



**Universidade
Europeia**

Privacy and Data Protection Centre

Direito da Sociedade do Conhecimento

— Volume II
Estudos na área do Direito

Dezembro 2021

Coordenação Científica
Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Ficha Técnica

Autor

Universidade Europeia

Coautores

André Mota

Bruna Alexandra dos Anjos Salgueiro

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

David Lopes Kilinç

João Leitão

Márcia Santana Fernandes

Margarida Pereira

Maria Cadarso

Maria Isabel Roque

Octávio Alcântara

Rafaela Miranda Martins

Sara Belo de Oliveira

Título

Direito da Sociedade do Conhecimento – Volume II: Estudos na Área do Direito

Ano de Publicação

2021/2022

Edição

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Coordenação Científica

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

ISBN: 978-989-54829-6-2

Nota de apresentação

O ebook sobre o *Direito da Sociedade do Conhecimento*, volume II, reúne um conjunto de materiais de estudo na área do direito da propriedade intelectual, bem como contributos provenientes da área da museologia, do design, do design de moda e da fotografia, matérias que são discutidas no âmbito das aulas práticas e foram igualmente apresentadas na 4ª edição da Conferência de Direito da Sociedade do Conhecimento, realizada no dia 8 de novembro de 2021, com a participação de estudantes, de investigadores e de especialistas convidados. A obra é concebida no âmbito da unidade curricular de Direito da Propriedade Intelectual, em colaboração com o *Privacy and Data Protection Centre*.

Reflete-se na obra as temáticas mais relevantes em matéria de direitos de autor, com recurso aos instrumentos jurídicos neste domínio, com especial destaque para o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e 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, cuja transposição ainda se encontra na Proposta de Lei n.º 114/XIV/3ª. No plano dos direitos industriais, a área da saúde e o setor farmacêutico são destacados nesta edição, realçando alguns aspectos que envolvem as patentes na área da saúde e o papel das organizações internacionais (OMPI, OMS e OMC), quer no âmbito geral, quer no caso específico da COVID. Enfatiza-se a complexa relação jurídica entre o Direito da Propriedade Intelectual, positivada no Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro (CPI), e em instrumentos jurídicos internacionais e europeus, e o Direito da Concorrência, a partir das práticas exercidas pelo setor farmacêutico.

As reflexões integradas na presente edição, partilham o entendimento que o acesso aberto aos conteúdos, desde o audiovisual à música, aos museus e aos livros, entre outros, cria valor agregado em todas as suas dimensões (criatividade, ciência, diversidade cultural). Porém, a distribuição em linha de conteúdos protegidos por direitos de autor, ultrapassam as fronteiras de cada país, pelo que apenas os mecanismos adotados à escala europeia podem assegurar o correto funcionamento do mercado da distribuição de obras e outro material protegido. A consciência de que esta realidade seria melhor compreendida através de uma interpretação livre por interpretes de distintas áreas do conhecimento, ditou a natureza multidisciplinar deste novo volume, embora com a tutela do Direito.

Participam na elaboração da presente edição, investigadores do *Privacy and Data Protection Centre* (PDPC), do Centro Ecológico e Funcional da Universidade de Coimbra, da Universidade Católica Portuguesa, CIDEHUS-UÉ; do Laboratório em Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência (LAPEBEC) do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA, da UNIDCOM, unidade de investigação do IADE, Faculdade de Design, Tecnologia e Comunicação da Universidade Europeia e estudantes finalistas do curso de Direito da Universidade Europeia.

Todas as imprecisões são da responsabilidade da coordenação.

Dirijo uma palavra de agradecimento a todos os que permitiram a publicação da obra.

Cristina Maria de Gouveia Caldeira
(coordenação)

Índice

Introdução Geral.....	1
Parte I.....	6
Distância Física e Proximidade Virtual: Transformação Digital nos Museus Face à Pandemia	7
María Isabel Roque	
As Patentes, Saúde e o Papel das Organizações Internacionais: OMPI, OMS e OMC	35
Márcia Santana Fernandes	
A Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência: O caso específico do setor farmacêutico.....	61
David Lopes Kilinç Sara Belo de Oliveira	
Id.Med - Sistema Inclusivo para a Identificação de Medicamentos	75
Margarida Pereira María Cadarso	
A Obra Fotográfica: Publicação e Divulgação, Uso e Abuso	91
Octávio Alcantara	
A Obra Fotográfica e os Critérios da Originalidade e Personalidade do Autor.....	107
Cristina Maria de Gouveia Caldeira	
Moda – Obras Artísticas e as suas Problemáticas	117
Bruna Alexandra dos Anjos Salgueiro Rafaela Miranda Martins	
Pirataria e Cópia para Uso Privado	131
André Mota João Leitão	
Os Direitos De Autor e os Direitos Conexos no Mercado Único Digital	153
Cristina Maria de Gouveia Caldeira	

Parte II Legislação 168

**Diretiva (EU) 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE..... 169**

**Proposta de Lei 114/XIV/3, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/790,
relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital 233**

**Lei n.º 82/2021, de 30 de novembro, relativa à fiscalização,
controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital
a conteúdos protegidos 270**

Introdução Geral

A obra que agora se inicia dá uma particular atenção à transformação tecnológica e à globalização, realidade que impôs o caminho da produção científica orientada para a especialização inteligente; uma aproximação entre universidades, centros de inovação, laboratórios, empresas e uma “aliança” entre investigadores de diferentes áreas do conhecimento, académicos e empresários, em torno do desenvolvimento e inovação de novos processos, produtos e serviços, valorizados e protegidos pelo direito de propriedade intelectual, que os transforma em ativos intelectuais intangíveis.

Na Parte I da obra vamos analisar como a evolução das tecnologias digitais alterou o modo como as obras intelectuais e outro material protegido são criados, distribuídos e explorados. A Diretiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e aos direitos conexos no Mercado Único Digital¹, apresenta-se como um instrumento promissor e indispensável à mudança. À luz deste instrumento, as bibliotecas, os arquivos, os museus e outras instituições, devem preservar, por via digital, o património cultural das suas coleções. Entre os Estados-membros converge-se no sentido de que os direitos exclusivos atribuídos aos criadores não são ilimitados e que em certos casos, admite-se que terceiros façam uso de obras protegidas sem autorização dos respetivos titulares (são exceções e limites). São vários os interesses que justificam esta delimitação negativa dos direitos de autor nomeadamente a promoção cultural e educativa. A fim de alcançar o equilíbrio possível, a Diretiva permite que as instituições responsáveis pelo património cultural, utilizem cópias de obras e outro material, numa clara derrogação do direito de autor, para efeitos de conservação.

A proteção conferida por esse regime jurídico contribui igualmente para o objetivo da União de respeitar e promover a diversidade cultural e, ao mesmo tempo, trazer o património cultural comum europeu para primeiro plano. Em 2020, a Comissão Europeia apresentou a comunicação “Uma estratégia digital para a Europa” na qual reforçava a necessidade de acelerar as transições ecológica e digital. Em linha com esta estratégia, por ocasião do Dia da Europa, a 9 de maio de 2020, os membros da European Heritage Alliance, incluindo os representantes das principais redes europeias e internacionais do património, lançaram o Manifesto do Dia da Europa “O nosso património cultural: Um catalisador poderoso para o futuro da Europa”. No ponto 3, relativo à transformação digital refere, “democratizar o acesso ao nosso Património de modo a apoiar a diversidade, a inclusão, a criatividade e o compromisso crítico com a Educação e com o intercâmbio de conhecimentos”; “promover colaborações que fortaleçam a nossa capacidade de inovação”; “promover o uso da tecnologia digital para fortalecer o papel das nossas instituições culturais na divulgação das nossas histórias europeias” (European Heritage Alliance, 2020). Este é o enquadramento do primeiro artigo da obra intitulado «Distância física e proximidade virtual: transformação digital nos museus face à pandemia». Ao longo do texto veremos como os museus foram aderindo às

¹ JOUE, 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.

novas tecnologias, ainda que limitados à estruturação dos dados nos inventários, à aplicação em ações de prevenção, conservação e restauro, à transposição de conteúdos para o suporte digital ou à participação ocasional em projetos experimentais.

Os avanços tecnológicos vão exigindo novos padrões de patentes, marcas e contratos de licenciamento entre empresas. Neste novo contexto, nasce o apelo a soluções internacionais inovadoras no domínio dos direitos industriais, fora do alcance do direito nacional e da autoridade do Estado. Ou seja, a previsibilidade desejada num contexto de forte interação de economias leva-nos, a aceitar um determinado grau de tutela internacional em detrimento da territorialidade, justificando um conjunto de instrumentos internacionais de tutela dos direitos industriais, designadamente: Convenção da União de Paris (CUP) de 1983; Acordo de Madrid de 1891; Convenção de Berna de 1971; Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS), Organização Mundial do Comércio (OMC); Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), administrado pela (OMC) e vários instrumentos de Direito Europeu.

O artigo subordinado ao título «As Patentes, Saúde e o papel da organizações internacionais: OMPI, OMS e OMC» enquadra-se nos direitos de propriedade industrial e questiona a importância da proteção das invenções (patentes), na ótica da defesa dos direitos humanos. Reflete também a eficácia, aplicabilidade e harmonização de regras de direito internacional privado, para a criação de um sistema único internacional de patentes. Aborda as discussões especializadas e o diálogo entre a OMPI, a OMS e a OMC, em torno das patentes na área da saúde, do acesso a medicamentos essenciais e vacinas.

O artigo seguinte é dedicado ao tema «A Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência: o caso específico do setor farmacêutico» versa sobre a complexa relação jurídica entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, tomando como exemplo prático o setor farmacêutico. De uma forma subliminar, o artigo discute os interesses dos laboratórios farmacêuticos, que tudo fazem para protelar a entrada no mercado dos medicamentos genéricos, através da adoção de práticas antoconcorrenciais.

Os direitos de propriedade industrial, vão além das fronteiras políticas e na medida em que as tecnologias são internacionais, concebidas em unidades de investigação e laboratório com um grau de abertura ao exterior, a legislação nacional não é suficiente para assegurar a tutela das patentes nacionais. Esta limitação fez com que se assistisse ao longo da segunda metade do século XX, a uma fragmentação dos direitos industriais por via de variações significativas entre os sistemas jurídicos nacionais, o que muito penalizou a inovação, em especial no caso das pequenas e médias empresas, que sentiam uma grande dificuldade em afirmar as suas marcas e fazer respeitar as suas patentes.

Os direitos industriais estão previstos no Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro (CPI), atualizado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29/02, diploma que aprova o novo Código da Propriedade Industrial e transpõe as Diretivas (UE) 2015/2436, em matéria das marcas, e a Diretiva (UE) n.º 2016/943 do Parlamento e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegal. A grande novidade, são os «segredos comerciais», que

estando anteriormente integrados na concorrência desleal, foram autonomizados no CPI de 2018, de modo a proteger o know-how e as informações comerciais contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, em transposição da Diretiva (UE) 2016/943, de 6 de junho de 2016. O facto do legislador português ter retirado os segredos comerciais da tutela da concorrência desleal, tem como consequência deixar de depender da existência de uma relação concorrencial, entre o agente e a vítima da infração, passando a constituir uma disciplina autónoma, com pressupostos distintos.

Além das proteção das invenções através da patente, dos sinais usados para distinguir produtos (marca) e empresas no mercado (logótipos), que em conjunto, reforçam a inovação e a transferência de conhecimento científico e tecnológico para o sector empresarial, os direitos industriais tutelam também as criações estéticas apresentadas sob a forma de desenho ou modelo, ou seja, a aparência da totalidade ou de uma parte de um produto resultante das suas características, nomeadamente das linhas, contornos, cores, forma, textura, tal como se encontra previsto no artigo 173.º do Código da Propriedade Industrial (CPI). Nesta obra, damos como exemplo de um modelo a criação do «Id.Med - Sistema Inclusivo para a Identificação de Medicamentos». O código Id.Med, além de constituir um sistema inclusivo de identificação de medicamentos, é um elemento facilitador da informação junto do público em geral. É um código de símbolos colocado nas embalagens medicamentosas e que, através de três elementos identificativos – pictogramas, siglas e cores – permite ser facilmente entendido pelos seus utilizadores.

O Código Id. Med permite-nos introduzir a matéria da cumulação da proteção específica dos desenhos e modelos (nacionais e comunitários) com a tutela do Direito de Autor. O artigo 194.º do CPI refere «Qualquer desenho ou modelo registado beneficia, igualmente da proteção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado, ou definido sob, qualquer forma.». A regra da cumulação de proteção tem as suas raízes no direito francês de finais do século XIX, que designou de “doutrina da unidade da arte”, baseada na ideia de que não há que distinguir entre a criação artística “pura” e a “arte industrial” e cuja paternidade é atribuída a Eugéne Pouillelet. A jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) defende antes uma cumulação parcial, argumentando (no caso COFEMEL) que nem todos os desenhos e modelos podem beneficiar da tutela jusautorais, mas apenas os que possam ser qualificados como “obras” para efeitos do direito de autor.

Na legislação portuguesa a «obra» é uma emanção da personalidade do criador e nesse sentido só a criação espiritual individual merece proteção no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, tendo sido sucessivamente atualizado. O advento da tecnologia digital e da internet fez aumentar a complexidade do Direito de Autor, em virtude da digitalização da obra e do protagonismo crescente da inteligência artificial aplicada à criação, gerando automaticamente composições musicais, quadros, pinturas, fotografias, etc.

A obra fotográfica é discutida em dois breves artigos. No primeiro «A obra fotográfica: publicação e divulgação, uso e abuso», o autor, na qualidade de fotógrafo, faz uma breve reflexão sobre as particularidades da atividade fotográfica, a partir da publicação e divulgação da obra artística, positivada

no artigo 6º do Código Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC). Questiona a proteção dos direitos de autor na era digital, com forte impacto na apresentação e visionamento das imagens fotográficas. Questiona por último, a autoria da obra e o plágio. O segundo artigo, subordinado ao título «A obra fotográfica e os critérios da originalidade e personalidade do autor» discute o direito exclusivo do autor de uma obra fotográfica de a reproduzir, difundir e pôr à venda, salientando que só será reprimida como abusiva a reprodução irregular das fotografias, quando o autor as tenha assinado, com o seu nome, completo ou abreviado, iniciais, pseudónimo, nome literário, artístico ou científico ou por qualquer sinal convencional. A prática de atos por quem não seja o titular da obra, nem tenha obtido o consentimento do autor, e ainda os atos que afetem a genuinidade e a integridade da obra protegida, como a destruição, mutilação, deformação ou outras modificações, bem como atos que comprometam a paternidade da obra, constituem uma violação aos direitos de autor.

A «MODA - Obras Artísticas e as suas Problemáticas», faz emergir a discussão sobre as criações de moda e os problemas jurídicos que podem daí surgir. Discute-se as patentes e o modelo de utilidade, mas também das marcas e dos seus desenhos e modelos. Analisa-se no âmbito dos direitos de autor, a linha entre a inspiração e a cópia, através de casos práticos e acórdãos e por fim fazem uma referência à concorrência desleal. A «Pirataria e Cópia para Uso Privado» é discutido no contexto das novas tecnologias, que do mesmo modo que permitem de forma acessível a publicação e transmissão e *streaming online* de obras, também promovem a pirataria digital.

Por fim, Os Direitos de Autor e os Direitos Conexos no Mercado Único Digital, permite-nos refletir sobre a investigação, o património cultural, os editores de imprensa e as plataformas digitais, convergindo na necessidade de se promover um acesso aberto aos conteúdos, desde o audiovisual à música e aos livros, entre outros, como forma de defesa da criatividade, da sustentabilidade financeira, da ciência e da diversidade cultural. Este desiderato ditou a criação da 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE². A nova diretiva, ainda em fase de transposição na Proposta de Lei 114/XIV/3ª, constitui mais um passo na adaptação do direito de autor ao ambiente digital.

Na Parte II da obra será apresentada a legislação mais recente em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

² 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Jornal Oficial da União Europeia, L 130/92. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL>

The background features a series of light gray, wavy lines that create a sense of motion and depth. Scattered across this background are several squares outlined in red. Some squares are isolated, while others are arranged in small clusters or patterns, such as a 2x2 grid in the lower-left and a 2x2 grid in the lower-right. A prominent red rectangle is located in the lower-left quadrant, containing the text 'Parte I' in white.

Parte I

Distância Física e Proximidade Virtual: Transformação Digital nos Museus Face à Pandemia

*Maria Isabel Roque*³

Resumo

Os museus têm aderido à tecnologia digital de forma contida ao longo das últimas duas décadas, limitando-a à estruturação dos dados nos inventários, à aplicação em ações de prevenção, conservação e restauro, à transposição de conteúdos para o suporte digital ou à participação ocasional em projetos experimentais. A ocorrência da pandemia de Covid-19, obrigando ao encerramento durante largos períodos de tempo e à diminuição dos visitantes após as reaberturas, reforçou as estratégias de comunicação virtual para manter o contacto com os públicos habituais e promover a adesão de novas audiências. Através da análise da bibliografia produzida sobre a relação entre o museu e a tecnologia e da observação direta das atividades museológicas entre 2020 e 2021, pretende-se avaliar o efeito acelerador da pandemia na transformação digital do museu e examinar o impacto desta no próprio conceito de museu e nas suas práticas, funções e objetivos, posicionando-o na sociedade da informação e no caminho para a sociedade do conhecimento.

Palavras-chave:

Comunicação virtual; Covid-19; digitalização; museu; transformação digital

³ Universidade Europeia, Universidade Católica Portuguesa, CIDEHUS-UÉ
<https://orcid.org/0000-0002-2258-8904>

Physical Distance and Virtual Proximity: Digital Transformation in Museums in the Face of the Pandemic

Maria Isabel Roque

Abstract

Museums have adhered to digital technology in a contained way over the last two decades, limiting it to structuring data in inventories, application in prevention, conservation and restoration actions, and transposition of content to digital or occasional support in experimental projects. The occurrence of the Covid-19 pandemic, forcing the closure for long periods and the decrease in visitors after the reopenings, reinforced virtual communication strategies to maintain contact with regular publics and promote the adhesion of new audiences. Through the analysis of the bibliography on the relationship between the museum and technology and the observation of museological activities between 2020 and 2021, it is intended to assess the accelerating effect of the pandemic on the museum's digital transformation and examine its impact on the very concept of the museum and on its practices, functions and objectives, positioning it in the information society and on the path to the knowledge society.

Keywords:

Covid-19; digital; transformation; digitization; museum; virtual communication

Introdução

Ao longo da última década, a crise financeira global (2007-2017) e, desde 2020, os bloqueios devidos à pandemia de SARS-CoV-2 coronavirus (Covid-19) tiveram um profundo impacto na atividade museológica. Durante os períodos de confinamento motivados pela pandemia, em que os museus foram forçados a encerrar e a encontrar novas estratégias de atuação e, em particular de comunicação com os seus públicos, consolidou-se a ideia de que as circunstâncias adversas poderiam ser encaradas como uma oportunidade para efetuar a transformação digital.

Precisamente na altura em que a pandemia começava a ser noticiada, o Comité Internacional para a Documentação (CIDOC) do Conselho Internacional de Museus (ICOM) anunciava o tema para a conferência anual em 2020: “Digital transformation in heritage institutions”. No website da conferência, justificava o tema sob o argumento de que “The use of digital technology, though marginal at first, has gradually reshaped documentation practices and transformed almost all aspects of museum work, sometimes even pushing institutions to deviate from traditional conceptions of what their roles should be” (CIDOC, 2019). Ou seja, o uso da tecnologia digital é um fator primordial no quadro mais amplo das mudanças que os museus têm vindo a conceptualizar e a realizar ao longo das últimas décadas, assumindo a centralidade nos públicos na ação museológica, mas sem alterar profundamente as funções básicas que lhe são cometidas. É, porém, nestas que a transformação digital tem maior impacto, otimizando o seu desempenho e alcance.

O uso da tecnologia digital transformou radicalmente o conceito e os métodos de documentação, em particular e desde finais do século passado, ao substituir os inventários analógicos por bases de dados, e, a partir daí, os procedimentos de gestão, estudo, exposição e disseminação das coleções, enquanto a conservação e restauro seguem o seu próprio caminho acompanhando a evolução científica e tecnológica. Não obstante, apesar do reconhecimento do efeito potenciador da digitalização, do processamento dos dados e respetivo armazenamento, da representação e reprodução virtual dos objetos, a transformação digital tem sido incipiente e, sobretudo, muito assimétrica, nos museus.

Os constrangimentos provocados pela pandemia vieram acentuar as falhas e as carências dos museus neste âmbito, mas também evidenciaram o carácter imperioso da transformação digital na mediação cultural e na comunicação com os públicos. “COVID-19 created massive disruptions across the creative industries. However, there were organizations able to connect to their audiences [...] and the general public because they were digitally capable” (Byrnes, 2020, p. XVIII). De facto, as tecnologias digitais, a internet e as redes sociais criaram um

conjunto de oportunidades sem precedentes no acesso a produtos culturais, tanto para estudo, como para entretenimento, permitindo uma vasta disseminação e reutilização em múltiplos contextos e audiências alargadas.

A forma como os museus responderam às contingências dos confinamentos intermitentes e ao sentimento generalizado de insegurança permite identificar os sinais de mudança que incidem sobre a atividade museológica. No âmbito das instituições culturais, os museus estiveram entre os primeiros a reagir aos constrangimentos impostos pelo confinamento, criando formas de comunicação alternativas com os seus públicos habituais, virtuais ou potenciais, através dos *websites* institucionais, mas sobretudo das redes sociais, criando vídeos, visitas guiadas, cursos, conferências, *workshops*, podcasts, atividades em *streaming*, jogos. Com isso, proporcionava uma alternativa de entretenimento e de estímulos cognitivos e emotivos, a qual, independentemente da qualidade da oferta, teve o mérito de contribuir para o rompimento do generalizado clima de ansiedade e isolamento motivado pela pandemia.

Reconhecendo o papel crucial da tecnologia na forma como os museus se adaptaram aos confinamentos e às medidas sanitárias que afetaram a atuação convencional no espaço físico da exposição, o objetivo deste estudo é analisar o impacto da pandemia na transformação digital e confirmar a hipótese consensual de que teve um efeito acelerador. Pretende, também, avaliar se esta transformação se cingiu à transposição das práticas museológicas correntes para um suporte digital e virtual ou se foi mais profunda, envolvendo estratégias criativas e inéditas e impulsionando iniciativas no âmbito da inteligência artificial e ciência de dados.

A partir da revisão da literatura, os resultados são estruturados em três pontos: a utilização da tecnologia digital pelos museus ao longo das duas últimas décadas, a qual é descrita como incipiente; o impacto da crise provocada pela pandemia Covid-19, em particular nos momentos de confinamento, em que os museus foram forçados a encerrar e a recorrer à comunicação virtual para manter o contacto com os públicos e dar a continuidade possível à ação museológica, provocando uma aceleração digital; a passagem da digitização à digitalização, reformulando os conceitos de museu e musealia, o discurso museológico e a mediação cultural com públicos cada vez mais diversificados e intervenientes, na concretização da transformação digital.

1. Método

Este estudo é conceptual e assenta em métodos qualitativos, realizando uma análise crítica da literatura. A pesquisa bibliográfica em bases de dados de publicações científicas foi realizada através do cruzamento dos termos e expressões “museu”, “covid-19” “transformação digital” e “inteligência artificial”, tendo como condição preferencial as publicações de 2020 e 2021. A revisão da literatura, a partir da leitura analítica e crítica dos dados recolhidos e sequente organização e processamento, teve como objetivo identificar as tendências na resposta dos museus à pandemia e na utilização da tecnologia digital no quadro mais amplo da sociedade da informação e do conhecimento.

Por outro lado, a investigação recupera os resultados de investigações anteriores em que a relação entre museus e tecnologia digital era abordada (Roque, 2015, 2017, 2018, 2019, 2020; Roque, Guerreiro & Forte, 2018).

2. Revisão da literatura

Os primeiros estudos sobre a utilização da tecnologia digital no museu surgiram em publicações da American Association of Museums, ainda em finais do século passado (Jones-Garmil & Anderson, 1997; Mintz & Thomas, 1998). Na década seguinte, a investigação neste âmbito consolidou-se, quer através de antologias de estudos de caso, numa abordagem descritiva de projetos relacionados com a aplicação das tecnologias no museu (Tallon & Walker, 2008), quer através de manuais (Din & Hecht, 2007; Harvey, 2010; Hossaini & Blankenberg, 2017) e monografias onde os casos empíricos são complementados por uma crescente teorização acerca do fenómeno (Antos, Fromm, & Golding, 2017; Giaccardi, 2012; Macleod, Watson, & Knell, 2007; Marty & Jones, 2008) e do seu impacto no discurso museológico e na comunicação com as audiências (Parry, 2013).

A quantidade e a diversidade de obras publicadas recentemente sobre o impacto da tecnologia digital nos museus e no património cultural (Akker, & Legêne, 2016; Bautista, 2014; Cameron, & Kenderdine, 2010; Drotner, & Schrøder, 2013; Geismar, 2018; Giannini, & Bowen, 2019; Grau, Coones, & Rühse, 2017; Parry, 2010) comprovam o seu crescimento em todas as operações museológicas e, em particular, na interpretação das coleções e na sua comunicação. Porém, Fiona Cameron e Sarah Kenderdine que, entretanto, têm realizado projetos experimentais no âmbito da aplicação da tecnologia em museus, apresentavam, através dos contributos de diversos especialistas, uma avaliação crítica e teórica do uso dos *media* digitais por instituições de património cultural, através de diversos contributos, corrigindo assim a falta de uma teoria em estudos sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no estudo e na gestão das coleções, bem como na interpretação e na

representação dos objetos. Esta obra foi, entretanto, republicada (Cameron, & Kenderdine, 2010), sem alterar os conceitos teóricos que se mantêm atuais, mesmo no que se refere à denúncia da relutância dos agentes patrimoniais em aderir ao digital e, sobretudo, nas questões relativas às transformações ontológicas devidas ao processo de digitalização dos objetos e que são abordadas na primeira parte.

A obra seminal *Museums in a digital age*, editada por Ross Parry (2010), continua a ser uma referência obrigatória. Destaca-se, aqui, o contributo do sociólogo Manuel Castells, onde preconizava que, não querendo ficar obsoletos, os museus teriam que se reinventar na tecnologia digital: “museums can become mausoleums of historical culture reserved for the pleasure of a global elite or they can respond to the challenge and become cultural connectors for a society which no longer knows how to communicate” (2010, p. 434).

A conferência anual da Network of European Museum Organisations (NEMO) em 2013 teve como tema “Museums in the digital age: Museums and the development of active citizenship”, cujo programa refletia “the repositioning of museums in a contemporary, learning, digital, analogue, participatory and entrepreneurial society” (Pagel, & Donahue, 2014, p. 4) analisando os desafios e oportunidades da transformação digital para os museus e de que forma isso poderia contribuir para a conexão dos públicos às coleções.

Tem sido consensual a observação de que, ao longo da última década, as tecnologias digitais contribuíram para reformular o papel dos museus na sociedade, transformando as ofertas culturais e atraindo novos públicos (Akker, & Legêne, 2016; Bautista, 2014; Giannini & Bowen, 2019c; Levent, Knight, Chan, & Hammer, 2014). No entanto, o recurso à tecnologia não é uniforme, tal como têm vindo a ser denunciadas profundas assimetrias no acesso aos produtos digitais e respetiva utilização (Karol, & Navarrete, 2017).

A utilização das tecnologias digitais na preservação, estudo, representação e disseminação do património cultural em museus tem vindo a ser analisada em estudos de museus, através da análise de teorias, métodos, casos e experiências, mas continua a faltar um enquadramento teórico abrangente, destacando os efeitos da transformação digital na cadeia das atividades e das funções museológicas e das conexões estabelecidas com a comunidade e com os públicos. A obra *Museums and digital culture: New perspectives and research*, editada por Tula Giannini e Jonathan P. Bowen (2019c), aborda a cultura digital e o seu impacto nos museus desde a década de 1940 até ao presente. Num dos capítulos assinados pelos editores, a transformação digital é descrita como uma mudança de paradigma onde os museus fazem parte do “emerging digital ecosystem where states of being are encoded into the Internet of Things (IoT) and Internet of Life (IoL)”, pelo que “museums are moving from a collection centered

model to one that is visitor/user centered and responsive to the digital human behavior, identity and culture” (Giannini, & Bowen, 2019b, p. 64). Entretanto, essa análise foi atualizada em função das contingências provocadas pela pandemia: “Buoyed by the diversity of the global digital ecosystem, museums are poised to embrace digital artists and digital culture as intrinsic to a new sense of identity and purpose” (Giannini, & Bowen, 2021, p. 55).

No início da pandemia, a UNESCO lançou um inquérito à escala mundial sobre o impacto do Covid-19 nos museus (UNESCO, 2020). Em simultâneo, o ICOM lançou um inquérito idêntico, também à escala mundial, seguido de dois estudos de acompanhamento. O primeiro inquérito foi lançado em abril de 2020 (ICOM, 2020a), o segundo em setembro do mesmo ano (ICOM, 2020b) e o terceiro em abril do ano seguinte (ICOM, 2021). Em 2021, o TrendsWatch, um relatório de previsão anual publicado pelo Center for the Future of Museums (CFM) criado em 2008 no âmbito da American Alliance of Museums (AAM), analisou o impacto do Covid-19 nos museus estadunidenses a partir do qual elabora um conjunto de cenários plausíveis nos próximos anos.

O desenvolvimento do uso da tecnologia digital pelos museus no contexto da pandemia refletiu-se de forma imediata na produção científica. A maioria dos estudos centra-se na forma como os museus reagiram à pandemia através da tecnologia digital (Agostino, Arnaboldi, & Lampis 2020; Agostino, Arnaboldi, & Lema 2020; Giannini, & Bowen, 2021; Houston, 2020; Hussain, 2021; King, Smith, Wilson, & Williams, 2020; Massi, & Turrini, 2021; Noehrer, Gilmore, Jay, & Yehudi, 2021). A transformação digital é vista como uma nova fase de implementação e consolidação tecnológica, após a digitalização de conteúdos que tem vindo a ser operada nas últimas duas décadas: “Due to latest digitalization period, museums and libraries have already enough digital content for new value creation to be added on their operations. Digital property can now be seen as a raw material for innovative gamified solutions” (Markopoulos, Luimula, Benahmed, & Suominen, 2021, p. 163).

Regista-se uma presença acentuada de artigos acerca da situação em Itália, país detentor de um vasto património cultural e com um elevado número de museus e que foi muito fustigado pela pandemia, sobretudo, entre fevereiro e maio de 2020 (Agostino, Arnaboldi, & Lampis 2020; Agostino, Arnaboldi, & Lema 2020, Cipullo, 2021; Clini, & Quattrini, 2021; Fissi, Gori, Romolini, & Contri, 2021). Cipullo (2021), através de um inquérito realizado junto de 167 museus italianos, é explícito acerca do impacto positivo da pandemia na aceleração da transformação digital na amostra estudada. Agostino, Arnaboldi e Lema (2021), através da observação empírica de 100 museus estatais italianos, também salientam o efeito acelerador da transformação digital na prestação de serviços públicos, embora constatem que algumas experiências tenham falhado por falta de conhecimento, negligenciado o seu papel de fonte de

entretenimento, tendo de ser redirecionadas. Inicialmente, vários diretores de museus concentraram-se em educar os usuários e em esclarecê-los sobre o passado, aquilo que entendiam ser a missão dos museus.

3. Os museus e a tecnologia digital

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação teve um impacto relevante no museu e na sua relação com os públicos reais e virtuais (Boys & Boddington, 2014), obrigando a uma redefinição do conceito de museu (Mairesse, 2017) e de objeto museal, ao limite do seu questionamento: *Do museums still need objects?* (Conn, 2010).

A questão subjacente à aplicação da tecnologia digital ao património enquadra-se no âmbito mais abrangente e, também, mais antiga, da discussão em torno da dicotomia entre o objeto real e a sua representação artificial (Roque, 2018). Em 1936, Walter Benjamin defendia que a “era da reprodutibilidade mecânica” implica a perda de unicidade, singularidade e autenticidade da obra de arte, sendo que são estes os atributos que conferem valor e identidade aos objetos expostos no museu. “The authenticity of a thing is the essence of all that is transmissible from its beginning, ranging from its substantive duration to its testimony to the history which it has experienced” (Benjamin, 2007, p. 221). A reprodução da obra de arte conduzia, assim, à perda de autenticidade e, por conseguinte, à deterioração da aura que lhe é conferida pela unicidade: “One might subsume the eliminated element in the term ‘aura’ and go on to say: that which withers in the age of mechanical reproduction is the aura of the work of art (Benjamin, 2007, p. 221). Em linha com o pensamento de Benjamin, Jean Baudrillard definia o fenómeno de reprodutibilidade como uma “precessão dos simulacros”, isto é, “la génération par les modèles d'un réel sans origine ni réalité” (1981, p. 10), onde a cópia se torna hiper-real e puro simulacro, deixando de ser possível distinguir o original da sua representação. Nesse sentido, tudo aquilo que tinha um significado real tendia a ser substituído por um significado virtual, ou seja, à medida que a simulação se torna mais realista, a realidade é substituída pela simulação. Assim, tal como defendia Benjamin, a era da reprodução mecânica alterou o papel da arte na sociedade, tornando-se uma simulação.

O objeto de museu, ou *musealia*, já foi alterado pelo processo de musealização, tornando-se o representante de algo que o transcende (uma coisa, um conceito, um facto, um fenómeno). “O objeto é um estatuto ontológico que vai englobar, em certas circunstâncias, uma coisa ou outra, estando entendido que a mesma coisa, em outras circunstâncias, não constituirá necessariamente um objeto”. Ou seja, é o processo de musealização que, ao integrá-lo no discurso museológico (“*Musealia*”, p. 68), lhe confere um sentido, sem obstruir as suas

capacidades polissêmicas. O museu é, ele próprio, um espaço de descontextualização e de representação, onde os objetos, únicos e autênticos, são descontextualizados e perdem o sentido original em confronto com “forms of performativity, narrative and visual imagery that create new possibilities for interpretation and presentation” (Crawley, 2012, p. 13). Cria-se, desta forma, uma metainformação que coincide com o discurso do museu. Assumindo que as considerações de Benjamin em relação à arte na era da reproduzibilidade e os conceitos de simulacro e simulação propostos por Baudrillard se estendem ao objeto de museu, enquadram o receio de que a versão digital do objeto museológico seja percebida como simulação, transformando-se em simulacro ao invés de representante.

