pelo menos a partir do momento em que tenham sucesso), os quais precisarão de obter uma licença diretamente (KARINA GRISSE, “After the storm-examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *JIPLP*, (2020), pp.887-899 (p. 891, n. 40) e MATTHIAS LEISTNER, *op. cit.*, p. 21).

⁶⁴ Já foi sublinhado que as várias versões linguísticas da Diretiva usam padrões ligeiramente diferentes (“maiores esforços” em Espanhol, “melhores esforços” em Francês, “máximos esforços” em Italiano, e “todos os esforços” em Português ou alemão) – cf. ELEONORA ROSATI, “DSM Directive Series #5: Does the DSM Directive mean the same thing in all language versions? The case of ‘best efforts’ in Article 17(4) (a)”, in: <https://ipkitten.blogspot.com/2019/05/dsm-directive-series-5-does-dsm.html>.

⁶⁵ Sublinhando que esta é uma consequência necessária, implícita a esta alínea *vide* KARINA GRISSE, *op. cit.*, p. 894.

compatibilidade desta solução com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁶.

Para garantir os direitos dos utilizadores que vejam os seus vídeos removidos das plataformas, o art. 17º/9 Dir. estabelece a obrigação de criar um mecanismo de reclamação e de recurso. Esta previsão constitui mais um argumento a favor da ilegalidade do memorando do IGAC⁶⁷. Prevê-se ainda no 17º/7 Dir. que os Estados-Membros devem assegurar que os utilizadores podem invocar pelo menos as seguintes utilizações livres para carregarem e disponibilizarem conteúdos por si gerados: a) citações, críticas e análises e b) utilização para efeitos de caricatura, paródia e *pastiche*. Estas utilizações livres passam, pelo menos neste contexto, a ser obrigatórias⁶⁸.

Em termos de transposição deste preceito, creio que será adequado esperar pelo desfecho da ação de anulação e pela decisão no reenvio C-683/18, *You Tube*. Tendo em conta as grandes dificuldades interpretativas que esse artigo envolve, parece-me avisado seguir o seu texto de perto. Será conveniente alterar o artigo 68º CDADC prevendo esta nova faculdade ou então introduzir uma norma específica sobre comunicação ao público, hiperligações e/ou colocação à disposição. Será necessário estabelecer expressa e finalmente uma utilização livre para caricatura, paródia e *pastiche* na linha do que prevê o art. 5º/3/k) da Diretiva 2001/29. Esta consagração revela-se especialmente premente à luz da jurisprudência recente que veio rejeitar a formulação de utilizações livres não escritas com base em normas constitucionais⁶⁹. Para garantir que as plataformas de partilha

⁶⁶ JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, p. 39, sublinhando que uma consideração séria do princípio da proporcionalidade previsto no art. 17º/5 Dir. poderá permitir a compatibilização. Discutindo o problema em detalhe *vide* JULIÁN LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 346-362, sublinhando que não estamos perante uma solução equilibrada (p. 360).

⁶⁷ Trata-se de um acordo celebrado entre o IGAC, a Direção Geral do Consumidor, associação representando as operadoras de telecomunicações e associação representando um conjunto de entidades de gestão coletiva e/ou detentoras de direitos que estabelece um sistema de remoção de conteúdos na Internet. Já tinha assinalado em NUNO SOUSA E SILVA, “A Jurisprudência Portuguesa e Europeia de Direito de Autor entre 2015 e a primeira metade de 2016”, *Propriedades Intelectuais*, nº 6 (2016), pp. 49-63 (p. 61) a provável ilegalidade/inconstitucionalidade deste instrumento. Sobre o Memorando veja-se VÍCTOR CASTRO ROSA, “Memorando de Entendimento entre APRITEL e as Entidades de Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos, sobre a protecção de direitos de propriedade intelectual na Internet”, *Propriedades Intelectuais*, nº 4 (2015), pp. 90-92.

⁶⁸ JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright...”, *cit.*, pp. 39-40 e MATTHIAS LEISTNER, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ C-476/17, *Pelham* (EU:C:2019:624), utilização de *samples* de um fonograma, C-469/17, *Funke Medien* (EU:C:2019:623), divulgação de relatórios militares e C-516/17, *Spiegel Online* (EU:C:2019:625), citação de um artigo para fins jornalísticos. Sobre estas decisões *vide* CHRISTOPHE GEIGER/ELENA IZYUMENKO, “The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, but Still Some Way to Go!”, *JIC* (2020) pp. 282-306.

de conteúdos têm um mecanismo para celebrar acordos nomeadamente com a entidade de gestão coletiva poderá revelar-se adequado estabelecer, na linha do que prevê o art. 12º Dir., um mecanismo de licenças alargadas e, como já referi, será necessário revogar ou alterar o memorando do IGAC, que é incompatível com o artigo 17º/9 Dir.

4. Conclusão

Como resulta do exposto, esta Diretiva implica necessariamente transformações profundas do Direito de Autor Português. A má técnica legislativa da Diretiva e resultantes ambiguidades são em parte explicadas pelas inúmeras alterações que a proposta inicial foi sofrendo. Além da incerteza, da falta de acerto e adequação de muitas das soluções, a Diretiva pode ainda ser criticada por harmonizar pouco⁷⁰. Há ainda que dar conta da fraca qualidade da tradução portuguesa (não obstante ser texto oficial) da Diretiva, que coloca uma dificuldade adicional ao legislador nacional (na transposição será mais avisado atender à versão inglesa e corrigir alguns dos erros que procurei, sem pretensão de exaustividade, assinalar)⁷¹.

