

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDO & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

**O direito exclusivo dos autores e as excepções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol
– Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE) –**

ALBERTO DE SÁ E MELLO *

Sumário: 1. Introdução. 2. O regime jurídico português até à transposição das Directivas Europeias: 2.1. Limites ao direito de reprodução. 2.2. Limites ao direito de comodato. 3. O regime jurídico brasileiro hodierno. 4. Os princípios da IFLA. 5. As Directivas Europeias anteriores a 2019. 6. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de reprodução de obras. 5.1. Em geral. 5.2. Organismos beneficiados pela excepção. 5.3. A faculdade de direito de autor mobilizada. 5.4. Fins de utilização consentidos. 6. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de distribuição de exemplares de obras. 7. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de colocação à disposição do público de obras. 8. A Directiva 2019/790. 8.1. Objecto e âmbito de aplicação. 8.2. Excepção para prospecção de textos e dados para fins de investigação científica. 8.3. Excepção aos direitos de reprodução de obras e de extracção do conteúdo de bases de dados para a realização de cópias de bens protegidos para fins de conservação dos mesmos. 8.4. Exploração de obras e outro material protegido fora do circuito comercial por instituições

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 317-343.

* Professor catedrático convidado na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Doutor em Direito. Correio electrónico: albsamello@netcabo.pt

responsáveis pelo património cultural. 8.4.1. As licenças para reprodução, distribuição e colocação à disposição do público de obras e outro material protegido fora do circuito comercial. 8.4.2. Excepção ou limitação ao exclusivo jusautorais para a reprodução e colocação à disposição do público de obras e outro material protegido fora do circuito comercial. 9. Conclusão. 10. Proposta de uma redacção para os preceitos que transponham a Directiva para as leis nacionais

1. Introdução

O tema abordado é a análise dos limites aos direitos exclusivos dos autores para utilização de obras realizada por museus, bibliotecas, fonotecas, filmotecas ou arquivos (ou nesse ambiente). Para o efeito, recorreremos à análise comparativa do direito português e espanhol.

2. O regime português até à transposição das Directivas europeias

2.1. Limites ao direito de reprodução

I. Até 2004, momento em que o legislador português transpôs para o direito interno a Directiva 2001/29/CE,¹ o artigo 75º/2-c) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português (CDA²) consagrava como utilizações livres – lícitas sem o consentimento do autor – as reproduções,³ totais ou parciais, por meio de reprografia ou processo análogo, de obras tornadas previamente acessíveis ao público, desde que tais reproduções fossem realizadas por uma biblioteca pública, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica, se tais reproduções e os exemplares resultantes não se destinassem ao público e tais cópias se limitassem às necessidades próprias de tais organismos. Admitia-se também a reprodução parcial em estabelecimento de ensino, desde que fosse destinada exclusivamente a fins de ensino nesses estabelecimentos e a reprodução não tivesse finalidade lucrativa.

¹ Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22-3-2001, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor na sociedade da informação.

² *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de Março, sucessivamente alterado até à Lei n.º 92/2019, de 4-9.

³ Por *reprodução* de uma obra deve entender-se a sua multiplicação em exemplares, precedida da sua fixação em suporte estável. O direito de reprodução de uma obra é outorgado em exclusivo ao seu autor.

II. A norma portuguesa, que regulava os limites ao direito de reprodução estabelecidos a favor de determinadas instituições culturais e de ensino até à transposição de Directiva 2001/29, era, pois, simples:

- a) previa a reprodução livre de obras ou partes de obras que tivessem sido prévia e licitamente tornadas acessíveis ao público (obras previamente divulgadas);
- b) em relação às instituições que podiam beneficiar da referida excepção, exigia que a reprodução fosse realizada por uma biblioteca pública, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica;
- c) a reprodução só era admitida se a mesma e os exemplares produzidos não se destinassem ao público;
- d) por último, as cópias autorizadas eram apenas as essenciais à satisfação das necessidades próprias dos organismos beneficiários da excepção (não se fixava o número máximo de exemplares licitamente copiados).

2.2. Limites ao direito de comodato (empréstimo público)

A Lei de 27 de Novembro de 1997,⁴ que transpunha para o direito português a Directiva 92/100,⁵ reservava ao autor o direito exclusivo de autorizar ou proibir o empréstimo de obras por estabelecimento acessível ao público: sem nenhuma excepção para bibliotecas e arquivos.

Nada se previa na lei portuguesa sobre a colocação à disposição do público de obras por terminais de bibliotecas.

Veremos de seguida em que medida o regime de excepções estabelecidas a favor de bibliotecas, arquivos, museus e demais instituições (culturais e de ensino), em Portugal e em Espanha, foi influenciado pela transposição para o direito português e espanhol das Directivas europeias publicadas sobre esta matéria.

3. O regime jurídico brasileiro hodierno

A lei de autor brasileira (LAB⁶) não consagra ainda, hoje, qualquer excepção aos direitos exclusivos do autor *de reprodução* (cópia em um ou vários exemplares de uma obra literária ou artística ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo o armazenamento electrónico - arts. 29º/I e 5º/VI LAB), *de distribuição*

⁴ De Portugal: Decreto-lei n.º 332/97, de 27-11, posteriormente alterado pelas Leis 24/2006, de 30-6 e 16/2008, de 1-4 (art. 3º-c)).

⁵ Directiva 92/100/CE, do Conselho, de 19-11-1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato, *etc.*, posteriormente revogada e substituída pela Directiva 2006/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12-12-2006.

⁶ LAB* - lei de autor do Brasil ("*Lei n.º 9610, de 19-2-1998, da República Federativa do Brasil*"), alterada sucessivamente até à Lei 12.853, de 14-8-2013.

(colocação à disposição do público de original ou cópias de obras intelectuais, mediante venda, locação ou qualquer forma de transferência da propriedade ou posse – arts. 29/VI e 5º/IV) e *de comunicação ao público* (colocação da obra ao alcance do público por qualquer outro processo que não inclua a distribuição de exemplares – art. 29º/VII e 5º/V LAB – que pensamos compreender a colocação à disposição do público em rede digital/Internet), em benefício de instituições culturais.

A doutrina brasileira consultada apercebe-se desta falta.⁷ Autores há que consideram que se impõe uma conciliação entre direitos autorais e direito de acesso à cultura e ao exercício da investigação científica, em obediência a princípios que limitem aqueles na estrita medida do que seja necessário às principais instituições depositárias e divulgadoras da cultura e ciência (como bibliotecas, cinematecas, videotecas e museus). Tais limites devem permitir a estas conservar, preservar e disponibilizar aos seus utentes obras literárias e artísticas, desde que sem prejuízo da exploração económica normal daquelas pelos titulares dos direitos de autor.