Porém, se dicotomia entre real e virtual era crucial no enquadramento da museologia centrada no objeto, ganha outros contornos no âmbito da museologia centrada no indivíduo, ou nos públicos plurais e diversificados. Alguns autores (Mensch, 1987; Davallon, 1992; Velázquez-Marroni, 2017) têm vindo a propor a distinção entre museologia do objeto e museologia da ideia. Enquanto a primeira diz respeito ao valor patrimonial, artístico ou documental do objeto, apresentado de forma isolada ou destacada dos restantes, a segunda relaciona-se com a mensagem, isto é, com os conceitos que pretende transmitir (Roque, 2020). Embora a teoria museológica tenha vindo a superar esta distinção, dado que nenhum dos modelos subsiste de forma absoluta e exclusiva, Packer e Ballantyne (2016) recuperam-na ao introduzir a experiência do visitante – tanto mais intensa quanto maior for a compreensão dos conceitos inerentes à exposição – como elemento fulcral da museologia da ideia, agora centrada no indivíduo. Por seu turno, Meunier e Luckerhoff (2012) alargam o âmbito convencional da museologia, “comme dispositif de monstration, au sens restrictif de montrer et faire voir” (Meunier e Luckerhoff, 2012, p.115) para estendê-la ao campo epistemológico, “comme dispositif de communication, lieu de diffusion du savoir ou lieu d’éducation non formelle” (Meunier e Luckerhoff, 2012, p.115). A museologia evolui no sentido de uma comunicação e interação com o público mais ativa, tornando-o protagonista e cocriador das narrativas que constituem o discurso museológico. “The ability to accommodate either linear and non-linear narratives or thinking is a particular strength of digital technology that accommodates new structures in the museum and archive landscape” (Grau, Coones, & Rühse, 2017, p. 13). Estas alterações reenquadram a relação do museu com a tecnologia digital, dado que esta favorece a comunicação personalizada e potencia a experiência do visitante.

As transformações registadas na museologia refletem as dinâmicas da sociedade pós-moderna, no sentido em que esta questiona os trâmites do conhecimento obtido através de leis universais ou das meta-narrativas, cujo epílogo foi anunciado por Lyotard (1979) que lhes

contrapunha a representação da realidade através das pequenas histórias e das experiências individuais. Nesse sentido, o museu procura recuperar estas narrativas, promovendo o utilizador do museu a agente emissor do discurso que, assim, se torna multifacetado.

O recurso à tecnologia digital tem acompanhado a evolução da museologia. Simone, Cerquetti e La Sala propõem um modelo evolutivo da transformação digital em três níveis, a partir da fase inicial, a dos primeiros museus em que o envolvimento tecnológico era nulo: o “social-sleeper museum”, relativo aos museus que não investem na tecnologia, usando-a apenas como um substituto das formas tradicionais de comunicação e fruição do património cultural, sem desenvolver novas relações com os utilizadores em ambiente virtual; o “social-oriented museum” corresponde aos museus que investem nos e serviços web e *media* sociais para comunicar diariamente com os seus seguidores e criar um público integrado, direcionando a tecnologia para as fases pré ou pós-visita, mas sem impacto na experiência da visita em si; por fim, o “digital museum” que, além de assegurar a sua presença na web e nas redes sociais, explora as tecnologias digitais interativas para melhorar a visita com experiências multissensoriais e recorrendo à Internet das Coisas (IoT) para criar novas interconexões e ambientes virtuais (Simone, Cerquetti, & La Sala, 2021, p. 326). O “digital museum” remodela a interação entre os indivíduos e o património cultural, criando uma forma desmaterializada, mais ampla e mais acessível do museu. O discurso deixa de ser linear para se fragmentar em registos diferenciados de informação, enquanto a fruição do património deixa de ser essencialmente visual, para se tornar multissensorial.

A tecnologia digital, além de alargar o museu ao espaço virtual, expandindo-o espacial e temporalmente (Giaccardi, 2012), também alterou a forma como as audiências cada vez mais abrangentes se relacionam com o património (Economou, 2016; Tallon & Walker, 2008). O museu procura soluções de equilíbrio sobretudo para comunicar com o público não especializado, fora dos círculos restritos da cultura erudita. O museu afasta-se da pragmática essencialmente racional ou intelectual e assume uma função mediadora entre o indivíduo e a realidade das suas próprias raízes culturais e históricas. É neste sentido que se altera a formalização do discurso museológico.

A comunicação no museu torna-se mediação, estimulando a participação ativa do público, levando-o a processar aquilo que vê em função das suas memórias, conhecimentos e experiências: face ao estímulo visual da exposição, o observador anexa-lhe um significado e atribui-lhe um significado ou conceito, concluindo a função de signo inerente a cada objeto. “A experiência do museu deixa de ser uma ocorrência meramente visual para se tornar uma vivência relacional em que se introduzem os princípios de arbitrariedade, intencionalidade, cultura, convencionalidade e relação com outros signos” (Roque,

2015, p. 190). O recurso à tecnologia digital permite recuperar e difundir a pluralidade de sentidos e conexões dos objetos, adaptando a informação a cada segmento de público. As ferramentas digitais providenciam o acesso à globalidade semântica do património através de diferentes níveis de informação, ao mesmo tempo que permitem a diferenciação entre as expectativas dos públicos, facultando vivências diferentes aos visitantes locais, esporádicos, regulares, ou especialistas, criando discursos e percursos opcionais para uns e outros.

Se as vantagens da digitalização e da organização da informação, nomeadamente, através da inventariação em bases de dados, são consensuais, o recurso à tecnologia digital interativa tem sido incipiente e pontual, geralmente, restringindo-se a projetos experimentais. Os modelos virtuais e interativos de disponibilização da informação e as estratégias de comunicação mais performativas em torno dos objetos e coleções continuavam a suscitar alguma apreensão junto de tutelas e curadores, com pretexto de que a reprodução e a manipulação digital lhes diminuíssem a aura de autenticidade e os transformassem em simulacro, como previam Benjamin (2007) e Baudrillard (1981).

Não obstante, as modalidades de interpretação e comunicação interativas foram sendo progressivamente introduzidas no espaço físico do museu, disponibilizando pontos de acesso à informação em terminais fixos ou móveis ao longo do percurso expositivo, tal como começa a ser comum a inserção de códigos digitais QRcode (Quick Response, ou código de resposta rápida), ou RFID (Radio Frequency Identification, ou identificação por rádio frequência) os quais podem ser lidos por aplicativos instalados nos dispositivos móveis pessoais, de forma discreta e não invasiva do espaço museológico. O ambiente virtual suporta um conjunto de dados mais completos e diversificados do que seria possível apresentar, de forma analógica, no espaço físico do museu.

A qualidade da experiência no museu, presencialmente ou em ambiente remoto, depende da conexão gerada entre o indivíduo e o objeto. A tecnologia digital, ao permitir introduzir conetores entre ambos, favorece essa ligação. “Experiences subjugate the place because they can be taken away by the visitor, stored in memory, and often recalled through various strategies (analog and digital) that may no longer relate to the original place-based experience” (Bautista, 2014, p. 10). Por outro lado, o acesso remoto, ubíquo e universal à informação permite que a experiência se prolongue para lá do tempo de permanência no museu, desde a recolha de informação, que proporciona as âncoras conceptuais a utilizar durante a visita, até à recuperação da vivência, através das narrativas que são disponibilizadas no sítio eletrónico do museu, permitindo a consolidação da memória e a partilha com terceiros.

A conversão do espaço expositivo impessoal e neutro num ambiente propiciador de experiências individuais, além de implicar a organização remota da informação, estruturada com hiperligações que permitam a disponibilização segmentada em função do perfil do utilizador, é um complexo processo de personalização. Depois de a teoria enunciar consensualmente a pluralidade de públicos, começa a desenhar-se a possibilidade de construir uma heterogeneidade de exposições, individualizadas, a partir de um único repositório patrimonial de base, com recurso à tecnologia digital: “the use of personalisation as a design strategy that might be used to improve affective communication between an exhibition and individual visitors” (McKay, 2007, p. 163). A personalização e a adaptabilidade dos formatos e conteúdos, em tempo real, são fatores que potenciam o nível de fruição e aprendizagem, da mesma forma que a interatividade promove o envolvimento do utilizador e estimula a reelaboração dos conceitos prévios e a fixação dos dados adquiridos e, por conseguinte, a aquisição de conhecimento.

O acesso à informação em ambiente museológico deixa de ser um processo passivo, passando a envolver a participação ativa do utilizador. A tecnologia digital permite que o museu, enquanto espaço de aprendizagem informal e em função da corrente museológica centrada nos públicos, aplique metodologias ativas, atuando como mediador, enquanto o visitante se envolve de forma ativa na busca de informação e assimila os conteúdos de maneira autónoma. Roy Hawkey, pioneiro no estudo do papel das tecnologias de informação e comunicação na função educativa atribuída ao museu, constata que “One of the principal advantages of digital technologies [in museums] lies in the degree of choice and control that is given to the learner. [...] learning becomes a journey in which the learner becomes increasingly empowered, an active pursuer than a passive consumer” (2016, p. 116). Além disso, afirma que “Personalization of learning will finally facilitate an escape from the deficit models so prevalent in educational institutions and release untold potential. And the key to personalization lies with the sensitive use of digital technologies by museum educators” (Hawkey, 2016, p. 116). Assim sendo, a personalização constitui o elemento crucial na relação de aprendizagem entre o museu e os seus públicos, a qual só é efetivamente possível através da tecnologia digital.

Os processos de digitalização, representação e reprodução de objetos, bem como o armazenamento e processamento digital dos dados e recuperação da informação, são parte integrante da ação museológica nas funções de preservação, valorização e disseminação das coleções. Ao longo das últimas duas décadas “when all media went digital [...], digital convergence recast the domain of art, culture and the humanities in digital contexts, museums ushered in the virtual museum while establishing the digital life of the physical museum encompassing all museum work, activities and functions” (Giannini & Bowen, 2019a, p. 10).

Porém, os projetos mais complexos no domínio da tecnologia digital, como a renderização de imagens, a visualização e impressão 3D, a criação de realidade virtual (RV) e realidade aumentada (RA), modelos holográficos, gamificação e inteligência artificial, têm vindo a ser aceites essencialmente enquanto experiências pontuais, sendo a sua generalização encarada como uma ameaça à identidade do museu. Esta desconfiança prendia-se, sobretudo, com o receio de que a ocorrência de experiências imersivas tornasse o museu demasiado performativo e se transformasse numa feira tecnológica, tirando o protagonismo aos objetos. “Many museum professionals and the visiting public remain skeptical, even hostile, to digital applications in the museum, concerned about issues of authenticity, authority, ownership, and truthfulness of representation” (Meecham, 2013, p. 35). Contudo, a resistência à tecnologia impedia o museu de acompanhar as mudanças da sociedade e de corresponder às mutações contemporâneas, rompendo com os convencionalismos instituídos. Sob pena de se tornar uma instituição obsoleta, o museu não pode dissociar-se da sociedade ou da forma como esta se adapta a novas circunstâncias. Assim, ao operar numa cultura digital, a transformação do museu envolvendo a ampla variedade de recursos oferecidos pela tecnologia era inevitável, incorporando novas modalidades de experiências sensoriais, no espaço físico do museu e em ambiente virtual e ampliando a sua função como instituição cultural no acolhimento de novas audiências (Akker, & Legêne, 2016). A pandemia COVID-19 comprovou-o, ao colocar a contingência de usar os recursos digitais como única forma de comunicação com os públicos.

4. Comunicação virtual e aceleração digital nos museus durante a pandemia de Covid-19

A pandemia COVID-19 induziu um processo de aceleração digital e, provavelmente, terá mudado as atitudes dos gestores e profissionais de museus em relação à tecnologia da informação e comunicação (Barrutia_Echebarria_2021). A pandemia estimulou os museus a usar a tecnologia digital e as redes sociais para manter a atividade, recorrendo a novos formatos de comunicação para manter a ligação aos utilizadores habituais e angariar novas audiências em acesso remoto (Agostino, Arnaboldi, & Lampis 2020; Agostino, Arnaboldi, & Lema 2020; Cline, & Quattrini, 2021).

Segundo o relatório da UNESCO (2020), no primeiro semestre de 2020, aproximadamente 90% dos museus, em todo o mundo, foram obrigados a encerrar. Os inquéritos do ICOM permitem compreender a forma como os museus enfrentavam a crise daí decorrente e qual o impacto desta no seu funcionamento. O primeiro inquérito do ICOM (2020a) acerca da situação dos museus durante a pandemia Covid-19

foi realizado entre abril e maio de 2020, quando o percentual geral de museus fechados se aproximava de 95%, e pelo menos 85% em cada região, confirmando os dados apresentados pela UNESCO (2020). O segundo inquérito (ICOM, 2020b), levado a cabo entre setembro e outubro desse ano, encerrando pouco antes da segunda onda atingir a Europa, mostrou uma situação flutuante. Na época do terceiro inquérito (ICOM, 2021), que correu entre abril e maio de 2021, numa altura em que a situação de crise começava a dar indícios de regressão, ainda que ligeira dado que os bloqueios devido à segunda onda ainda se mantinham ativos em muitas regiões do mundo. Os museus, sobretudo na Europa e na Ásia, reabriram entre junho e outubro de 2020, aplicando medidas sanitárias e protocolos de segurança rigorosos, mas a ocorrência da segunda vaga de Covid-19 no final desse ano, fez com que muitos voltassem a encerrar (ICOM 2020).

O encerramento dos museus implicou uma acentuada perda nas receitas. O impacto sobre a estabilidade financeira dos museus, especialmente daqueles que dependem de suas próprias receitas, é substancial. Em abril de 2021, foram registadas perdas muito mais substanciais do que as relatadas no ano anterior. A percentagem de museus que relataram uma perda de receita superior à metade de suas receitas anuais era, então, de 44%, cerca de mais 8 pontos percentuais em relação a outubro do ano anterior (ICOM, 2021). A perda de receita relacionou-se com a queda dramática no número de visitantes registada na grande maioria das instituições em todo o mundo. Quase 70% dos museus relataram uma perda de mais de 50% de seus visitantes anuais, um número que sobe para mais de 90% em 20% dos museus, ou seja, um em cada cinco museus enfrentou uma queda de 90% dos seus visitantes (ICOM, 2021). Na Europa, os museus reportaram uma quebra de visitantes entre os 25% e os 75% durante o verão de 2020 (NEMO, 2021).

A perda de visitantes teve um forte impacto económico e social: 75% dos museus europeus reportaram perdas de receitas entre €1.000 e €30.000 por semana, sendo que os maiores museus assinalaram perdas na ordem dos €100.000 por semana (NEMO, 2021).

Para aliviar os efeitos da crise, foram implementadas medidas de emergência quer pelas próprias instituições, quer pelos governos nacionais ou pela administração local, alocando recursos financeiros que, de alguma forma, compensassem as perdas sofridas pelo setor. Em contrapartida, as tentativas de enfrentar a perda de receita por meio de novas formas de geração de receita foram incipientes. Quase 6 em cada 10 museus afirmaram não ter experimentado nenhuma nova fonte de receita (ICOM, 2021), sendo que os museus maiores se mostraram mais bem equipados do que os museus de pequeno e médio porte para experimentar novas formas para gerar recursos financeiros.

De portas fechadas, com os espaços expositivos interditos e sem visitantes, os museus foram levados a abrir em ambiente virtual,

encontrando novas formas de interação remota para manter a comunicação ativa com os seus públicos regulares e captar novas audiências. Como refere Alberto Garlandini, eleito presidente do ICOM em junho de 2020:

Facing the impossibility of communicating and interacting with the public through the traditional face-to-faces channels, museums have had to reinvent their communication tools and policy. Many digital projects have been created or strengthened and new audiences have been reached by museums' contents. (Garlandini, 2021, p. 12)

Muitos museus começaram a oferecer exposições online, visitas virtuais, *webinars* e programas de aprendizagem *online* (UNESCO 2020). Os relatórios do ICOM (2020a, 2020b, 2021) e da NEMO (2021) mostram que a maior parte das estratégias desenvolvidas pelos museus durante a crise envolveu atividades digitais. Logo durante o primeiro confinamento, muitos museus aumentaram a atividade digital. Embora quase metade dos inquiridos tenha respondido que o museu já tinha presença nas redes sociais ou partilhava as suas coleções em ambiente virtual antes do confinamento, as atividades de comunicação digital analisadas em cerca de 15% dos museus e cerca de 50% deles iniciaram novos canais de comunicação e aumentaram as atividades nas redes sociais, eventos de transmissão ao vivo (*livestreaming*), ou programas educacionais virtuais (ICOM, 2021). Cerca de 90% dos museus europeus começaram ou incrementaram as atividades. As instituições que mais fortemente haviam investido em atividades digitais antes da pandemia foram aquelas que obtiveram maior sucesso junto das audiências virtuais (NEMO, 2020); aquelas que não tinham conseguido fazer o mesmo tipo de investimento enfrentaram uma “creative and technological gap” (UNESCO, 2020, p. 18), ou seja, enfrentaram o risco de exclusão digital.

Por outro lado, “the pandemic demonstrated in an unprecedented way that large part of our public/private institutions lacks in digital literacy” (Clini, & Quattrini, 2021, p. 5). A pandemia ampliou as desigualdades no acesso ao património e na participação em atividades culturais, potenciadas pelas assimetrias no uso da tecnologia digital, tanto por parte dos agentes culturais, como pelos utilizadores. Efetivamente, apenas 22% dos museus têm funcionários dedicados em tempo integral às atividades digitais e 57% têm funcionários em tempo parcial; da mesma forma, só 22% dos museus dedicam mais de 10% do orçamento às atividades de comunicação e digital (ICOM, 2021). No entanto, é perceptível que a pandemia foi um agente de mudança, evidenciando a importância da tecnologia, dado que, após o confinamento, 29% dos museus consideram aumentar o número de funcionários alocados a atividades digitais, 54% pretendem treinar a equipa nesse sentido, 43% gostariam de aumentar o orçamento dedicado, 75% pretendem

melhorar a oferta digital e, sobretudo, 77% planeiam reorganizar a estratégia digital (ICOM, 2021).

A par da quantificação da crise através dos vários relatórios analisados, impõe-se a análise da ação museológica no contexto da pandemia e da forma como incorporaram a digitalização. A situação vivida nos museus desde 2020 é caracterizada pela “experience of distancing” (Ebbrecht-Hartmann, 2020, p. 1096), quer durante os confinamentos, quer nas reaberturas condicionadas a uma série de normas de segurança muito restritivas. A reação imediata dos museus quando se viram constrangidos a encerrar, foi incrementar a comunicação através das redes sociais para se aproximar dos públicos ausentes do espaço físico e dispersos no ambiente digital. No geral, a apreciação da resposta dos museus à pandemia, utilizando os recursos digitais, é positiva. “The success of the digital communication of museums in time of lockdown has confirmed that museums have credibility and reputation. They may be a driving social reference for citizens in time of uncertainty, fake news, and information overload” (Garlandini, 2021, p. 13). Além disso, a pandemia demonstrou a importância fundamental da digitalização, embora na maioria dos casos tenha simplesmente acelerado uma transição que já estava em andamento.

A forma de comunicar também se alterou de forma positiva. Anteriormente, a comunicação era sobretudo unidirecional, devido ao fraco envolvimento do museu no diálogo com os utilizadores: “engagement should be reciprocal if more effective communication is to be achieved” (Carmen Camarero, & San Jose, 2018, p. 1130). Durante o confinamento, o pessoal do museu ficou mais disponível para responder aos utilizadores, criando uma maior interação e, por conseguinte, reforçando a comunicação com os públicos habituais e envolvendo novas audiências. “The strengthening of communication through SM [social media] has led to an increase in both strategic and organizational investment that will make it possible to support digital communication when the pandemic ends (Fissi, Gori, Romolini, & Contri, 2021, p. 13). A resposta ao distanciamento imposto foi a implementação de modelos de aproximação através da tecnologia digital, criando mecanismos de suporte que possibilitem manter a comunicação ativa a longo prazo. Na continuidade do que já vinha a acontecer, mas durante os confinamentos de forma mais intensa e alargada, a tecnologia digital permitiu que os museus comunicassem com uma vasta audiência, incluindo quem nunca os tinha visitado ou acedido aos seus conteúdos e ao conhecimento produzido (Garlandini, 2021). Ou seja, a contingência de distanciamento facultou a aproximação de quem se encontrava geográfica, social ou culturalmente longe do museu. Este aspeto não é despreciando atendendo a que “The Internet and social media may greatly improve museums’ outreach activities and citizens’ face-to-face and online participation to the life of museums” (Garlandini, 2021, p. 14).

O reforço da comunicação implicou a criação de conteúdos digitais. “Some museums have worked to share proprietary museum collections information, along with digital information external to the museum. A few notable museum experiments have allowed the public to add additional information to an object's files” (Gurian, 2022, p. 25). Ainda que, como Elaine Heumann Gurian (2022) também alerta, a privacidade de alguns conteúdos mantenha um caráter proprietário e monopolístico, o extensivo conjunto de dados disponíveis favorece a comunicação e aumenta o âmbito das audiências em qualquer parte do mundo.

A criação destes conteúdos correspondeu essencialmente à transposição da informação e da comunicação dos suportes analógicos para os digitais. “Newly emerging in the COVID-19 situations, the digital elements which would have been otherwise intended for on-site use only [...] are now sometimes made more transposable by the museums” (Runnel, Pruulmann-Vengerfeldt, & Lepik, 2021, p. 53). Recorrendo à distinção entre digitização e digitalização, ainda pouco frequente no vocabulário português⁴, a reação imediata dos museus ao confinamento correspondeu majoritariamente à digitização, isto é, à transformação dos dados analógicos ou dos processos manuais em dados e projetos digitais (Globbe, 2018). A transposição de suportes no âmbito da digitização tem o mérito de “allow visitors to pose self-directed questions that intersect and cross-reference across wide-ranging subject matters through search engines, so that the same collection item, at the same time, can help satisfy a variety of user quests” (Gurian, 2022, p. 24). Além disso, a digitização permite o envolvimento de uma audiência mais vasta e com custos mais baixos e pode gerar novas fontes de receita. No entanto, a digitização é redutora face às potencialidades da digitalização que se refere à transformação digital, ou integração da cultura digital nos procedimentos, funções e objetivos do museu. No atual sentido do termo, frequentemente usado como sinónimo de digitização, a digitalização “change the business itself; it doesn't drive new business models or disrupt fundamental business strategies” (Globbe, 2018, p. 56). Aplicando ao domínio dos museus, a digitalização usa a tecnologia digital e, também, a informação digitalizada para alterar os modelos e as estratégias da ação museológica. A transformação digital implica “a fundamental change process enabled by digital technologies that aims to bring radical improvement and innovation to an entity [...] to create value for its stakeholders by strategically leveraging its key resources and capabilities” (Gong, & Ribiere, 2021, p. 10). Por conseguinte, os indícios de mudança perceptíveis durante a pandemia ficaram aquém da esperada e anunciada transformação holística da cultura digital.

⁴ Dado que esta distinção e o termo “digitização” ainda não são frequentes, até este ponto, o termo “digitalização” tem sido usado em sentido comum, como sinónimo de “digitização”.

5. Transformação digital nos museus

Em plena pandemia, em março de 2020, a Comissão Europeia apresentou a comunicação “Uma estratégia digital para a Europa” no qual reforçava a necessidade de acelerar as transições ecológica e digital (Comissão Europeia, 2020). Em linha com esta estratégia, por ocasião do Dia da Europa, a 9 de maio de 2020, os membros da European Heritage Alliance, incluindo os representantes das principais redes europeias e internacionais do património, lançaram o Manifesto do Dia da Europa “ O nosso património cultural: Um catalisador poderoso para o futuro da Europa”. No ponto 3, relativo à transformação digital, considerando que a pandemia evidenciara a importância crucial do acesso digital ao património cultural, propunha o trabalho conjunto das instituições europeias para acelerar e melhorar o processo e reduzir as assimetrias, focando três objetivos: “democratizar o acesso ao nosso Património de modo a apoiar a diversidade, a inclusão, a criatividade e o compromisso crítico com a Educação e com o intercâmbio de conhecimentos”; “promover colaborações que fortaleçam a nossa capacidade de inovação”; “promover o uso da tecnologia digital para fortalecer o papel das nossas instituições culturais na divulgação das nossas histórias europeias” (European Heritage Alliance, 2020).

Em linha com estas indicações, o TrendsWatch (2021), atendendo às mudanças rápidas e transformadoras que os museus enfrentam devido à pandemia, também apresenta o “digital awakening” como um dos cenários essenciais a curto e a longo prazo para garantir a sobrevivência das instituições e minimizar os danos na sociedade. Reconhecendo que a precaução com que os museus têm vindo a aderir à tecnologia digital poderá ter sido benéfica, tirando proveito das experiências de outros, considera que esta abordagem poderia ser válida em circunstâncias normais, mas é inviável no contexto da crise financeira provocada pela pandemia. A transformação digital, mais do que inevitável, torna-se crucial e imperiosa no contexto da pandemia. As medidas propostas no TrendsWatch são essencialmente pragmáticas: treinar a liderança numa abordagem integrada ao digital, para que os decisores compreendam os potenciais e os desafios da tecnologia; criar equipas transversais que avaliem as carências e identifiquem as soluções digitais mais adequadas e prioritárias em todos os aspetos operacionais do museu; promover a formação para explicar o funcionamento dos aplicativos menos intuitivos e informar cabalmente acerca do potencial das suas potencialidades; contratar especialistas ou selecionar parceiros externos para liderar projetos digitais; atualizar o plano estratégico do museu, aplicando a tecnologia digital em todos os campos da ação museológica (TrendsWatch, 2021, pp. 19-20). O objetivo a curto prazo é garantir que o investimento em recursos tecnológicos possa gerar receitas e compensar as perdas sofridas, advertindo que os museus têm

menos capital para investir e, portanto, menor margem de erro e de tolerância ao risco.

Outro dos cenários apresentados no TrendsWatch é relativo ao papel dos museus para atenuar o impacto da pandemia no ensino superior. Embora os museus tenham acompanhado a transição das aulas presenciais para a lecionação em modo remoto e, depois, para modelos híbridos, fornecendo recursos de apoio ao ensino, sugere-se que os museus se envolvam nos processos educativos e preparem uma nova relação com os estudantes (TrendsWatch, 2021, p. 33).

A transformação digital também envolve uma análise dos índices de exclusão digital, discutindo as questões de conectividade em articulação com as questões de literacia, competências e recursos digitais. Holcombe-James (2021) alerta para a necessidade de integrar nesta análise, as competências digitais dos funcionários e voluntários, bem como os recursos institucionais existentes. Os museus conseguiram manter ativa a comunicação durante os confinamentos porque possuíam os equipamentos, plataformas e conexões necessários para recolher, processar e armazenar os dados e para criar e difundir os conteúdos; por outro lado, o uso desses dispositivos apenas foi possível porque havia equipas com competências na área do digital. Esse foi outro benefício decorrente da crise: a demonstração da proficiência dos profissionais que, impedidos de prosseguir as tarefas habituais e cientes do risco real de virem a ser dispensados, se envolveram em atividades digitais utilizando os recursos existentes. “If we do not ensure institutional digital inclusion we risk further disadvantaging and stratifying an already under-funded and under-resourced sector, with these risks especially heightened for smaller and regional institutions” (Holcombe-James, 2021, p. 2). De resto, a transformação digital passa obrigatoriamente pelos profissionais de museus e respetivas tutelas a quem incumbe definir a política digital, contratar pessoal, canalizar recursos e financiar os projetos nesta área. A inclusão dos profissionais do museu facilita uma mudança de cultura que fortalece o desenvolvimento do programa digital do museu.

Para lá das implicações práticas e processuais, a transformação digital atinge a própria definição do museu que deixa de ser o guardião do património para se transformar numa plataforma híbrida, física e virtual, onde os públicos e os agentes culturais se encontram e desempenham novas funções (Massi, & Turrini, 2020). Esta perceção tornou-se mais premente no contexto da pandemia. Aquando da primeira fase de encerramento, a questão primordial era a sobrevivência do museu enquanto instituição. Porém, ao mesmo tempo, a perceção de rutura definitiva em relação aos modelos instituídos, tomava corpo uma reflexão mais abrangente, assumindo a crise como uma oportunidade de transformação, de atualização estratégica. Esta reflexão coincidiu com o propósito do ICOM em encontrar uma nova

definição do conceito de museu⁵, mais consentânea com a “modernidade líquida”, expressão cunhada pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2000) para se referir ao desapego, ao provisório, à velocidade e à mobilidade que enquadram a realidade contemporânea face à falta de segurança, de certeza e de garantia, circunstâncias que a pandemia acentuou de forma incisiva e que se reflete na interação do indivíduo com os objetos expostos no museu, mas também no significado dos objetos expostos (Cadavez, 2020).

Se a revisão do conceito de museu se impunha antes do Covid-19, a realidade vivida no último ano confirma a necessidade de reflexão em torno do complexo sistema de relações traçado entre o museu, a comunidade e os públicos mais dispersos e flutuantes, entre o visitante e o espaço museológico e os objetos expostos, mas também acerca da missão e visão, das funções e dos objetivos do museu. As contingências decorrentes da pandemia, afastando a tangibilidade do museu, desencadearam novas formas de contacto e de ligação com públicos até então improváveis ou mesmo inviáveis, por questões de distância física, social ou cultural. O novo paradigma do museu inclui forçosamente a tecnologia digital, permitindo novos modelos de gestão, curadoria e mediação.

Estas alterações afetam o próprio conceito de *musealia*: “Digital museum objects could be proffered as a location where people, and cultures, meet a transcultural space” (Meecham, 2013, p. 35). Por seu turno, a digitalização dos objetos permite novas modalidades de visualização e manipulação virtual, interditas em ambiente analógico. No limite, a reprodução pode formalizar-se como “gémeo digital”, totalmente fiel ao objeto físico. “Digital Twins can be considered as real ecosystems, using 3D as an interface, an access point to a simulation, not a simple reconstruction, since it goes beyond the simple material replica and conveys the complexity of the original, delivering even its atmosphere” (Capellini, 2021, p. 17). Em formato digital, o objeto recupera o seu carácter polissémico, apresentando sentidos diferentes em narrativas eventualmente divergentes ou, mesmo, contraditórias.

O discurso do museu torna-se multifacetado, quer nas exposições virtuais, quer nas analógicas. O recurso a conectores, como os códigos QR ou RFID, ou a tabelas de tinta eletrónica facultam o acesso a uma informação diferenciada e segmentada em função dos diversos perfis de público. A planificação e o desenho da exposição deixam de ser feitos em função dos visitantes presenciais e das contingências materiais do espaço físico do museu. O papel dos curadores e designers “is working

⁵ A 25ª Conferência Geral do ICOM, realizada em setembro de 2019 falhou a votação, adiada para o ano seguinte, em Paris, mas que a pandemia obrigou a novo reagendamento para 2022, em Praga, onde se prevê a apresentação dos resultados para uma nova definição de museu a par da análise do impacto social e económico da pandemia.

with different modalities and opportunities offered by the digital technology at the level of the exhibition as a designed environment” (Runnel, Pruulmann-Vengerfeldt, & Lepik, 2021, p. 55).

O museu possui o conhecimento e a competência para criar programas de transmissão de conhecimento e experiências lúdicas, essenciais à transição para o digital (Houston, 2020). No entanto, o recurso às tecnologias da informação e comunicação propicia a integração de novos narradores. A autoridade hegemônica do museu cede lugar à cocriação com a comunidade e com os públicos e à integração dos seus discursos, memórias ou experiências, correspondendo ao propósito do museu como espaço dialógico e colaborativo. A tecnologia digital apresenta oportunidades de interação com a comunidade ou com os grupos culturais de origem dos objetos para recuperar o seu significado primordial, a função e uso enquanto signos, bem como as componentes intangíveis que lhes eram inerentes.

Ao gerar a mudança nos conceitos de museu e musealia, na construção do discurso museológico, na mediação e na relação com os públicos, concedendo-lhes um novo protagonismo como cocriadores, e ao reformular a ação museológica e a função social do museu, a transformação digital consolida-se, reforçando o papel do museu na comunidade e junto dos seus públicos dispersos, dos mais próximos aos mais distantes.

6. Conclusão

O uso efetivo de tecnologias de informação e aplicações digitais no âmbito do património cultural cria valor agregado para museus, potencia a experiência do utilizador de forma personalizada e interativa e aumenta o conhecimento do património cultural. Nas últimas décadas, os museus têm vindo a incorporar estratégias tecnológicas, oferecendo visitas multimodais para otimizar a experiência do visitante no espaço físico da exposição, mas também para ampliar o público através de visitas virtuais, as únicas permitidas durante os confinamentos provocados pela pandemia.

Os museus responderam à crise provocada pela pandemia desenvolvendo um conjunto de práticas que implementou uma nova mentalidade digital ou, pelo menos, a revisão de uma atitude mais reticente e conservadora em relação à tecnologia. Sendo que a comunicação virtual e a difusão de conteúdos digitais constituíam as únicas alternativas disponíveis para manter a ação museológica durante os períodos de confinamento.

Apesar de, em geral, a utilização da tecnologia se ter cingido à digitalização, ou seja, à transposição das práticas museológicas correntes para um suporte digital e virtual, sem envolver estratégias criativas e inéditas e sem ter impulsionando iniciativas no âmbito da inteligência

artificial e ciência de dados, a pandemia teve um efeito acelerador na transformação digital.

As ações desenvolvidas durante os confinamentos e as reflexões que aquelas suscitaram permitiram confirmar alguns princípios que vinham a ser enunciados nos estudos de museu: a digitalização aumenta o envolvimento dos públicos, combinando a aquisição de conhecimento, enriquecimento cultural, fricção e entretenimento; a disponibilização de conteúdos digitais e a comunicação virtual contribuem para promover o museu e atrair novos públicos; a utilização de ferramentas digitais, no espaço físico do museu e em ambiente virtual, estimulam a vontade de aprofundar a informação e enriquecem a experiência do visitante; as estratégias analógicas e digitais são complementares e contribuem mutuamente para a eficácia da mediação cultural; os produtos digitais podem criar novos fluxos de receita, necessários para a sustentabilidade económica do museu; a transformação digital permite criar sinergias entre a missão cultural e social do museu e resulta em novas modalidades performativas, interativas e cocriativas, envolvendo os públicos, a cultura digital deve ser transversal a todos os serviços, atividades e objetivos do museu.

A implementação das tecnologias de informação e comunicação nos museus, não como um recurso marginal, mas como uma estratégia fulcral da ação museológica, enuncia uma abertura definitiva à transformação digital. A criação, a distribuição, o uso, o processamento e integração da informação através da tecnologia digital alteram o paradigma do museu, transformando todos os aspetos da gestão, da documentação, da conservação, da exposição e da comunicação e mediação cultural. O museu integra-se na sociedade da informação, assumindo-se como um espaço (também) desmaterializado, onde não existem barreiras de tempo e de espaço para que todos os intervenientes, museu e públicos, comuniquem entre si. Porém, durante a pandemia, também foi confirmado que nem todos têm condições de acesso à informação e que este não resulta necessariamente em aprendizagem, mas consolidou o reconhecimento do museu como espaço privilegiado de produção e aquisição do conhecimento. O museu posiciona-se, de forma reflexiva, mas deliberada, na sociedade da informação e, num processo que envolve elementos cognitivos e emocionais e promove uma aprendizagem baseada em fundamentos epistemológicos, impulsionando novas formas de ação e intervenção social, encaminha-se para a sociedade do conhecimento.