Neste contexto a transposição é essencial e tem que ser realizada de forma especialmente cuidadosa. Uma cópia servil feita por funcionários generalistas do Ministério da Justiça ou por representantes de entidade de gestão coletiva não se mostra aconselhável. É necessário ter atenção à legislação avulsa e é preciso começar quanto antes. A intervenção terá que ser tão transversal e tão profunda que mais vale aproveitar para fazer melhoramentos em todo o Código, alguns dos quais já são há muito reclamados pela doutrina. Haja brio.

⁷⁰ JOÃO PEDRO QUINTAIS, "The new copyright...", *cit.*, pp. 28 e 41. Nas pp. 40-41 o Autor faz uma avaliação global desfavorável da Diretiva, sublinhando que esta favorece a ordenação privada, revelando uma "obsessão com licenças".

⁷¹ Algo que, infelizmente começa a ser timbre dos serviços da UE. São aliás de antologia os exemplos no RGPD (e não só em português).

5. Síntese esquemática⁷²

Alteração ao CDADC

Art. Dir.	Norma(s) CDADC	Comentários/propostas
5º/3 9º	63º	Esta norma já não corresponde à realidade do Direito de Autor Europeu
2º	-	Inserir definições na medida em que os artigos a inserir/alterar o requeiram
3º	75º	Autonomizar as utilizações livres relativas a instituições culturais (art. 75º/2/e), o) e u)) num único artigo, com adição do disposto nos arts. 3º e 6º da Dir. e utilização das definições do art. 2º/2 e /3 Dir.
4º	75º	Consagrar nova utilização livre com texto semelhante ao do art. 75º/2/m)
5º	75º 76º	Consagrar utilização livre, conjugando com art. 75º/2/e), f), g) e h); Não utilizar a faculdade prevista no art. 5º/2 da Diretiva; Não estabelecer compensação equitativa; Enunciar as condições de utilização (acesso restrito e indicação da fonte).
6º	75º	Prever utilização livre e conjugar com art. 75º/2/e) e u) e com o novo regime de obras foras do comércio (arts. 8º a 11º da Dir.)
7º	75º/5 221º e 222º	Manter a inderrogabilidade contratual das utilizações livres; Adaptar os arts. 221º e 222º.
8º a 11º	52º e 53º 75º	Alterar/remover os arts. 52º e 53º; Prever utilização livre supletiva.
12º	-	Mecanismo opcional; não adotar sem fazer levantamento das necessidades dos utilizadores. Consagrar condições e salvaguardas na lei.
13º	-	Copiar texto da norma.
14º	164º/2	Não alterar a lei.
15º	75º	Consagrar direito conexo em artigo autónomo (arts. 173º e ss.); conjugar com art. 75º/2/c) e m); Utilizar definição do art. 2º/4 Dir.; Aproveitar para trazer a regra geral de contagem de prazos de duração (art. 3º do DL nº 334/97) para o CDADC; Estabelecer regras de repartição de benefícios com autores.
16º	82º	Opcional. Se a opção política for no sentido de manter, não alterar a Lei e definir regime transitório. Refletir eventuais alterações na Lei 62/98.
17º	68º 75º	Necessidade de prever que plataformas fazem comunicação ao público/colocação à disposição (eventualmente uma norma nova sobre hiperligações/colocação à disposição); Necessidade de prever utilizações livres para caricatura, paródia e pastiche (recorrer ao texto do art. 5º/3/k) Dir. Infosoc); No geral, seguir texto do artigo e incluir definições dos arts. 2º/6 Dir. e 1º/1/ b) Diretiva (UE) 2015/1535;

⁷² A tabela que se segue foi distribuída publicamente a todos os participantes no Congresso, ou seja, a 29 de outubro de 2019. Sofreu apenas pequenos ajustes e acrescentos para efeitos de publicação.

18º	Princípio subjaz a várias normas, mas não é expressamente enunciado	Não alterar a lei.
19º	96º (aplicável por remissão - 139º, 147º, 156º e 172º)	Prever detalhadamente os termos do direito a informação (conjugar com segredo de negócio e com arts. 573º e ss. CC).
20º	14º/4 49º	Não alterar a lei, exceto para deixar claro que os artistas-intérpretes também podem gozar deste regime (art. 192º) Revogar art. 189º/2.
21º	229º	Atualizar o critério de arbitrabilidade constante do art. 229º
22º	-	Desenhar com cuidado os termos do direito de revogação e inseri-lo nas normas sobre contratos (arts. 40º e ss.)
23º	-	Alterar o DL 252/94.
24º	75º/2/e)	Alterar as utilizações livres em correspondência com a alteração dos art. 5º/2/c) e /3/a) Dir. Infosoc no sentido de ressaltar as novas utilizações livres previstas. Alterar o DL 122/2000
25º	-	Aproveitar a latitude para consagrar utilizações livres mais amplas na medida do necessário e admissível.
26º e ss.	-	Refletir nas normas de direito transitório no diploma de alteração/aprovação de novo Código

Alterações necessárias a legislação avulsa

- DL 252/94 (programas de computador) para dar cumprimento aos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 8º/2, 24º Dir.
- DL 122/2000 (bases de dados), para dar cumprimento aos arts. 4º, 5º, 6º, 8º/2, 23º/2 Dir.

Alterações eventuais a legislação avulsa

- Lei 26/2015 (gestão coletiva) com base nos arts. 8º, 10º, 12º, 19º/6, 20º/2 Dir.
- Lei nº 62/98 (cópia privada) com base nos arts. 5º e 16º Dir.
- DL nº 333/97 (radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo), atendendo ao art. 13º Dir.
- DL 7/2004 (comércio eletrónico) atendendo ao art. 17º Dir.

IV NOTÍCIAS