4. Os princípios da IFLA

A IFLA (*International Federation of Library Associations and Institutions*) estabelece vários princípios que devem ser considerados na formulação de “limites e exceções” de direito autoral para bibliotecas nas legislações nacionais, de forma a permitir a estas instituições atingirem a sua missão pública de apoiar o avanço do conhecimento e do interesse público no ambiente digital global: “1. Preservação Uma biblioteca deve ter o direito de fazer cópias de obras publicadas e não-publicadas do seu acervo para propósitos de preservação, inclusive o direito de migrar conteúdo para diferentes formatos. O limite para preservação deve aplicar-se de forma equitativa para todas as categorias de obras protegidas, e para materiais em

⁷ Nota-o ALEXANDRE RICARDO PESSERL, numa interessante dissertação de mestrado (*A biblioteca pública digital: direito autoral e acesso na sociedade informacional*, Florianópolis, 2011 - Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, p. 113 - acessível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/95956>): “A prevalência disseminada de limites expressos para bibliotecas sugere que estes desempenham um importante papel na formação de políticas autorais, tanto no processo legislativo quanto para a facilitação de serviços de bibliotecas; e o fato de que tais legislações tendem a focar-se nos temas de pesquisa e preservação é mais uma demonstração da importância da legislação autoral na efetivação do direito de acesso dos cidadãos à rica variedade dos acervos bibliotecários. Vinte e um países não possuem limites intrínsecos para bibliotecas, quase todos na África, Oriente Médio e América do Sul – inclusive o Brasil [...]. A falta de tais instrumentos compromete a segurança jurídica tanto das bibliotecas quanto de seus usuários, e impede aquelas de fornecerem mesmo alguns serviços básicos. A presença de limites expressos para bibliotecas (em especial no tocante à sua atuação no ambiente digital) nas legislações autorais como constante em países pós-industrializados, e sua ausência como mais um triste sinal de subdesenvolvimento e incapacidade de garantia e efetivação de direitos fundamentais.”.

todos os meios e formatos. As bibliotecas devem ser proactivamente permitidas a preservar materiais em risco de deterioração, obsolescência, dano, ou perda. 2. Limites genérico de uso livre para bibliotecas incluindo reprodução para propósitos privados e de pesquisa A cópia de itens individuais deve ser permitida para pesquisa, estudo e outros propósitos privados. O livre fluxo de informações na sociedade seria travado caso fosse necessário obter permissão para todo e qualquer uso. Limites gerais como uso justo (*fair use*) e práticas justas (*fair dealing*) deveriam ser estendidos para actividades de bibliotecas na falta de um limite específico. 3. [...]. 4. Barreiras para usos legítimos. As bibliotecas devem poder contornar medidas de protecção tecnológica para usos não infringentes de obras. A criação e aplicação de normas impedindo o contorno de DRM elimina de facto os limites existentes na legislação. Outra barreira é causada por licenças que proíbem usos legítimos. Os contratos não devem sobrepor-se às cláusulas legais, já que muitos produtos digitais são acompanhados por licenças que proíbem usos legítimos por bibliotecas”.⁸

5. As Directivas europeias anteriores a 2019

I. A Directiva 2001/29/CE prevê, no seu Considerando 34, que os Estados-membros da União Europeia possam estabelecer excepções e limites aos direitos exclusivos dos autores, particularmente para fins de ensino ou de investigação científica, em benefício de instituições públicas como bibliotecas ou arquivos. Estas excepções ou limites deverão ser consagrados sempre com reconhecimento do direito a uma remuneração equitativa aos autores, destinada a compensá-los pela utilização feita das suas obras; o principal critério para determinar o valor de tal compensação deverá ser o prejuízo sofrido pelos autores em resultado de tais utilizações.

II. Em vários artigos, a Directiva 2001/29 enumera as excepções e limites que os Estados poderão acolher na sua legislação.

Em primeiro lugar, contém uma excepção ou limite ao direito de reprodução da obra, prevista no art. 5º/2-c). Neste preceito, prevê-se que possam ser autorizadas as reproduções feitas por bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus acessíveis ao público, ou por arquivos, desde que não tenham por objectivo obter uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta.

Em íntima conexão com aquela excepção, mais se estabelece que os Estados-membros podem também estabelecer excepções ao direito de distribuição (ou seja,

⁸ Statement of Principles on Copyright Exceptions and Limitations for Libraries and Archives, by Electronic Information for Libraries, IFLA, and Library Copyright Alliance – acessível em <http://www.ifla.org/en/publications/statement-of-principleson-copyright-exceptions-and-limitations-for-libraries-and-archi>.

aluguer, venda ou empréstimo de exemplares), sempre que tal seja justificado pela finalidade do acto de reprodução autorizado (art. 5º/4). Significa isto que, se for prevista uma excepção ou limite ao direito de reprodução a favor de bibliotecas ou museus, deverá também considerar-se autorizado, por exemplo, o empréstimo de exemplar da obra dentro dos mesmos estritos fins e na medida necessária a essa reprodução.

Em segundo lugar, a Directiva 2001/29 consagra a liberdade de utilização de obras, mediante a sua comunicação a pessoas concretas do público ou a colocação à disposição (para consulta), para fins de investigação ou de estudo pessoal, através de terminais especializados localizados em bibliotecas, centros de ensino ou museus acessíveis ao público, ou por arquivos, desde que realizadas sem intenção de benefício comercial, contanto que se trate de obras e prestações artísticas gravadas que figurem nas suas colecções e que não sejam objecto de condições de aquisição ou licença (que não estejam em venda ou sujeitas a licenciamento pago para o acesso) (art. 5º/3-n).

Em todos os casos expostos, a formulação da excepção vem acompanhada de um duplo limite: as excepções ao direito exclusivo de exploração económica das suas obras pelos autores, que consagram utilizações livres a favor de bibliotecas, museus, centros de ensino ou arquivos, não podem causar prejuízo à exploração normal da obra pelo seu autor ou prejudicar os seus interesses legítimos (art. 5º/5). Significa isto que não podem lesar as expectativas do autor quanto à venda de exemplares da obra ou com o licenciamento da sua exploração em consequência de tais utilizações livres.

Analisaremos adiante como foram transpostas para o direito português e para o direito espanhol as excepções previstas na norma Comunitária.

III. Por seu lado, a Directiva 2006/115/CE⁹ consagra o direito exclusivo do autor de autorizar ou proibir o aluguer e empréstimo de originais e cópias de obras protegidas. Por “empréstimo/comodato” de (exemplares de) obras, a Directiva refere à colocação à disposição, para uso, por tempo limitado, sem benefício económico ou comercial, directo ou indirecto, sempre que realizada por entidades acessíveis ao público (art. 2/1-b)).

A mesma Directiva (art. 6) admite que os Estados-membros consagrem excepções ao direito de comodato no que respeita ao comodato público (empréstimo ao público), sempre que os autores obtenham pelo menos uma remuneração por esses empréstimos, que deverá ter em conta os objectivos de promoção cultural.

⁹ Directiva 2006/115/CE, de 12-2-2006, sobre direitos de aluguer e comodato.

Vejam agora como se consagram na lei portuguesa, e comparativamente na lei espanhola, os limites aos direitos de reprodução e colocação à disposição do público de obras, e o empréstimo de exemplares de obras, por estabelecimentos como bibliotecas e museus públicos, centros de ensino ou arquivos.

5. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de reprodução de obras

5.1. Em geral

O art. 75º/2-e) do Código português¹⁰ estabelece que é lícita, sem o consentimento do autor, a reprodução, total ou parcial, de obra previamente feita acessível ao público licitamente, sempre que aquela reprodução se realize por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou por uma instituição científica ou de ensino. Exige, ainda, que a dita reprodução e os exemplares produzidos não se destinem ao público e se limitem às necessidades das actividades próprias de tais organismos e não tenham por finalidade obter uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta; incluem-se nos actos permi-

¹⁰ “CAPÍTULO II - Da utilização livre

Artigo 75.º Âmbito

1 - [...]

2 - São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra: [...];

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

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

3 - É também lícita a distribuição dos exemplares licitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução.

4 - Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.