7. Referências

- AAM-CFM. (2021). *Navigating a disrupted future*. Acedido em <https://www.aam-us.org/programs/center-for-the-future-of-museums/trendswatch-navigating-a-disrupted-future/>
- Agostino, D., Arnaboldi, M., & Lampis, A. (2020). Italian state museums during the COVID-19 crisis: From onsite closure to online openness. *Museum Management and Curatorship*, 35(4), 362-372. <https://doi.org/10.1080/09647775.2020.1790029>
- Agostino, D., Arnaboldi, M., & Lema, M. D. (2020). New development: COVID-19 as an accelerator of digital transformation in public service delivery. *Public Money & Management*, 41(1), 69-72. <https://doi.org/10.1080/09540962.2020.1764206>
- Akker, C., & Legêne, S. (Eds.). (2016). *Museums in a digital culture: How art and heritage become meaningful*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Antos, Z., Fromm, A. B., & Golding, V. (Eds.). (2017). *Museums and innovations*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.
- Barrutia, J. M., & Echebarria, C. (2021). Effect of the COVID-19 pandemic on public managers' attitudes toward digital transformation. *Technology in Society*, 67, 101776. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2021.101776>
- Baudrillard, J. (1981). *Simulacres et simulation*. Paris: Galilée.
- Bauman, Z. (2000). *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press; Malden, MA: Blackwell.
- Bautista, S. S. (2014). *Museums in the digital age: Changing meanings of place, community, and culture*. Lanham, MD: AltaMira Press.
- Benjamin, W. (2007). The work of art in the age of mechanical reproduction. In H. Arendt (Ed.), *Illuminations: [Essays and reflections]* (pp. 217–251). New York, NY: Schocken Books.
- Boys, J., & Boddington, A. (2014). *Museums and higher education working together: Challenges and opportunities*. Farnham: Ashgate.
- Byrnes, W. J. (2021). Foreword. In M. Massi, M. Vecco, Y. Lin (Eds.), *Digital transformation in the cultural and creative industries: Production, consumption and entrepreneurship in the digital and sharing economy* (pp. 1-9). Oxon; New York, NY: Routledge.
- Cadavez, C. (2020). Nem só da COVID-19 é a culpa: Museus e comunidades: Considerações sobre novas (re)definições e fruições. In F. Magalhães, L. F. Costa, F. H. Hernández & A. Curcino, *Museologia e Património* (vol. 3, pp. 72-76). Leiria: Escola Superior de Educação e Ciências Sociais – Politécnico de Leiria.
- Cameron, F., Kenderdine, S. (2010). *Theorizing digital cultural heritage: A critical discourse*. Cambridge, MA; London: MIT Press.
- Carmen Camarero, M.-J. G., & San Jose, R. (2018). What works in Facebook content versus relational communication: A study of their effectiveness in the context of museums. *International Journal of*

- Human-Computer Interaction*, 34(12), 1119-1134.
<https://doi.org/10.1080/10447318.2017.1418475>
- Castells, M. (2010). Museums in the information era: Cultural connectors of time and space. In R. Parry (Ed.), *Museums in a digital age* (pp. 427-434). London; New York, NY: Routledge.
- CIDOC. (2019, Dec.). CIDOC Geneva 2020.
<https://cidoc.mahgeneve.news/en/home/>
- Cipullo, N. (2021). Museums' digital communication: The role of the pandemic in accelerating the digital revolution in Italian museums. In M. S. Chiucchi, R. Lombardi, & D. Mancini, (Eds.), *Intellectual capital, smart technologies and digitalization: Emerging issues and opportunities* (pp. 237-250). Cham: Springer.
- Clini, P., Quattrini, R. (2021). Editorial: Digital cultural heritage, arts reproduction and museums systems: Languages and techniques in a Covid and post-Covid scenario for new forms of heritage against the silence of a fragile culture. *SCIRES-IT: Scientific Research and Information Technology*, 11(1), 1-10.
- Comissão Europeia. (2020, mar. 10). *Uma nova estratégia industrial para a Europa* [versão portuguesa]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0102&from=PT>
- Conn, S. (2010). *Do museums still need objects?* Pennsylvania, PA: University of Pennsylvania Press.
- Crawley, G. (2012). Staging exhibitions: Atmospheres of imagination. In S. Macleod, L. H. Hanks, & J. Hale (Eds.), *Museum making: Narratives, architectures, exhibitions* (pp. 12-20). London; New York, NY: Routledge.
- Davallon, J. (1992). Le musée est-il vraiment un média? *Publics et Musées*, (2), 99-123, 1992. <http://dx.doi.org/10.3406/pumus.1992.1017>
- Din, H., & Hecht, P. (Eds.). (2007). *The digital museum: A think guide*. Washington, DC: American Association of Museums.
- Drotner & K. C. Schrøder (Eds.). (2013). *Museum communication and social media: The connected museum*. New York, NY; London: Routledge.
- Economou, M. (2016). Heritage in the digital age. In W. Logan, M. N. Craith & U. Kockel (Eds.), *A companion to heritage studies* (pp. 215-228). Malden, MA; Oxford: Wiley-Blackwell.
- European Heritage Alliance. (2020, maio 9). *O nosso património cultural: Um catalisador poderoso para o futuro da Europa* [versão portuguesa]. https://www.europeanostra.org/wp-content/uploads/2020/07/2020_PT_-_EUROPEAN_HERITAGE_ALLIANCE_MANIFESTO.pdf
- Fissi, S., Gori, E., Romolini, A., & Contri, M. (2021): Facing covid-19: The digitalization path of Opera di Santa Maria del Fiore in Florence. *European Planning Studies*.
<http://dx.doi.org/10.1080/09654313.2021.1974352>

- Geismar, H. (2018). *Museum object lessons in the digital age*. London: UCL Press & Littlefield.
- Geismar, H. (2018). *Museum object lessons in the digital age*. London: UCL Press.
- Giaccardi, E. (Ed.). (2012). *Heritage and social media: Understanding heritage in a participatory culture*. London; New York, NY: Routledge.
- Giannini, T., & Bowen, J. (2019a). Digital culture. In T. Giannini, J. Bowen (Eds.), *Museums and digital culture: New perspectives and research* (pp. 3-26). Springer: Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-97457-6_1
- Giannini, T., & Bowen, J. (2019b). Museums, art, identity, and the digital ecosystem: A paradigm shift. In T. Giannini, J. Bowen (Eds.), *Museums and digital culture: New perspectives and research* (pp. 63-90). Springer: Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-97457-6_4
- Giannini, T., & Bowen, J. (2021). Museums at the crossroads: Between digitality, reality, and Covid-19. In V. Cappellini, *Electronic imaging & the visual arts: EVA 2021* (pp. 48-55). Firenze: Polistampa.
<https://www.torrossa.com/en/catalog/preview/4899363>
- Giannini, T., & Bowen, J. (Eds.). (2019c). *Museums and digital culture: New perspectives and research*. Springer: Cham.
- Globbe, M. (2018). Digitalization, digitization, and innovation. *Research-Technology Management*, 61(4), 56-59.
<https://doi.org/10.1080/08956308.2018.1471280>
- Gong, C., & Ribiere, V. (2021). Developing a unified definition of digital transformation. *Technovation*, 102(102217), 1-17.
<https://doi.org/10.1016/j.technovation.2020.102217>
- Grau, O., Coones, W., & Rühse, V. (Eds.) (2017). *Museum and archive on the move: Changing cultural institutions in the digital era*. Berlin; Boston, MA: De Gruyter.
- Gurian, E. H. (2022). *Centering the museum: Writings for the post-Covid age*. London; New York, NY: Routledge.
- Harvey, R. (2010). *Digital curation: A how-to-do-it manual*. London: Facet.
- Hawkey, R. Digital technologies and museum learning. In C. Lang, J. Reeve & V. Woollard, *Responsive museum: Working with audiences in the twenty-first century* (pp. 115-116). Hampshire; Burlington, VT: Ashgate.
- Hossaini, A., & Blankenberg, N. (Eds.). (2017). *Manual of digital museum planning*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Houston, M. (2020). Facilitating digital transformation for museum education in response to COVID-19 [White paper]. [https://nemanet.org/files/1315/9709/5737/FACILITATING DIGITAL TRANSFORMATION a.pdf](https://nemanet.org/files/1315/9709/5737/FACILITATING_DIGITAL_TRANSFORMATION_a.pdf)

- Hussain, Z. (2021). Paradigm of technological convergence and digital transformation: The challenges of CH sectors in the global COVID-19 pandemic and commencing resilience-based structure for the post-COVID-19 era. *Digital Applications in Archaeology and Cultural Heritage*, 21, e00182. <http://dx.doi.org/10.1016/j.daach.2021.e00182>
- ICOM. (2020a, maio). Report: Museums, museum professionals and COVID-19. Acedido em <https://icom.museum/wp-content/uploads/2020/05/Report-Museums-and-COVID-19.pdf>
- ICOM. (2020b, nov.). Report: Museums, museum professionals and COVID-19: follow-up survey. Acedido em <https://icom.museum/wp-content/uploads/2020/11/FINAL-EN-Follow-up-survey.pdf>
- ICOM. (2021, jul.). Report: Museums, museum professionals and Covid-19: third survey. Acedido em <https://icom.museum/wp-content/uploads/2021/07/Museums-and-Covid-19-third-ICOM-report.pdf>
- Jones-Garnil, K., & Anderson, M. (Eds.). (1997). *The wired museum: Emerging technology and changing paradigms*. Washington, DC: American Association of Museums.
- Karol, J. B. & Navarrete, T. (2017). Digitization of heritage collections as indicator of innovation. *Economics of Innovation and New Technology*, 26(3), 227-246. <https://doi.org/10.1080/10438599.2016.1164488>
- King, E., Smith, M. P., Wilson, P. F., Williams, M. A. (2020). Digital responses of UK museum exhibitions to the COVID-19 crisis. *Curator: The Museum Journal*, 64(3), 487-504. <https://doi.org/10.1111/cura.12413>
- Levent, N., Knight, H., Chan, S., & Hammer, R. L. (2014). Technology, senses, and the future of museums. In N. Levent & A. Pascual-Leone (Eds.), *The multisensory museum, cross-disciplinary perspectives on touch, sound, smell, memory, and space* (pp. 341–348). Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Liotard, J.-F. (1979). *La condition postmoderne: Rapport sur le savoir*. Paris: Éditions de Minuit.
- Macleod, S., Watson, S., & Knell, S. J. (Eds.). (2007). *Museum revolutions: How museums change and are changed*. London; New York, NY: Routledge.
- Mairesse, F. (Ed.). (2017). *Définir le musée du XXIe siècle: Matériaux pour une discussion*. Paris: ICOFOM.
- Markopoulos, E., Luimula, M., Benahmed, G., & Suominen, T. (2021). Strategic utilization of the VR and AR technologies for the African cultural heritage promotion and management. In E. Markopoulos, R. S. Goonetilleke, A. G. Ho, & Y. Luximon (Eds.), *Advances in creativity, innovation, entrepreneurship and communication of*

- design: *AHFE 2021: Lecture notes in networks and systems* (pp 162-172). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-80094-9_20
- Marty, P. F., & Jones, K. B. (Eds.). (2008). *Museum informatics: People, information, and technology in museums*. New York, NY; London: Routledge.
- Massi, M., & Turrini, A. (2020). Prossimità virtuale o distanza fisica? Trasformazione digitale e cocreazione del valore ai tempi del COVID-19. *Il capitale culturale*, 11(suplementi), 177-195. <http://dx.doi.org/10.13138/2039-2362/2549>
- McKay, A. (2007). Affective communication: towards the personalisation of a museum exhibition. *CoDesign*, 3(Suppl. 1), 163–173. <https://doi.org/10.1080/15710880701333183>
- Meecham, P. (2013). Social work: Museums, technology, and material culture. In Drotner & K. C. Schrøder (Eds.), *Museum communication and social media: The connected museum* (pp. 33–53). New York, NY; London: Routledge.
- Mensch, P. (1987). Musées en mouvement: Point de vue dynamique et provocateur sur l'interaction muséologie-musées. *L'ICOFOM Studies*, (12), 25-28.
- Meunier, A., & Luckerhoff, J. (2012). *La muséologie, champ de théories et de pratiques*. Québec: Presses de l'Université du Québec.
- Mintz, A., & Thomas, S. (Eds.). (1998). *The virtual and the real: Media in the museum*. Washington DC: American Association of Museums.
- Musealia. (2013). In A. Desvallées & F. Mairesse, *Conceitos-chave de museologia* (pp. 68-72). São Paulo: Armand Colin.
- NEMO. (2020, maio). *Survey on the impact of the COVID-19 situation on museums in Europe: Final report*. Acedido em https://www.nemo.org/fileadmin/Dateien/public/NEMO_documents/NEMO_COVID19_Report_12.05.2020.pdf
- NEMO. (2021, jan.). *Follow-up survey on the impact of the COVID-19 pandemic on museums in Europe: Final report*. Acedido em https://www.nemo.org/fileadmin/Dateien/public/NEMO_documents/NEMO_COVID19_FollowUpReport_11.1.2021.pdf
- Noehrer, L., Gilmore, A., Jay, C., & Yehudi. The impact of COVID-19 on digital data practices in museums and art galleries in the UK and the US. *Humanities & Social Sciences Communications*, 8, 236. <https://doi.org/10.1057/s41599-021-00921-8>
- Packer, J., & Ballantyne, R. (2016). Conceptualizing the visitor experience: a review of literature and development of a multifaceted model. *Visitor Studies*, 19(2), 128-143. <https://doi.org/10.1080/10645578.2016.1144023>
- Pagel, J., & Donahue, K. (2014). Introduction. In J. Pagel & K. Donahue (Eds.), *Museums in the digital age: Museums and the development of active citizenship* (pp. 3-7). Berlin: NEMO.

- Parry, R. (2013). The trusted artifice: Reconnecting with the museum's fictive tradition online. In K. Drotner & K. C. Schrøder (Eds.), *Museum communication and social media: The connected museum* (pp. 17–32). New York, NY; London: Routledge.
- Parry, R. (Ed.). (2010). *Museums in a digital age*. London; New York, NY: Routledge.
- Roque, M. I. (2015). As humanidades digitais no cruzamento entre museus e turismo. *Revista Internacional de Humanidades*, 4(2), 179-194.
- Roque, M. I. (2017). Muito riso e muito siso: Turismo e experiência cultural no museu. In V. Costa, *Tourism for the 21st Century: Proceedings of the CIT 2015* (pp. 326-351). Barcelos, Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e Ave (IPCA). Acedido em http://bravo.ipca.pt/cit2015/files/ATAS_CIT_2015_FINAL.pdf
- Roque, M. I. (2018). O dilema do museu: Apenas real ou também virtual?. In F. Ilharco & P. Hanenberg (Eds.) *Património cultural e transformação digital* (pp. 145-155). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa – CECC.
- Roque, M. I. (2019, jan.-jun.). Sob o desígnio de Mnemosine: A preservação da memória em museus de arte. *Revista Acesso Livre*, (11), 7-34. Acedido em https://revistaacessolivre.files.wordpress.com/2019/06/01_maria-isabel-roque.pdf
- Roque, M. I. (2020). Museologia da religião: Exposições temporárias do Museu do Santuário de Fátima. *Transinformação*, 32, e200029. <https://doi.org/10.1590/2318-0889202032e200029>
- Roque, M. I., Guerreiro, D., & Forte, M. J. (2018). Ir, ver, sentir e aprender: Humanidades digitais para um turismo religioso criativo. In M. C. Santos, F. Perna, J. A. C. Santos, L. N. Pereira & A. I. Renda, *Sustentabilidade: O futuro do turismo* (pp. 513-528). Faro, Portugal: Universidade do Algarve.
- Tallon, L., & Walker, K. (Eds.). (2008). *Digital technologies and the museum experience: Handheld guides and other media*. Lanham, MD: AltaMira Press.
- UNESCO. (2020, maio). *UNESCO report: Museums around the world in the face of COVID-19*. Acedido em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373530>
- Velázquez-Marroni, C. V. (2017). Beyond the "object-oriented vs. visitor/idea-oriented museum" divide: the value of objects for museum experiences. *Museologica Brunensi*, 6(2), 12-20. <https://doi.org/10.5817/MuB2017-1-2>

As Patentes, Saúde e o Papel das Organizações Internacionais: OMPI, OMS e OMC⁶

Márcia Santana Fernandes⁷

Resumo

As organizações internacionais OMPI, OMS e OMC têm papel crucial na regulamentação e impactos dos direitos de propriedade intelectual, em suas diversas espécies e em particular, para as patentes concernentes à saúde e a saúde pública. O objetivo deste texto é tratar do papel dessas organizações internacionais neste contexto. O texto está estruturado em quatro itens: 1- características da OMPI, 2 – o papel da OMS 3. os objetivos e princípios do TRIPS relacionados à saúde pública e 3.1. as considerações da declaração de Doha quanto à saúde pública e as patentes e 4- alguns aspectos de divergência relacionados a natureza jurídica das patentes e o conceito de unidade inventiva. O texto está escrito em formato ensaístico e as referências utilizadas foram selecionadas pela autora em razão do conteúdo e foco na temática apresentada, não se propõe a uma revisão narrativa de literatura.

Palavras-chave:

Patentes; saúde; OMPI; OMS; OMC.

⁶ Parte do texto foi publicado pela autora na obra intitulada *Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual – relação entre patentes e células-tronco humanas*; Quarto Capítulo, páginas 120-136; São Paulo: Editora Saraiva, 2012. O texto agora apresentado está alterado, atualizado e ampliado.

⁷ Doutora em Direito pela UFRGS. Pos-Doutora em Medicina pela UFRGS. Professora do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica e Pesquisadora do Laboratório em Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência (LAPEBEC) do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA. Professora Colaboradora do PPG/Direito da PUCRS. Research-fellow no UZH Digital Society Initiative - Universidade de Zurique, Suíça. Advogada Sócia do escritório Santana Fernandes Advocacia e Consultoria. É associada-fundadora e membro da diretoria do Instituto de Estudos Culturalistas-IEC. Pesquisadora no Instituto de História Contemporânea, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa-Portugal. Membro Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Diretora de Privacidade e Proteção de Dados da Áxios-Educação e Consultoria em Ética LTDA.

Patents, Health and the Role of International Organisations: OMPI, OMS and OMC

Márcia Santana Fernandes

Abstract

The international organizations WIPO, WHO and WTO have a crucial role in the regulation and impacts of intellectual property rights, in its various species and in particular, for patents concerning health and public health. The purpose of this text is to address the role of these international organizations in this context. The text is structured in four items: 1- characteristics of WIPO, 2- the role of WHO 3- the objectives and principles of TRIPS related to public health and 3.1- the considerations of the Doha declaration regarding public health and patents and 4- some aspects of divergence related to the legal nature of patents and the concept of inventive step. The text is written in an essayistic format and the references used were selected by the author due to the content and focus on the theme presented; it does not propose a narrative review of literature.

Keywords:

Patents; health; WIPO, WHO; WTO.

Introdução

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual — OMPI (WIPO); a Organização Mundial da Saúde — OMS (WHO), ambas integrantes da complexa estrutura da família das Nações Unidas, e a Organização Mundial do Comércio – OMC (WTO), por meio do Acordo Multilateral relacionado à Propriedade Intelectual – *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) têm papel crucial na regulamentação e impactos dos direitos de propriedade intelectual, em suas diversas espécies e em particular, para as patentes concernentes à saúde e a saúde pública.

As legislações nacionais relacionadas às patentes, na maioria dos países do mundo, aderem à Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial — CUP, ao Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes — PCT, administrados pela OMPI, e pelo TRIPS, administrado pela OMC, em vistas de manter a estrutura das patentes em conformação ao conceito de unidade inventiva. Portanto, o sistema internacional de propriedade intelectual está intimamente ligado aos sistemas nacionais e comunitários.

Neste contexto, devem ser considerados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), no contexto da Agenda 2030, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), estabelecendo metas e prioridades a serem buscadas para promover práticas, políticas, planos estratégicos e cooperação para a sua implementação.

A saúde pública e planetária está é um dos vértices da ODS e o reconhecimento pela OMS, em 11 de Março de 2020, de uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), provocado pela COVID-19, tornou esta meta ainda mais urgente.

A pandemia da COVID-19 impõe múltiplos desafios e impactos à vida social e privada. A premissa inerente ao planeamento e implementação de políticas públicas para enfrentar eficazmente as pandemias diz respeito à recolha, utilização e partilha de dados e informações e de propriedade intelectual. A COVID-19 reforçou a importância do estudo do sistema internacional de propriedade intelectual, em particular do sistema de patentes. É sobre este sistema que desejo tratar - as patentes, saúde e o papel das organizações internacionais: OMPI, OMS E OMC.

O objetivo deste texto é tratar de alguns aspectos envolvendo as patentes na área da saúde e o papel das organizações internacionais - OMPI, OMS e OMC em âmbito geral e não específico no caso da COVID. O texto está estruturado em quatro itens: 1- características da OMPI, 2 – o papel da OMS 3. os objetivos e princípios do TRIPS relacionados à saúde pública e 3.1. as considerações da declaração de Doha quanto à saúde pública e as patentes e 4- alguns aspectos de divergência relacionados a natureza jurídica das patentes e o conceito de unidade inventiva. O texto está escrito em formato ensaístico e as referências utilizadas foram selecionadas pela autora em razão do conteúdo e foco na temática apresentada, não se propõe a uma revisão narrativa de literatura.

1. As Características da OMPI

As finalidades e funções da OMPI estão estabelecidas nos arts. 3º e 4º do Convênio de sua instituição⁸. Em outras palavras, a OMPI está “(...) dedicada a desenvolver um balanço e acesso internacional do sistema de propriedade intelectual, visando valorizar a criatividade e estimular a inovação e o desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo em que salvaguarda o interesse público”⁹.

A OMPI deve observar, também, a função de concretizar os fundamentos centrais da ONU, dentre eles promover o fortalecimento dos Direitos Humanos e desenvolver políticas no sentido de estimular o acesso ao desenvolvimento científico e ao mesmo tempo, reconhecer às suas inovações e aplicações a proteção dos direitos de propriedade intelectual, no âmbito dos direitos morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística.

A OMPI é a organização responsável por administrar e unificar a administração dos tratados internacionais relacionados à propriedade intelectual que não digam respeito diretamente às relações de comércio, como a CUP e a União de Berna, facilitando, inclusive, proceduralmente as aplicações desses tratados. No que concerne às patentes, a OMPI hoje é responsável, entre outros acordos, pela administração do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes — PCT.

O PCT busca reduzir os custos com o pedido de patentes em esfera internacional e simplificar o processo. Como esclarece Carlos M. Correa, o objetivo primordial deste tratado é “(...) facilitar a aquisição internacional dos direitos relacionados às patentes em âmbito de um sistema internacional único”⁹.

Em outras palavras, a finalidade do PCT é possibilitar um sistema multilateral e integrado internacionalmente do processamento de pedidos de patentes, permitindo que pedidos de registro de patentes sejam feitos simultaneamente em diversos países, garantindo uma expansão do prazo de prioridade de primeiro registro.¹⁰

O procedimento desse tratado engloba objetivamente duas fases: a fase internacional e a fase nacional. A primeira é realizada pela OMPI e tem a finalidade de reunir todos os documentos essenciais e estabelecer as formalidades de exame, estabelecidas no PCT, sem realizar, no entanto, juízo de valor quanto aos requisitos de patenteabilidade. Após o pedido de patente ser requerido e a data de prioridade observada, ele será publicado na gazeta do PCT. A segunda, a fase nacional, é marcada pela finalização do processo

⁸ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI é uma organização especializada da Organização das Nações Unidas - ONU, estabelecida pelo Convênio firmado em Estocolmo em 14 de julho em 1967 e emendado em 28 de setembro de 1979 (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL -OMPI. **Convênio que estabelece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual**. Estocolmo, 1967). O Brasil aderiu ao Convênio da OMPI em 20 de Dezembro de 1975 e promulgou este através do Decreto n.75.541, de 31 de Março de 1975, publicado no D.O.U de 02 de Abril de 1975.

⁹ CORREA, C. M. Le plan d'action dans le domaine des brevets sert-il les intérêts des pays en développement? In: REMICHE, B. (Ed.). **Brevet, innovation et intérêt général**: le brevet: pourquoi et pour faire quoi? Bruxelles: Larcier, 2007. p. 77-101. p. 97

¹⁰ OLIAR, D.; STERN, J. **Right on time: First possession in property and intellectual property**. Boston University Law Review, V. 99:395, 2019.

pelos escritórios de patentes dos países escolhidos pelos requerentes na fase internacional.

As regras adotadas na fase nacional também serão as dos países escolhidos pelo requerente na fase internacional, em razão do princípio da territorialidade. Atualmente, 154 países ratificaram o PCT, não sem discussões relacionadas aos possíveis impactos legais e econômicos principalmente para as nações em desenvolvimento. É significativo o aumento nos últimos 30 anos dos países em desenvolvimento ingressantes do PCT e as razões podem estar justificadas ao estabelecimento do TRIPS e a exigências de cláusulas em acordos de livre comércio (*free trade agreements – FTAs*), como são exemplo o FTA entre USA e Peru e União Europeia e Chile.¹¹

Em regra, as normas internacionais não definem, como já o que é ou deveria ser uma invenção ou mesmo uma criação. As legislações de cada país são quem definem a conceituação e a delimitação dos requisitos, em respeito ao princípio da territorialidade¹². Por exemplo, a Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial - CUP não determina em seu texto expressamente tais critérios.¹³

No mesmo sentido, o PCT não trata descritivamente os critérios de patentes, apesar de constar no artigo 13 que o pedido de patentes está relacionado àquelas invenções que atendam aos requisitos caracterizadores da “unidade inventiva”.¹⁴ As regras adotadas na fase nacional do PCT, por sua vez, também serão a dos países escolhidos pelo requerente na fase internacional, em razão do princípio da territorialidade. A apreciação do pedido não está vinculada ao relatório apresentado pelas autoridades internacionais de busca, International Searching Authority (ISA) ou mesmo pela publicação do pedido na fase internacional. Há plena autonomia da autoridade registradora nacional de decidir pela concessão ou não da patente, conforme a legislação nacional.^{15 17-18}.

¹¹ CORREA, J. I.; CORREA, C. M.. Impacto of the Patent Cooperation Treaty in Latin America. GRUR International, 69(8), 2020, 803–822. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa096>

¹² “Assim, pelo Princípio da Territorialidade das Leis, limita-se o âmbito de incidência das regras emanadas dos Estados soberano, ou seja, das próprias leis, como expressão de seu poder, ao limite de seu território, abrangendo as situações da vida e acontecimentos nele ocorridos.” (CASTELLI, T. **Propriedade intelectual: o princípio da territorialidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 114).

¹³ O princípio da territorialidade no caso do sistema internacionais de patentes envolve uma série de desafios ao direito internacional privado, entre eles as disputas envolvidas nos conflitos da lei aplicável e nos modelos e conceitos envolvidos no conceito de unidade inventiva e nas prioridades políticas e tecnológicas de cada país. Para desenvolver o tema, ver: POLIDO, F.B. P. **Direito Internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias - ensaios e narrativas na era digital**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. Formato E-book, acessível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Direito-Internacional-Privado-nas-FronteirasEB.pdf> . Ver também AUSTIN, G. W. A Conflicts of Law Approach to Intellectual Property Research In: Handbook on Intellectual Property Research. Edited by: Irene Calboli, Maria Lilla Montagnani, Oxford University Press. DOI: 10.1093/oso/9780198826743.003.0003

¹⁴ (ABPI. **Patent Cooperation Treaty** (PCT): extensão de prazo: Resolução ABPI nº 5. São Paulo, 2003).

¹⁵ CORREA, C. M. Le plan d'action dans le domaine des brevets sert-il les intérêts des pays en développement? In: REMICHE, B. (Ed.). **Brevet, innovation et intérêt général: le brevet: pourquoi et pour faire quoi?** Bruxelles: Larcier, 2007. p. 82–84. Antes de realizar a publicação na fase internacional o requerente de uma patente poderá solicitar a busca internacional por países apontados pela OMPI como sendo as autoridade internacionais de busca, *International Searching Authority - ISA* composta pelos escritórios nacionais dos seguintes países: Austrália, Áustria, Canadá, China, Filândia, Japão, República da Coera, Rússia, Espanha, Suécia, Estados

A harmonização do sistema de registro de patentes, deve considerar as peculiaridades e as diferenças entre os países, do contrário esta tarefa parece difícil de ser concretizada. Comprova esta afirmação, por exemplo, as notórias discordâncias dos países desenvolvidos, como os Estados Unidos e os da União Europeia, na tentativa de validar o Tratado sobre a Lei de Patentes (*Patent Law Treaty — PLT*) e no estabelecimento do Tratado Substantivo sobre a Lei de Patentes (*Substantive Patent Law Treaty — SPLT*).

Essas tentativas indicam um efetivo movimento na busca de um sistema único internacional de patentes, mas com questionamentos importantes sobre sua eficácia, aplicabilidade e harmonização de regras de direito internacional privado. Também é essencial refletir sobre as diferenças envolvidas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, principalmente no que concerne ao seu desenvolvimento tecnológico e social.¹⁶

Nesse cenário, a OMPI promove discussões especializadas com outras organizações, como OMS e OMC, para tratar de situações adversas na área da saúde, como, por exemplo, o acesso a medicamentos essenciais, vacinas e a apropriação de partes do corpo humano.^{17,18,19}

Quanto ao acesso às tecnologias e inovações na área da saúde, sabe-se que a propriedade intelectual não é a única barreira, outras variáveis devem ser consideradas, tais como: a falta de capacidade de fabricação, de fornecimentos ou equipamentos médicos vitais, que impedem à circulação de tais fornecimentos e equipamentos entre fronteiras e normas específicas de direito internacional privado que possam estimular a transferência de tecnologia nesta área com o objetivo de efetivar uma distribuição igualitária entre os bens, produtos e tecnologias em saúde.

Também devem ser considerados, normas envolvidas na importação e exportação, a falta de transporte interno e de mecanismos de entrega, conjugada a falta de sistemas de saúde e infraestruturas adequadas. A OMPI (WIPO), reconhecendo estes fatores, em pronunciamento de Francis Gurry, então Diretor Geral da OMPI, em texto intitulado *Intellectual property, innovation, access and COVID-19*, em 2020, manifestou na WIPO Magazine:

(...)que a propriedade intelectual pode constituir também uma barreira ao acesso se a inovação produzir resultados eficazes e se os países não forem capazes de obter a inovação em termos adequados e acessíveis. A este respeito, existem disposições a nível nacional e

Unidos e Escritório Europeu de Patentes. O ISA faz uma busca preliminar ao pedido - *International Preliminary Examining Authority - IPEA*, focando principalmente nos requisitos de novidade e atividade inventiva, e após apresenta um relatório que não tem poder vinculante para a publicação da fase nacional, mas poderá auxiliar o requerente da patente a corrigir seu pedido ou mesmo avaliar as possibilidades reais de que seu pedido venha ser aceito na fase nacional.

¹⁶ CORREA, J. I.; CORREA, C. M.. Impacto of the Patent Cooperation Treaty in Latin America. *GRUR International*, 69(8), 2020, 803–822. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa096>

¹⁷ Citar artigos nossos

¹⁸ BIOETHICS and patent law. **WIPO Magazine**, Geneva, v. 3, 2006 Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006>. Acesso em: 20 ago. 2007

¹⁹ SAITOU, M. et al. A molecular programme for the specification of germ cell fate in mice. **Nature**, London, v. 418, p. 293-300, 2002. O objetivo desta Comissão era analisar o sistema internacional de propriedade intelectual existente, representado pela OMPI e pela OMC.

internacional para facilitar o acesso quando a PI é uma barreira.²⁰

O trato da propriedade intelectual, centralizada na valorização dos Direitos Humanos, é fundamental para garantir a função primordial do sistema de patentes — a democratização e o acesso universal ao conhecimento essencial na promoção do interesse geral da humanidade e para se buscar uma saúde planetária. A pandemia da COVID-19 demonstrou a todos a necessidade imperativa da democratização e o equilíbrio na distribuição e acesso das tecnologias da área da saúde no mundo.

2. O Papel da OMS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) tem dedicado atenção às questões concernentes à saúde e aos direitos de propriedade intelectual. Ciente dos possíveis impactos que esses direitos podem gerar à saúde pública, a OMS, em conjunto com a OMC, realizou estudo em 2006, intitulado *WTO Agreements & Public Health*, abordando os seguintes tópicos: controle de doenças infecciosas; acesso a drogas e vacinas; serviços de saúde; uso de células, questões relacionadas ao meio ambiente e ao controle alimentar.²¹

Por sua vez, o Department of Public Health, Innovation and Intellectual Property, a *Global Challenges Division* da OMPI e a Intellectual Property, Government Procurement and Competition Division da OMC têm realizado estudos conjuntos. Na segunda edição do documento, publicado em julho de 2020, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation – Intersection between public health, intellectual property and trade*, foi conjugado a um estrato especial para responder e integrar aspectos da saúde, comércio e propriedade intelectual relacionados à pandemia COVID-19 – *An integrated health, trade and IP approach to respond to the COVID-19 pandemic*.²²

Em suma, pretende-se estabelecer um balanço entre a imposição dos direitos de propriedade intelectual e a promoção da saúde. Esse balanço pode estar conectado ao uso efetivo das flexibilidades do TRIPS e ao estímulo de novas políticas, por parte dos Estados-membros, no sentido de promover, em âmbito nacional e internacional, a saúde e o desenvolvimento tecnológico.^{23, 24}

Concomitantemente, a OMS, OMPI e WTO têm demarcado os seguintes temas como prioritários: o ciclo de inovação e sua relação com a saúde para os países em desenvolvimento; os estágios da pesquisa e os seus respectivos

²⁰ GURRY, F. Propriedade intelectual, inovação, acesso e COVID-19. Revista da OMPI, junho de 2020, acessível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/pt/2020/02/article_0002.html

²¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION; WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO agreements & public health:** a joint study by the WHO and the WTO secretariat. Geneve, 2002.

²² É importante destacar que a primeira edição deste documento foi publicada em 2012. Documento acessível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/who-wipo-wto_2020_e.htm

²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health. Geneva, 2006. Disponível em: <http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf>. Acesso em: 10 maio 2007.

²⁴ FERNANDES, M. S. **Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual – relação entre patentes e células-tronco humanas;** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

incentivos; o longo processo de desenvolvimento de produtos na área da saúde desde a descoberta; o acesso dos produtos; as medidas para estimular a inovação nos países em desenvolvimento; aspectos regulatórios para acesso e aprovação de tecnologias de saúde em cada sistema de saúde para garantir a qualidade, eficácia e a segurança, por fim, o reforço da proposta de um plano futuro para promover o acesso e a inovação em âmbito global.