5- É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.”

tidos sem autorização do autor os actos de reprodução que tenham por finalidade a preservação/conservação e arquivo de tais obras.¹¹

Procederemos a uma análise mais pormenorizado da norma.

5.2. Organismos beneficiados pela excepção

I. Tanto a legislação portuguesa como a espanhola (art. 37 TRLPI¹²) enumeram a totalidade dos organismos encarregados da custódia e arquivo de obras intelectuais (museus, bibliotecas e arquivos), aos quais a lei portuguesa acrescenta os centros de documentação não comercial e as instituições científicas ou de ensino. Por seu lado, a lei espanhola refere as instituições de carácter cultural ou científico, mas não inclui os centros de ensino, previstos na Directiva e no direito português.

II. As leis portuguesa e espanhola exigem que as bibliotecas, os arquivos ou os museus autorizados à reprodução sejam públicos; não apenas acessíveis ao público, como estabelecia a Directiva, mas de titularidade pública.

III. No que respeita aos museus, arquivos e bibliotecas, o direito português exige, como se disse, que sejam de titularidade pública. No entanto, esta exigência não se comunica aos centros de documentação, cujo único requisito é que sejam “não comerciais”, nem às instituições científicas ou de ensino.

5.3. A faculdade de direito de autor mobilizada

I. A faculdade de direito de autor que resulta afectada por este limite estabelecido a favor das instituições culturais examinadas é a *faculdade de reprodução*, ou seja, a faculdade de multiplicar a obra em exemplares.

O Código português só admite esta reprodução livre quando os exemplares produzidos não se destinem ao público e desde que tanto a reprodução realizada como os exemplares produzidos se limitem às necessidades das actividades próprias de tais organismos. A lei portuguesa é também expressa em incluir entre os actos de reprodução autorizados os que tenham por finalidade a preservação/conservação e arquivo de tais obras.

¹¹ O que LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Coimbra, 2011, pp. 164, chama “uso privado por entes colectivos”.

¹² TRLPI (Ley de autor de España) - *Ley de Propiedad Intelectual* – BOE n.º 97, de 22-4-1996), segundo texto refundido pelo R.D.Leg. 1/1996, de 12-4-1996, alterada sucessivamente até à Ley 21/2014, de 5-11-2014.

II. Pensamos que, ante a exigência legal espanhola (art. 37.1 TRLPI¹³), estas reproduções, no estrito âmbito referido, são livres e sem remuneração, ao contrário do que acontece com a colocação à disposição do público em terminais de bibliotecas.

Na lei portuguesa não é assim: a reprodução, no âmbito referido, é livre, mas remunerada. O art. 76º/1-b) CDA faz com que dependa de uma remuneração equitativa ao autor e, no âmbito analógico (não digital), também ao editor.

5.4. Fins de utilização autorizados

I. Os únicos fins autorizados para estas reproduções são os fins de “investigação ou conservação” das obras. As reproduções deverão também ter “fins não lucrativos” (art.1 TRLPI).

Ante a norma espanhola, ROGEL VIDE / EDUARDO SERRANO GÓMEZ¹⁴ escrevem que poderia dar-se o caso de estarem em causa só “cópias de substituição”, necessárias quando os exemplares originais estivessem deteriorados ou extraviados. Acrescentam que poderia também pensar-se que estariam autorizadas todas as re-

¹³ “Artículo 37 Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.

1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.

2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen.

Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Quedan eximidos de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

El Real Decreto por el que se establezca la cuantía contemplará asimismo los mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública.

3. No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.”

¹⁴ CARLOS ROGEL VIDE / EDUARDO SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, 2008, pp. 62/63.

produções por estes organismos, desde que coubesse uma remuneração equitativa aos autores. Dizem, ainda, que seria possível que estas reproduções fossem livres sem remuneração, desde que fossem feitas no estrito âmbito da norma.

II. À semelhança do que acontece com o direito espanhol, a lei portuguesa é igualmente específica, já que limita as reproduções livres às que tenham por finalidade a preservação/conservação das obras ou o seu arquivo. No entanto, a lei portuguesa aparenta limitar ainda mais as reproduções: apenas são autorizadas as que se realizem para as necessidades das actividades próprias de tais organismos e desde que aquela reprodução e os exemplares produzidos *não* se destinem ao público.

Cabe perguntar: se um candidato a doutoramento busca numa biblioteca uma obra essencial à elaboração da sua tese, não poderá reproduzir essa obra que esteja na colecção do organismo?

Respondendo a esta pergunta no direito espanhol, ONTIVEROS VAQUERO¹⁵ defende que tal cópia está autorizada, desde que seja feita por uma biblioteca para fins de investigação e sem remuneração. Se o investigador retira a obra da biblioteca e realiza ele próprio a cópia, aplicar-se-á o regime da cópia privada (art. 31.2 TRLPI), com compensação equitativa.

Na disposição portuguesa, creio que a questão se resolveria do modo seguinte:

1º a biblioteca pode reproduzir a obra unicamente para fins próprios do organismo; a lei não especifica o que significa “necessidades das actividades próprias de estes organismos” (inciso do art. 75º/2-e) CDA), mas não creio que possam incluir-se cópias para os usuários dos serviços da biblioteca, limitando-se o permitido aos actos de conservação/preservação dos acervos destas entidades;

2º o investigador poderá fazer uma cópia para uso privado (cópia privada), desde que com tal não prejudique “a exploração normal da obra e os legítimos interesse do autor” (limite geral ao uso privado *ex art. 81º CDA*); parece que os prejudicará sempre que realize uma cópia de toda uma obra ainda em venda em loja ou *on-line*, evitando assim a sua compra.

A restrição que resulta da norma portuguesa, que apenas permite que se façam cópias das obras dos acervos de bibliotecas, museus e arquivos “para as necessidades das actividades próprias destes organismos”, levanta importantes problemas concretos.

¹⁵ CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, in *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, 4ª ed., Madrid, 2017 (actualiz. em 2019), comentário *sub art. 37/III*, pp. 731/732.

As reproduções livres estão limitadas às que realizem tais organismos. Os investigadores apenas poderão aceder às obras através da sua colocação à disposição do público em terminais localizados nos estabelecimentos daqueles. Além disto, resta-lhes unicamente a possibilidade de realizar cópias para uso privado nos estritos limites em que estas são consentidas.

III. Por seu lado, os limites da lei espanhola colocam à doutrina dois problemas: *o que sejam “fins de investigação” e que deve entender-se por “finalidade não lucrativa”*.

ONTIVEROS VAQUERO¹⁶ sustenta que a finalidade não lucrativa se refere à entidade que realize a reprodução: a cópia deve realizar-se para fins de investigação ou de conservação da obra, sem lucro. Isto coloca o problema de saber se seria lícito fazer uma cópia para fins de investigação, por exemplo, e depois obter uma vantagem comercial com esta cópia. A minha resposta é que não, que a finalidade não lucrativa deve prevalecer até ao fim.

Sobre o que sejam fins de investigação, problema que não se coloca na lei portuguesa já que esta só refere aos fins de preservação/conservação das obras, creio que não pode sustentar-se que estes devem ser unicamente os do organismo (biblioteca, museu, arquivo) que realize a reprodução, e não também os do destinatário da cópia, sob pena de defraudar o espírito da norma.

IV. Por último, tanto a lei portuguesa (expressamente, art. 75º/2-e) CDA) como a doutrina espanhola exigem que as obras reproduzidas sejam obras previamente divulgadas licitamente.¹⁷

¹⁶ CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, *op. cit.*, comentário *sub* art. 37/III, pp. 731.

¹⁷ A doutrina brasileira revela aperceber-se do verdadeiro pré-requisito que é o exercício anterior do direito de divulgação da obra pelo seu autor. Por todos, pode cfr. RAYANE SOARES DE SOUSA SANTOS / EDNA GUSMÃO DE GÓES BRENNAND, *Documentos digitais e direitos autorais: reflexões na biblioteca digital Paulo Freire*, p. 75 (acessível em www.ponto-de-acesso.ici.ufba.br), que se apercebem da necessidade de obter consentimento prévio do autor na divulgação da obra e, na LAB antes da alteração projectada, na sua disponibilização ao público: “Consoante com os estudos e a legislação pertinente, é importante ressaltar que o acervo que a BDPF disponibiliza online teve a expressa autorização do autor da obra ou já estava em domínio público. Para respeitar a lei dos direitos autorais vigente no Brasil, a biblioteca possui em sua página inicial, o link “Direitos Autorais”, o qual remete a alguns dos formulários que são aplicados aos autores, que querem ter seu trabalho nesta biblioteca. O registro dos consentimentos de uso e divulgação dos conteúdos pode ser visualizado nas seguintes imagens abaixo, retiradas diretamente do site, onde é possível observar que as obras estão em regularidade com os preceitos da Lei.” e, p. 79: “A Biblioteca Digital Paulo Freire concilia o direito à informação e os direitos autorais, algo que faz ao disponibilizar seu acervo digital, ainda esbarrando em controvérsias e disputas. A estratégia de defender o acesso universal ao seu pensamento, aliada à necessidade de respeito à Lei de direitos autorais tem sido um desafio. Através dos formulários

6. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de distribuição de exemplares de obras

I. A lei portuguesa (art. 75º/3 CDA) estabelece que é lícita a distribuição dos exemplares licitamente reproduzidos, na estrita medida em que tal seja justificado pelo objectivo do acto de reprodução. A distribuição compreenderá o aluguer e o empréstimo de exemplares de obras.

A Lei de 27 de Novembro de 1997,¹⁸ que transpôs para o direito português a Directiva sobre o aluguer e o comodato, reconhece como direito exclusivo do autor o comodato (empréstimo gratuito) de obras, que define como o acto que põe à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, temporariamente e sem vantagens económicas ou comerciais, directas ou indirectas, realizado por estabelecimento acessível ao público (art. 3º-c)).

A mesma Lei abre uma excepção para os empréstimos entre bibliotecas, para consulta presencial de documentos em estabelecimento (não diz que género de “estabelecimento”) e para a transmissão de obras em rede.

II. O art. 37.2 TRLPI espanhol é muito mais específico: os museus, arquivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas ou filmotecas, de titularidade pública ou que pertençam a entidades de interesse geral de carácter cultural, científico ou educativo sem finalidade lucrativa, ou a instituições docentes integradas no sistema educativo espanhol, não necessitam de autorização do autor para os empréstimos de exemplares de obras que realizem, desde que não obtenham benefício económico directo ou indirecto com o empréstimo (a quantia cobrada não pode exceder os custos de funcionamento) e desde que se realizem em estabelecimentos acessíveis ao público.

Não se exige uma finalidade específica para estes empréstimos: busca-se – cremos – facilitar o acesso de todos os cidadãos às obras.

III. A quantia cobrada pelo empréstimo realizado, que – recorde-se – não pode exceder os custos de funcionamento do organismo, não inclui a remuneração que, conforme o art. 37.2 TRLPI, os estabelecimentos devem pagar aos autores. O pagamento desta remuneração efectivar-se-á através das entidades de gestão colectiva dos direitos de autor.

de autorização que a BDPF disponibiliza a quem deseja ter sua obra sobre o autor publicada, é a forma encontrada para garantir o respeito à lei de direitos autorais vigente no Brasil.”.

¹⁸ Decreto-lei n.º 332/97, de 27-11, alterado até à Lei 16/2008, de 1-4.

De acordo com decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia,¹⁹ a remuneração deve calcular-se proporcionalmente aos empréstimos efectuados e ao número de comodatários inscritos no estabelecimento.

IV. Quanto ao conceito de “estabelecimento acessível ao público”, este não é pacífico. Cabe perguntar se inclui bibliotecas ou outros locais com reserva de acesso (por exemplo, associações culturais e recreativas). Creio que as inclui, desde que não tenham benefícios comerciais com estes actos.

7. O regime em Portugal e Espanha relativo aos limites ao direito exclusivo de colocação à disposição do público de obras

I. O art. 75º/2-o) do Código português estabelece que não é necessária a autorização do autor para realizar a comunicação pública ou a colocação à disposição de membros individuais do público, para fins de investigação ou de estudos pessoais, através de terminais instalados para tal efeito em bibliotecas, museus, arquivos públicos e escolas, de obras protegidas que figurem nas colecções do próprio estabelecimento e que não sejam objecto de condições de aquisição ou licença.

Esta norma portuguesa, que tem a sua clara origem no art. 5º/3-n) da Directiva 2001/29/CE antes referida, limita os direitos jusautorais exclusivos de comunicação pública e de colocação à disposição do público em rede de obras intelectuais.

II. A norma espanhola, prevista no art. 37.3 TRLPI, é muito semelhante, com pequenas diferenças.

Em primeiro lugar, considera unicamente lícito o acesso a “pessoas concretas do público”, mas apenas refere a comunicação pública e a colocação à disposição do público para fins de investigação, e não também de “estudos pessoais” (como as normas portuguesa e Comunitária). Não julgo isto muito significativo, pois creio que a maioria dos estudos privados ou pessoais autorizados cabem no conceito de *investigação*.

A lei espanhola também especifica que as redes nas quais as obras são postas à disposição nos terminais de bibliotecas e demais instituições autorizadas são redes fechadas e não redes abertas, como a Internet. Creio que esta limitação é comum à lei portuguesa, já que esta restringe o acesso a pessoas concretas nos terminais dos ditos estabelecimentos.

¹⁹ Sentença TJUE, de 30-6-2011 (C 271/10) *apud* SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *Manual de Propiedad Intelectual*, coord.. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 8ª ed., Valência, 2018, pp. 120.

III. Há, no entanto, uma diferença importante: a legislação espanhola salvaguarda o direito do autor de receber uma remuneração equitativa, o que não acontece no direito português. A doutrina espanhola²⁰ esclarece que esta remuneração não deve confundir-se com a remuneração por empréstimo bibliotecário (do art. 37.2 TRPLI).

Há, portanto, uma diferença entre ambas as legislações que é preciso ressaltar: para o exercício do limite estabelecido para o direito de reprodução em Espanha, nestes casos, não se prevê o pagamento de uma remuneração compensatória e, em Portugal, sim. Pelo contrário, quando se trata do limite ao direito de comunicação pública a situação inverte-se: em Espanha, estabelece-se a obrigação de pagar uma remuneração aos titulares de estes direitos, aspecto que não é contemplado no direito português.

IV. Como se disse, este limite concerne às faculdades de comunicação pública e de colocação à disposição do público.

Segundo sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2014,²¹ deve entender-se que o limite engloba “actos específicos” de reprodução, acessórios da dita comunicação, tais como os actos necessários para efeitos de investigação ou estudo pessoal através de terminais especializados, desde que não entrem em conflito com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificadamente os interesses dos titulares dos direitos.