Deve ser destacado como exemplo o reconhecido trabalho desenvolvido pela OMS, ao longo dos anos, para a implementação da política de acesso aos medicamentos HIV/AIDS, a partir de seu programa de medicamentos essenciais OPS/OMS²⁵, entre outros programas. Os dados podem ser acompanhados via UNAIDS, esforço global para erradicar a AIDS até 2030.²⁶ Este exemplo, demonstra que o equilíbrio na implementação dos direitos de propriedade intelectual na área da saúde, e, em particular, no que se refere às patentes, pode ser concebido em outras áreas sensíveis.

O trabalho conjunto da OMS; OMPI e a OMC é essencial para impulsionar o desenvolvimento tecnológico e a inovação na área da saúde e da saúde pública; contemplando a propriedade intelectual no contexto de necessidades e peculiaridades dos países mais vulneráveis e pobres na área da saúde pública global, com cobertura universal de acesso às tecnologias de saúde.²⁷

3. A Papel da OMC: O TRIPS

O TRIPS é o instrumento jurídico mais abrangente na área do comércio internacional relacionado à propriedade intelectual. Esse acordo foi o precursor dos tratados multilaterais que envolvem as relações comerciais na área da propriedade intelectual, sendo obrigatória a sua implementação pelos Estados-membros, em razão da estrutura da OMC.²⁸ Por essa razão, a posição dos países desenvolvidos e em desenvolvimento na conformação do TRIPS e em suas interpretações é marcada por significativas diferenças.

As discussões ligadas ao comércio internacional e ao estabelecimento de uma “nova ordem econômica internacional”, o que está diretamente conectado ao incremento das patentes na área da saúde, biotecnologia, entre outras tecnologias, foi denominado “novo protecionismo”. Segundo Gilpin,

²⁵ D'ALESSIO, R. Programa de medicamentos essenciais OPS/OMS. In: BERMUDEZ, J. A. Z. et al (Ed.). **Acesso a medicamentos: derecho fundamental: papel del estado.** Rio de Janeiro: ENSP, 2004. p. 41-46.

²⁶ A gravidade da contaminação do HIV/AIDS atinge contornos problemáticos, a OMS. Ver material publicado pela UNAIDS, Forty years on and new UNAIDS report gives evidence that we can end AIDS, acessível em: https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2021/june/20210603_global-commitments-local-action

²⁷ “Recommendation 2.8 Patent pools of upstream technologies may be useful in some circumstances to promote innovation relevant to developing countries. WHO and WIPO should consider playing a bigger role in promoting such arrangements, particularly to address diseases that disproportionately affect developing countries.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health. Geneva, 2006. Disponível em: <<http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2007. p. 176).

²⁸ LAFER, C. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

este movimento, que teve início entre os anos 1980 e 1990, não ocorreu “da forma tradicional” — isto é, por meio de imposição de tarifas alfandegárias ao comércio —, mas pela criação de outras formas de exclusão, como o controle do conhecimento e da tecnologia pela forte proteção das patentes, garantindo, assim, a sua competitividade internacional, principalmente em áreas estratégicas como a da biotecnologia.²⁹

De uma forma geral, os direitos de propriedade intelectual são transferidos dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento por meio das mercadorias e serviços vendidos e exportados, da transferência de conhecimento pelas empresas multinacionais e, ainda, pelo licenciamento para utilização de suas patentes. Portanto, é fato que o controle e a implementação dos direitos de propriedade intelectual são estabelecidos, basicamente, pelos países desenvolvidos, pois estes são os que controlam a exportação destes direitos por meio dos produtos secundários e terciários, processos e serviços, entre os quais se incluem os produtos oriundos das empresas de biotecnologia. Já os países em desenvolvimento, em geral, não se caracterizam pela exportação de direitos de propriedade intelectual, pois trabalham essencialmente com a comercialização de produtos primários, que não são, na sua grande maioria, incorporadores desses direitos.³⁰

A posição de alguns países desenvolvidos em estruturar uma política internacional forte na área dos direitos de propriedade intelectual, na seara da OMC, limitando flexibilidades na implementação desses direitos, revela a notória desigualdade de condições entre os países integrantes na OMC e atuantes no comércio internacional. Isso se reflete imediatamente no desenvolvimento econômico-social mundial e essencialmente no enfraquecimento dos Direitos Humanos.^{31,32,33}

O TRIPS adota os princípios básicos do Acordo geral de Tarifas sobre o Comércio — GATT (general Agreement on Tariffs and Trade) e da OMC, e também considera os tratados ou convenções internacionais sobre direitos de propriedade intelectual. Esse tratado tem como provisões a obrigatoriedade de incorporação de suas regras nas legislações nacionais dos Estados Membros (art. 3º); o reconhecimento da cláusula da nação mais favorecida (art. 4º), a não aplicação de nenhum outro procedimento determinado em acordo multilateral anteriormente ao estabelecimento da OMC sobre o tema (art. 5º); a

²⁹ GILPIN, R. **The political economy of international relations**. Princeton: Princeton University, 1987. p. 200. Esclarece o autor: "The United States demanded that other nations open their economies to American service industries (including American multinationals), remove agricultural export subsidies, and write rules preventing the piracy of patents, trademarks, and other forms of intellectual property rights. Other countries were well aware that behind these American demands was the increasing danger of protectionist legislation from Congress. There are exceptional difficulties inherent in efforts to reach a multilateral agreement on any of these issues."

³⁰ WHEATLEY, W. P. et al. Divergent incentives to protect intellectual property- a political economy analysis of north-south welfare. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 3, n. 2, p. 169-195, 2000.

³¹ SHANKER, D. Brazil, the pharmaceutical industry and the WTO. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 53-104, 2002.

³² RIFKIN, J. **A valorização dos genes e a reconstrução do mundo: o século da biotecnologia**. São Paulo: Makron Books, 1999.

³³ JUMA, Calestous; KONDE, V. **The new bioeconomy. industrial and environmental biotechnology in developing countries**. Harvard University: Geneva, 2001. Ad Hoc Expert Group Meeting. Berfer Center for Science and International Affairs; Kennedy School of Government p. 4.

não aplicação do Tratado para solucionar nenhuma disputa relacionada à exaustão de direitos de propriedade intelectual (art. 6º).

Entre os princípios gerais do TRIPS, cabe destacar, os artigos 7º e 8º:

- a) O art. 7º trata da promoção da inovação tecnológica, a transferência do conhecimento com o objetivo de conduzir ao desenvolvimento social e ao bem-estar econômico, a proteção da saúde pública e a nutrição.

- b) O art. 8º visa ao equilíbrio entre direitos e obrigações dos Estados-contratantes, considerando as peculiaridades e as diferenças socioeconômicas de cada um e a observância do interesse público dos Estados-membros em setores de vital importância para o seu desenvolvimento e a prevenção do abuso à transferência internacional de tecnologia.

O TRIPS não define o que seria uma invenção, deixando a critério das legislações de cada país membro a conceituação e a delimitação dos requisitos. Em seu art. 27, dispõe que a patente deve estar disponível para qualquer “invenção”, seja ela um produto ou processo, em todas as áreas da tecnologia, desde que tal invenção seja nova, que envolva estágio de inovação ao estado da arte e, finalmente, seja capaz de uma aplicação industrial.

O princípio da territorialidade das leis³⁴, no caso das patentes, expresso no art. 27 do TRIPS, possibilita aos Estados-contratantes autonomia de implementar as suas próprias leis sobre patentes, desde que atendam aos padrões mínimos estabelecidos no TRIPS. Esse princípio é articulado em conjunção ao princípio do tratamento nacional, o que significa que outros Estados-contratantes deverão receber o mesmo tratamento dispensado aos nacionais, sem nenhuma discriminação. Em especial, consideram-se as peculiaridades e as necessidades dos países em desenvolvimento (art. 66).

O art. 30 do TRIPS é exemplo da forma de implementação dessas peculiaridades e direitos. Os três requisitos são atender às situações excepcionais e às limitações justificáveis; não prejudicar injustificadamente os interesses dos proprietários das patentes; levar em consideração os interesses legítimos de terceiros — vale aqui lembrar os princípios do TRIPS; e atender à saúde pública e à nutrição dos Estados-contratantes.

A licença compulsória é um direito previsto no TRIPS em seu art. 31, ou seja, qualquer Estado-membro ou por ele autorizado poderá usar patentes, sem a prévia autorização de seu proprietário, por razões de emergência nacional ou por outras situações de extrema urgência e de interesse público. Os Estados-membros poderão fazer uso da licença compulsória para fins não comerciais e com a devida comunicação aos proprietários das patentes. Inclusive, o citado artigo recomenda que antes de fazer uso da licença compulsória, os Estados-membros devem promover esforços no sentido de obter a autorização de uso da patente sob condições econômicas mais favoráveis.

É fato que alguns países nem mesmo têm condições de fazer uso da licença compulsória, pois não detêm meios tecnológicos suficientes que lhe

³⁴ Ver notas 7 e 8 desse trabalho.

permitam a produção ou a manufatura dos produtos licenciados^{35,36,37}, como por exemplo o caso dos medicamentos para o tratamento da HIV/AIDS ou malária.^{38,39,40,41,42,43}

Contudo, apesar dos princípios expressos no TRIPS, as patentes relacionadas à saúde pública no seu âmbito geral têm sido um dos temas sensíveis para muitos Estados-membros e, em razão disso, têm despertado acirradas divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento⁸⁸⁻⁸⁹. A análise das regras do TRIPS quanto à saúde pública é a preocupação maiorda Declaração de Doha⁹⁰.

3.1. Declaração de Doha e a Saúde Pública

A Declaração de Doha trouxe à tona questões que já haviam sido discutidas e, até de certa forma, acordadas nas negociações quando da formulação do TRIPS, em Bruxelas, em dezembro de 1990, mas que não foram implementadas no texto final do TRIPS de 1994. Assim, Doha reproduziu as divergências entre o bloco dos países desenvolvidos, em especial os EUA e a União Europeia, e o bloco dos países em desenvolvimento, entre eles o Brasil e a Índia.^{44,45,46}

³⁵ ABBOTT, F. M. The TRIPS agreement, access to medicines, and the WTO doha ministerial conference. **The Journal of World Intellectual Property**, [England], v. 5, n. 1, p. 15-52, Jan. 2002.

³⁶ SHANKER, D. Brazil, the pharmaceutical industry and the WTO. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 53-104, 2002.

³⁷ ISMAIL, F. The doha declaration on TRIPS and public health and the negotiations in the WTO on paragraph 6: why pharma needs to join the consensus! **The Journal of World Intellectual Property**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 393-402, 2003.

³⁸ Uma das principais questões envolvendo o combate à HIV/AIDS é o alto preço dos medicamentos anti-retrovirais - acrescidos em consequência da obrigatoriedade do pagamento de *royalties* pelo patenteamento - que são inacessíveis à maioria dos países em desenvolvimento assolados pela doença.

³⁹ OLOKA-ONYANGO, J.; UDAGAMA, D. **Health, Intellectual Property & Human Rights. South Bulletin**, Geneva, n. 19, 30 Aug. 2001. Disponível em: <<http://www.southcentre.org/info/southbulletin/bulletin19/bulletin19-01.htm>>. Acesso em: 29 set. 2004.

⁴⁰ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴¹ COMPARATO, F. K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

⁴² HELFER, L. R. Regime shifting: The TRIPs agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 29, n.1, p. 1-83, 2004.

⁴³ HESTERMEYER, H. **Human Rights and the WTO – The case of Patents and Access to Medicines**. Oxford: Oxford Press, 2007.

⁴⁴ CHAMP, P.; ATTARAN, A. Patent rights and local working under the WTO TRIPS agreement: an analysis of the U.S.: Brazil patent dispute. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 27, n. 365, p. 365-393, 2002. p. 376-377.

⁴⁵ A Declaração de Doha, teve suas negociações parcialmente interrompidas em 2002, sendo que no presente, sua retomada é discutida e articulada, entretanto sem êxitos. Como exemplo, podemos referir os encontros ministeriais da Rodada de Doha, realizada em Cancún, México, em 2003, Genebra, Suíça, em 2004, e Hong Kong, Japão, em 2005.⁴⁵ Também, o recente encontro ministerial realizado em Junho de 2007, em Nova York, Estados Unidos, suspenso porque as negociações não estavam avançando em pontos estratégicos, tais como os subsídios agrícolas e as questões relacionadas à saúde pública.

⁴⁶ IBSA. **Tshwane IBSA Summit Declaration**. Petroria, 17 Oct. 2007. Disponível em: <<http://www.dfa.gov.za/docs/2007/ibsa1018.htm>>. Acesso em: 20 out. 2007.

Há entendimentos no sentido de que essa declaração teria uma importância apenas política e não legal, o que, certamente, afeta a sua implementação como instrumento legal válido a interpretar as regras do TRIPS e, portanto, apto a ser utilizado como fundamento na solução de controvérsias na estrutura da OMC.⁴⁷ Entretanto, tal posição é incoerente aos próprios princípios da OMC, assim como o princípio da boa-fé, que deve ser observado *a priori* a qualquer acordo multilateral.^{48,49,50} Portanto, negar *status* legal à Declaração de Doha equivaleria a esvaziá-la, além do mais ela perderia todo o sentido, inviabilizando os países em desenvolvimento a clarificar a sua posição sob a égide do TRIPS, assim como limitar algumas imposições dos países desenvolvidos.⁵¹

Doha pontuou a necessidade de o TRIPS promover o respeito e a eficácia dos seus princípios¹⁰⁰. Também, um dos aspectos reforçados pela Declaração de Doha foi o reconhecimento de que os países têm profundas diferenças sócio econômicas e que, por isso, os prazos para a implementação do TRIPS poderiam ser flexibilizados. Assim, os Estados-membros economicamente “menos desenvolvidos” têm a prerrogativa de implementar o TRIPS em período posterior - atualmente o TRIPS já sofreu sete emendas. A sétima emenda determina que os Estados-membros, que ainda não aceitaram, têm até 31 de Dezembro de 2021 para o fazer, do contrário a renúncia as alterações propostas ao TRIPS continuará a aplicar-se.⁵²

O principal objetivo de Doha é certificar que os Estados-membros, em especial os países em desenvolvimento, em atenção às suas contingências nacionais relacionadas à saúde pública, possam utilizar mecanismos legítimos, como a licença compulsória¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ e a produção local na manufatura dos produtos patenteados em áreas vitais ao desenvolvimento tecnológico e a

⁴⁷ BARBOSA, C. R. From Brussels to the Hague: the ongoing process towards effective multilateral patent. **IIC - International Review of Intellectual Property and Copyright Law**, Munique, v. 32, n. 7, p. 729-874, 2001.

⁴⁸ VANDOREN, P. Médicaments sans frontières?: clarification of the Relationship between TRIPS and public health resulting from the WTO doha ministerial declaration. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 5-14, 2002, p. 10.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, J. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, H. (Ed.). **Fundamentos do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169-198.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, J. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. In: CASELLA, P. B. (Ed.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996. p. 163-187.

⁵¹ ROTT, P. The doha declaration: good news for public health? **Intellectual Property Quarterly**, London, n. 3, p. 284-311, 2003. p. 286.

⁵² Informação acessível em: WTO (OMC)
https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm

transferência de tecnologia, sem sofrer retalhamentos de ordem econômica.
53,54,55, 56, 57, 58

Em particular, Doha busca atingir um consenso sobre a interpretação dos arts. 30 e 31 do TRIPS, que tratam, respectivamente, da licença compulsória e de requerimentos de trabalho locais, conectados à saúde pública, para a manufatura de produtos vitais ao desenvolvimento social, econômico e tecnológico como, por exemplo, a produção de medicamentos essenciais e as patentes relacionadas a esses medicamentos.⁵⁹

A posição do Brasil, assumida mundialmente em 2001, é exemplo da utilização da licença compulsória nos casos das patentes relativas aos medicamentos para HIV/AIDS. Essa licença foi utilizada com base no art. 68 da sua Lei de Propriedade Industrial, Lei 9.279/1996, harmonizada com os padrões

⁵³ HELFER, L. R. Regime shifting: The TRIPs agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 29, n.1, p. 1-83, 2004.

⁵⁴ Na reunião de Doha foi aventado alternativas para evitar abusos por parte dos proprietários das patentes e para solucionar o acesso dos medicamentos essenciais para o tratamento da HIV/AIDS. Uma das alternativas é os Estados-contratantes fazerem uso da licença compulsória e das regras de importação paralela. De certa forma, este direito já estaria contemplado pelo artigo 30 do TRIPS, portanto não ofenderia o artigo 28 do mesmo tratado e, por certo, não permitia a utilização de nenhuma espécie de sanção econômica no âmbito da OMC contra os países que fizessem uso de referido mecanismo.

⁵⁵ A Declaração centra seus debates em pontos concernentes a interpretação do artigo 6º do TRIPs relacionado a exaustão de direitos de propriedade intelectual e aos requerimentos para os locais de trabalho. Aliás, esta é uma questão de crescente discórdia entre os países desenvolvidos em relação aos países em desenvolvimento, justamente porque trata dos critérios relacionados à disseminação do know-how e a transferência de tecnologia nos locais de produção. Artigo 6 do TRIPS em inglês regulamenta o que segue: "For the purpose of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Article 3 and 4 above nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights."

⁵⁶ CHAMP, P.; ATTARAN, A. Patent rights and local working under the WTO TRIPS agreement: an analysis of the U.S.: Brazil patent dispute. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 27, n. 365, p. 365-393, 2002.

⁵⁷ "Developing countries that provide patent protection may authorize parallel importation of medicines; that is, importation from markets where drugs under patent have lawfully been first sold or marketed (i.e. where the patent holders' rights have been exhausted). Parallel importation is an extremely important policy instrument for mitigating patent price effects and promoting competitive worldwide markets in pharmaceutical products, and developing-country Members of the WTO are strongly encouraged to authorize parallel importation of patent drugs. Parallel importation such be pursued along with other policy instruments, such as compulsory licensing, to encourage the lowest-cost availability of drugs." (ABBOTT, F. M. The TRIPS agreement, access to medicines, and the WTO doha ministerial conference. **The Journal of World Intellectual Property**, [England], v. 5, n. 1, p. 15-52, Jan. 2002. p. 300.

⁵⁸ "Article 28 -Rights Conferred. 1A patent shall confer on its owner the following exclusive rights: (a) where the subject matter of a patent is a product, to prevent third parties not having the owner's consent from the acts of: making, using, offering for sale, selling, or importing for these purposes that product; (b) where the subject matter of a patent is a process, to prevent third parties not having the owner's consent from the act of using the process, and from the acts of: using, offering for sale, selling, or importing for these purposes at least the product obtained directly by that process. 2. Patent owners shall also have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts. 2 - Os titulares de patente terão também o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contratos de licença." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO - OMC. **Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights - TRIPs**: multilateral trade negotiations the Uruguay round. Genebra, 1994).

⁵⁹ HELFER, L. R. Regime shifting: The TRIPs agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 29, n.1, p. 1-83, 2004.

mínimos exigidos pelo TRIPS. Apesar de sua plena legitimidade, ela foi contestada pelo governo norte-americano junto da OMC.^{60,61}

O argumento central dos representantes norte-americanos é no sentido de que as regras contidas no art. 27(1) do TRIPS têm caráter absoluto, pois esse artigo expressamente proíbe a discriminação entre as patentes importadas ou as produzidas localmente. Essa posição atualmente é minoritária, entretanto, foi manifestada no âmbito da OMC em caso envolvendo o Canadá, denominado *Patent Protection of Pharmaceutical Products*, quando a posição norte-americana foi também apoiada pela Suíça.^{62,63,64,65,66,67,}

O Brasil aprofundou as diferenças, nesse campo, com os EUA quando, por meio do Decreto n. 6.108, de 4 de maio de 2007, licenciou compulsoriamente, por interesse público, para fins de uso público não comercial, a patente do medicamento antiAIDS "Efavirenz", fabricado pela companhia suíça Merck.⁶⁸

⁶⁰ VELÁSQUES, G. et al. WHO in the frontlines of the access to medicines battle: the debate on intellectual property rights and public health. In: BERMUDEZ, J. A. Z.; OLIVEIRA, M. A. (Ed.). **Intellectual property in the context of the WTO TRIPS agreement: challenges for public health.** Rio de Janeiro: ENSP, 2004. p. 83-97.

⁶¹ SILVA, R. C. S.; BERMUDEZ, J. A. Z. Acesso universal ao tratamento para as pessoas vivendo com HIV e AIDS no Brasil. . In: BERMUDEZ, J. A. Z. (Ed.). **Acesso a medicamentos: derecho fundamental, papel de Estado.** Rio de Janeiro: ENSP, 2004. p. 233-250.

⁶² PANEL report on Canada: patent protection of pharmaceutical products: WT/DS114/R. Genebra: WTO, 2000. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 15 jul. 2007

⁶³ CHAMP, P.; ATTARAN, A. Patent rights and local working under the WTO TRIPS agreement: an analysis of the U.S.: Brazil patent dispute. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 27, n. 365, p. 365-393, 2002. p. 368.

⁶⁴ ISMAIL, F. The doha declaration on TRIPS and public health and the negotiations in the WTO on paragraph 6: why pharma needs to join the consensus! **The Journal of World Intellectual Property**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 393-402, 2003.

⁶⁵ ABBOTT, F. M. The TRIPS agreement, access to medicines, and the WTO doha ministerial conference. **The Journal of World Intellectual Property**, [England], v. 5, n. 1, p. 15-52, Jan. 2002.

⁶⁶ SHANKER, D. Brazil, the pharmaceutical industry and the WTO. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 53-104, 2002.

⁶⁷ "Ministers also recognized that public health crisis, such as those relating to HIV/AIDS and other pandemics, can represent 'national emergency' or 'other circumstances of extreme urgency' without prejudice to a Member's right to define these notions." (VANDOREN, P. *Médicaments sans frontières?: clarification of the Relationship between TRIPS and public health resulting from the WTO doha ministerial declaration.* **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 5-14, 2002. p. 9).

⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 6.108, de 04 de maio de 2007.** Brasília, 2007. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, e 4º do Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999.

Cabe ressaltar, no entanto, que a licença compulsória tem sido um mecanismo de utilização constante também nos países desenvolvidos, tais como Reino Unido, Canadá e Estados Unidos da América.^{69,70,71, 72}

A posição consensual sobre o uso da licença compulsória nos casos de saúde pública, atingida por 142 delegados dos Estados-membros na Reunião Ministerial de Doha, em 16 de dezembro de 2002, inclusive com adesão em 20 de dezembro de 2002, da União Europeia, Canadá, Austrália e Suíça¹³¹, fortaleceu o entendimento de que o TRIPS deve ser interpretado sistematicamente, para *fazer sentido*, e que o seu texto tem de ser coerente com os seus princípios.⁷³ Portanto, os arts. 27 e 28 são regras gerais, e os arts. 30 e 31 expressam as exceções às regras gerais, em respeito à máxima do Direito — *lex specialis derogat legi generali*.

O TRIPS tem como uma de suas metas a harmonização das legislações nacionais e a diminuição das diferenças relacionadas à propriedade intelectual entre as legislações dos Estados-membros. Quanto às patentes, elas não fogem à regra, por isso, qualquer medida que seja tomada em âmbito das legislações nacionais de um Estado-membro, principalmente em áreas vitais do desenvolvimento social e tecnológico, poderá afetar outros países, independentemente do princípio da territorialidade das leis.

A questão não se coloca apenas no que concerne ao direito de os Estados poderem estabelecer as suas próprias regras quanto ao que poderá ou não ser patenteado, mas sim se refere à política internacional, assim como regras de direito internacional privado específicas.

A harmonização de normas em vista da democratização do conhecimento e da transferência de tecnologia na área da saúde, perpassa pelo enfrentamento de divergências quanto a natureza jurídica das patentes, assim como quanto ao conceito de unidade inventiva, considerando os impactos da sociedade da informação – a 4ª Revolução como é chamada – caracterizada pela capacidade das tecnologias de informação e comunicação, propulsadas pela internet e satélites, ampliação significativa do armazenamento de dados e informações, uso de técnicas de inteligência artificial e *machine learning*, entre outros. Ter acesso a instrumento fundamental de pesquisa para o avanço da medicina em nosso tempo, em busca de uma saúde planetária – como é meta da ONU – é peça fundamental.

⁶⁹ Inclusive, contraditoriamente a posição tão contundente assumida contra a posição brasileira, o Governo norte-americano, em caso recente, ameaçou a utilização da licença compulsória para negociar de maneira mais favorável os preços do “Ciprofloxacina”, com a Companhia Bayer, para solucionar a “crise do anthrax”.

⁷⁰ VANDOREN, P. Médicaments sans frontières?: clarification of the Relationship between TRIPS and public health resulting from the WTO doha ministerial declaration. **The Journal of World Intellectual Property**, New York, v. 5, n. 1, p. 5-14, 2002.

⁷¹ ISMAIL, F. The doha declaration on TRIPS and public health and the negotiations in the WTO on paragraph 6: why pharma needs to join the consensus! **The Journal of World Intellectual Property**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 393-402, 2003.

⁷² HELFER, L. R. Regime shifting: The TRIPs agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 29, n.1, p. 1-83, 2004.

⁷³ FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994. Ver nota 108.

4. A Natureza Jurídica das Patentes e o Conceito de Unidade Inventiva

No âmbito do direito privado internacional, a patente possibilita ao titular, por meio de um *monopólio técnico* a exploração econômica, tecnológica e social, por meio de cobrança de *royalties*, licenciamento e cessão. A exploração é estabelecida legalmente, por período de tempo determinado, normalmente de vinte anos, no caso de patentes de invenção, ou de quinze anos, no caso de modelos de utilidade.

É importante ressaltar, que o uso da palavra *monopólio*, neste contexto, não corresponde à concepção econômica, e sim tem caráter *instrumental*, visto que a exclusividade está limitada por lei e a exploração está jungida ao meio do objeto patenteadado. Assim, terceiros poderão, por outros meios e soluções técnicas, explorar a mesma oportunidade de mercado.⁷⁴

Quanto a natureza jurídica do título patentário, como uma das espécies de propriedade intelectual, há divergências significativas na doutrina internacional, conectadas à designação de “propriedade”.

No Brasil, a lei, a doutrina e a jurisprudência, inclinam-se a considerar que a titularidade da patente confere ao seu titular direito real de propriedade, relacionado a um bem incorpóreo⁷⁵ e limitado pela sua função social, seguindo a tradição romanística.⁷⁶ Os direitos delas decorrentes são fundamentais, absolutos, de caráter patrimonial.

Gama Cerqueira entende que as patentes conferem direitos de propriedade, exclusivos por vinte ou quinze anos, dependendo do tipo da patente, sendo-lhes aplicadas as normas de direito real, quando tratarem de bens patrimoniais e de direitos pessoais quando de protegem bens não patrimoniais e fora do comércio.^{77,78,79}

⁷⁴ “Há mesmo assim um monopólio, num certo sentido, mas é necessário entender que os direitos de Propriedade Intelectual – na patente, por exemplo – o monopólio é instrumental: a exclusividade recai sobre o meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado.” (BARBOSA, D. B. **Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em propriedade intelectual**. Rio de Janeiro, [2001]. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/>>. Acesso em: 28 abr. 2005).

⁷⁵ A palavra incorpórea, é sinônimo das palavras intangível e imaterial (todas indistintamente utilizadas pela doutrina jurídica). A palavra intangível em razão do seu significado etimológico: derivado do latim do verbo *tango* - *tangere* – sentido próprio tocar (sent. físico e moral), *intangível* palavra adaptada do francês *intangibile*. Ver: FÁRIA, E. (Org.). **Dicionário escolar latino-português**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Departamento Nacional de Educação, 1956; CUNHA, A. G. D. (Org.). **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. “Intangível é o que não se pode tanger, tocar, pegar, intocável, não perceptível pelo tato, impalpável, incorpóreo.” (HOUAISS, A. et al. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1629)

⁷⁶ MOREIRA ALVES, J. C.. **Direito Romano**. São Paulo: Editora Saraiva. 2018. p.281-291

⁷⁷ Em obra anterior, publicada em 1931, manifestamos opinião contrária à doutrina da propriedade intelectual, deixando transparecer as nossas preferências pela teoria do direito sobre bens imateriais. Prosseguindo, porém, no estudo da natureza do direito de autor, para logo nos convenceremos no erro em que havíamos incorrido, e ainda hoje mantemos a opinião de que tal direito é de natureza *real* e se classifica como *propriedade*.” (CERQUEIRA, J. D. G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1. p. 119-120, grifo nosso).

⁷⁸ SILVEIRA, N. **O sistema de propriedade industrial brasileiro**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, 2001. Disponível em: <<http://www.ibpi.org.br/>>. Acesso em: 16 fev.2006.

⁷⁹ Gama Cerqueira, seguido por Newton Silveira, considera que os direitos de propriedade intelectual não estão jungidos aos direitos reais quando se referirem aos direitos de personalidade, por exemplo, os direitos morais do autor ou o reconhecimento do inventor (CERQUEIRA, J. D. G.

Portanto, cumpre, destacar, a natureza de direitos reais está relacionada aos direitos patrimoniais e não aos direitos de personalidade, isso é, aqueles direitos relacionados ao reconhecimento moral da autoria, da criação ou da invenção, conforme definido por regras de Direito Privado.^{80, 81, 82} Aqui reside um dos fundamentos pelos quais o direito brasileiro não permite o patenteamento de partes do corpo humano, pois o corpo humano ou suas partes não são coisas (res), mas sim integram a esfera da personalidade das pessoas naturais.^{83,84}

Pontes de Miranda esclarece, com sua peculiar precisão conceitual, que a patente, assim como as outras espécies de propriedade intelectual, têm como objeto de proteção bens intangíveis, sendo o invento o próprio bem intangível e não a invenção como ato. Portanto, após o devido registro e reconhecimento da patente, dela geram-se *direitos reais*.⁸⁵

Igualmente, Pontes de Miranda demonstra que o Direito não apreendeu o conceito de propriedade de forma meramente naturalística, mas funcional. Por isso—sua importância está centralizada na sua função econômica-social. Portanto, os bens intangíveis ou não corpóreos, no caso, as invenções patenteáveis são indiscutivelmente matéria de direitos reais.

O direito atendeu a que a noção de coisa não é naturalística, ou física; é econômica-social. O que o espírito humano inventa criando valor econômico-social, pode não ser corpóreo; e de regra não é: só insuficiente adequação do direito à vida, tal como se desenvolve cada dia, pode deixar de considerar a criação intelectual, artística, literária e científica bem suscetível de direitos de propriedade. (...)

Tratado da propriedade industrial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1).

⁸⁰ Desta forma, a propriedade intelectual se acha presente nas três categorias dos direitos subjetivos: os direitos reais, os direitos de personalidade e os direitos obrigacionais. [...] Se nos restringirmos, entretanto, apenas à vertente patrimonial desses direitos, a propriedade intelectual consiste em direitos reais sobre bens imateriais." (SILVEIRA, N. **O sistema de propriedade industrial brasileiro.** Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, 2001. Disponível em: <<http://www.ibpi.org.br/>>. Acesso em: 16 fev.2006).

⁸¹ BARBOSA, D. B. **Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em propriedade intelectual.** Rio de Janeiro, [200.]. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/>>. Acesso em: 28 abr. 2005.

⁸² HAMMES, B. J. **O direito de propriedade intelectual.** São Leopoldo: Unisinos, 2002.

⁸³ BRASIL. **Lei Nº 9.279, de 14 de maio de 1996:** Lei de propriedade intelectual. Brasília, 1996.

⁸⁴ FERNANDES, M. S. **As patentes envolvendo partes do corpo humano e a atividade de biobancos.** In Modelos de Direito Privado. 1. ed. São Paulo: Editora Marcial Pons, Brasil. 2014.

⁸⁵ "O bem incorpóreo intelectual é objeto de direito real independentemente de qualquer formalidade administrativa ou judiciária. As criações industriais somente se fazem objeto de direito real após a patenteação: e, exceptuada a indicação de proveniência, os sinais distintivos, após o registro". (§ 2.125; 2.). "Natureza dos atos de patenteação e de registro. – Tôda construção da propriedade industrial, salvo quanto às indicações de proveniência, assenta na afirmação de serem constitutivos os atos estatais de patenteação e de registro. Não se poderia chegar a resultados exato, nem acordos como o resto do sistema jurídico, se os tivéssemos como declarativos. Não há direito real sobre invenção, modelo de utilidade, desenhos, ou modelos industriais, antes da patente. Nem o há sobre sinal distintivos, antes do registro.". (Natureza do direito real sobre bens incorpóreos - § 2.126; 2.). "Para que o bem incorpóreo possa ser objeto de direito real, é preciso que a lei o diga." (§ 2.135; 2.). (MIRANDA, P. D. **Tratado de direito privado: parte especial.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 17).

No sistema jurídico brasileiro, o que é suscetível de propriedade, além das coisas corpóreas, consta de leis que frisam ser material do direito das coisas. E. g., a invenção.⁸⁶

O Código Civil brasileiro (CC), artigo 83, inciso III, equipara os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações aos bens móveis. Os direitos patrimoniais decorrentes das patentes constituem uma propriedade temporária⁸⁷ que tem por objeto um bem intangível, que é o invento. Da mesma forma, a Lei de Propriedade Intelectual, artigo 5º, considera bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.⁸⁸ Essa, também, é a interpretação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.⁸⁹

O titular de uma patente no Brasil, portanto, tem direitos ao uso, ao usufruto, à posse (podendo ser exercidos por via de ações possessórias)⁹⁰, à comercialização, à cessão, ao licenciamento, à fruição, à disposição e à responsabilização do terceiro que infringir o seu direito de propriedade. Em outra medida, poderá haver a responsabilidade do titular da patente por exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, conforme delimita a cláusula-geral de ilicitude preconizada no artigo 187 do CC.^{91, 92}

Esta também é a posição também de Judith Martins-Costa. A autora sustenta sua análise na tradição jurídica, origem no Direito Romano quanto à possibilidade de a posse poder incidir sobre direitos e bens incorpóreos, esclarecendo que no Direito Romano também os bens incorpóreos estariam sujeitos à posse e a propriedade:

É importante atentar que o debate histórico referente aos bens incorpóreos serem passíveis de apropriação, como demonstra Judith Martins-Costa, é “um velho tema sempre novo, entretanto insólito já na interpretação

⁸⁶ MIRANDA, P. D. Tratado de direito privado: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 11. (§ 1.162; 5.)

⁸⁷ Os direitos de propriedade que têm tempo certo para serem usufruídos e explorados pelo seu titular.

⁸⁸ CERQUEIRA, J. D. G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1. p. 205.

⁸⁹ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Como garantir sua patente**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 26 jan. 2006).

⁹⁰ O autor faz referência ao Recurso Especial DJ05.08.1991 PG:09997, decidido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 10/06/1991, relatoria do Ministro W. Zveiter, cito: I - A doutrina e a jurisprudência assentaram entendimento segundo o qual a proteção do direito de propriedades, decorrente de patente industrial, portanto, bem imaterial, no nosso direito, pode ser exercida através das ações possessórias. (BARBOSA, D. B. **Posse e a propriedade na concorrência**. Rio de Janeiro, [2002]. Disponível em: <https://www.dbb.com.br/wp-content/uploads/a-posse-e-a-propriedade-na-concorrncia-2002.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021).