A impressão e o armazenamento em memória USB não estão compreendidos entre tais actos de reprodução, por não serem considerados “acessórios” da consulta. Creio que o Tribunal se refere às reproduções sobre papel ou outro suporte similar ou às reproduções por pessoas físicas para uso privado e sem fins comerciais (já previstas no art. 5/2-a) e -b) da Directiva 2001/29/CE),²² desde que os titulares dos direitos recebam uma compensação equitativa.

V. Por outro lado, é claro que esta colocação à disposição do público de obras em terminais dos estabelecimentos pressupõe prévia digitalização das obras, que é acto de gravação/reprodução “acessório”, e que assim está implicitamente autorizado.

VI. Apenas estão compreendidas neste limite as faculdades de reprodução e de colocação à disposição do público de obras das colecções das bibliotecas e que estejam

²⁰ CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, *op. cit.*, comentário *sub* art. 37/IV-3, p. 737.

²¹ Sentença do TJUE, de 11-9-2014 (C 117/13), *apud* SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pp. 120/121.

²² Assim também SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pp. 120/121.

fora do mercado de venda ou licenciamento, o que sempre resultaria dos limites gerais de não prejuízo da exploração normal das obras.

É requisito que tal disponibilização se faça no interior das instalações destes organismos ou em redes fechadas de informática.

Esta utilização livre não confere direito a remuneração ao autor.

8. A Directiva 2019/790 e os limites e excepções a favor de instituições responsáveis pelo património cultural

8.1. Objecto e âmbito de aplicação

Foi adoptada pela UE a Directiva 2019/790 (Dir.Merc.Un.Dig.²³). Entre as regras que institui, avultam várias disposições pertinentes ao que designa “instituições responsáveis pelo património cultural” – trata-se de bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro (cinematecas, videotecas e fonotecas) – art. 2º/3 Dir.Merc.Un.Dig.

8.2. Excepção para prospecção de textos e dados para fins de investigação científica

I. A Dir.Merc.Un.Dig. consagra, no seu art. 3º, uma importante excepção ao direito de reprodução de obras (art. 2º da Directiva 2001/29) e ao direito de extracção do conteúdo de bases de dados (arts. 5º-a) e 7º/1 da Directiva 96/9/CE²⁴) para a realização da *prospecção de textos e dados* de obras ou outro material protegido. Considera-se “prospecção de textos e dados qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, tais como padrões, tendências e correlações” (art. 2º/2).

Feita a definição do que seja prospecção de textos e dados para este efeito, subsiste a questão do que possa considerar-se *investigação científica* neste contexto. O Considerando 12 da Directiva dá uma pista pobre: deve abranger tanto as ciências naturais como as ciências humanas. Já o conceito, aqui utilizado, de “organismos de investigação” compreende “universidades ou outras instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, cujo principal objectivo seja a realização de investigação científica”.

²³ Directiva UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, de 17-5-2019.

²⁴ Directiva, do Parlamento europeu e do Conselho, 96/9/CE, de 11-3-1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

Em suma, o que a Directiva aqui faz é determinar que os Estados-membros devem libertar da reserva jusautorais dos titulares de direitos de autor, de direitos conexos e do direito *sui generis* do produtor de base de dados:

- a) as reproduções de obras e extracções de bases de dados,
- b) para prospecção de textos ou dados,
- c) realizadas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural,
- d) para efeitos de investigação científica.

Acrescente-se, apenas, que a Directiva visa abranger, para além das bibliotecas acessíveis ao público e dos museus das cinematecas e fonotecas, também as bibliotecas e arquivos nacionais, bem como as bibliotecas e arquivos de estabelecimentos de ensino (Considerando 13).²⁵

II. A norma Comunitária suscita várias questões, sobretudo se pensarmos nos termos da sua transposição em Portugal.

Que significa, realmente, prospecção de textos e dados? Inclui a utilização de excertos de obras para além dos limites da citação ou da utilização de fragmentos de obra alheia em obra própria, ambas utilizações livres dentro de limites estritos (cfr. art. 75º/2-g), h) e r) CDADC)?²⁶ E com que limites? Apenas os ditados pela regra dos três passos, ou seja, pelo não prejuízo da exploração normal da obra pelo autor, não lhe impondo um sacrifício injustificável? É pouco e é vago.

A ser o caso, consagrar que se admite a utilização de excertos de obras e de partes não substanciais do conteúdo de bases de dados, para fins de investigação científica, por instituições responsáveis pelo património cultural, pouco ou nada tem de inovador se tivermos presentes as excepções ao exclusivo jusautorais já constantes da lei portuguesa.

Na verdade, em Portugal, já hoje é livre, independente de autorização do autor, a citação de partes não substanciais de obras intelectuais alheias, desde que “em apoio das doutrinas próprias ou com fins de crítica, discussão ou ensino” (art. 75º/2-g) CDADC). Não cabe, também, no exclusivo do autor a utilização de “peças ou fragmentos de obras alheias em obra própria destinada ao ensino” (art. 75º/2-h)) ou “a inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra obra” (art. 75º/2-r)). É necessário que por esses feitos não se prejudique o interesse na obra citada, pondo em causa “a exploração normal da obra” pelo titular do direito de autor

²⁵ Note-se que a Directiva 2019/790 determina, ainda, que se consagre uma excepção aos direitos de reprodução de obras e de extracção do conteúdo de bases de dados, *para além do contexto da investigação científica* (Considerando 18 e art. 4º da Directiva).

²⁶ Cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., n.º 63.5.

ou os seus “interesses legítimos” (art. 75º/4). É evidente que a reprodução, por citação, para fins de investigação que respeite estes limites está compreendida nestas utilizações livres.

Pode, naturalmente, questionar-se se é a reprodução de que trata o art. 3º/1 da Dir.Merc.Un.Dig. (“reprodução e extracção por organismo de investigação ou por instituição responsáveis pelo património cultural para a realização de prospecção de textos e dados para efeitos de investigação científica”) também, por exemplo, a cópia realizada por um investigador numa biblioteca para uso nos seus estudos pessoais, na sua própria investigação. Cremos que sim, que é até a pensar mais nestas situações, aliás já compreendidas na liberdade de uso privado e na de citação, do que propriamente na utilização dos textos ou dados pelos organismos de investigação científica ou por instituições responsáveis pelo património cultural, que a Directiva 2019/790 procede.

Consideramos redutor e impróprio limitar esta excepção às actividades de instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, institutos de investigação e hospitais que se consagram à investigação. Considerando que, em Portugal, grande parte da investigação científica ainda é realizada individualmente, uma fatia importante da investigação seria, de outro modo, injustificadamente excluído. Cremos, de resto, que, ao consagrar a excepção “para as reproduções e extracções *efectuadas por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospecção de textos e dados de obras e outro material*”, a Directiva se refere não às reproduções para uso próprio destas entidades (estas estão já consagradas no art. 6º da Dir.Merc.Un.Dig., de que trataremos de seguida), mas às que estas façam em benefício dos investigadores seus usuários.

8.3. Excepção aos direitos de reprodução de obras e de extracção do conteúdo de bases de dados para a realização de cópias de bens protegidos para fins de conservação dos mesmos

I. Considerando que as designadas instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus e arquivos) têm por missão primordial a conservação das suas colecções e que tal pode implicar a reprodução de obras e outros elementos protegidos, a Directiva 2019/790 (art. 6º) vem impor aos Estados-membros a consagração de uma excepção aos exclusivos jusautorais para esse efeito. Posto que a lei portuguesa já consagra algo semelhante (art. 75º/2-e) CDADC), passamos a avaliar a transposição da norma Comunitária.