⁹¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL. **Código civil brasileiro**: Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002).

⁹² MARTINS-COSTA, J. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

do Direito Romano, sendo ainda mais, nos dias atuais – marcados pela produção de *bens virtuais*”⁹³

O fio condutor da tradição romanística, como ensina Moreira Alves, está ancorado no período *justinianeu*, que admitia o chamado *possessio iuris*, isso é a posse caracterizada pelo exercício de fato dos poderes inerentes a outros direitos reais que não o de propriedade de *bens corpóreos*, mas sim de *bens incorpóreos*. Como explica o autor:

Em verdade, porém, o que distingue a posse da coisa da posse de direito não é o objeto, mas o seu conteúdo; os poderes que o possuidor exerce sobre a coisa (mais amplos, no caso de posse da coisa; menos amplos, no caso de posse de direitos).⁹⁴

Entretanto, a posição brasileira não é pacífica no Direito comparado. A contrariedade, por parte da doutrina jurídica internacional, em conferir a natureza de direito real às patentes, se baseia na característica justamente na característica da intangibilidade (=incorporalidade) dos direitos de propriedade intelectual, ou no fato de os direitos oriundos das patentes estarem circunscritos a direitos negativos⁹⁵, isso é, ao direito de excluir outros da utilização da patente.^{96, 97}

Entretanto, deve ser destacado que na tradição romano-germânica os direitos se caracterizam por atribuir ao titular poder direto sobre o bem (*corpóreo ou incorpóreo*) e estes direitos são absolutos, impondo a toda e qualquer pessoa o dever de abster-se da prática de ato que prejudique os direitos dos titular.

Na doutrina da *common law*, Anthony Stenson e Tim Gray - apesar de negarem a existência de uma diferença entre o direito de propriedade intelectual e o direito de propriedade real ou “tangível” (*tangible property, concrete things*) - defendem que os direitos conferidos a uma patente estão circunscritos, essencialmente, a dois aspectos: a) a exploração comercial de um objeto abstrato e b) a exclusão de terceiros na produção e exploração do invento sem a devida licença.^{98,99} Por isso, a patente não garante a

⁹³ MARTINS-COSTA, J. Usucapião de Coisa Incorpórea; breves notas sobre um velho tema sempre novo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 631-654

⁹⁴ MOREIRA ALVES, J. C.. **Direito Romano**. São Paulo: Editora Saraiva. 2018. p.281-291.

⁹⁵ “Patents confer a negative right, i.e. they provide the owner with the right to exclude others from practicing the invention, but they do not award permission to carry out the patented invention. The latter is regulated by national law.” (RUTZ, B.; YEATS, S. Patenting of stem cell related inventions in Europe. **Biotechnology Journal**, New York, v. 1, n. 4, p.385-387, Apr. 2006. p. 384).

⁹⁶ (VIVANT, M. **Les droit des brevets**. Paris: Dalloz, 2005. p. 85-87).

⁹⁷ LEMLEY, M. A. Property, intellectual property, and free riding. **Texas Law Review**, Texas, v. 83, p. 1031-1075, 2005. O autor (professor de Direito da U. Stanford), utilizando a análise econômica do direito, não concorda que a propriedade intelectual efetivamente se trata de uma propriedade. Na sua opinião há um equívoco terminológico.

⁹⁸ CLARKE, A.; KOHLER, P. **Property law**. New York: Cambridge University, 2005. (§Law in Context).

⁹⁹ “O Direito inglês distingue a propriedade pessoal – *personal property* – da propriedade real – *real property*. A distinção, conforme esclarecem Arminjon, Nolde e Woff, não coincide inteiramente com a que o Direito francês e o Direito alemão fazem entre os bens móveis e imóveis.

propriedade sobre a essência do objeto em si, pois não se aplicam a ela os direitos de posse e uso, normalmente conferidos aos direitos de propriedade ordinários (*ordinary property*) e que envolvem bens tangíveis.¹⁰⁰

Na mesma perspectiva, Pilar Ossorio argumenta com a distinção entre as propriedades, pois diferentes propriedades e tipos de propriedade estão circundados por diferentes tipos de direitos, sendo, por isso, distintas a propriedade intelectual da propriedade real e pessoal (de objetos e bens imóveis). A patente não confere todos os direitos associados à propriedade real, ou seja, de posse e uso, mas sim o direito de o titular de uma patente impedir terceiros de fazer, usar, vender, oferecer à venda, importar o item patenteado sem o devido licenciamento e respectivo pagamento de *royalties*.¹⁰¹

A tese que nega a caracterização de um direito real de propriedade é acolhida pelo Conselho Dinamarquês de Ética ao interpretar a respectiva Lei de Patente. Tratando da questão de saber se a patente de genes e células garante uma propriedade ou um direito de exploração, entendeu que o monopólio de exploração derivado da patente não confere ao seu titular ou a terceiro autorizado um direito de propriedade sobre o objeto da invenção, mas sim, unicamente, garante o direito de aferir benefícios econômicos da exploração industrial do invento e de impedir terceiros, sem autorização, de usufruírem destes benefícios.¹⁰²

Já na doutrina portuguesa é assente a necessidade de se distinguir os direitos de propriedade intelectual da *concepção tradicional* do direito de propriedade das coisas corpóreas (tangíveis).

Em especial, as autorizadas vozes de Ascensão, Menezes Cordeiro, Marques e Vicente entendem que as patentes são distintas e merecem do Direito a proteção quanto ao direito da personalidade, isto é, o reconhecimento moral de quem é inventor e a normatização quanto à sua exploração econômica, pois as regras de direitos de propriedade não poderão ser utilizadas

Mas na *propriedade* pessoal incluem-se todos os bens imóveis, corpóreos ou incorpóreos, salvo determinadas coisas. Verdade é que também são objeto dessa propriedade certos direitos imobiliários. A *propriedade real* recai em bens imóveis, de natureza predial. [...] Trata-se, pois, de uma instituição social que compreende utilização e transferência dos bens passíveis de alienação." (GOMES, O. **Direitos reais**. Atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 449).

¹⁰⁰ "A patent consists of two essential rights: to commercially exploit an abstract object, and to exclude others from doing the same. If patents are analysed in this way, the argument that patents denote the ownership of the essence of an organism, 'its whole being and purpose', seems bizarre." (STENSON, A. J.; GRAY, T. S. **The politics of genetic resource control**. London: Macmillan, 1999. p. 35).

¹⁰¹ OSSORIO, P. Legal and ethical issues in biotechnology patenting. In: BURLEY, J.; HARRIS, J. (Ed.). **A companion to genethics**. Oxford: Blackwell, 2002. p. 410-411.

¹⁰² "A legal expert will refer to the Danish Patents Act and assert that a patent does not confer property rights on, a gene or a gene sequence. What it does afford, by contrast, is fixed-term sole right to exploit the invention commercially." (PATENTING human genes and stem cells: a report the danish council of ethics. Copenhagen, DK, 2004. p. 1-119).

para os bens intangíveis.^{103,104,105, 106.}Portanto, o uso a expressão “propriedade” em negócios jurídicos de direito internacional privado ou em Acordos, Tratados ou Convenções de direito internacional público, apesar de ser unísono, não sugere que o titular de uma patente detenha um direito de propriedade propriamente.^{107, 108,109,110,111, 112}

4.1. O Conceito de Unidade Inventiva: A Atividade Inventiva, Novidade e Aplicação Industrial

E igualmente consenso internacional o “conceito de unidade inventiva”, que é composto por três requisitos de validade: atividade inventiva, novidade e aplicação industrial. No entanto, a interpretação de cada um dos requisitos, em especial o de atividade inventiva, apresentam distintas conceituações nas legislações nacionais. As diferenças frequentemente, podem implementar regras próprias, expandindo ou restringindo novos interesses mercadológicos sejam legitimados pelo direito internacional na área de patentes.¹¹³

¹⁰³ “Que tipo de bens podem ser objecto de direitos reais? Na doutrina portuguesa considera-se unanimemente que só as coisas. Por isso o conceito de coisas é central neste domínio. [...] Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código (ar. 1302). Por isso concluímos há pouco que os bens intelectuais não são objectos de direitos reais.” (ASCENSÃO, J. D. O. **Direito civil reais**. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 38-39).

¹⁰⁴ “Estamos, pois, fora do campo lógico das coisas corpóreas e dos direitos reais. Perante um bem intelectual, o Direito só pode tomar duas linhas de actuação, quando queira defendê-lo: em termos morais, evitando a sua deturpação ou, ainda, que quem não tenha sido o autor se arrogue a sua paternidade; em termos económicos, atribuindo a alguém, normalmente, ao seu autor, o exclusivo material do seu aproveitamento.” (CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, t. 2, p. 111).

¹⁰⁵ “O direito de propriedade tem em vista o propiciar o uso e a fruição de um determinado objeto corpóreo, enquanto no direito de patentes outorga um direito único e exclusivo de, em determinadas condições, explorar comercialmente uma obra de engenho e uma invenção.” (MARQUES, J. P. R. **Patentes de genes humanos?** Coimbra: Coimbra, 2001. v. 4, p. 65).

¹⁰⁶ “Tão-pouco se desconhecem as objeções que têm sido dirigidas ao conceito de propriedade intelectual. Dado que os bens intelectuais são insuscetíveis de posse, levantam-se, a respeito dos direitos sobre estes, problemas de índole muito diversa dos que são suscitados pela propriedade de coisas corpóreas; o que inviabiliza a aplicação direta aos primeiros do regime da segunda. Tal a razão por que, por exemplo, nas situações privadas internacionais a propriedade intelectual não se encontra submetida ao estatuto real. (VICENTE, D. M.. **A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual**, Lisboa: Editora Almedina, 2020. p.14-15.

¹⁰⁷ VIVANT, M. **Les droit des brevets**. Paris: Dalloz, 2005. p. 85-87).

¹⁰⁸ O'CONNOR, S. The use of MTAs to control commercialization of stem cell diagnostics and therapeutics. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, v. 21, n. 3, p. 1017-1054, 2006.

¹⁰⁹ CLARKE, A.; KOHLER, P. **Property law**. New York: Cambridge University, 2005. (§Law in Context).

¹¹⁰ LEE, P. Y.-H. Inverting the logic of scientific discovery: applying common law patentable subject matter doctrine to constrain patent on biotechnology research tools. **Harvard Journal of Law & Technology**, Boston, v. 19, n. 1, p. 79-109, 2005.

¹¹¹ MILLER, J. A call to legal arms: bringing embryonic stem cell therapies to market. **Albany Law Journal Science & Technology**, Albany, v. 13, p. 555-592, 2003.

¹¹² GOLD, E. R. Making room. reintegrating basic research, health policy, and ethics into patent law. In: WILLIAMS-JONES, T. A. C. A. B. (Ed.). **The commercialization of genetic research: ethical, legal, and policy issues**. New York: Kluwer Academic: Plenum, 1999. p. 63-78; MELTON, D. A. **Declaration of Dr. Douglas A. Melton, Ph.D. for reexamination control. no. 95/000,154**: primate embryonic stem cells. Washington: USPTO, 18 Apr. 2006; TROUNSON, A. O. **Declaration of Dr. Alan O. Trounson, Ph.D. for reexamination control. No. 95/000,154**: primate embryonic stem cells. Washington: USPTO, 18 Apr. 2006.

¹¹³ JACOBS, A. G. **Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union**: opinion of advocate general Jacobs. Brussels: Council of the European Union, 2001.

A invenção para o TRIPs, assim como na maioria das leis nacionais de patentes, é um conceito indeterminado, caracterizado pela *vagueza semântica*, exigindo que o “*intérprete reporte o elemento (vago) ao fato concreto indicado na fattispecie*” para conceder, ou não, a patente.¹¹⁴ A invenção deve ser nova, isto é, ela deve promover estágio inovador ao estado da arte e ser capaz de uma aplicação industrial. Por sua vez, o invento é *uma solução técnica para um problema técnico*.^{115,116} A natureza técnica do invento é algo fundamental para a sua caracterização; sendo necessário a descrição técnica de forma suficiente para comprovar a sua aplicação industrial e possível reprodução. Deve haver uma transformação técnica específica do existente na natureza, que tenha forma e concepção não geradas intuitivamente a partir do estado da técnica e que, efetivamente, seja nova.¹¹⁷ Já a mera descoberta, diferente da invenção, se caracterizam pela prévia existência, pela obviedade ou pela possibilidade lógica de existir.

As patentes de invenção são as que protegem inventos e produtos novos ao estado da técnica. Por sua vez os modelos de utilidade são direcionados ao aprimoramento e à diversificação do invento.^{118,119} Portanto, o escopo de proteção dos direitos decorrentes de uma patente de invenção está moldado por sua finalidade. Por isso, o pedido de uma patente deve conter com exatidão qual é objeto do invento, que na maioria das legislações nacionais e no TRIPs¹²⁰, pode ser de um produto ou um processo^{121, 122}. Por sua vez, o invento a ser patenteado deve ter correlação direta com a respectiva descrição e suas correspondentes reivindicações.¹²³

Na descrição e suas correspondentes reivindicações podem conter não apenas invenções, mas sim descobertas. A distinção entre invenção e descoberta também é fator relevante de discordância no direito internacional,

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 326.

¹¹⁵ BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 339; BIOETHICS and patent law. **WIPO Magazine**, Geneva, v. 3, 2006 Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006. Acesso em: 20 ago. 2007.

¹¹⁶ Ver também: PEUSCET, J. **Brevetabilité de la biologie en France en 2006**. Paris: Lexis Nexis Litec, 2006. v. 54.

¹¹⁷ MARKL, H. Who Owns the Human Genome? What Can Ownership Mean with Respect to Genes? **IIC - International Review of Intellectual Property and Copyright Law**, Munique, v. 33, n.1, p. 1-5, 2002. p. 2-3.

¹¹⁸ Os modelos de utilidade são espécies de patentes que têm como finalidade proteger a utilidade prática de determinado objeto, sendo que esta utilidade pode ser melhoria funcional do uso e da fabricação. O modelo de utilidade não protege uma “*idéia*”, mas sim uma “*forma*” – *criação de forma* - que deve respeitar quase todos os requisitos de patenteabilidade. Síntese do pensamento do autor, ver na obra nas págs. 591 e 592. (CERQUEIRA, J. D. G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, p. 301-303).

¹¹⁹ BARBOSA, D. B. Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 398-399.

¹²⁰ O TRIPs menciona, expressamente no seu artigo 27, apenas que “as patentes estarão acessíveis às patentes de produtos e processos”..

¹²¹ CERQUEIRA, J. D. G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, p. 301-303.

¹²² BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 388-392).

¹²³ O Brasil trata a matéria da seguinte forma: a Lei de propriedade industrial brasileira, Lei 9.279/1996, determina a exigência da suficiência descritiva, nos artigos 24 e 25, como um requisito indispensável.

alguns países aceitam que meras descobertas possam ser patenteadas e outros não.

No Brasil, o patenteamento de meras descobertas não são admitidas, pois a atividade inventiva confunde-se com as noções de “invenção”. A invenção, como manifestação da criação humana, protegida legalmente por meio das patentes, sempre esteve conectada a novidade da invenção, a sua atividade inventiva e a aplicação industrial. Além disso, para que uma invenção seja reconhecida como patenteável, a descrição e a delimitação de sua utilidade devem estar claramente expressas no pedido de patente e, por conseguinte, devem servir como guia preciso para a reprodução do invento industrialmente e propiciar o acesso e a difusão do conhecimento tecnológicos.

Assertivamente reconhece a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXIX: *a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.*

Por sua vez, a novidade de uma invenção é um critério objetivo e está diretamente conectada com a análise do conhecimento existente no estado da técnica. Isso é, tudo que se tornou público antes do período de 12 meses – período este concernente ao exercício do direito de prioridade, consubstanciado no artigo 4º da Convenção de Paris (CUP)¹²⁴ – quando então não mais poderá ser patenteado, pois já existente no estado da técnica. O estado da técnica deve ser interpretado na perspectiva do *expert* na área em questão e não propriamente do homem comum. As questões de direito privado envolvendo o direito de prioridade podem ser significativas, conforme já mencionado, quanto há disputas internacionais quanto ao reconhecimento da patente, a validade, a prioridade, a nulidade e ao direito a ser aplicado.

Contraria é a posição norte-americana, pioneiros em admitir descobertas como objeto de patenteamento - mesmo aquelas existentes previamente na natureza, matéria viva ou não. Com isso abandonaram a adoção da chamada da “*product-of-nature doctrine*”.^{125, 126}

¹²⁴ “Artigo 4º: A) - 1) Aquele que tiver apresentado, em termos, pedido de patente de invenção, de depósito de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial, de registo de marca de fábrica ou de comércio num dos países da União, ou o seu sucessor, gozará, para apresentar o pedido nos outros países, do direito de prioridade durante os prazos adiante fixados. [...] C) - 1) Os prazos de prioridade atrás mencionados serão de doze meses para as invenções e modelos de utilidade e de seis meses para os desenhos ou modelos industriais e para as marcas de fábrica ou de comércio. 2) Estes prazos correm a partir da data da apresentação do primeiro pedido; o dia da apresentação não é contado. 3) Se o último dia do prazo for feriado legal ou dia em que a Secretaria não se encontre aberta para receber a apresentação dos pedidos no país em que a protecção é requerida, o prazo será prorrogado até ao primeiro dia útil que se seguir.” (CONVENÇÃO da União de Paris para a protecção da Propriedade Industrial. Paris, 1883).

¹²⁵ KEVLES, D. J. **A history of patenting life in the United States with comparative attention to Europe and Canada.** Luxemburg: European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, 12 Jan. 2002..

¹²⁶ (CARVALHO, N. P. The problem of gene patents. **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 3, n. 3, p. 701-753, 2004. p. 701-753p. 726).

O caso *Diamond v. Chakrabarty*^{127,128, 129} foi paradigmático para determinar para estabelecer a posição norte-americana. O caso, trata de patente de uma bactéria geneticamente modificada para ser utilizada na área petrolífera e que pode metabolizar todos os hidrocarbonetos presentes no óleo bruto. A pesquisa de Chakrabarty evidenciou o plasmídeo de controle na degradação do óleo, realizado por determinadas bactérias, o que tornava o processo muito mais rápido, seguro e eficiente. A Suprema Corte Americana julgou favorável o patenteamento da bactéria geneticamente construída, pois considerou como integrante no conceito de invenção o esforço de engendrar diferentes características a bactéria, distintas das encontradas naturalmente e era útil, portanto, a invenção era de titularidade do inventor e não da natureza. A partir desta decisão, o USPTO também passou a admitir o patenteamento de genes.¹³⁰

Assim, *United States Patent and Trademark Office (USPTO)*, passou a utilizar três os critérios para determinar se o invento ou a descoberta pode ser patenteável: o primeiro concerne às referências utilizadas no pedido, se elas se justificam pelo estágio técnico do conhecimento; o segundo diz respeito à descrição técnica do pedido e sua análise em comparação ao estado da técnica; o terceiro refere-se a sua utilidade e, conseqüentemente, às possibilidades de sucesso industrial com o objeto inventado ou descoberto.^{131, 132}

A utilidade é o critério em substituição da atividade inventiva de outras legislações – por isso ambos critérios são expressos no TRIPs, no artigo 27, utilidade ou atividade inventiva. O critério da “utilidade” tem reflexos práticos na interpretação dos inventos e descobertas à medida que o relevante, na legislação americana, é a utilidade que a patente terá na indústria, e não necessariamente a inventividade.¹³³

As diferentes posições – reconhecer ou não descobertas no conceito de atividade inventiva - por ser um dilema para efeitos de patenteamento de

¹²⁷FERNANDES, M. S. **Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual – relação entre patentes e células-tronco humanas**; São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹²⁸ Para mais informações sobre este caso pesquisar nas seguintes referências: ROBINSON, D.; MEDLOCK, N. *Diamond v. Chakrabarty: a retrospective on 25 years of biotech patents*. **Intellectual Property & Technology Law Journal**, New York, v. 17, n. 10, p. 12-15, Oct. 2005.

¹²⁹ BAGLEY, M. A. *Patent first, ask questions later: morality and biotechnology in patent law*. **William and Mary Law Review**, Virgínia, v. 45, n. 2, p. 469-469, Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst;jsessionid=Lk3RLCnp5d8GyDnf2zj2r2XxNwJd8QSy4sQ5L13K4GIMbD2jTMyBl-548055756?docId=5002068015>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

¹³⁰ O caso *Moore v. Regents of the University of Califórnia* é exemplo paradigmático no patenteamento de genes. Ver: MOORE v. Regents of the University of California. Cal.Rptr. 146: Supreme Court of California. 51 Cal.3d 120, 793 P.2d 479, 271: Prosser, 1990. p. 188-191. Disponível em: <<http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/>>. Acesso em: 15 out. 2007.

¹³¹ CHRISTIE, M. J. H. A. A. F. *An analysis of the approach of the European Japanese and United States patent office to patenting patrial DNA sequences (ESTs)*. **IIC - International Review of Intellectual Property and Copyright Law**, Munique, v. 34, n. 6, p. 581-710, 2003.

¹³² USPTO. **2105 Patentable Subject Matter**: living subject matter [R-1]. [S.I.], 28 Dec. 2007. Disponível em: <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/2100_2105.htm#sect2105>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹³³ EUROPEAN PATENT OFFICE; JAPAN PATENT OFFICE; UNITED STATES PATENT; TRADEMARK OFFICE. **Report on comparative study on biotechnology patent practices**: comapartive study on "reach-through claims". San Francisco, California, 5-9 Nov. 2001.

material biológico, de partes do corpo, das células-tronco^{134,135} tecnologias envolvendo a área da genômica, ou os chamados, *produtos da natureza*. Este dilema aparece com contornos nebulosamente delimitados, mas que estão ligados diretamente à natureza jurídica das patentes, e que é denominado, por alguns, como uma mera “retórica argumentativa”.¹³⁶

Apesar de o critério de inventividade ter sido reformulado e flexibilizado, nos últimos dois séculos, em razão do desenvolvimento tecnológico, tal fato não inviabiliza a concretização do conceito de invenção em direção aos fins do sistema patenteário e aos parâmetros éticos e morais universalmente aceitos, como a *não-coisificação* dos seres humanos, seres vivos e suas partes. Por isso, entendo que os efeitos do patenteamento de descobertas, em especial as relacionadas a partes do corpo humano são reais e não meramente frutos de retórica, assim como produtos.

No que concerne ao requisito da novidade, no âmbito da propriedade intelectual o conceito não se confunde com o conceito de originalidade, pois o último é mais amplo, a medida em que tem como parâmetro *todas as invenções análogas ou do mesmo gênero, ao passo que a novidade se aprecia somente em face das anterioridades legais, ou seja, o que é reconhecido ao estado da técnica ou é fruto de proteção patenteária*.^{137, 138}

O TRIPS ou o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes — PCT não determinam precisamente o conteúdo do requisito da novidade, deixando as legislações nacionais a sua delimitação e aos respectivos escritórios de patentes locais a realização da tarefa de decidir se determinado pedido de patente é o não novo, tomando sempre como perspectiva o estado da técnica daquela sociedade.

Por sua vez, a aplicação industrial no sistema de patentes é ampla, abrangendo todo o conjunto de atividades econômicas que têm por fim a exploração econômica lícita de bens de produção, de serviço e de consumo, como determina o artigo 27 (1) do TRIPs - que permite a concessão de patentes para quaisquer invenções em todos os domínios da tecnologia. Portanto, as áreas de produção são diversificadas, incluindo-se a indústria biotecnológica.

139

¹³⁴ SANTOS, L. G. D. Invenção, descoberta e dignidade humana. In: EMERICK, F. C. E. M. C. (Ed.). **Limite: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000. p. 55-64. p. 55. Este autor entende que os limites éticos e jurídicos concernentes especificamente ao acesso e uso do genoma humano “[...] são burlados através da confusão entre inovação e descoberta e, por outro lado, de como a noção de dignidade da pessoa humana [...]” é concebida.

¹³⁵ FERNANDES, M. S. **Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual – relação entre patentes e células-tronco humanas**; São Paulo: Editora Saraiva, 2012

¹³⁶ MARQUES, J. P. R. **Patentes de genes humanos?** Coimbra: Coimbra, 2001. v. 4, p. 23.

¹³⁷ CERQUEIRA, J. D. G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, p. 308.

¹³⁸ “Nas criações técnicas, a lei estabelece que devam ser elas novas do ponto de vista objetivo, colocando o interesse da coletividade acima do interesse pessoal do autor, [...]” (SILVEIRA, N. Os requisitos de novidade e originalidade para a proteção do desenho industrial. In: SANTOS, M. J. P. D.; JABUR, W. P. (Ed.). **Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 285).

¹³⁹ As leis nacionais podem restringir o patenteamento por razões relacionadas à moralidade e à ordem pública, além de expressamente vedar a concessão de patentes a determinadas áreas. É o caso brasileiro que veda nos artigos 10, inciso IX e 18, inciso III, na Lei de Propriedade Intelectual brasileira, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, as patentes relacionadas a partes do corpo humano.

As diretrizes internacionais relacionadas às patentes reconhecem, não obstante, a necessidade de se excluir aquelas indústrias que possam ser ofensivas à sociedade, fundamentando esta exclusão na moralidade ou na ordem pública – as chamadas cláusulas gerais¹⁴⁰ excludentes de patenteabilidade. A vedação se justifica, também, quando o objeto patenteado não se submete à produção industrial no sentido de executabilidade ou realizabilidade da solução técnica descrita e reivindicada com resultados constantes, tantas vezes quantas necessárias, por qualquer perito da especialidade.¹⁴¹

Portanto, é a partir do reconhecimento dos requisitos de patenteamento e da descrição suficiente do objeto de invenção e do detalhamento de reivindicações feitas no pedido para a sua exploração é que se operam as condições para o estabelecimento dos limites temporais para a exploração da patente e demais direitos.

5. Considerações finais

Assim, a tutela internacional de direitos de patente deve considerar um complexo cenário, repleto de idiosincrasias e desigualdades entre o nível normativo dos países. Em particular na área da saúde o sistema de patentes, muitas vezes, não é favorável aos países em desenvolvimento, principalmente no que concerne ao seu desenvolvimento tecnológico e social. Razão pela qual o papel da OMPI, OMS e OMC, neste contexto, são fundamentais para buscar acordos multilaterais resolutivos para promover o acesso equilibrado de bens e tecnologias na área da saúde, essencial a garantia de uma saúde planetária e para proteger a dignidade humana - como são exemplo as vacinas da COVID-19. Dessa feita, a OMPI, a OMC e OMS devem estimular a utilização dos direitos de propriedade intelectual, considerando sua função social na área da saúde, está pautado no equilíbrio de direitos e obrigações, na transferência, na disseminação do conhecimento e tecnologia, em vista a atingir o bem-estar social e econômico dos Estados-membros, em observância à saúde pública planetária.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Ver também: *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015 (1ª edição); Saraiva, 2018 (2ª edição).

¹⁴¹ MARQUES, J. P. R. A patenteabilidade dos métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos: questão bio(ética) ou questões técnica? O actual estado do problema. In: ASCENSÃO, J. D. O. (Ed.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2, p. 241.

A Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência: O caso específico do setor farmacêutico

David Lopes Kiliņç
Sara Belo de Oliveira

Resumo

O presente trabalho versa sobre a complexa relação jurídica entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, tomando como exemplo prático o setor farmacêutico. Inicia-se com um enquadramento geral de ambos os regimes jurídicos, bem como o seu enquadramento jurídico na União Europeia. Procede-se à definição de patente e o seu papel na definição de normas. O trabalho na sua terceira parte entra na especificação do setor farmacêutico indicando as diferentes práticas que podem ou não ser anticoncorrenciais como os acordos de *pay-for-delay* (a que demos mais destaque), o *patent ambush* e o *patent pooling*. Damos também enfoque ao Relatório do Inquérito do Setor Farmacêutico publicado em 2009 pela Comissão Europeia, e as conclusões que demonstram a interligação forte entre estes dois ramos do Direito.

Palavra-chaves:

Propriedade Intelectual; Direito da Concorrência; Patentes; Setor Farmacêutico; Jurisprudência

Intellectual Property and Competition Law: specific cases in the pharmaceutical sector

*David Lopes Kiliç
Sara Belo de Oliveira*

Abstract

This paper deals with the complex legal relationship between Intellectual Property Law and Competition Law, using the pharmaceutical sector as a practical example. We start off with a general framework for both legal regimes, as well as their legal framework in the European Union. Furthermore, this paper defines “patent” and its role in the establishment of standards. In its third part, we dive into the specifics of the pharmaceutical sector, and how different practices can be considered anti-competitive or not, such as pay-for-delay agreements (which we focus on the most), patent ambush and patent pooling. We also highlight the Pharmaceutical Sector Inquiry Report published in 2009 by the European Commission, and how its conclusions demonstrate the strong link between both legal fields.

Keywords:

Intellectual Property; Competition Law; Patents; Pharmaceutical Sector; Case Law

Introdução

O ser humano, enquanto tal, nem sempre age no interesse comum da sociedade em que se insere, enquanto que o Direito procura sempre proteger interesses comuns, e mesmo quando está a proteger interesses privados vai sempre tentar fazê-lo sem prejudicar os interesses dos outros particulares. É por sermos humanos que por vezes agimos em nosso próprio benefício prejudicando aqueles que nos rodeiam, são as escolhas que fazemos que podem levar a que a ordem jurídica tenha que intervir para manter a ordem. Com este trabalho procurámos analisar as circunstâncias em que o Direito da Propriedade Intelectual (DPI) e o Direito da Concorrência se interligam e os resultados dessas escolhas que os humanos fazem em proveito próprio.

Entende-se por Propriedade Intelectual o conjunto de direitos que abrange as criações do conhecimento humano, permitindo assegurar a sua utilização exclusiva. Encontramos na propriedade intelectual duas vertentes: direitos de autor e direitos conexos, e a propriedade industrial. Já o Direito da Concorrência debruça-se sobre o estudo das práticas individuais e coletivas que restringem a concorrência, corrompendo o normal funcionamento do mercado, impondo também normas que visam regular os vários setores do mercado. Neste trabalho o foco é a vertente da propriedade industrial, nomeadamente as patentes, e são mencionados vários casos de práticas anticoncorrenciais no mercado farmacêutico, entre alguns outros exemplos.

1. Enquadramento Geral do Direito da Propriedade Intelectual e a Concorrência

Atendendo à pouca legislação existente que resolva os conflitos resultantes do encontro destes ramos, não é fácil identificar os limites da intervenção ou os critérios a utilizar na análise de práticas anticoncorrenciais relacionadas com a propriedade intelectual. A linha entre o controlo destas práticas e a eliminação total dos incentivos à inovação torna-se difícil de identificar. Ambos estes ramos do Direito visam salvaguardar interesses constitucionais, sendo entendidos como instrumentos complementares na promoção da concorrência, da inovação e do crescimento económico. A área da inovação é cada vez mais importante na distinção dos bens e serviços e na subsequente capacidade atrativa deles, as empresas cada vez mais se destacam pelo conhecimento que detêm, a tecnologia que criam, as patentes, o software que possuem, e não pelos bens tangíveis que possam ou não comercializar. As empresas de telecomunicações, farmacêuticas, *IT*, etc. têm na economia não só nacional, mas também mundial, uma influência imensa. Estas empresas lidam diariamente com patentes e outros direitos de autor e integram setores tão relevantes, que se torna claro a necessidade de algum controlo por parte do Direito da Concorrência.

O fundamento para a concessão de direitos exclusivos é a criação de um incentivo para o desenvolvimento, progresso económico e tecnológico da sociedade. Quem incorre nos custos todos de investimento e desenvolvimento obtém esta proteção (apesar de temporalmente limitada) contra os seus concorrentes, mas os requisitos destes direitos de propriedade intelectual são exigentes. O retorno deste investimento só está garantido se existir esta efetiva

proteção da inovação, impedindo que os seus concorrentes aproveitem a *free ride* com comportamentos oportunistas. Outro detalhe importante a reter é que os direitos exclusivos resultantes da propriedade intelectual são de âmbito territorial limitado, normalmente nacional, enquanto que o direito da concorrência pode ir além fronteiras.

A detenção de um direito de propriedade intelectual não confere necessariamente poder de mercado, podem existir inúmeras outras formas de atingir o mesmo resultado pretendido. São aqueles direitos que encontram soluções inovadoras para as quais ainda não existem outras soluções, que terão uma proteção ainda mais valiosa, mais extensa pela própria natureza da invenção. Os problemas surgem quando os direitos de propriedade intelectual atribuídos são utilizados de forma abusiva. Para que sejam utilizados de forma abusiva é primeiro necessário que haja poder de mercado no setor em questão, poder suficiente para afetar de forma significativa as condições desse mercado. Muitas vezes um dos problemas na identificação deste tipo de situações é a própria identificação do mercado em que estão a atuar os agentes, de forma a poder ser determinado o poder de mercado para verificar se houve ou não um abuso.

2. A Concorrência no Contexto Europeu

As regras mais relevantes da União Europeia em matéria de Concorrência estão no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, mas existe todo um conjunto crescente de legislação secundária da União Europeia e orientações das respetivas instituições que são também relevantes. A propriedade intelectual tende a surgir em contextos de abuso baseados no art. 101º e 102º do TFUE. As diretivas surgem como instrumento fundamental, permitindo uma harmonização do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual nos Estados Membros ao consagrar denominadores comuns quanto a matérias de direitos de autor e conexos. Neste sentido, atualmente não se verifica um sistema europeu integrado de defesa da propriedade intelectual, mas sim, uma articulação entre os sistemas nacionais e a proteção comunitária concedida pela União Europeia.

No final do séc. XIX foram celebradas duas grandes convenções internacionais, a dizer, a Convenção de Paris (1883) sobre Propriedade Industrial, e a Convenção de Berna (1886) relativa ao Direito de Autor e Direitos Conexos. Existem também, já no séc. XX, decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia nestas matérias, no Acórdão Consten/Grundig (1966) o Tribunal entendeu que o Direito da Concorrência não rejeita a existência destes direitos de exclusivo, mas que estes não podem constituir meios de contornar ou iludir as regras do mercado único europeu. Mais tarde em 1978 temos também o Acórdão Centrafarm em que o Tribunal indicou no seu parágrafo 16 - "(...) sendo lícito o exercício do direito de marca nos termos do artigo 36º do Tratado, não se poderá considerar tal exercício contrário ao artigo 86º apenas porque o direito é exercido por uma empresa que detém no mercado uma posição dominante, se o direito de marca não for utilizado como instrumento de exploração abusiva de tal posição.". Importa também destacar sempre o art. 345º TFUE que nos diz que os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados Membros.

Qual será então o problema? As regras da concorrência mostram-se claramente insuficientes, por um lado o art. 101º TFUE pressupõe um acordo ou uma prática concertada entre empresas, não se aplicando assim ao mero exercício unilateral de direitos de propriedade intelectual. Por outro, a aplicação do art. 102º TFUE encara dois obstáculos, primeiramente implica a demonstração da existência de uma posição dominante (algo que não se pode presumir a partir da simples detenção de um direito de propriedade intelectual), e secundamente, o mero exercício desse direito não é suficiente para constituir um abuso. Existe muito espaço para conflitos com as regras da concorrência nestes termos.

3. Patente: Objeto, Conceito e Características

Este tipo de direito tem como objeto a proteção de uma invenção, o detentor adquire um direito exclusivo sobre essa invenção, e uma invenção é uma solução técnica para resolver um problema técnico específico. Ora as patentes devem cumprir certos requisitos:

- a novidade - a invenção não pode integrar o já chamado “estado da arte” (*state of the art*), ou seja, não pode ser passível de ser encontrado no património científico e técnico atual;
- a atividade inventiva (originalidade) - ou seja, a invenção não se pode afigurar como evidente para alguém perito da área
- ser suscetível de aplicação industrial - um requisito claro, mas que tem colocado vários entraves à patenteabilidade de certas inovações, nomeadamente programas de computador

A patente confere ao seu titular o direito exclusivo de explorar a invenção patenteada no território do Estado que concedeu a patente por um período não inferior a 20 anos (de acordo com o disposto no acordo TRIPS - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, um acordo assinado por todos os membros da Organização Mundial do Comércio). Aqui denota-se o direito de impedir terceiros, sem o consentimento do titular da patente, de produzir, oferecer, utilizar ou introduzir no comércio ou importar um produto que seja objeto da mesma patente.

A tutela jurídica que usufrui o criador é concedida em Portugal, a nível nacional, com um depósito de um pedido de patente ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Importa agora analisar as várias situações em que podem ocorrer práticas anticoncorrenciais relacionadas com direitos de propriedade intelectual, nomeadamente as patentes, segue-se uma análise de algumas das práticas mais comuns e casos em que as entidades envolvidas foram condenadas por abusos nos termos do art. 101º e 102º TFUE, mas primeiro uma pequena menção às concentrações de empresas.

3.1. Standard-essential patent

As normas (ou *standards*) criam protocolos a seguir por toda a gente numa tentativa de criar mínimos obrigatórios de segurança e qualidade. As normas incluem quase sempre tecnologias protegidas por patentes, compreensível porque normalmente se algo está patenteado implicou uma novidade que fosse suscetível de aplicação industrial tal como já foi exposto. Uma patente

que inclui tecnologia essencial a uma norma é denominada de: patente essencial a uma norma (PEN), ou *standard-essential patent* (SEP) como é mais comum ver-se designado. Ora se uma destas patentes é incluída numa norma, toda a gente vai ter que ter acesso ao material protegido pela patente, se não correm o risco de não conseguirem comercializar o bem/serviço por falta de cumprimento da norma. Os detentores de PEN's devem comprometer-se a conceder licenças em condições justas, razoáveis e não discriminatórias (as condições FRAND¹⁴²), o valor não só deve ser justo para quem quer ter acesso à PEN, mas também justo para o detentor dela, continuando a incentivar para que contribuam as suas melhores tecnologias para normas. Com o aumento do número de patentes e normas que têm que ser incorporadas, tem-se tornado mais claro que a criação de normas pode levar a distorções da concorrência no mercado. Uma patente essencial na implementação de uma norma pode ter um valor muito superior depois da adoção da dita norma do que *ex ante* isto cria um claro incentivo para que o detentor desta PEN tentar conseguir o valor dela *ex post* ainda antes da implementação da norma. Outra situação que pode ocorrer quanto às PEN's neste âmbito da valorização simulada é o chamado *patent ambush*. Isto ocorre quando o detentor de uma patente essencial a uma norma esconde o facto de que detém essa patente essencial, apenas expondo o facto depois da norma estar em vigor, levando a que consiga exigir uma compensação monetária superior pelo seu uso, detendo agora mais poder de mercado. Isto pode vir a ser considerado um abuso, pelo que tem existido um esforço em reforçar a necessidade - e a obrigação - de avisar previamente quando se detém uma PEN ou qualquer tipo de direito de propriedade intelectual essencial.

4. Concentrações de Empresas na União Europeia

O regulamento base de controlo de concentrações na União Europeia é o Regulamento do Conselho (CE) nº 139/2004, de 20 de janeiro, também designado de Regulamento das Concentrações Comunitárias, considera que a aquisição de direitos de propriedade intelectual pode constituir uma concentração, desencadeando o mecanismo de controlo de concentrações da UE. As partes podem, nessas situações, procurar soluções como o licenciamento ou até a total eliminação do direito de propriedade intelectual em causa. A aquisição de um direito de propriedade intelectual apenas será um problema de concentração de empresas, sujeito ao controlo das mesmas se a empresa associada também for transferida, de notar que a legislação alemã de concorrência não restringe desta forma o controlo das concentrações, mas também considera a aquisição de bens substanciais (como direitos de propriedade intelectual) como uma concentração digna de notificação.

¹⁴² COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação sobre a aplicação do art. 101º TFUE aos acordos de cooperação horizontal: parágrafo 287 quanto aos compromissos FRAND.

5. Setor Farmacêutico: Acordos ‘pay-for-delay’

Tem sido o setor farmacêutico que tem gerado mais precedentes em matéria de direitos de propriedade intelectual, sendo já possível distinguir vários métodos através dos quais tentam atrasar ou restringir a entrada de medicamentos genéricos no mercado. Um desses métodos têm sido os acordos *pay-for-delay* que vamos agora comentar.

Os acordos *pay-for-delay* são contratos celebrados entre empresas do setor farmacêutico onde quem criou o medicamento de referência oferece remunerações às empresas de genéricos, para impedir ou atrasar a entrada no mercado das versões genéricas dos medicamentos protegidos por patentes - nos casos em que a validade destas patentes está a ser contestada pelas empresas de genéricos. Estes acordos “correspondem a uma estratégia por parte das empresas de medicamentos de referência para perpetuar o seu direito de exclusivo, face à entrada de concorrentes, as empresas de genéricos, mesmo após a caducidade da sua patente.¹⁴³”

O primeiro caso que vamos mencionar é o caso Lundbeck, cujo processo remonta já até comportamentos de 2002 (quando a patente inicial ia expirar, altura em que foram celebrados os acordos), que apenas ficou completo agora em 2021 quando foi recusado pelo TJUE o recurso à decisão do Tribunal Geral de manter a condenação inicial de 2013 feita pela Comissão. Este é considerado a “primeira aplicação, pela Comissão, da proibição europeia dos cartéis a acordos de transação em litígios de patentes celebrados entre um laboratório farmacêutico titular de patentes e fabricantes de genéricos.¹⁴⁴”. A Comissão Europeia confirmou que os acordos entre a Lundbeck (uma empresa farmacêutica global especializada em doenças do cérebro) e as várias empresas de genéricos que queriam entrar no mercado eram restritivos da concorrência ao violar o art. 101º TFUE, especialmente porque existiam possibilidades reais e concretas de as empresas de genéricos entrarem no mercado num prazo curto, exercendo pressão concorrencial sobre a Lundbeck, no momento de celebração dos acordos em questão. O caso foi considerado de restrição por objeto, porque os pagamentos desproporcionais criavam um sério incentivo para que as empresas de genéricos não prosseguissem com os seus esforços de entrada no mercado, a Lundbeck “comprou a concorrência”.

O caso Lundbeck não só marcou a jurisprudência por ser o primeiro, mas levou também a um inquérito realizado no setor farmacêutico em 2008 que detetou inúmeros acordos deste género suscetíveis de violar normas de concorrência. As empresas que criam os medicamentos originais tentam proteger o seu investimento através da proteção por obtenção de uma patente, não só da substância em si, mas muitas vezes também do processo de produção da mesma. Quando o prazo da proteção concedida por estas patentes começa a terminar as empresas começam a sentir a pressão concorrencial das empresas de genéricos que já começam a desenvolver as suas versões do produto. Ao sentir esta pressão as empresas originais tendem a adotar um conjunto de estratégias que limitam essa ameaça, como os acordos de que trata esta parte. Quando os acordos entre empresas de medicamentos

¹⁴³ REMÉDIO MARQUES, J. (2008). *Medicamentos Versus Patentes*, op. cit., p.76 e ss.

¹⁴⁴ Conclusões da advogada-geral no processo C-591/16 P (Lundbeck/Comissão)

originais e os produtores de genéricos têm em vista a antecipação da entrada dos genéricos antes do fim dos direitos de exclusividade, a Comissão tende a considerá-los pró-concorrenciais. Enquanto que os acordos que impedem ou criam entraves à entrada de genéricos no mercado, em que há transferência de dinheiro são considerados potencialmente anticoncorrenciais.

Um exemplo de outra variante deste tipo de acordo foi o caso AstraZeneca (T-321/05) decidido em 2010, a primeira vez que a Comissão lidou com a prática agora conhecida como *evergreening* ou *product-hopping* - práticas onde as empresas reformulam ligeiramente o produto de primeira geração para poderem voltar a patentear e manter a proteção de exclusivo (normalmente com um lançamento do produto de 2ª geração). Isto aconteceu neste processo com o medicamento Losec e afetou a entrada no mercado por parte das empresas de genéricos de duas formas:

- os genéricos já não podiam utilizar as cápsulas Losec originais como produto de referência para beneficiar dos resultados dos testes clínicos do produto original;
- e a procura foi influenciada para longe dos genéricos em direção à nova fórmula, agora protegida por uma nova patente do Losec, que deu entrada no mercado antes dos genéricos, restringindo a concorrência e abusando da posição dominante que detinha no mercado.

O mesmo está a acontecer agora com a Teva e o seu medicamento Copaxone, a Comissão Europeia já abriu investigação formal da situação em março deste ano.

5.1. Inquérito ao Setor Farmacêutico

O "Pharmaceutical Sector Inquiry Report" realizado em 2008 teve o seu relatório final publicado em julho de 2009 com um total de 533 páginas. O setor farmacêutico é essencial para os cidadãos e a sua saúde, é também um dos setores que mais dinheiro move na economia mundial, dada a importância deste setor para o crescimento económico dos países a UE queria e quer criar um quadro jurídico que regule este setor sem pôr em causa outros. Cobriu o período entre 2000 e 2007, com algumas informações solicitadas ainda quando a 2008 no âmbito geográfico de todos os estados membros da UE na altura.

Uma das informações de destaque do relatório é que cerca de metade dos medicamentos objeto desta investigação foram confrontados com genéricos a entrar no mercado um ano depois do fim da patente e da exclusividade dos dados, importante é destacar que a quota de mercado das empresas dos genéricos encontrava-se em cerca de 30% no final do primeiro ano depois da entrada no mercado, e em 45% passados dois anos. As conclusões do relatório parecem indicar que as empresas de medicamentos originais recorrem constantemente a uma série de instrumentos para prolongar o monopólio de mercado dos seus produtos, o que contribui para vários atrasos na entrada em mercado dos genéricos. O inquérito determinou também, que foram celebrados mais de 200 acordos de resolução de litígios entre as empresas de medicamentos originais e as de genéricos no período compreendido, em aproximadamente metade destes acordos a capacidade da empresa de genéricos de comercializar o seu medicamento foi restringida

(e numa proporção significativa deles houve também uma transferência de valor da empresa de medicamentos originais para a de genéricos).

A utilização combinada de mais do que uma destas práticas para estender o ciclo de vida dos medicamentos pode criar atrasos injustificados da entrada dos genéricos no mercado, o que pode ter reflexos negativos nos orçamentos de saúde pública e para os consumidores. O inquérito concluiu dizendo que a Comissão iria trabalhar em estreita cooperação com as autoridades nacionais da concorrência para assegurar que não há qualquer infração das normas de concorrência no setor, continuando a promover a inovação e o desenvolvimento.

Quase 10 anos depois gostava de destacar um novo Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a Aplicação das Regras de Concorrência no Setor Farmacêutico feito na sequência deste Inquérito de que estamos a tratar neste ponto do trabalho. O relatório visou analisar como é que as regras de concorrência foram aplicadas depois do Inquérito no período entre 2009-2017. Foram adotadas 29 decisões em matéria *antitrust* contra empresas farmacêuticas, que impuseram sanções ou tornaram vinculativos os compromissos de corrigir os comportamentos anticoncorrenciais, muitas delas sem precedentes, tornando-se elas próprias precedentes que oferecem mais orientações. Analisaram-se outros 100 processos, dos quais 20 estão em análise por possíveis comportamentos anticoncorrenciais. Mas mais importante que isto foram as conclusões de que a aplicação do direito da concorrência a este setor pode ser muito eficaz, mas tem limites, sendo importante todas as partes interessadas continuarem a apoiar o acesso sustentável a medicamentos inovadores e a preços acessíveis.

5.2. Os Acordos de Licença e o Patent Pooling

Qualquer acordo entre empresas, como é o caso dos acordos de licença, encontra-se sujeito à aplicação do art. 101º TFUE e, eventualmente, ao art. 102º (se uma das partes ocupar posição dominante no mercado). Para efeitos do Regulamento nº 316/2014 (Regulamento sobre as Transferências de Tecnologia - RTT), os acordos de transferência de tecnologia são entendidos como compreendendo acordos de licença de direitos de tecnologia, através dos quais o licenciante autoriza o licenciado a explorar os direitos da tecnologia licenciada. A jurisprudência sobre a recusa de licenciamento de direitos de propriedade intelectual por empresas dominantes no mercado tem sido estabelecida por uma série de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. As recusas são consideradas legais na maior parte dos casos, mas pode acontecer que uma recusa de licenciamento infrinja o art. 102º TFUE especialmente quando seja recusado o licenciamento de algo indispensável para os outros agentes de mercado inovarem ou introduzirem produtos no mercado, de tal forma que a recusa afete significativamente a concorrência nesse mesmo mercado ou em mercados adjacentes: exemplo do caso *Microsoft* (caso T-201/04).

Neste âmbito vamos ver também o Processo C-307/18, o caso *Generics* - tratou-se da análise de um acordo criado para incentivar os fabricantes de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado durante um certo período de tempo acordado em troca de dinheiro (os já analisados

acordos *pay-for-delay*), que se assemelhava a um acordo de exclusão de mercado, proibido pelo art. 101º TFUE, e constituindo um abuso de posição dominante da GSK nos termos do art. 102º TFUE. Eles, para além de deterem a patente do ativo em questão (paroxetina), detinham ainda patentes secundárias relacionadas com o seu processo de fabrico, de notar que acreditamos que isto sejam situações potencialmente restritivas da concorrência, mesmo que uma patente tenha sido pedida depois à outra, tendo em conta as ligações entre ambas e a detenção delas pela mesma entidade, talvez devesse ser implementada nova regra que culminasse no término de ambos os prazos simultaneamente, diminuindo as dificuldades de entrada no mercado de genéricos por outras empresas.

Este agrupar de patentes interligadas é denominado de *patent pooling* - quando duas ou mais empresas detêm as patentes necessárias para introduzir um dado bem no mercado. Este pode ser o método mais eficiente para resolver um problema de produção, mas os problemas de concorrência surgem quanto estes acordos, estes consórcios, são utilizados para bloquear outros concorrentes de entrar no mercado. Se as autoridades que lidam com os problemas de concorrência e direitos de propriedade intelectual não se prepararem adequadamente, as *patent pools* podem fomentar a criação de mercados monopolísticos em detrimento da inovação e do desenvolvimento, são também estas as conclusões a que chegou a Comissão quando apresentou as Orientações sobre a Aplicação do art. 101º TFUE aos acordos de transferência de tecnologia. Porque importa reconhecer o risco de exclusão dos concorrentes através do aumento dos custos destas licenças, da restrição dos acessos a patentes essenciais ou imposição de outras barreiras à entrada. Isto não querendo dizer que os acordos de transferência de tecnologia são negativos, muito pelo contrário, trazem importantes benefícios de eficiência particularmente quando promovem a integração de tecnologias complementares, eliminam custos de transação através da formação dos pacotes de tecnologia (os *patent pools* já mencionados) ou quando garantem a liberdade de conceção ao eliminar o risco de infração dos direitos de exclusivo existentes.

6. A indústria Farmacêutica: Um Setor Fundamental à Sociedade

Quando estamos a falar desta indústria e dos direitos de propriedade intelectual importa sempre ter em mente o confronto entre duas realidades distintas: por um lado, que estes concedem um direito de exclusivo aos seus detentores (um monopólio legal), e, por outro, que a importância que este setor tem para a sociedade e para as pessoas no geral é imensa - o acesso a preços justos a estes bens essenciais para muitas pessoas não deveria ser um jogo, mas infelizmente muitas vezes é, para as farmacêuticas. Um setor altamente criticado pelas escolhas que faz e pelos preços extremos que pratica, especialmente nos Estados Unidos da América, importa agora comentar criticamente um pouco de tudo o que foi analisado até aqui. Já foi explicado que nos concentramos apenas nos direitos industriais neste trabalho, direitos de utilização exclusiva que deixam os seus titulares a "salvo" da concorrência, isto em troca do benefício que a sua inovação trouxe para a sociedade, mas se agem de forma contrária

ao interesse dessa mesma sociedade, é justo que deixem de estar a “salvo” do direito da concorrência.

As empresas farmacêuticas tendem a abusar deste seu monopólio legal com preços elevados, e tratando-se de produtos muitas vezes indispensáveis para quem os utiliza, nada podem os consumidores fazer se não aceitarem estes comportamentos. A importância destas realidades torna-se clara quando se verifica que ambas estão reguladas no nosso diploma fundamental, a propriedade intelectual no art. 42º e o direito à saúde no art. 64º da Constituição da República Portuguesa, daí a dificuldade em resolver conflitos entre elas e até com o direito da concorrência como temos vindo a expor.

7. Conclusões

É precisamente a importância social do medicamento que torna especialmente importante garantir que a concessão de direitos exclusivos de patente tem lugar de forma correta, garantindo o contínuo desenvolvimento de novos fármacos. O setor farmacêutico tem vindo, cada vez mais, a ser escrutinado pelo direito da concorrência, havendo mais e mais casos a serem abertos, investigações a serem lançadas contra várias práticas do setor. O nosso problema específico é que os direitos de propriedade intelectual são de restrição territorial o que, ao nível da União Europeia, pode interferir com o objetivo do mercado único. Isto tudo é ainda mais complicado pelas inúmeras regras nacionais e comunitárias de intervenção neste mercado, um setor altamente regulamentado, cheio de restrições. Existe hoje em dia o esgotamento destes direitos, que constitui um mecanismo de limitação ao direito de exclusivo por parte do proprietário do produto. O que é que isto implica? Que uma vez realizada a primeira venda ou comercialização do bem, que se esgota o direito do titular relativo a esse exemplar em concreto do produto, não podendo o titular interferir nas comercializações posteriores (seja proibindo a sua revenda, exigindo retribuições, etc.). Por outras palavras, exaustão acontece quando o titular do direito ou alguém por ele autorizado, vende um produto protegido por um direito de propriedade intelectual. Para além dos casos estudados já nas outras partes deste trabalho, a UE preocupa-se também com a tentativa das farmacêuticas de tentarem impedir este comércio paralelo depois do esgotamento dos seus direitos. Acreditamos que vai sempre existir esta problemática entre incentivar à inovação com patentes, entre outros mecanismos, e promover um mercado competitivo.

Creemos que já todas as entidades concordam que a propriedade intelectual e o direito da concorrência são instrumentos complementares, mas ainda há muito trabalho a ser feito para garantir que há uma correta regulação deste setor sem prejudicar nem as empresas envolvidas nem os consumidores. Importa destacar algumas das conclusões a que chegámos com este trabalho. É claro que as empresas de medicamentos têm interesse em impedir ou atrasar a entrada das empresas de genéricos no mercado, porque estas vão entrar com custos muito inferiores e a um preço mais acessível no mercado, não permitindo que as empresas dos medicamentos originais consigam o reembolso de todo o investimento que realizaram originalmente, daí a importância dos direitos de propriedade intelectual neste setor. Mas, também é importante compreender que chega a um ponto em que nem todas as estratégias que

adotam neste sentido são legais à luz do direito da concorrência, os acordos *pay-for-delay* de que tratamos neste trabalho são o perfeito exemplo de um conflito entre o incentivo à inovação e a livre concorrência, apesar de nem sempre serem considerados anticoncorrenciais, ou as medidas de alterar ligeiramente o componente ou a sua forma de produção para poder pedir nova patente e atrasar artificialmente a concorrência.

Viu-se também que o Inquérito ao Setor Farmacêutico realizado pela Comissão no início do século revelou inúmeros casos de práticas anticoncorrenciais que ainda hoje em dia estão a ser julgadas, são processos longos e complexos, mas o inquérito foi extremamente útil em trazer à luz todas estas situações e permitir que se comece a analisar e a regulamentar no sentido de as resolver da forma mais justa possível, tendo-se já criado jurisprudência que permite hoje em dia termos uma imagem mais clara do que está correto ou não.

O presente trabalho permitiu uma maior compreensão do setor através de uma visão não só da unidade curricular para o qual foi desenvolvido, mas também do Direito da Concorrência, ramo do direito pelo qual temos os dois grande apreço, compreende-se que ainda tem muito que se descobrir e legislar nesta matéria, mas que os esforços estão a ser feitos e vai ser muito interessante ver que novas decisões vão aparecer nos próximos anos (porque já se compreendeu que são processos muito morosos) que nos permitam melhor compreender como regular este setor, e outros, quando se trata de problemas entre estes dois ramos do direitos que apesar de complementares, e com objetivos semelhantes, têm objetos distintos que facilmente entram em conflito.

8. Referências

CHEUNG MAIA, Henrieta. *Regime Comunitário e Extra Comunitário das “Importações Paralelas” e os Fluxos de Circulação de Produtos de Marca*. 2008. Aveiro: Universidade de Aveiro, Instituto Superior de Contabilidade e Administração. Dissertação de Mestrado.

COLE, Miranda; WESLEY, Lepa; NTEVE, Marilena. *The CJEU's Lundbeck judgement*. 2021. [Última Consulta: 1 de novembro 2021]. Disponível na internet: <https://www.covcompetition.com/2021/04/the-cjeus-lundbeck-judgment/>

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu: que define a abordagem da UE em matéria de patentes essenciais a normas*. Bruxelas. 2017 [Última Consulta: 1 de novembro 2021]. Disponível na internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0712&from=PT>

_____. *Comunicação da Comissão: Síntese do Relatório sobre o Inquérito ao Setor Farmacêutico*. Bruxelas. [Última Consulta: 1 de novembro 2021] Disponível em:

https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf

_____. *Pharmaceutical Sector Inquiry: Final Report*. Bruxelas. 2009 [Última Consulta: 1 de novembro 2021] Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf

EDUARDO DE CAMPOS LILLA, Paulo. *Direitos de Propriedade Intelectual e o Controle das Práticas Restritivas da Concorrência à Luz do Acordo TRIPS/OMC*. 2013. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

KYLE, Margaret. *Competition Law, Intellectual Property, and the Pharmaceutical Sector*. *Antitrust Law Journal* vol. 81, nº1 (2016). pp. 1-36. Disponível em: <http://margaretkyle.net/Kyle%20ALJ%2081-1%20FINAL.pdf>

MOURA E SILVA, Miguel. – *Direito da Concorrência*. Reimpressão 2020. Lisboa: AAFDL Editora, 2020. 978-972-629-185-5

OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION – *Official Journal of the European Union*, C11. vol. 54 (2011). 2011/C 11/01. Disponível na internet: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>

PIESIEWICZ, Grazyna; SCHELLINGERHOUT, Ruben. *Intellectual property rights in standard setting from a competition law perspective*. *Competition Policy Newsletter* nº 3 (2007). Disponível na internet: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_3_36.pdf

PIRRÓ, Vanessa. *Interface entre direitos de propriedade intelectual e direito da concorrência: análise de exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual no âmbito de licenciamento*. PIDCC, Aracaju Vol. 10º nº 1, pp. 183 a 200. (2016).

PODSZUN, Rupprecht. *Intellectual Property and Competition law: An overview of EU and national case law*. *e-Competitions, Antitrust Case Laws e-Bulletin* (2019). *Concurrences* nº 91076. Disponível na internet: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/intellectual-property/intellectual-property-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case-en>

REMÉDIO MARQUES, J. *Medicamentos Versus Patentes: Estudos de Propriedade Industrial*. 1ª Edição. Coimbra Editora, 2008. 978-972-321-598-4

SOFIA OLIVIRA BARBOSA, Ana. *Os Acordos Pay for Delay: uma análise problemática à luz do Direito Europeu da Concorrência e do Direito da Propriedade Industrial*. 2020. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tese de Mestrado.

TERESA SERAFINO, ANA. *Acordos Pay-For-Delay: Questões de Direito da Concorrência e Direito de Patente*. 2017. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado.

VINJE, Thomas. *The Intellectual Property and Antitrust Review: European Union*. 6ª Edição (2021). 978-1-83862-789-8. Disponível na internet: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-intellectual-property-and-antitrust-review/european-union>

Jurisprudência

ACÓRDÃO de 25 de março de 2021, Lundbeck/Comissão, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

ACÓRDÃO de 23 de maio 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Processo 102/77, EU:C:1978:108

ACÓRDÃO de 13 de julho 1966, Consten e O./Comissão da CEE, Processos Apensos 56/56 + 58/64

ACÓRDÃO de 30 de janeiro 2020, Generics (UK)/Competition and Markets Authority, Processo C-307/18, EU:C:2020:28

ACÓRDÃO de 17 de setembro 2007, Microsoft Corp./Comission of the European Communities, Case T-201/04, EU:T:2007:289

ACÓRDÃO de 1 de julho 2010, AstraZeneca/European Comission, Case T-321/05, EU:T:2010:266

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Conclusões da Advogada-Geral no Processo C-591/16 P Lundbeck/Comissão*. Luxemburgo, CURIA (2020). [Última Consulta: 1 de novembro 2021] Disponível em:: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-06/cp200066pt.pdf>

Id.Med - Sistema Inclusivo para a Identificação de Medicamentos

*Margarida Pereira*¹⁴⁵

*Maria Cadarso*¹⁴⁶

Resumo

O consumo de medicamentos é comum e transversal. Com o objetivo de melhorar a sua qualidade de vida, um grande número de pessoas consome diariamente algum tipo de medicação. No entanto, a informação contida em muitas das atuais embalagens de medicamentos não permite uma identificação fácil das mesmas nem da função do medicamento que contém. Este problema é mais evidente para grupos que, devido ao seu quadro clínico, grau de instrução ou, simplesmente, a idade, têm maior dificuldade na sua distinção, como os daltónicos, os analfabetos ou os idosos.

Uma boa identificação e compreensão da informação existente nas embalagens é fundamental. Deseja-se então, que as embalagens de medicamentos tenham uma comunicação eficaz e direta, que permita a quem as utiliza uma identificação e compreensão fácil e imediata, evitando erros no seu consumo e consequentemente doenças ou efeitos secundários.

A presente investigação, assente em metodologias qualitativas e quantitativas, propôs a criação de um sistema devidamente fundamentado e comprovado, quer com a teoria existente, quer com a análise de questionários e provas no público-alvo desenvolvidas para o efeito, garantindo assim o seu conceito e forma de construção.

O código Id.Med, um sistema inclusivo de identificação de medicamentos a toda a população, é um código de símbolos colocado nas embalagens medicamentosas e que, através de três elementos identificativos – pictogramas, siglas e cores – permite ser facilmente entendido pelos seus utilizadores.

Esta investigação, contribui para aumento do conhecimento do Design em áreas da saúde. O Design, nesta área, ainda é visto com um aspeto secundário e por esse motivo, ainda é um tema pouco explorado. No entanto, é importante ter em consideração que o Design também contribui para o bem-estar da população.

Palavras-chave:

Design de Comunicação e Gráfico, Embalagens de Medicamentos, Sistema de Identificação.

¹⁴⁵UNIDCOM/IADE-Faculdade de Design, Tecnologia e Comunicação da Universidade Europeia,
Av. Dom Carlos I, n 4, 1200-649 Lisboa, Portugal, 0000-0003-0028-240X,
margaridamsp9@hotmail.com,

¹⁴⁶ UNIDCOM/IADE-Faculdade de Design, Tecnologia e Comunicação da Universidade Europeia,
Av. Dom Carlos I, n 4, 1200-649 Lisboa, Portugal, 0000-0002-7343- 0592,
maria.cadarso@universidadeeuropeia.pt

Id.Med - An Inclusive System to Identify Medical Drugs

*Margarida Pereira
Maria Cadarso*

Abstract

The use of medical drugs is common and transversal. In order to improve the quality of life, a large number of people daily take some sort of medication. However, the information contained in lots of drugs packages, does not allow either the easy identification or the function of the drug contained. This problem is more common on groups that, due to their clinical condition (such as colorblind), education level (illiterate) or even age (elderly), have greater difficulty in distinguishing.

Thus, it is desired that the packages have an effective and direct form of communication, allowing those who use them, to have an easy and immediate comprehension, in order to avoid errors in its intake and consequently diseases or side effects caused by these accidents.

The current investigation, based on quantitative and qualitative methodologies, aims the creation of a duly sustained and proven system, either with the existing theory and the analysis of questionnaires and tests directed to the target audience, thus assuring its concept and form of construction.

The Id.Med, suggests a medical drug identification system all-inclusive to the entire population. A code of symbols is set on drug packaging, that through three identifying elements - pictograms, acronyms and colours - is easily understood by its users.

This investigation contributes to the knowledge of Design in health areas. A theme that is poorly explored, since design in health areas is seen as a secondary aspect of its process. However, it's important to keep in mind that design can also contribute to the well-being of the population.

Keywords:

Communication and Graphic Design, Medication Packaging, Identification System.

Introduction

Medical drugs are seen as an essential benefit for health, an important tool for medical professionals, and contributes to the increase of the average life expectancy and quality of life of the populations.

With an increased use of medical drugs, there are gaps in the information on the current packaging, making it difficult to identify them. Proper identification and understanding of the information about these drugs is essential for an effective use and avoid errors or swaps in its consumption.

This paper follows upon a master thesis project, within the scope of Graphic, Communication and Inclusive Design, where this problem was deeply researched and also, addresses the referred problem, which is not always recognized and can lead to medication errors (with a consequent worsening of health status), namely: the difficulty in identifying medical drugs packaging.

Drugs are mostly consumed by the elderly (individuals over 65 years old), but also by disabled people or with psychiatric disorders. In addition, considering the low level of education of many of the Portuguese population, we quickly realized the difficulty that exists in decoding the medical drugs packaging.

This difficulty, in the identification, is also associated with the similarity of the design of medical drugs packaging and the lack of specific or highlighted information.

Thus, the key question - which will guide the narrative and graphic structure of this investigation and is intended to be answered clearly and successfully is:

- How to create an identification system for medical drugs easily decoded by the entire population?

This study aims to develop codes that help the distinction of various medical drugs for the general population and, particularly those groups with certain pathologies or with low literacy. Preventing errors in the consumption of the drugs, the appearance of side effects/serious illnesses are purposes of the study, as well improving the trust relationship between the doctor and/or pharmacist and the user.

1. Literature review

To develop this research, an exhaustive survey of primary and secondary sources was made which, together with the questionnaires conducted to pharmacists and the proofs of concept carried out to the target audience, supported and validated the final result. In this document, it will be presented the most relevant issues for the understanding of the subject and its outcome. Nevertheless, more information can be seen in the Master's Thesis *Id.Med - Um Sistema de Identificação de Medicamentos Inclusivo* (*Id.Med - An Inclusive Medical Drugs Identification System*) [1].

Based on the research carried out and the support of health professionals, it was found that medical drugs can be organized by the nature of the disease, i.e., on what they work on. It is possible to divide them into sixteen types:

- Antibiotics/antibacterials: fight bacterial infection;
- Antifungals: prevent, inhibit or destroy the proliferation of fungi;
- Antivirals: act on viruses;

- Antiparasitic: eliminate parasites;
- Analgesics: eliminate or relieve pain;
- Anti-inflammatory: treat inflammation of tissues and their symptoms (pain and fever);
- Medical drugs that act on the central and peripheral nervous system;
- Medical drugs that act on the cardiovascular system;
- Medicines that act on the blood;
- Medical drugs that act on the respiratory system;
- Medical drugs that act on the digestive system;
- Medical drugs that act on the genitourinary system;
- Medical drugs that act on the hormonal system;
- Medical drugs that act on the locomotor system;
- Antiallergic drugs;
- Nutrition drugs.

The administration of medication is guided by doctors or pharmacists to prevent wrong ingestion. Pharmacists also have the role of educating users in a clear way, to combat risky attitudes and improve health care. The information must be personalized according to the culture, physiological or pathological status of each user [2].

Pharmacists should try to eliminate serious problems that may occur during the entire medication process. However, "the system is not always sufficiently safe, with errors occurring that may or may not cause harm to the patient."¹⁴⁷ [3]. Outside the pharmacy, errors which pharmacists are unaware of and cannot fight can happen.

Health literacy is important to identify medications and to take them accurately. Reis, in his dissertation *O conhecimento sobre o medicamento e a literacia da saúde* (Knowledge about the medicine and health literacy) [4], concluded that "The factors that explain the variation in the level of knowledge about the medicine are the level of education, the index of understanding of the information and the frequency of reading health or medication information."¹⁴⁸ [5]. Respondents to this dissertation showed that they had knowledge only of the medical drugs they consume, revealing difficulties when new drugs are added to their regimen. Thus, the same author reveals the importance of reinforcing the information provided by pharmacies, which is better understood and more sought after by users when they need information about medical drugs. "Reading health information is, in terms of health literacy, the most associated dimension, so the production of written information materials is justified and should be guided by the ease of use."¹⁴⁹ [6].

For the development of this Id.Med investigation, the population that consumes medical drugs was considered the target audience, but to guarantee

¹⁴⁷ o.v. (original version): "nem sempre o sistema é suficientemente seguro, ocorrendo erros que podem ou não, causar danos ao paciente."

¹⁴⁸ o.v.: "Os fatores que explicam a variação do nível de conhecimento sobre o medicamento são o grau de escolaridade, o índice de compreensão da informação e a frequência de leitura de informação sobre saúde ou medicamento."

¹⁴⁹ o.v.: "leitura de informação sobre saúde é, em termos de literacia da saúde, a dimensão mais associada pelo que a produção de materiais informativos escritos se justifica e deve orientar-se pela facilidade da sua utilização."

the inclusiveness of the project, the characteristics of three groups were studied, since they revealed to have more difficulty in decoding a product:

- In the elderly, there is visual difficulty and memory degradation due to the interference of knowledge already stored with that knowledge obtained at the moment - interference caused by the increase in the time to process new information [7]. This prevents the use of very small symbols or that are difficult to understand.
- Illiterates are individuals who over the age of 10 (age of primary basic education), do not know how to read or write [8]. For those it is impossible to use written information.
- Colorblind people have a visual disturbance that does not allow them to distinguish all colors [9]. It prevents the use of nearby colors or shades. Blindness could also be seen as a constraint. However, using braille (tactile writing system) as secondary support, would be a next step and something to be studied in another phase of the project.

Then, the medical drugs packaging and its design problems were studied. Despite being regulated by INFARMED (National Authority of Medicines and Health Products, I.P), there are several authors who recognize that the design of medical drug packaging is associated with uncertainties, confusion and daily difficulties to its consumers.