II. A norma portuguesa limita a reprodução livre de obras por bibliotecas, arquivos e museus às que sejam realizadas por entidades *públicas*, entenda-se de titularidade pública. É uma disposição absurda que a Directiva não segue, apenas requerendo que se trata de instituições *acessíveis ao público*. É evidente que a norma portuguesa

deve ser reformulada de acordo, já que exclui entidades tão estimáveis, na perspectiva da preservação do património cultural, como fundações e associações culturais *de direito privado* titulares de estabelecimentos como os designados, acessíveis ao público.

III. A norma portuguesa especifica – entre os actos compreendidos na excepção ao exclusivo – os actos “necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras”. Parece-nos que esta limitação pela finalidade dos actos consentidos é consentânea com a que consta da norma Comunitária: “[...] para efeitos de conservação dessas obras ou outros materiais [...] e na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação” (letra do art. 6º). O Considerando 27 da Directiva é explícito em não consentir qualquer restrição além desta, desde que a finalidade seja a referida, esclarecendo que as cópias podem realizar-se em qualquer formato e até com recurso a outras instituições.

IV. Um outro requisito da disposição da Directiva que não consta da lei portuguesa é que a obra ou material copiado façam parte da colecção da entidade que copia. O Considerando 29 contém o esclarecimento: aqueles consideram-se “*parte integrante e permanente da colecção*” quando os exemplares da obra forem propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição; indica-se como exemplos os casos em que a propriedade tenha sido transferida ou em que a posse resulte de acordos de concessão de licenças, de obrigações de depósito legal ou de acordos de custódia a longo prazo.

O sentido do preceito Comunitário parece ser o de limitar os actos de reprodução livre de obras por bibliotecas, museus e arquivos aos que digam respeito às obras na sua posse por título de detenção permanente ou, pelo menos, de longo prazo. Isto exclui imediatamente a reprodução de obras a que acedam por empréstimo ou colocados sob sua custódia em exposições temporárias, por exemplo.

Consideramos que esta última restrição é mais exigente que a da lei portuguesa, que não a contém. Nesta, os limites decorrem da algo enigmática expressão “[a reprodução e os exemplares resultantes devem limitar-se] às necessidades das actividades próprias dessas instituições”. O que serão, exactamente, “necessidades próprias” comuns a bibliotecas, museus e arquivos? Julgamos tratar-se precisamente dos actos de conservação e preservação dos respectivos espólios, que só se justificam se respeitarem a bens que integrem as suas colecções permanentes.

V. Decorre da norma portuguesa (art. 75º/2-e) CDADC) uma outra exigência óbvia para que vigore a liberdade de reprodução. É necessário que os actos abrangidos pela excepção não tenham finalidade lucrativa ou de qualquer modo representem a exploração económica das obras e outro material envolvidos.

Suscita-se, por causa disto, uma questão: a actividade de reprodução para conservação, preservação ou arquivo de obras pelas bibliotecas, museus ou arquivos ou pelas entidades terceiras que estes contratem podem ou não ver o seu custo repercutido, por exemplo, na produção de catálogos de exposições ou postais com pinturas de obras do acervo dessas instituições, que posteriormente se vendam ao público?

A resposta afirmativa a esta questão parece-nos decorrer do espírito da Directiva 2019/790. Se é admissível o recurso a entidades terceiras que empreendam nas cópias necessárias aos actos consentidos, também será possível que estas facturem os custos de tais operações e que estes sejam repercutidos, pela biblioteca, museu ou arquivo, no preço dos produtos sucedâneos dessa reprodução, juntamente com os demais custos de funcionamento da instituição.

Dir-se-á, porventura, que a venda de produtos sucedâneos da reprodução de obras por estas entidades, estando limitada aos fins indicados, exclui a comercialização desses produtos. Tudo tem que ver com o que se designa exploração económica da obra.

Consideramos que as instituições responsáveis pelo património cultural podem comercializar os referidos sub-produtos do material protegido das suas colecções quando tal já seja autorizado por outra excepção ao exclusivo jusautorais. A Directiva (Considerando 27) é, aliás, expressa nesse sentido: todas as reproduções realizadas por aquelas entidades para “outros fins” continuam sujeitas a autorização dos autores, “salvo se tal for permitido por outras excepções ou limitações”. Ora, o art. 14º da mesma Dir.Merc.Un.Dig. vem consagrar a excepção pertinente: “não está sujeito a direitos de autor ou a direitos conexos qualquer material resultante de um acto de reprodução de uma obra de arte visual depois de expirado o prazo de protecção da mesma”.

Dir-se-ia, então, que a Directiva até dispõe em sentido contrário ao que manifestámos: se resulta da Directiva que as reproduções de obras de artes visuais caídas no domínio público são livres, como pode reservar-se às instituições responsáveis pelo património cultural o direito de comercializar cópias das mesmas que se encontrem nos seus espólios? A contradição é só aparente.

É a própria Directiva que, no seu Considerando 53, esclarece: “No domínio das artes visuais, a difusão de reproduções fiéis de obras no domínio público contribui para o acesso e a promoção da cultura e o acesso ao património cultural”. Em consequência, a venda de reproduções de obras dos acervos das bibliotecas, museus ou arquivos (principalmente os segundos) – entenda-se de suportes físicos que as fixem, como postais (o exemplo que a Directiva fornece) ou catálogos – é lícita independentemente de autorização dos titulares de direitos. Fará isto sentido ou encerra uma contradição: como podem explorar-se economicamente produtos sucedâneos de

obras caídas no domínio público, quando as mesmas já não são objecto de qualquer exclusivo?

A resposta assenta em algo que é completamente estranho ao direito de autor, o comércio. As obras, de artes visuais ou outras, caídas no domínio público já não atraem qualquer direito de autor.²⁷ Todos os rendimentos que provenham da exploração económica das mesmas ou dos seus suportes tem de ter outro fundamento que não seja o exclusivo jusautorais. É o caso. O que os museus, bibliotecas e arquivos comercializam são produtos comerciais (postais, catálogos, reproduções físicas) de bens imateriais que constam dos seus acervos: vendem postais que produziram ou mandaram produzir para o efeito, o tema são as obras que albergam no seu espólio, simplesmente por ser mais apelativo e a propósito. Espera-se que subsista o bom senso de não pretender reservar esse comércio como exclusivo e de não cobrar custos que excedam os dos produtos comercializados acrescidos da margem de comercialização adequada, sem reivindicar o pagamento de quantias por direitos de autor aqui completamente descabido.

8.4. Exploração de obras e outro material protegido fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural

I. A Dir.Merc.Un.Dig. (art. 8º) consagra, também, um mecanismo para agilizar a reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial. Fá-lo de duas formas:

a) determina que os Estados-membros *devem* prever que entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos (*egc*) concedam licenças não exclusivas e sem fins comerciais às instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus, arquivos) para reprodução, distribuição e comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público na Internet de obras e outro material fora do circuito comercial (art. 8º/1);

b) estabelece que os Estados-membros *devem* prever uma excepção aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural disponibilizem obras e outro material protegido fora do circuito comercial dos seus acervos permanentes (art. 8º/2).