Packaging and blisters have problems in their communication, being one of the main causes of medication mismanagement. Most of these packages have the same shape and color, making their identification difficult (see Fig. 1), especially when taking several medications, in which all are similar [10]. Yet, changing the design of medical drugs packaging is not a simple and/or an easy process. "Design management that considers the systemic view presupposes that any change in components of the product system mutually affects all levels of the process." [11].



Fig. 1. Similar packaging: Dicorynan - Medical drug that acts on the cardiovascular system; Lepicortinolo - Anti-inflammatory drug.

Based on the analysis of these authors, there are 36 variables in the medical drug chains production. Once the visual graphic part of the packaging is changed 31 variables will suffer. For instance, if any visual graphic aspect is changed, an high impact on the consumer is notorious, which can be positive or negative with this "new" packaging; at the distributor, who will need to recognize the new product; in the general management of the business; in legal regulation, which will have to be evaluated; in marketing, which will need new strategies; as well as many others [12].

Moreover, the process of developing a medical drug is very long. All stages are evaluated by the pharmaceutical industry, since the creation of the

packaging and the whole process can take several years. According to the author Lorenzini [13], if a new packaging of medical drugs were created, the process of acceptance would further delay its placing on the market. Therefore, the industry opts for both packaging and images that we commonly observe, ensuring that there will be no obstacles to product validation. This industry also focuses more on protecting its content, the drugs, and less on the design, function and inclusiveness of packaging (being comprehended by everyone). The same author, also points out the importance of Inclusive Design: designers and other professionals in this industry must use this concept during their process. They must think about the product and the user. Thus the easy-to-use understanding is very important to keep in mind. It is also necessary that the target audience takes part in the development of the product or project from the beginning of the whole process - contact, analysis, interaction and discussion should be settled from the beginning.

As a possible solution, a code of symbols was constructed to identify a type of medical drug, taking into account the constraints of the target audience, the rules of design, studies based on theoretical and practical cases. So, a set of symbols was created, each one with three identifying elements, allowing the target audience to identify the element(s) - acronym, color or pictogram.

It was considered that, for the validation of the project, it would be necessary to undergo different tests that approve its criteria. So, all changes were assessed by the target audience using empirical methods. Three tests of concept were carried out. In the latter, all symbols showed an acceptance level above 67%, which is the percentage that validates the use of a pictogram by ISO 3864.

2. Methodology

To develop the project, a strategy based on reliable theories was planned. All steps of the project were successively evaluated and validated. The research comprises two components: a practice, which suggests the creation of an identification system for all-inclusive medical drugs; and a component of theoretical foundation and cases analysis. The following steps were designed:

- Analysis of the problem: understand the need to implement the project;
- Theoretical-practical foundation: study and citation of the theory of different areas and registration of fundamental data;
- Draft project proposals, based on the theory apprehended;
- Tests of concept with the target audience;
- Correction and creation of the final proposal, based on the tests of concept carried out;

Hence, the main research question as a starting point - is it necessary to create symbols to improve the identification of medical drug packaging? - and using a diversified methodology (quantitative and qualitative), an exploratory questionnaire was created for those who are most in contact with medicines, the pharmacists. This allowed to answer three important questions for the initial development of the investigation: "to observe what?; in whom?; how?".¹⁵⁰ [14].

¹⁵⁰ O.v.: "observar o quê?; em quem?; como?."

The results made it possible to come to the conclusion that the users find it difficult to identify the medicines; the target audience for this research are the final consumers of medical drugs; there exist subgroups for which the use of colors, heavier typography or symbols, could help to distinguish the packaging of this type of drugs.

After assess the problem, the theory study began - the literature review - which enable the creation of proposals for the Id.Med code. However, dealing with this problem resolution may emerge serious health complications. Several authors, theories and projects were taken into consideration. Concluding that for such a project (in which including the entire population is essential), it is important to understand if these symbols are sufficiently noticeable as they are aimed to the whole. Thus, three tests of concept were made, in which, the symbols correction, between each test was based on the results and comments obtained by the respondents.

The first two tests of concept started with a memory and decoding test. Two versions of anonymous tests were created. Data concerning gender, age, profession and education level was required to understand the group difficulties.

The first version (aiming adults from 18 to 64 years old) and the second (for adults over 65 - elderly), consisted of two parts: a timed test and a survey with questions related to everyday medication. The first version also included questions related to the codes presented. The decision to remove the opinion questions in the second version was due to the fact that the cognitive and imaginary thinking of this age group is more reduced. However, it must be mentioned that it is an heterogeneous group, as adults aged 65 may be very different from adults aged 80, or dementia sufferers bearers. Still, adults over 65 were target to the second version test as they are considered elderly.

In both tests, respondents observed and tried to memorize (or decode) all the symbols presented with their meaning. When they believed that they had already learned them, they were asked to write in five minutes what each symbol represented (see Table 1).

Table 1. First and second tests of concept results.

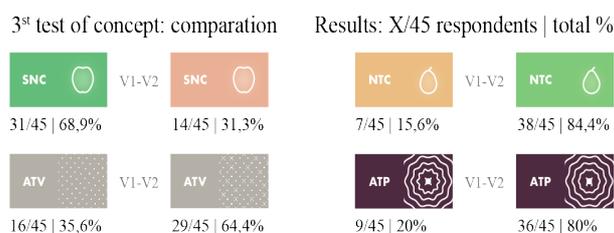
1 st test of concept: decoding								Results: X/78 respondents total %							
CDV	SNG	RSP	DGT	GNT	SNC	LCM	EDC	ALG	NTC	ATB	ATV	ATF	ATP	ANG	AIF
77/78 99%	77/78 99%	78/78 100%	74/78 95%	73/78 94%	66/78 85%	70/78 90%	62/78 79%	68/78 87%	43/78 55%	71/78 91%	69/78 88%	62/78 79%	48/78 62%	56/78 72%	53/78 68%
✎ Based on the results, changes were made															
2 nd test of concept: decoding								Results: X/66 respondents total %							
CDV	SNG	RSP	DGT	GNT	SNC	LCM	EDC	ALG	NTC	ATB	ATV	ATF	ATP	ANG	INF
66/66 100%	66/66 100%	66/66 100%	62/66 94%	59/66 89%	58/66 88%	63/66 95%	56/66 85%	59/66 89%	50/66 75%	63/66 95%	59/66 89%	57/66 86%	50/66 76%	50/66 76%	61/66 92%

In these tests, the qualitative data also turns out to be very significant and relevant. More than half of the respondents said they had difficulties in decoding the drugs they consume and considered that the adding of these symbols would be beneficial. Through the tests, the created symbols were also considered easy to distinguish and assimilate.

The second test results were very positive (all symbols had an acceptance over 75%), nonetheless, the third test were different. Some of the respondents' comments, written during the second test, were very relevant. Thus, in order to clarify whether the suggestions made would help more in distinguishing the symbols, a comparison test was done.

The test was also anonymous, requiring the same data as the previous. Respondents observed the 16 symbols of the second test. However, they were explained that certain symbols underwent changes that needed to be evaluated. Thus, they were asked to choose between two versions of the same symbol: the first corresponded to the symbol shown in the second test and the second one with the suggested changes (see Table 2).

Table 2. Third test of concept results.



3. Project

3.1. The code

As a starting point for the concept of creating the symbols, it was defined that they would have three components: their purposes (i.e., what they represent), satisfaction at the graphic level and the results obtained by the tests of concept carried out to the target-audience. Thus, in this section, only the results obtained after all the studies, surveys and tests carried out will be presented.

3.2. Pictograms

Medeiros, et al. [15] mention authors like Houts (2006), who defends the use of pictograms in health. Investigations show that inserting pictograms in health, as far as information is concerned, has a positive effect on awareness, comprehension, memory and adherence to the patient's treatment. It is known, that the majority of patients and of the general population finds it difficult to understand health information/data. Therefore, pictograms favor its comprehension. So, pictograms (and ideograms) are considered the most appropriate signs to identify medical drugs for a certain type of system of the human body, because since childhood, they teach us to associate organs with their specific system. Thus, a representation of these would be more directly

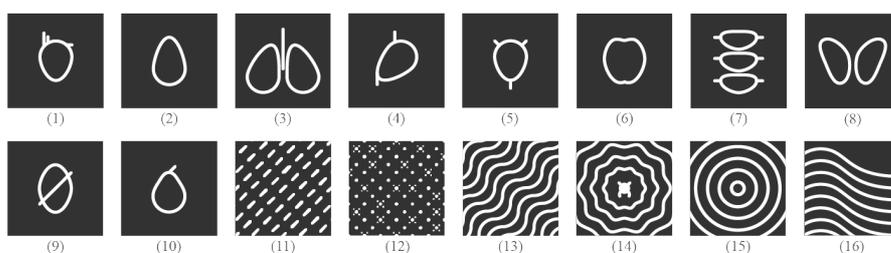
associated with their treatment. We tried to define which keyword would represent it and work on a symbol based on that term. For drugs that aim the treatment of a specific system in the human body the logical choice was the name of an organ or recognizable element that refers directly to the system (see Fig. 2):

- (1) Medical drugs that act on the cardiovascular system: heart;
- (2) Medical drugs that act on the blood: blood drop;
- (3) Medical drugs that act on the respiratory system: lungs;
- (4) Medical drugs that act on the digestive system: stomach;
- (5) Medical drugs that act on the genitourinary system: bladder;
- (6) Medical drugs that act on the central and peripheral nervous system: brain;
- (7) Medical drugs that act on the locomotor system: spine;
- (8) Medical drugs that act on the hormonal system: thyroid;
- (9) Antiallergic drugs: forbidden element;
- (10) Nutrition drugs: pear (fruit).

For the other types of medication, it was necessary to define a concept that resembled the action, format or what its name suggests. Ideograms were created (see Fig. 2):

- (11) Antibiotics/antibacterials: bacteria;
- (12) Antiviral: virus and its dissemination;
- (13) Antifungal: curves/propagation effect;
- (14) Antiparasitic: parasite;
- (15) Analgesic: acts on a pain point;
- (16) Anti-inflammatory: reduces inflammation.

Fig. 2. Id.Med pictograms and ideograms.



In the short Medeiros, et al. [15] investigation, on the use of pictograms in healthcare, pictograms were created to represent the correct ways of medication intake and use. After its creation they tried to validate them by means of interviews. Six pictograms were presented, four of which had positive results regarding legibility and comprehension by the respondents. The other two didn't get the same positive outcome, as the negative legibility was due to the feature thoroughness of those pictograms, which prevented understanding the drawings. In other words, the simple and more direct, the better to be recognized and memorized. So, it was important the use of less features, when drawing the pictograms, and use only main lines for the identification of the represented object.

Colors

Luciano Guimarães [16] in his study *A Cor como Informação* (The Colour as Information) reminds us that colours became a crucial tool of the means of communication nowadays. They will be in the future related as an attraction of imagetic messages. He also states that if images have this appealing strength, colourful images will have more.

Rodrigues [17] refers to Modesto Farina book, *Psicodinâmica das cores em comunicação* (Psychodynamics of color in communication), which points that colour can be used as an effective way of communication as it is easy to use even by people with limited abilities, such as the illiterates.

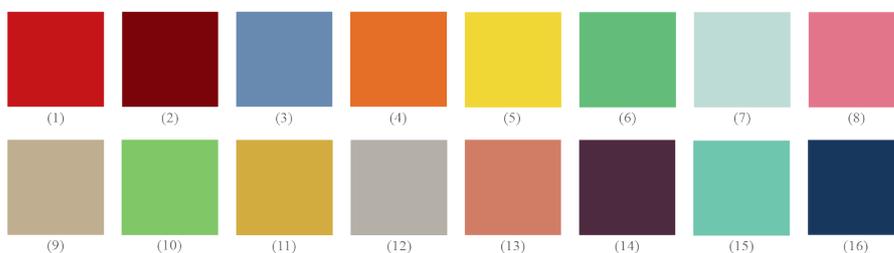
The use of the colour is a visual communication study basis. When it's used in a person as information, it has the ability of create three acts on him: impressing by the seen colour; expressing, causing emotion; and giving a meaning of his own, a sign [16].

In order to definite colours for each symbol representing the types of medical drugs, the study of chromotherapy (alternative therapy that uses colors as a way of treating diseases) was taken into account, as well as the colours commonly associated with each pictogram. Subsequently, for each of the symbols the following colours and their pantones - universal colour reference for graphic printing - were associated (see Fig. 3):

- (1) Medical drugs that act on the cardiovascular system: red (2035C) - chosen based on the popular association with the organ and the related symbology, love;
- (2) Medical drugs that act on the blood: dark red (7628C) - associated with its own color, but also in chromotherapy, red is used to treat anemia and blood circulation;
- (3) Medical drugs that act on the respiratory system: blue (660C) - used in chromotherapy for the lung treatment. It also reminds the air/sky, associated with oxygen;
- (4) Medical drugs that act on the digestive system: orange (7577C) - used in chromotherapy to help good digestion and positively reinforce the digestive system;
- (5) Medical drugs that act on the genitourinary system: yellow (107C) - refers to urine;
- (6) Medical drugs that act on the central and peripheral nervous system: bluish green (339C) - green is used by chromotherapy against nervous system diseases and variations in the colour tone, treat mental illnesses; related to the sense of calm;
- (7) Medical drugs that act on the locomotor system: light blue (656C) - light color that refers to the tones of the bones, as it is mostly presented by the mass media;
- (8) Medical drugs that act on the hormonal system: pink (2339C) - thyroid diseases are usually associated with women and, therefore, pink;
- (9) Antiallergic drugs: greyish brown (4253C) - colour of the spectrum less vivid, that is, with less saturation and, thus, associated with more negative ideas;

- ⁽¹⁰⁾ Nutricion drugs: green (7487C) - associated with healthy foods;
- ^(11/12) Antibiotics/antibacterials e Antivirals: golden and silver (111C and Cool Gray 6C) - colors associated with glory; both drugs fight organisms that are impossible to see with the naked eye, but which have an overwhelming capacity to destroy our organism if they are not combated in a controlled manner;
- ⁽¹³⁾ Antifungal: brown (729C) - color related to the most known fungi, mushrooms;
- ⁽¹⁴⁾ Antiparasitic: dark violet (7643C) - color associated with insects and parasites;
- ^(15/16) Analgesic e Anti-inflammatory: blue and dark blue (3115C and 7692C) - colors associated with pain reduction by chromotherapy.

Fig. 3. Colors associated to each type of medical drug.



3.5. Acronyms

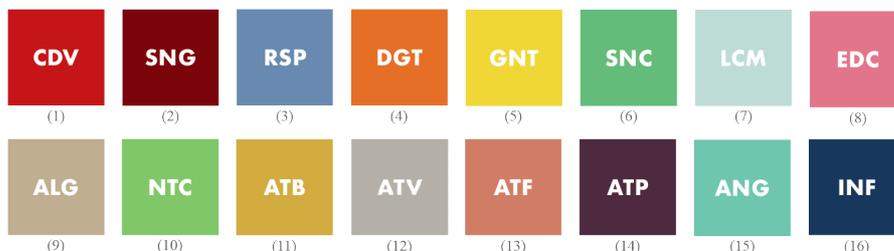
The importance of acronyms in modern communication is undeniable, but it must be rapid and pleasant to the sight and ear. So, when building an acronym, the following aspects should be taken into account: easy to read; euphonium, i.e., pleasant to the ear; suggestive, expressive or reminding some aspect of the entity; easy to memorize; not recalling an obscene, ridiculous or pejorative word [17].

The acronyms defined to go with the pictograms and colors proved to be an important complement in the decoding of the symbols, by associating the three letters to the name of the medical drug they represent. The following acronyms have been defined for each symbol (the acronyms represent the names in Portuguese) (see Fig. 4):

- ⁽¹⁾ Medical drugs that act on the cardiovascular system: CDV
- ⁽²⁾ Medical drugs that act on the blood: SNG
- ⁽³⁾ Medical drugs that act on the respiratory system: RSP
- ⁽⁴⁾ Medical drugs that act on the digestive system: DGT
- ⁽⁵⁾ Medical drugs that act on the genitourinary system: GNT
- ⁽⁶⁾ Medical drugs that act on the central and peripheral nervous system: SNC
- ⁽⁷⁾ Medical drugs that act on the locomotor system: LCM
- ⁽⁸⁾ Medical drugs that act on the hormonal system: EDC
- ⁽⁹⁾ Antiallergic drugs: ALG
- ⁽¹⁰⁾ Nutricion drugs: NTC
- ⁽¹¹⁾ Antibiotics/antibacterials: ATB
- ⁽¹²⁾ Antiviral: ATV

- ⁽¹³⁾ Antifungal: ATF
- ⁽¹⁴⁾ Antiparasitic: ATP
- ⁽¹⁵⁾ Analgesic: ANG
- ⁽¹⁶⁾ Anti-inflammatory: INF

Fig. 4. Acronyms associated to each type of medical drug.



3.6. Id.Med

With all identifying elements created and by attaching them, the Id.Med code arise.

The pictograms and acronyms were placed on a square. The color of the medical drug they represent was added to each square. Then, there are two squares that can act alone. However, they were joined, for the success of this project, forming a rectangle with the three identifying elements (pictogram, color and acronym). As result, the final object of this investigation, the Id.Med code (see Fig. 5).

Fig. 5. Id.Med code.



This small-size code, is placed in the packages (see Fig. 6), following a set of rules, which allows it to be easily noticed, but not having a great impact in the modification of the medical drugs packaging and, therefore, in its process chain.

Fig. 6. Id.Med code on medical drugs packages.



4. Critical reflection

Taken into account the questionnaires carried out and its analysis, with all the information from the literature review and with the tests of concept made and approved by the target audience, it was possible to create an effective code, which identifies the 16 types of medication, found in pharmacies.

Not being allowed to follow a path of less is more, an iconic expression of Mies van der Rohe, the path found to overcome all the constraints, was to join all the identifying elements in a minimalist and coherent way. Enabling its use to the entire target audience and making it possible to each medical drug consumer to identify the code created and to choose its identifying elements: the pictograms, the color and the acronyms.

For the validation of the project present before, the target audience was tested and answered in three tests of concept, in which they were asked to learn the symbols and then refer to them. In these tests, it was confirmed that the population was unaware of the existence of so many types of medical drugs and that there are difficulties in decoding them. These tests were particularly important to validate each Id.Med symbol created. The tests allowed to validate an identification code of the drugs based on the real needs of the consumers, proving that it is a system that can be decoded.

During the investigation, hypotheses were identified regarding the error in taking medications, which allowed to limit the study area, as well as to find facts that defined the final result. The following hypotheses have been validated: errors in taking medication are related to the design of their packages; a large percentage of the population is unaware of the existence of all types of medical drugs and find it difficult to distinguish their packaging; a system that identifies the types of medical drugs will reduce errors in consuming them.

One hypothesis was inconclusive - elderly people, with increased cognitive difficulties or other types of illnesses and weaknesses, find it more difficult to identify medications. According to the theory, this group due to their schooling, illnesses, age, and others criteria, places this part of the population as weaker when learning new symbols. However, the tests of concept revealed that it is the effort of each respondent that determines the results. Even so, it is important to consider the weaknesses of the groups.

As in any research or project, there were limitations. The first came from the idea of creating an inclusive drug identification system for everyone. The blind population is not included in the hosts of this project. For these, an

investigation and creation of an identification element, such as braille, would be necessary. The creation of a representative braille code for medical drugs should be developed together with specialists in the field, as well.

Due to the 2019 pandemic, the tests of concept carried out, allowed to test neither individuals known to be colorblind, nor illiterate ones. This last group, not knowing how to read or write, cannot answer an online test.

In the future, we intend to extend the tests of concepts and the entire research process of this project to all groups of the target audience. Ensuring the effectiveness of the Id.Med in reducing errors in taking medication. We also aim to develop the Id.Med in braille, for the blind, creating, finally, an all-inclusive code for the entire population.

Subsequently, would be to invest in the study of primary packaging, usually blisters, and learn forms of printing, so that it would also be allowed to insert the code Id.Med.

5. Conclusions

Id.Med, emerged with the goal of dealing with a problem that is not always recognized, but that frequently occurs: errors in taking medication. This adversity is due, in part, to the similarity of the design of the medical drugs packaging.

Visual communication of medical drugs packaging is an area important to interfere, as there are many types of medical drugs with similar packaging. It was important not only a study on the identification of packaging, but also on its production chain. These packages undergo various rules, which demands to follow a certain standard. In addition, its production involves different areas and which may have an impact in all of them when one is changed. Therefore, the total graphic alteration of a medical drug package would not be easy or possible.

Including the whole population was the main focus of this project. That's why, the target audience and its constraints were studied. It was divided into groups including conditions that make them less able to decode graphic elements: elderly population found it difficult to learn new, complex and small elements; colorblind people have a hard time decoding colours; and illiterate population don't know how to read or write.

Given those criteria and not being aware of the impossibility of creating an obvious, clear and of rapid identification system for the entire audience, or even visually altering the medical drug packaging, the solution was to join several semiotic elements in a single and small symbol, which allows each user to choose the element or set of elements that most easily apprehended. In this way, the Id.Med system was born - a set of symbols with three identifying elements: the color, the pictograms and the acronyms.

Id.Med tries to abolish errors in consuming medical drugs, empower consumers to identify the drug packaging, and reduce the extra effort of pharmacist on trying to solve this problem. With their support and of an informative brochure that allows the initial learning of the symbols these new identification elements will be better understood.

Nevertheless, this investigation is only the beginning of the Id.Med project, and it will continue to be developed. In addition to trying to solve the problem pointed out, it surely contributes to the knowledge of Design in health areas,

particularly in packaging and graphics. There are several studies on semiotics, colour, typography and even communication, but when applied in medicine, more specifically, in medical drugs packaging, this theme is still poorly explored. Design in this area is still seen as a secondary aspect, but hopefully this research will also show that design in this area is important and contributes to the well-being of the population.

6. References

1. Pereira, M. (2020). *Id.Med - Um Sistema de Identificação de Medicamentos Inclusivo*. [Master Thesis, IADE Creative University]. <http://hdl.handle.net/10400.26/35141>
2. Santos, H., Cunha, I., Coelho, P., Cruz, P., Botelho, R., Faria, G., Marques, C., Gomes, A. (2009). *Boas práticas farmacêuticas para a farmácia comunitária. Ordem dos Farmacêuticos*, 3ª Edição.
3. Bohomol, E. (2014). Erros de medicação: estudo descritivo das classes de medicamentos e medicamentos de alta vigilância. *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, 18, 311-316. <http://scielo.br/pdf/ean/v18n2/1414-8145-ean-18-02-0311.pdf>
4. Reis, L. (2010). *O conhecimento sobre o medicamento e a literacia em saúde - Um estudo em adultos, utentes de farmácias do concelho de Lisboa*. [Master Thesis, Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa]. https://run.unl.pt/bitstream/10362/6032/1/Conhecimento%20do%20Medicamento%20e%20Literacia%20em%20Saude_TESE%20Final.pdf
5. Reis, L. (2010). *O conhecimento sobre o medicamento e a literacia em saúde - Um estudo em adultos, utentes de farmácias do concelho de Lisboa*, p. 87. [Master Thesis, Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa]. https://run.unl.pt/bitstream/10362/6032/1/Conhecimento%20do%20Medicamento%20e%20Literacia%20em%20Saude_TESE%20Final.pdf
6. Reis, L. (2010). *O conhecimento sobre o medicamento e a literacia em saúde - Um estudo em adultos, utentes de farmácias do concelho de Lisboa*, p.88. [Master Thesis, Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa]. https://run.unl.pt/bitstream/10362/6032/1/Conhecimento%20do%20Medicamento%20e%20Literacia%20em%20Saude_TESE%20Final.pdf
7. Cancela, D. (2007). O processo de envelhecimento. *Psicologia.pt*, o portal dos psicólogos. <https://psicologia.pt/artigos/textos/TL0097.pdf>
8. Instituto Nacional de Estatística. (2006). *Conceito*, 2758 - Taxa de analfabetismo. <http://smi.ine.pt/Conceito/Detalhes/546?voltar=1#Gloss%C3%A1rio>
9. Pereira, S. (2019). Daltonismo. *ITAD: Instituto de Apoio e Desenvolvimento*. <http://itad.pt/daltonismo/>
10. Sayuri, K. (2011). Bulas e Cartelas de Medicamentos: Possíveis soluções de leitura através do Design Gráfico. *Arcos Design*, 6. <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/134727/ISSN1984-5596-2011-06-01-4259.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

11. Blum, A., Merino, E. & Wagner, A. (2014) Gestão de design e a cadeia produtiva: embalagens de medicamentos no sistema produto. *Strategic Design Research Journal*, 7, p. 34. <http://revistas.unisinos.br/index.php/sdrj/article/viewFile/sdrj.2014.71.05/4328>
12. Blum, A., Merino, E. & Wagner, A. (2014) Gestão de design e a cadeia produtiva: embalagens de medicamentos no sistema produto. *Strategic Design Research Journal*, 7. <http://revistas.unisinos.br/index.php/sdrj/article/viewFile/sdrj.2014.71.05/4328>
13. Lorenzini, G. (2018). *Toward Inclusive Pharmaceutical Packaging: An Innovation and Design Process Perspective*. [PhD Thesis, Universidade Lund, Suécia]. [https://portal.research.lu.se/portal/en/publications/toward-inclusivepharmaceutical-packaging\(ed2137c3-7277-4fef-bbc0-3e21ce3cf049\).html](https://portal.research.lu.se/portal/en/publications/toward-inclusivepharmaceutical-packaging(ed2137c3-7277-4fef-bbc0-3e21ce3cf049).html)
14. Quivy, R. & Campenhoudt, L. (2005). *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Gradiva.
15. Medeiros, G., Silva, P., Silva, A. & Leal, L. (2011). Pictogramas na orientação farmacêutica: um estudo de revisão. *Revista Brasileira de Farmácia*, 92, 96-103. <http://rbfarma.org.br/files/rbf-2011-92-3-3.pdf>
16. Guimarães, L. (2001). *A cor como informação: A construção biofísica, linguística e cultural da simbologia das cores*. Annablume.
17. Rodrigues, L. (2016). *Comunicação Visual das Embalagens de Medicamentos: Análise de embalagens de medicamentos já existentes e construção de elementos identificativos para novas embalagens*. [Master Thesis, ESAD, Caldas da Rainha]. <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/2158>
18. Ledur, P. (2016). *Português Prático*. AGE. https://books.google.pt/books?id=7XeQDAAAQBAJ&pg=PT81&lpg=PT81&dq=importancia+das+siglas&source=bl&ots=mKWXObtoM_&sig=ACfU3U2dxGHCJOD6ZiFlksnlak-m5HBL5A&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwiQ96m8lMzpAhUMEBQKHbMFD9gQ6AEwCHoECAoQAQ#v=onepage&q=importancia%20das%20siglas&f=false

A Obra Fotográfica: Publicação e Divulgação, Uso e Abuso

Octávio Alcantara¹⁵¹

Resumo

A partir da publicação e divulgação da obra artística, positivada no artigo 6º do Código Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC), inicia-se uma breve reflexão sobre algumas das particularidades da atividade fotográfica. Reflexão que aponta para um questionamento relativo à prática generalizada em fotografia com vista à melhor proteção de direitos, face às novas formas digitais de apresentação e visionamento das imagens fotográficas. Questiona-se igualmente a autoria da obra e o plágio.

Palavras-chave:

fotografia, autor, obra, divulgação, plágio

¹⁵¹ Professor na Área da Fotografia. Coordenador Mestrado em Branding e Design de Moda Lecturer | Fábrica-IADE | Media Lab | Digital Image Lab. Investigador Colaborador UNIDCOM-IADE.

The Photographic Work: Publication and Disclosure, Use and Abuse

Octávio Alcantara

Abstract

From article 6 on the publication and dissemination of the CDADC's artistic work, a brief reflection on some of the particularities of the photographic activity emerges. A reflection that points to a questioning regarding the widespread practice in photography with a view to better protection of rights, resulting from the new digital ways of presenting and viewing photographic images. Raising questions about authorship and plagiarism in the creation of the work.

Keywords:

photography, author, artwork, dissemination, plagiarism

Introdução

Abordar a obra fotográfica a partir do ponto de vista do produtor da mesma, do autor, numa aproximação ao direito, da relação entre as regras e a prática corrente, revela-se desde o início algo que levanta mais dúvidas do que certezas. Este resultado não poderia ser diferente, pois o objeto da discussão e análise é em si mesmo aberto, a fotografia com as múltiplas possibilidades de ser enquadrada em diferentes discursos assim obriga. Identificamos Fotografia como processo e imagem, o que pode colocar a mesma em vários campos do direito. Considerar o autor que se serve do processo fotográfico ou análogo para a execução ou criação de obra fotográfica leva a que a mesma se estabeleça primariamente debaixo da tutela do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

Nesta breve análise, pretende-se analisar alguns aspetos que se convocados pela atividade fotográfica e o seu resultado em imagem, atividade que no presente vai para lá de ser uma profissão, estando ao alcance de praticamente toda a população, desde a utilização dos meios digitais à ainda existente prática ontológica.

Tendo por base o CDADC na versão atualmente em vigor, importa revelar as modificações face aos cenceituado em versões anteriores, como é o exemplo do desaparecimento do critério do «mérito artístico» para a classificação de «obra», do valor da arte acima do valor humano individual privado.

O artigo 6º do CDADC serve de mote para a reflexão que aqui é vertida, sobre os critérios que estão na base do reconhecimento da «obra fotográfica», tal como se apresentam no n.º 3 do referido artigo:

Artigo 6.º

Obra publicada e obra divulgada

3 – Obra divulgada é a que foi lícitamente trazida ao conhecimento do público por quaisquer meios, como sejam a representação de obra dramática ou dramático-musical, a exibição cinematográfica, e execução de obra musical, a recitação de obra literária, a transmissão ou a radiodifusão, a construção de obra de arquitetura ou de obra plástica nela incorporada e a exposição de qualquer obra artística.

A divulgação é um ato que permite trazer até ao público a obra, independente dos meios que sejam utilizados, quer os meios tradicionais, quer as novas formas de divulgação digitais. Adaptando ao caso concreto da fotografia, podemos considerar como tradicional a realização de uma exposição no espaço de uma galeria de arte, ou em outro local que se estabeleça para o efeito. Relativamente às novas formas de divulgação, pensamos em galerias virtuais digitais, as

aplicações e plataformas digitais, bem como as redes sociais utilizadas como montra e exposição.

Ora se o acesso aos meios tradicionais, a galeria, nem sempre é fácil e o mérito e reconhecimento da qualidade do autor enquanto artista continua a ter o peso maior, a utilização dos novos meios veio democratizar e banalizar a apresentação pública da fotografia. Outras questões ficam no ar, como a validade artística da obra, do autor, medida através de “likes”, por vezes dando importância a algo medíocre, por oposição ao valor do inédito e da qualidade de uma obra fotográfica. Pensar todos estes aspetos permitem-nos tomar consciência da dificuldade do legislador em regular estas matérias e de valorizar a existência do CDADC, diploma aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e que foi sucessivamente atualizado.

Atendendo ao conteúdo dos direitos de autor, o CDADC reconhece os direitos patrimoniais e os direitos morais (direito à paternidade da obra), tal como se encontram previstos no n.º 3 do artigo 9º:

Artigo 9.º

Conteúdo do direito de autor

3 – Independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respetiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade.

Tendo em conta a prática e os campos em que a fotografia é utilizada, o artigo 14º estabelece a determinação da titularidade em casos excecionais, o que em fotografia são muitas vezes a prática corrente e não a exceção. Na maioria das vezes o convencionado é apenas verbal, não explícito e com lacunas no estabelecimento das condições de utilização. O n.º 2 e n.º 3 do artigo 14.º CDADC, refletem dois dos aspetos de maior interesse para a atividade fotográfica:

Artigo 14.º

Determinação da titularidade em casos excecionais

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 174º., a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho, determina-se de harmonia com o que tiver sido convencionado.

2 - Na falta de convenção, presume-se que a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual.

3 - A circunstância de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita.

O n.º 2 do artigo 14.º revela que na falta de convenção ou no silêncio do contrato, assume-se que a titularidade é pertença do criador intelectual da mesma, o que coloca operadores, assistentes ou auxiliares na execução da obra fotográfica, fora da titularidade. Em termos práticos estabelece que numa obra fotográfica, salvo convenção em contrário, a titularidade do direito de autor é daquele que intelectualmente desenvolveu a obra, não de quem participou operativamente na sua execução.

O n.º 3 do artigo 14.º, levanta algumas questões, não apenas para a fotografia, mas também para outros domínios artísticos. No caso da fotografia, qual é o uso universal que determina o local para colocar o nome do criador da obra? Esta questão poderá ser melhor entendida por se levar em conta algumas das particularidades relativas à fotografia, por exemplo a prática fotográfica comercial de retrato e reportagem, durante décadas alguns fotógrafos apostavam a sua marca a branco ou a preto no canto inferior direito das provas fotográficas, outros pelo tamanho reduzido da prova utilizavam um carimbo com o nome do estúdio no verso da mesma, onde se acrescentava à mão o número de prova ou lote. Na designada “fotografia de autor”, parece uma incongruência face ao CDADC, pois toda a fotografia pode ser uma obra logo protegida pelo CDADC, a prática não era nem é a mesma, a identificação do autor na maioria das vezes não é visível, quando muito está colocada na margem em volta da fotografia, na parte posterior da fotografia e fora da área ocupada pela imagem.

Poder-se-á argumentar que esta colocação é para outras obras que não as fotográficas, mas, o CDADC, quando fala especificamente da fotografia como obra na Secção VIII; artigo 164º e seguintes, continua a seguir a mesma indicação. A redação do artigo 164º aponta no nosso entender, que nem todas as fotografias podem ser consideradas obras artísticas. Esta assunção pessoal deriva do n.º 1 do citado artigo:

Artigo 164.º

Condições de proteção

1 – Para que a fotografia seja protegida é necessário que pela escolha do seu objeto ou pelas condições da sua execução possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor.

Poder-se-á inferir que podem existir fotografias que não demonstrando estas duas condições, não merecem proteção do CDADC, ainda que possam ser incluídas em outros campos do direito. Este artigo levanta ainda uma outra questão prática. Quem ou como se determina quais as condições de execução e qual é a escolha do objeto que poderá ser classificada de criação artística? Consideremos o seguinte caso prático: uma fotografia de pôr do sol (fig. 3). No momento da obtenção da mesma foto, estavam várias outras pessoas a tirar fotografias, à direita e à esquerda (fig. 1 e 2), implica esta situação que só uma das várias fotografias produzidas está coberta pelo CDADC, a primeira a ser exposta ou publicada? A escolha do objeto é a mesma para todos, o que pode variar e fazer emergir a criação artística será o resultado das “diferenças de execução”, mas mesmo estas podem ser as mesmas se atentarmos, que muitas das imagens obtidas resultam de automatismos das câmaras utilizadas.