A alternativa que a Directiva fornece entre uma licença concedida por *egc* e uma excepção aos direitos exclusivos não resulta evidente. Ambas, excepção ao exclusivo e licença, existem para as obras ou outro material protegido que, nas instituições responsáveis pelo património cultural, façam parte das colecções permanentes destas. A excepção, porém, só deve existir em relação a obras para as quais não exista

²⁷ Cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., 2020, n.º 102.

uma *egc* que satisfaça os requisitos de ampla representatividade que a Directiva fixa (cfr. art. 8º/3).

As obras e material em questão incluem fotografias, *software*, fonogramas, obras audiovisuais e obras de arte de exemplar único (Considerando 37).

II. O pressuposto destas normas consta dos Considerandos 30 e ss. da Directiva. Trata-se assegurar que as ditas instituições responsáveis pelo património cultural possam empreender em processos de digitalização em larga escala e difusão além-fronteiras das obras dos seus acervos, acto reservado para o qual a obtenção de autorização dos titulares de direitos se afigura problemática.

É menos clara a relação entre esta dificuldade na obtenção de autorização para a digitalização de obras e o facto de estas se encontrarem fora do circuito comercial. A alegação contida na Directiva (Considerando 30) que tal está ligado “à idade das obras, ao seu valor comercial limitado ou ao facto de nunca se terem destinado a fins comerciais ou de nunca terem sido exploradas comercialmente” parece-nos menos óbvia. Julgamos mais plausível que se sustente que o facto de as obras se encontrarem “fora do circuito comercial” indicia um menor prejuízo para os titulares de direito decorrente da circunstância da sua digitalização.

III. É importante, mas não isento de alguma ambiguidade, o conceito que a Directiva fornece de “obra fora do circuito comercial” (art. 8º/5). São aquelas em relação às quais se possa presumir que não estão acessíveis ao público “através dos canais habituais de comércio”.

A Directiva procura esclarecer (Considerando 38) o que seja “estar fora do circuito comercial”. Refere-se às obras que se encontrem indisponíveis nos “canais habituais de comércio” tendo em conta as características da obra. Apela à realização de “esforços razoáveis” para determinar essa disponibilidade. Todos estes são conceitos indeterminados, pelo que deve ser-se muito rigoroso nesta avaliação.

Em primeiro lugar, importa saber em que território deve ser determinado se a obra está disponível comercialmente. A Directiva parece contentar-se com uma verificação dessa disponibilidade no Estado-membro em que esteja estabelecida a instituição responsável pelo património cultural. Evidentemente que logo se admite que esta verificação não seja suficiente, precisamente quando a obra tenha sido publicada em determinada versão linguística noutro Estado-membro.

Em segundo lugar, deverá estabelecer-se que tipo de circuito comercial está em causa. A Directiva excepciona expressamente os casos em que a obra está comercialmente disponível, mas apenas no mercado de segunda mão ou em que apenas é teoricamente possível obter uma licença para acesso à obra. Mas não é

verdade que as tecnologias disponíveis de acesso a conteúdos protegidos não colocam “no circuito comercial” obras há muito esgotadas em edições em suporte físico, mas que depois os seus autores disponibilizam na Internet sob licença? É para nós claro que a edição em *e-book*, por exemplo, de obras esgotadas em suporte papel coloca a obra no circuito comercial para este e outros efeitos. Já a circunstância de estar disponível na Internet um PDF com a obra, muitas vezes carregado por um terceiro não licenciado, não a coloca no circuito comercial, porquanto é de acesso livre, desde que a obra tenha sido carregada licitamente.

8.4.1. As licenças para reprodução, distribuição e colocação à disposição do público de obras e outro material protegido fora do circuito comercial

Mas a utilização destas obras neste âmbito não fica totalmente livre, não deparamos aqui só com uma excepção ao exclusivo jusautorais. Do que se trata é de uma *licença*, a conceder pelas entidades de gestão colectiva (*egc*) às instituições responsáveis pelo património cultural, para a reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial que façam permanentemente parte das suas colecções.

Nesta disposição do art. 8º da Directiva, o que mais pode questionar-se é o facto de as licenças assim concedidas o serem “nos termos do mandato conferido” às entidades de gestão colectiva pelos titulares de direitos *ou* “independentemente de todos os titulares de direitos abrangidos pela licença terem ou não conferido um mandato à entidade de gestão colectiva”. Basta, neste último caso, que a *egc* seja “suficientemente representativa” dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras e que haja igualdade de tratamento entre estes.

Apesar de os titulares de direitos poderem, a todo o tempo “e de forma fácil e eficaz”, optar por excluir as suas obras do referido mecanismo de concessão de licenças, não pode deixar de questionar-se esta legitimação presumida das *egc* para as conceder. É que o ónus do *opting out* não deixa de ser dos titulares de direitos perante entidades de gestão cuja legitimidade pode apenas presumir-se.

A justificação que o Considerando 32 da Directiva apresenta (“que não exista uma prática de gestão colectiva dos direitos para certo tipo de obras” ou “quando a entidade de gestão colectiva não é suficientemente representativa”) parece-nos pobre. A menor difusão das práticas de gestão colectiva ou a falta de adesão às soluções de gestão colectiva e às *egc* existentes – não esqueçamos que o associativismo é livre nos Estados democráticos – não é justificação aceitável para impor este modelo. Uma de duas, ou a obra está fora do circuito comercial e pode considerar-se que a sua difusão pelas instituições responsáveis pelo património cultural não é grandemente lesiva do exclusivo para a sua exploração económica pelos titulares de direi-

tos, pelo que deve aceitar-se ou, nos demais casos, ela pura e simplesmente não deve ser admitida, ainda que sob licença de uma *egc* com a legitimidade presumida.

Estas licenças podem ser utilizadas para além da fronteira do Estado-membro, em qualquer Estado da UE.

8.4.2. Excepção ou limitação ao exclusivo jusautorais para a reprodução e colocação à disposição do público de obras e outro material protegido fora do circuito comercial

A par das licenças acima referidas, os Estados-membros devem prever uma excepção ou limitação aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público (na Internet) para que as instituições responsáveis pelo património cultural disponibilizem obras ou outro material protegido que faça permanentemente parte das suas colecções (art. 8º/2). É condição que o autor da obra em causa seja identificado, que os materiais disponibilizados façam permanentemente parte das suas colecções e que as obras ou materiais protegidos sejam disponibilizados em *sites* não comerciais.

Como se disse, as utilizações livres no âmbito desta excepção só podem realizar-se em relação a obras para as quais não exista uma *egc* que satisfaça os requisitos de ampla representatividade que a Directiva fixa para a concessão das mesmas, acima referidos.

Trata-se, neste caso, de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural disponibilizem em linha (em rede) elementos imateriais dos seus acervos permanentes.

Esta excepção é de aplicação exclusiva no Estado-membro onde tenha sede a instituição responsável pelo património cultural em causa.

9. Conclusão

Concluindo, creio que pode dizer-se que, como se esperaria, as leis portuguesa e espanhola são, depois de se haverem transposto as Directivas Comunitárias, muito semelhantes no que respeita ao regime estabelecido nas excepções em favor das bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições de carácter cultural.

Os interesses da cultura e da ciência, que as bibliotecas, museus e arquivos públicos idealmente servem, justificam os limites dos direitos de propriedade intelectual. Nenhum direito é ilimitado e os limites, ditados pelo interesse público no acesso à cultura e pelo exercício da investigação científica, são, aliás, intrínsecos aos direitos de propriedade intelectual.

Deveria, contudo, consagrar-se uma regra comum que previsse uma *remuneração aos autores* para actos de reprodução, empréstimo e colocação à disposição do público em rede de obras por bibliotecas, museus ou arquivos, bem como por estabelecimentos de investigação e ensino. A verdade é que as obras mais reproduzidas, emprestadas e consultadas em rede são as obras científicas utilizadas por alunos e investigadores que, assim, não chegam a adquiri-las.

Só assim se conseguiria encontrar o que julgo ser o justo equilíbrio entre ambos os interesses.

10. Proposta de uma redacção para os preceitos que transponham a Directiva 2019/790 para as leis nacionais

Propomos, de seguida, uma redacção para um ou mais preceitos do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos que regulem esta matéria em transposição da Directiva 2019/790/UE.

Artigo (*actual art. 75º CDADC adaptado*)
(*Utilizações livres*)

1. (...)

2. São lícitas, sem o consentimento do autor:

(...)

x) a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra ou outro material protegido, em qualquer suporte ou formato, desde que tal reprodução seja realizada por uma instituição responsável pelo património cultural e tais obras ou material protegido façam permanentemente parte das suas colecções, para efeitos da conservação dessas obras ou outro material protegido e na medida que tal reprodução seja essencial para a sua conservação.

y) a reprodução e a comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público por uma instituição responsável pelo património cultural, de uma obra ou outro material protegido, desde que tais obras ou material protegido se encontrem fora do circuito comercial, façam permanentemente parte das suas colecções e sejam disponibilizados em sítios Internet não comerciais.

2. Para efeitos do disposto na alínea x) do n.º 1, as instituições do património cultural aí referidas poderão recorrer à assistência de outras instituições culturais e outras partes terceiras.

3. Para efeitos do disposto na alínea x) do n.º 1, as obras e outro material protegido deverão ser considerados parte integrante e permanente da colecção de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessas obras ou outro material protegido forem da propriedade ou estiverem defini-

tivamente na posse dessa instituição, nomeadamente na sequência de transferências de propriedade, acordos de concessão de licenças, obrigações de depósito legal ou acordos de custódia a longo prazo.

4. A utilização livre a que se refere a alínea y) do n.º 1 deve ser acompanhada, sempre que possível, da indicação do nome do autor ou de qualquer outro titular de direito que possa ser identificado.

5. A utilização livre a que se refere a alínea y) do n.º 1 só pode ser autorizada quando não existam disponíveis as licenças a que se refere o artigo seguinte.

6. Consideram-se instituições responsáveis pelo património cultural as bibliotecas ou os museus acessíveis ao público, os arquivos e as instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro.

7. São nulas as estipulações contratuais contrárias ao disposto na alínea x) do n.º 1.

8. Qualquer titular de direitos pode, a todo o tempo e de forma fácil e eficaz, excluir as suas obras ou outro material protegido da aplicação da excepção a que se refere a alínea y) do n.º 1, inclusive após o início da utilização em causa.

9. Considera-se que o titular de direitos pode excluir as suas obras ou outro material protegido da aplicação da excepção de forma fácil e eficaz, quando puder fazê-lo mediante mera notificação à entidade beneficiária da excepção interessada na reprodução, acompanhada de identificação da obra e da prova da titularidade do direito.

Justificação da norma:

Fonte: artigos 6º, 7º e 8º e Considerandos 27 a 43 da Directiva 2019/790 (EU).

Com a modificação proposta para a nova alínea x), as instituições do património cultural poderão proceder à conservação dos elementos imateriais dos seus acervos sem necessidade de procurar e obter autorizações de múltiplos titulares de direitos, em muitos casos de contacto difícil ou impraticável.

Com a modificação proposta para a alínea y), as instituições responsáveis pelo património cultural passam a poder disponibilizar obras ou outro material protegido, desde que tais obras ou material protegido se encontrem fora do circuito comercial, façam permanentemente parte das suas colecções e sejam disponibilizados em sítios Internet não comerciais.

Artigo novo

(Licenças para reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público por entidades de gestão colectiva)

1. As entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos podem, nos termos do respectivo mandato conferido pelos titulares de direitos, conceder licenças não exclusivas para fins não comerciais a instituição responsável pelo património cultural para reprodução, distribuição, comunicação

ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial que façam permanentemente parte da sua colecção, independentemente de todos os titulares de direitos abrangidos pela licença terem ou não conferido mandato à entidade de gestão colectiva.

2. Só podem conceder as licenças a que se refere o número anterior as entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos que se considerem suficientemente representativas em obediência aos seguintes parâmetros:

a) filiem um número de titulares de direitos, por género de obra, não inferior a x ;

b) estejam mandatadas para representar os direitos em causa;

c) (*outro parâmetro*).

3. Só podem conceder as licenças a que se refere o n.º 1 as entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos que garantam igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos em relação às condições da licença.

4. Qualquer titular de direitos pode, a todo o tempo e de forma fácil e eficaz, excluir as suas obras ou outro material protegido do mecanismo de concessão de licença a que se refere o n.º 1, inclusive após a concessão da licença em causa.

5. Considera-se que uma obra ou outro material protegido estão fora do circuito comercial quando se possa presumir de boa fé que a obra ou outro material protegido na sua totalidade não estão acessíveis ao público através dos canais habituais de comércio depois de se efectuar um esforço razoável para determinar a sua disponibilidade ao público.

6. Presume-se que estão fora do circuito comercial as obras ou outro material protegido que não estejam acessíveis ao público nos canais habituais de comércio, incluindo em sítios da Internet sob licença, há mais de x anos.

7. Não se consideram fora do circuito comercial:

a) as obras ou outro material protegido, excepto obras cinematográficas ou audiovisuais, publicados pela primeira vez ou, na falta de publicação, difundidos pela primeira vez fora da União Europeia;

b) as obras cinematográficas ou audiovisuais cujos produtores tenham a sua sede ou residência habitual fora da União Europeia;

c) as obras ou outro material protegido de nacionais de países terceiros, caso, após um esforço razoável, não tenha sido possível determinar o Estado-Membro ou país terceiro de que são originárias, nos termos das alíneas a) e b).

8. Considera-se que o titular de direitos pode excluir as suas obras ou outro material protegido do mecanismo de concessão de licença a que se refere o n.º 1 de forma fácil e eficaz, quando puder fazê-lo mediante mera notificação à entidade de gestão colectiva envolvida no licenciamento, acompanhada de identificação da obra e da prova da titularidade do direito.

9. As licenças concedidas nos termos dos números anteriores não prejudicam as utilizações livres de obras ao abrigo de excepções ao direito de autor e direitos conexos ou a utilização de obras com base em outras licenças com efeitos alargados.

10. As licenças concedidas nos termos dos números anteriores também não podem prejudicar outras licenças concedidas por entidades de gestão colectiva para a utilização de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial concedidas a utilizadores que não sejam instituições responsáveis pelo património cultural.

Justificação da norma:

Fonte: artigo 8º e Considerandos 31 a 43 da Directiva 2019/790 (UE).

Trata-se aqui de transpor as directrizes Comunitárias que determinam a necessária instituição de regras nacionais com um mecanismo para agilizar a reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial, prevendo que entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos (*egc*) concedam licenças não exclusivas e sem fins comerciais às instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus, arquivos) para reprodução, distribuição e comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público na Internet de obras e outro material fora do circuito comercial.

Fevereiro de 2021