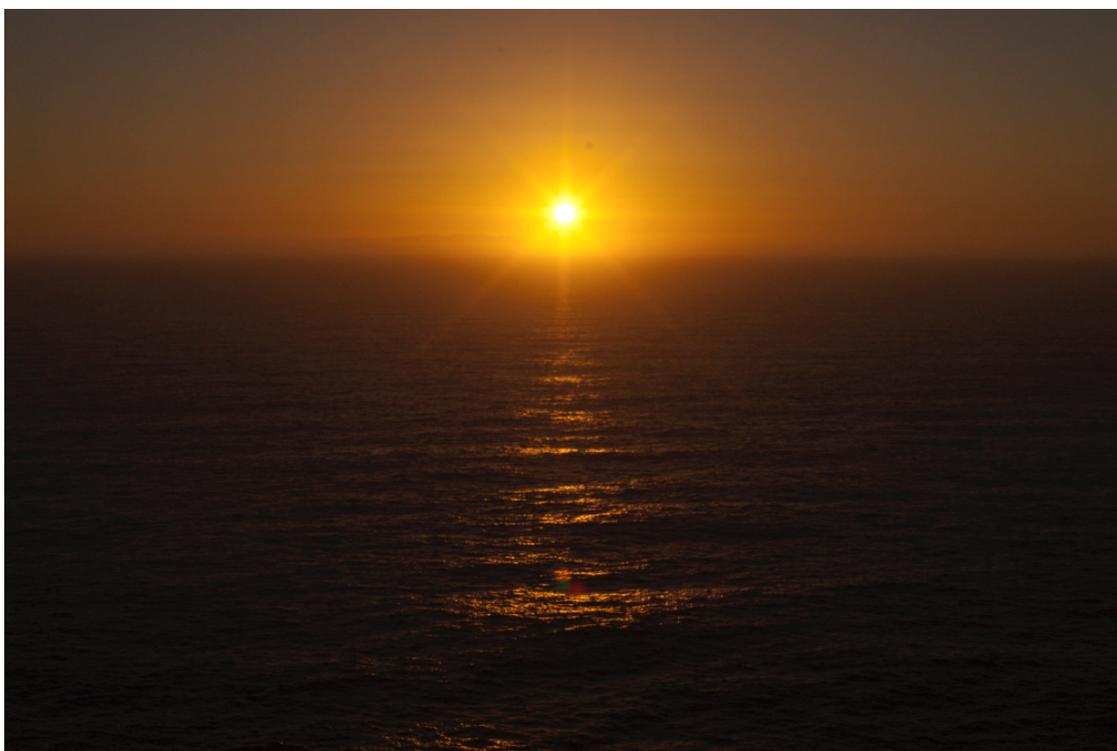
Figura 1. Octávio Alcântara



Figura 2. Octávio Alcântara

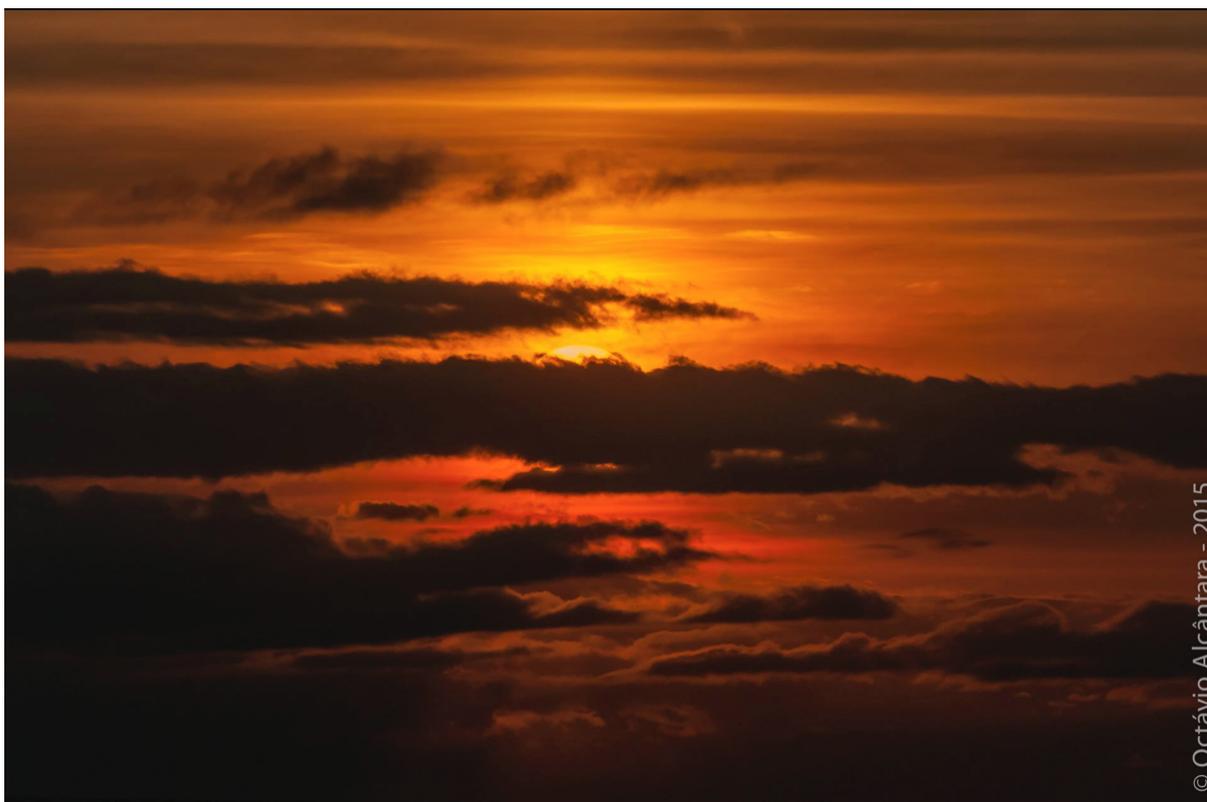


Figura 3. Octávio Alcântara



Face ao exemplo referido, ficará para o autor do presente artigo, a dúvida sobre se o CDADA poderá proteger esta fotografia, pela aparente falta de unicidade derivada das circunstâncias da obtenção da mesma. Ainda debaixo do mesmo tema “pôr do sol” uma outra tomada de vista que não deixa dúvidas pelo menos em relação ao número de imagens semelhantes obtidas no mesmo local e circunstâncias (fig. 4).

Figura 4. Octávio Alcântara, Oceano Atlântico - Açores



© Octávio Alcântara - 2015

A figura 4 comporta na lateral direita o símbolo de copyright © relativo ao sistema americano, bem como o nome do autor e o ano. Destas indicações o CDADA assinala a colocação do nome do fotógrafo como obrigatória (artigo 167º, n.º 1, alínea a)). A alínea b) configura outra obrigação para a fotografia, quando esta inclui na imagem uma outra obra, subentende-se que esta obra seja o objeto assunto principal da mesma. Ora a prática corrente em fotografia, em especial nos novos meios de divulgação, é a da não colocação nem do nome do autor da mesma, nem do nome do autor da obra plástica representada. O que pode ser observado é a colocação destes indetificadores em comentário escrito junto (a título de exemplo a página de Instagram da

Fundação de Serralves¹⁵²). Fica a questão se tal será válido perante o referido artigo 167º, n.º 1?

Artigo 167.º

Indicações obrigatórias

1 - Os exemplares de obra fotográfica devem conter as seguintes indicações:

- a) Nome do fotógrafo;
- b) Em fotografia de obras de artes plásticas, o nome do autor da obra fotografada.

2 - Só pode ser reprimida como abusiva a reprodução irregular das fotografias em que figurem as indicações referidas, não podendo o autor, na falta destas indicações, exigir as retribuições previstas no presente Código, salvo se o fotógrafo provar má-fé de quem fez a reprodução.

Este artigo leva-nos de volta à questão central sobre o local onde deve ser aposto o nome? O tal local universal. Para além desta questão, uma outra se levanta, a alínea b) configura uma obrigação para com a fotografia, como entender o oposto quando a obra de artes plásticas é uma “cópia” ou tenha por motivo uma fotografia? Ou, quando a fotografia inclui em si outra fotografia? Não configurará uma reprodução?

Conjugando o artigo 167.º com o artigo 165º leva-nos a recordar uma frase proferida pelo Prof. Dr. Pedro Augusto Corte-Real Vieira de Meireles em 2009:

“Uma pintura que tenha por motivo uma fotografia, seja ela protegida ou não, pode ser considerada como obra artística, protegida pelo CDA, não carecendo o pintor de obter prévia autorização do fotógrafo. Contudo a inversa já não é verdadeira. O fotógrafo deve fazer constar o nome do autor da obra plástica fotografada e obter a sua autorização. É o que resulta da parte final do art. 165 n.º 1 do CDA”. (2009)

Sendo certo que a situação acima referida nem sempre se verifica e, atualmente o fotógrafo terá de dar o consentimento para que um terceiro utilize a sua obra, como inspiração para uma nova obra, não deixa de ser preocupante que ainda restem dúvidas.

O artigo 165.º do CDADC, n.º 2 indica outra condição essencial à prática fotográfica, que é a existência de convenção contratual, por meio do qual o direito de autor passa do fotógrafo para a entidade.

¹⁵² https://www.instagram.com/fundacao_serralves/ [acedido em 21-11-2021]

Artigo 165.º

Direitos do autor de obra fotográfica

1 - O autor da obra fotográfica tem o direito exclusivo de a reproduzir, difundir e pôr à venda com as restrições referentes à exposição, reprodução e venda de retratos e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra reproduzida, no que respeita às fotografias de obras de artes plásticas.

2 – Se a fotografia for efetuada em execução de um contrato de trabalho ou por encomenda, presume-se que o direito previsto neste artigo pertence à entidade patronal ou à pessoa que fez a encomenda.

3 – Aquele que utilizar para fins comerciais a reprodução fotográfica deve pagar ao autor uma remuneração equitativa.

O artigo 165º apresenta-se importante também numa outra área da fotografia, a fotografia que se destina à publicidade, ou que utiliza elementos como objeto principal da imagem final que em si contêm marcas comerciais (fig. 5).

Figura 5. Octávio Alcântara, para BI – Sumol+Compal, S.A.



Será esta fotografia uma obra protegida pelo CDADA? Ou apenas uma imagem que resulta das aptidões do fotógrafo, mas sendo uma obra realizada através de encomenda os direitos são todos pertença de quem encomendou? Fica o fotógrafo apenas com a paternidade da imagem, ou nem isso? Pode o fotógrafo usar a imagem como promoção e pode a mesma constar no seu portfólio demonstrativo das suas

capacidades? A utilização da marca em que domínio do direito se enquadra?

Pensar a fotografia e os campos em que a mesma existe, torna-se não apenas um assunto desafiante, mas sem dúvida de elevada complexidade, ainda mais nesta sociedade do conhecimento. Torna-se difícil identificar os limites da proteção jurídica oferecida pelo CDADC.. Como exemplo paradigmático desta dificuldade é o resultado da fotografia de rua “street photography”. Como o próprio nome indica é fotografar “na rua”, não apenas “a rua”, o que inclui quem passa na rua, quem se encontra na mesma. Como se garante o direito de Imagem? Ter-se-á de pedir autorização a quem ficou na imagem ou que é objeto principal da mesma?

Poder-se-á argumentar que é um espaço público, mas será a pessoa ou pessoas na imagem alguém que tenha o estatuto de figura pública? Ter-se-á a pessoa colocado numa posição de destaque publicamente? A figura (6) retrata a questão colocada. De facto não retrata a intimidade pessoal, mas apresenta a performance pública.

Figura 6. Octávio Alcântara, feira medieval Castro Marim



Ao longo da reflexão temos realçado os desafios que se colocam ao Direito, há muito ultrapassado pela tecnologia, que se apresenta como meio de exposição e divulgação da obra, em particular da fotográfica. Em resposta, surgem propostas de certificação de autoria, quer das

imagens em si, quer do processo de reprodução e comercialização das mesmas. A garantia de titularidade através de um selo de certificação, não é mais do que uma ferramenta de conforto, que resulta da dificuldade em respeitar o processo criativo do outro, condição que nos leva para outros campos, talvez num outro fórum.

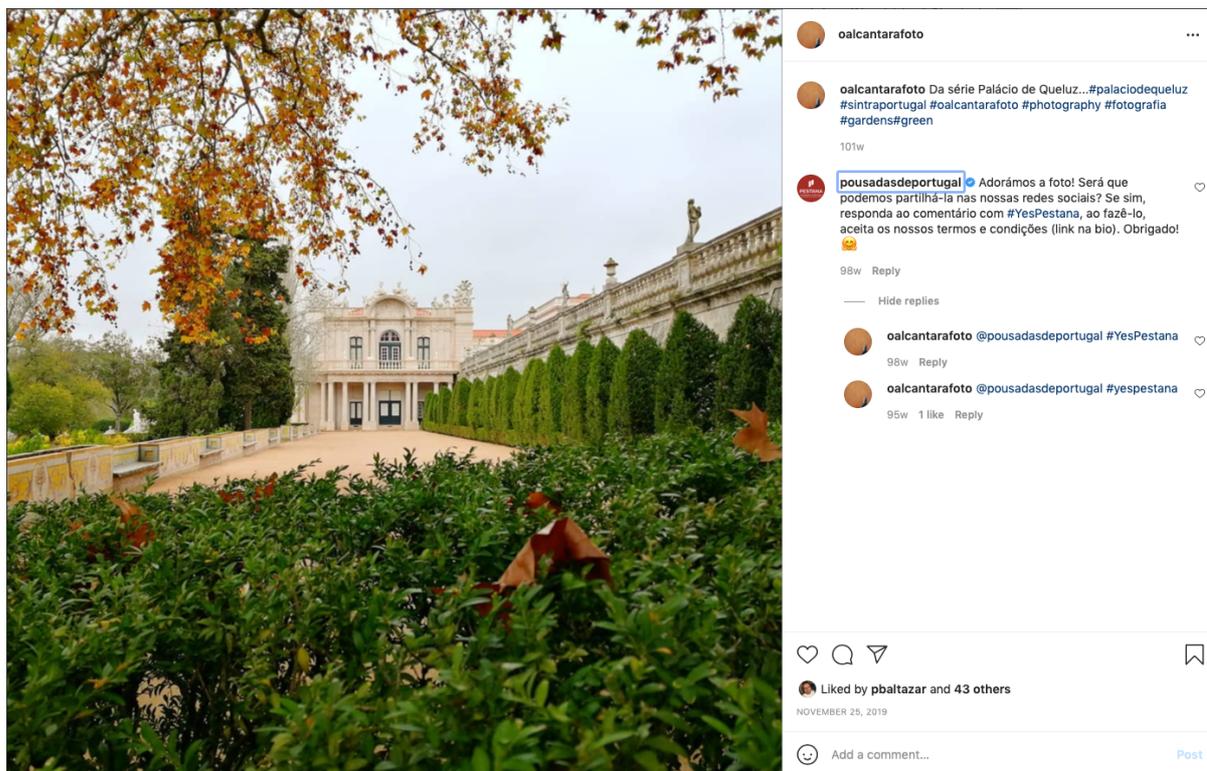
Os meios de divulgação digitais oferecem oportunidades e desafios. A lealdade entre autores e a correta utilização da obra, configuram boas práticas.

As imagens seguintes (fig. 7 e 8) apresentam um exemplo da cooperação entre autor e divulgador / utilizador. No caso em presença, a organização em causa, estabelece os termos e condições, os quais enquadram a prestação de serviços, como fotógrafo, lamentavelmente são apresentadas apenas em inglês. Tal poderá configurar em si alguma dificuldades para quem não domine a o denominado *UGR – User Generated Content*, através do qual é dado o consentimento para o uso da imagem. Enquanto a autorização não for revogada, a utilização da imagem fotográfica é lícita, sem qualquer restrição nem compensação pelo uso da mesma. Poder-se-á considerar um exagero, mas a aceitação deste UGR é consentimento bastante.

Figura 7. Octávio Alcântara, Palácio Nacional de Queluz



Figura 8. Octávio Alcântara, Palácio Nacional de Queluz / instagram



Estas novas realidades na utilização da imagem fotográfica no espaço virtual, traduzem uma outra questão a ser resolvida em futura atualização da legislação, a saber a ligação entre direito de autor em fotografia e a necessidade da existência do negativo que lhe dá origem. O artigo 166.º do CDA refere que a alienação do negativo permite a transmissão dos direitos de autor.

Artigo 166.º

Alienação do negativo

A alienação do negativo de uma obra fotográfica importa, salvo convenção em contrário, a transmissão dos direitos referidos nos artigos precedentes.

Esta indicação da existência de um negativo, pressupõe que se este não existir, como é o caso dos ficheiros digitais que contêm a informação fotográfica, quem está na posse de uma imagem, considera-se sua. Um exagero reconheço, mas que necessita de clarificação e que levanta mais questões, designadamente, o que se pode entender por negativo numa era digital, onde a utilização de negativos é residual? Será um RAW, DNG ou será mesmo aceite um formato final do tipo JPEG, PNG ou TIFF?

Poderá ser assumido como resultado desta nova realidade que o ónus da prova dessa alienação terá de passar pela existência de um

contrato assinado, para lá da simples transferência e existência de um ficheiro informático na posse de alguém.

Um outro aspeto que resulta da criação de obra fotográfica surge quando a fotografia tem como motivo não uma outra obra plástica, mas a envolvência da obra. Thomas Struth desenvolveu uma série fotográfica em volta do museu, do espaço envolvente a obras plásticas (fig. 9), que obra está a ser divulgada? A pintura, na qual não consta o nome do autor na fotografia, ou a fotografia em si, na qual também não consta o autor na mesma. Também aqui a prática mão é enquadrada lealmente.

Figura 9. Thomas Struth. Art Institute of Chicago II, Chicago, 1990. Phillips: Photographs



Releva-se o facto do CDADC dar indicações sobre o que é uma obra, nos seus dois primeiros artigos. São consideradas obras as “criações intelectuais” exteriorizadas, em que a fotografia também se insere, no caso a alínea h) do n.º 1 do artigo 2.º. Desde ponto de vista como pode ser entendida a fotografia executada de modo automático? Servirá a escolha do enquadramento como suporte para afirmar a criação intelectual? Como percecionar as imagens fotográficas a partir do conceito de criação intelectual e da possibilidade de plágio quando se trata de fotografias semelhantes? Lembro o exemplo das imagens de pôr do sol onde a possibilidade de semelhança é elevada, ou perante um monumento, a exemplo da Torre de Belém...por certo existem muitas imagens praticamente iguais. Considerar as condições em que o plágio pode ocorrer pode demonstrar que a linha entre criação intelectual (o

original) e inspiração com vista a uma nova obra podem ser ténues. A figura 10 apresenta um caso recente entre o plágio e inspiração, duas fotografias que claramente apresentam pontos de ligação e similaridade. A fotógrafa etíope Aida Muluneh realizou a imagem da esquerda e um estudante de fotografia Andrea Sacchetti apresentou a concurso e esteve em exposição com a imagem da direita.

Figura 10.



AIDA MULUNEH

Fonte: <https://www.popphoto.com/news/when-does-inspiration-become-plagiarism/> [acedida em 22-22-2021]

Artigo 1.º

Definição

1 - Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores.

Artigo 2.º

Obras originais

1 - As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente:

h) Obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia;

O que se coloca em causa não é a ideia ou o conceito pois estes não são protegidos pelo CDADC, mas questiona-se o aspecto moral. Uma análise mais fina orientada pelo sistema de três passos de verificação jurídica permitirá encontrar a resposta, ainda que não seja simples. Quaisquer que sejam os casos que envolvam a obra artística, podemos considerar que em princípio e por princípio o CDADC regula o criador, autor da obra e que com mais ou menos atraso em relação à evolução da sociedade se irá atualizar, para melhor responder e proteger a obra fotográfica.

Considerações finais

Como conclusão visual, partilho o resultado de uma criação intelectual exteriorizada e divulgada, uma obra fotográfica, que demorou um ano a ser criada, desde a conceção da ideia, ao enquadramento e ponto de vista, à imagem visual (fig. 11).

Figura 11. Octávio Alcântara, 2021



A Obra Fotográfica e os Critérios da Originalidade e Personalidade do Autor

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Resumo

O direito de autor é construído a partir de uma obra original que se apresenta como uma «criação do espírito» ou «criação intelectual» do seu autor e, decorre, em geral, da criação e exteriorização da obra. Tratando-se de uma obra fotográfica, o critério da originalidade está na base da proteção autoral, à qual se junta o critério da personalidade do respetivo autor. O autor da obra fotográfica tem o direito exclusivo de a reproduzir, difundir e pôr à venda. Só sendo reprimida como abusiva a reprodução irregular das fotografias quando o autor as tenha assinado, com o seu nome, completo ou abreviado, iniciais, pseudónimo, nome literário, artístico ou científico ou por qualquer sinal convencional. A prática de atos por quem não seja o titular da obra, nem tenha obtido o consentimento do autor, e ainda os atos que afetem a genuinidade e a integridade da obra protegida, como a destruição, mutilação, deformação ou outras modificações, bem como atos que comprometam a paternidade da obra, constituem uma violação aos direitos de autor.

Palavras-chave:

direitos de autor; liberdade de criação cultural, obra fotográfica, utilização livre, violação do direito de autor.

The Photographic Work and the Criteria of Originality and Personality of the Author

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Abstract

The copyright is built from an original work that presents itself as a "spirit creation" or "intellectual creation" of its author and, in general, arises from the creation and exteriorization of the work. In the case of a photographic work, the criterion of originality is at the basis of copyright protection, to which the criterion of the respective author's personality is added. The author of the photographic work has the exclusive right to reproduce, disseminate and offer it for sale. Irregular reproduction of photographs is only repressed as abusive when the author has signed them, with their full or abbreviated name, initials, pseudonym, literary, artistic or scientific name or by any conventional sign. The performance of acts by anyone who is not the owner of the work, nor has the author's consent, and also acts that affect the genuineness and integrity of the protected work, such as destruction, mutilation, deformation or other modifications, as well as acts that compromise the paternity of the work, constitute a violation of copyright.

Keywords:

Copyright; freedom of cultural creation, photographic work, free use, infringement of copyright.

Introdução

A proteção conferida pelo direito de autor encontra-se prevista na Constituição da República Portuguesa (CRP) e no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC). À luz do artigo 2.º do CDADC, são protegidas pelo direito de autor nomeadamente, obras literárias como livros, revistas, jornais, conferências, lições, discursos, poemas, obras dramáticas e dramático-musicais, obras coreográficas, composições musicais com ou sem letras, filmes, programas de televisão, composições fonográficas, videográficas e radiofónicas, e obras artísticas como desenhos, pinturas, esculturas, cerâmica, fotografias, entre outras.

O n.º 1 do art. 42.º da CRP, prevê a liberdade de criação científica, literária e criativa como uma liberdade pessoal¹⁵³. Esta liberdade compreende o direito à invenção, à produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor.». A proteção do direito de autor encontra-se consagrada no art. 42.º, n.º 2 *in fine* da CRP, de onde se extrai a tutela para o produto da criação cultural (foto, obra de arte, invenção científica entre outras), considerado como «propriedade espiritual» do autor. Conjugando o n.º 2 com o n.º 1 do art. 42.º da CRP, densifica-se o conceito de obra, que é entendida como qualquer «criação intelectual, artística e científica», abrangendo o processo de criação ou conformação da obra e a sua divulgação, mas também, o conhecimento e a comunicação do «produto» da criação cultural na qual se inclui o «ensino das artes». A criação cultural, confere igualmente primazia a outras liberdades constitucionais, como a liberdade de pensamento nas suas várias representações tais como: a liberdade de expressão, comunicação e informação, a liberdade de consciência e a liberdade de profissão.

Embora do enquadramento constitucional da «criação intelectual, artística e científica», não resulte para o seu criador a garantia da sua publicação, nem a valorização económica imediata da obra, a sua potencial utilização para fins comerciais, industriais, publicitários e pedagógicos, cria um valor económico que é abrangido pela norma constitucional de proteção do direito à criação cultural.

1. O Direito de Autor como um Ramo do Direito Privado

O «direito de autor» corresponde a um ramo do direito privado que rege os direitos outorgados aos autores/criadores, bem como os direitos atribuídos aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas ou videogramas e aos organismos de radiodifusão - os «direitos conexos»¹⁵⁴, previsto no Código de Direito de Autor e Direitos

¹⁵³ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, 2007, p. 621.

¹⁵⁴ No art. 176.º do CDADC encontramos a noção de direitos conexos, de onde se extrai: 1. As prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de

Conexo (CDADC)¹⁵⁵, diploma aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, alterado sucessivamente por via da incorporação do resultado da transposição de Diretivas europeias e atualizado pela Lei n.º 92/2019, de 04 de setembro, que estabelece as utilizações permitidas de obras em benefício de pessoas cegas, transpondo a Diretiva (UE) 2017/1564, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro¹⁵⁶.

A Diretiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e aos direitos conexos no Mercado Único Digital¹⁵⁷ está em fase de transposição, estando para breve a 16.º alteração do CDADC, tendo o legislador optado por transpor a diretiva através de uma alteração ao CDADC e de duas leis avulsas: (i) o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, na sua redação atual, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados; e (ii) a Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto.

fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão são protegidas nos termos deste título.2. Artistas intérpretes ou executantes são os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas.3. Produtor de fonograma ou videograma é a pessoa singular ou coletiva que fixa pela primeira vez os sons provenientes de uma execução ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons.4. Fonograma é o registo resultante da fixação, em suporte material, de sons provenientes de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons.

¹⁵⁵ São atribuídos direitos de propriedade intelectual aos artistas, entidades museológicas, academia do ensino das artes e publicações de arte, a proteção à criação intelectual, mas, também, aos agentes de arte, os leiloeiros de arte, os fundos de investimento em arte, as feiras de arte. Todos estes agentes económicos contribuem e dependem da criação intelectual.

¹⁵⁶ A Lei n.º 92/2019, de 04 de setembro, que estabelece as utilizações permitidas de obras em benefício de pessoas cegas, transpondo a Diretiva (UE) 2017/1564, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro, e descriminaliza a execução pública não autorizada de fonogramas e videogramas editados comercialmente (Décima quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro, e primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho.

¹⁵⁷ JOUE, 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.

2. O Direito de Autor e o Critério da Originalidade da Obra Fotográfica

O direito de autor é construído a partir de uma obra original que, à luz do artigo 2.º, n.º 1 do CDADC se apresenta como uma «criação do espírito» ou «criação intelectual» do seu autor. De harmonia com o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do CDADC, «o direito de autor abrange direitos de natureza patrimonial e direitos de natureza pessoal. Denominados direitos morais. Os direitos patrimoniais destinam-se a garantir a exploração económica da obra, enquanto os direitos pessoais se destinam a proteger os aspectos pessoais nela vertidos ou a tutelar a ligação pessoal da obra ao autor. Os direitos patrimoniais caracterizam-se consequentemente pela alienabilidade, renunciabilidade e prescritibilidade, enquanto os direitos pessoais revestem as características de inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade»¹⁵⁸.

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que recorre ao pensamento de Luís Francisco Rebelo, «A noção de direito moral, esvaziado de qualquer conotação ética, e não obstante ter acompanhado o direito autoral desde a sua origem, relacionando-se com a própria essência da criação literária e artística, como expressão ou manifestação da personalidade do criador, foi introduzida, em 1928, na Convenção de Berna, aquando da revisão do Acto de Roma».¹⁵⁹

Ao longo de vários artigos da Convenção de Berna(CB)¹⁶⁰, reconhecidamente o mais importante tratado internacional em matéria de Direito de Autor, coloca-se a originalidade como requisito para que os autores de obras literárias e artísticas gozem do direito exclusivo de fazer ou de autorizar a tradução das suas obras (art. 8.º). E, sem prejuízo dos direitos de autor de qualquer obra que possa ter sido adaptada ou reproduzida, a obra cinematográfica é protegida como uma obra original (art.º 14-BIS 1).

A figura 1 remete-nos para a obra fotográfica (art 164.º CDADC), cuja proteção exige uma criação artística pessoal do autor, quer pelo seu objeto, quer pelas escolhas criativas do fotógrafo como: pano de fundo, iluminação, ângulo, técnica de revelação e a aplicação dos instrumentos digitais, durante a execução fotográfica (n. º1).

Também no caso da obra fotográfica, o critério da originalidade está na base da proteção autoral, à qual se junta o critério da personalidade do respetivo autor, não sendo passível de tutela as fotos de desenhos técnicos que emergem de forma automática (n.º 2 do art. 164.º CDADC).

¹⁵⁸ Ac. TRL, Proc: 295/12.7YHLSB.L1-7, Relatora: Maria do Rosário Morgado, 31.07.2017.

¹⁵⁹ Ac STJ, Proc: 509/09.8TVLSB.L1.S1, Relator: Serra Baptista, 26.09.2013.

¹⁶⁰ A Convenção tem sido modificada e completada ao longo dos tempos, tendo Portugal aderido à Convenção na versão do Ato de Berlim, em 1911, e, posteriormente, aderido à versão do Ato de Paris, pelo Dec. nº 73/78, de 23 de Julho.

Fig. 1 Obra fotográfica



Foto de Octávio Alcântara

3. O Direito Exclusivo do Autor da Obra Fotográfica

O autor da obra fotográfica tem o direito exclusivo de a reproduzir, difundir e pôr à venda, reproduzir com as restrições que a exposição poderá colocar (n.º 1 do art. 165.º CDADC), «podendo nos termos gerais, conceder autorização a um terceiro para a divulgar, publicar, utilizar ou explorar, como resulta dos artigos 40.º e 41.º do mesmo código. Tendo a obra "(...) uma característica fundamental que a diferencia das coisas corpóreas: a ubiquidade. A obra literária e artística não é aprisionável num determinado continente (...) os bens intelectuais não se desgastam com o uso (...) são inesgotáveis", pelo que, na ausência de um conteúdo positivo do direito intelectual, a doutrina avalizada defende que o direito intelectual, designadamente o que se protege, não é um direito de utilização de bens mas "consiste essencialmente na resultante exclusão de terceiros das actividades relativas a bens intelectuais. É por isso um direito exclusivo e não um direito de propriedade¹⁶¹. Os bens protegidos pela propriedade intelectual são bens imateriais e nessa medida os critérios para o seu cálculo escapam aos critérios tradicionais de avaliação do dano.

O dano pessoal característico da violação de cada direito pessoal presume-se: não necessita de ser provado pelo titular do direito violado. Basta ao autor provar a violação do direito para poder exigir perdas e danos,

¹⁶¹ Oliveira Ascensão, *Direitos Intelectuais – propriedade ou exclusivo*, *Themis*, Ano IX, nº 15 (2008), p. 130 e ss

cabendo ao réu o ónus de provar que naquele caso os danos não patrimoniais se não verificaram.»¹⁶²

Se a fotografia for efetuada em execução de um contrato de trabalho o direito de exclusividade pertence à entidade patronal. Porém, se fotografia for utilizada para fins comerciais, a reprodução fotográfica deve contemplar uma remuneração¹⁶³ a atribuir ao autor (N.ºs 2 e 3 do art. 166.º CDADC).

A outorga do autor da fotografia é acompanhada de exceções e limitações que se encontram previstas no art. 79.º/2 e 3 do Código Civil

«2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada. A sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.»

No âmbito do n.º 1 do artigo 167.º do CDADC, os exemplares da obra fotográfica devem conter o nome do fotógrafo, a exemplo da fig. 2, uma fotografia assinada por Claudia Matias¹⁶⁴ e em fotografia de obras de artes plásticas, o nome do autor da obra fotografada. Para os devidos efeitos do n.º 1. «o autor da obra fotográfica pode identificar-se pelo nome próprio, completo ou abreviado, pelas suas iniciais, por um pseudónimo, pelo seu nome literário, artístico ou científico ou por qualquer sinal convencional.»¹⁶⁵

¹⁶² Ac. TRL, Proc: 295/12.7YHLSB.L1-7, Relatora: Maria do Rosário Morgado, 31.07.2017.

¹⁶³ Vide os arts 14.º/4; 43.º e 44.º 167.º e n.º 2 do art.168.º.

¹⁶⁴ Cláudia Maria Gomes Matias, estudante do 3.ºano da licenciatura de Fotografia e Cultura Visual, da Faculdade de Design, Tecnologia e Comunicação da Universidade Europeia.

¹⁶⁵ Ac. TRL, Proc: 295/12.7YHLSB.L1-7, Relatora: Maria do Rosário Morgado, 31.07.2017.

Fig. 2 Conferência sobre o Direito da Sociedade do Conhecimento



O n.º 2 do artigo 167.º do CDADC torna claro que «só pode ser reprimida como abusiva a reprodução irregular das fotografias em que figurem as indicações referidas, não podendo o autor, na falta destas indicações, exigir as retribuições previstas no presente Código, salvo se o fotógrafo provar má-fé de quem fez a reprodução.».

O artigo 168.º do CDADC adverte a propósito de fotografia encomendada que «Salvo convenção em contrário, a fotografia de uma pessoa, quando essa fotografia seja executada por encomenda, pode ser publicada, reproduzida ou mandada reproduzir pela pessoa fotografada ou por seus herdeiros ou transmissários sem consentimento do fotógrafo seu autor. 2 - Se o nome do fotógrafo figurar na fotografia original, deve também ser indicado nas reproduções.» (n.º 1).

4. Da Utilização Livre da Obra Fotográfica

Os direitos de autor são direitos exclusivos concedidos aos criadores da «obra», cujo traço de identidade (originalidade) é crucial para a atribuição da paternidade dessa criação. Mas estes direitos não são ilimitados. “O direito de autor existe não para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade”¹⁶⁶.

Em certos casos, os conteúdos produzidos por autores (artistas, fotógrafos e músicos) podem ser utilizados por terceiros sem autorização dos respetivos titulares.

É lícito, o uso da fotografia sem o consentimento do autor nos termos previstos na lei (art. 75.º CDADC), e desde que acompanhado do nome do autor e em certa medida de uma remuneração justa (n.º 2 do art. 76.º CDADC).

¹⁶⁶ Ac. TRG. Proc: 4683/10.5TBGMR.G1, Relatora: Maria da Purificação Carvalho, 18.09.2012.

Constituem exceções ou “utilizações livres”, na designação dada pelo legislador português. As situações previstas no artigo 75.º, n.º1 do CDADC. N alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo, prevê-se que são lícitas, sem o consentimento do autor, as utilizações da reprodução da obra para «para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;».

Por via da transposição da Diretiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, ainda em curso, a Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.ª prevê na nova alínea g) do artigo 75.º do CDADC uma utilização livre de prerrogativas do direito de autor, onde se deve incluir o uso livre de uma fotografia, quando:

- a) A reprodução, a comunicação ao público ou a colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didáctica, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos e docentes desse mesmo estabelecimento de educação e ensino;

5. Da Exclusividade de Uso de Uma Fotografia à Indeminização

De relevar que o direito à exclusividade do uso de uma fotografia e à indemnização pela sua violação a favor do seu proprietário só é reconhecível se ela for de considerar como criação artística pessoal do seu autor.

Segundo o Professor. Oliveira Ascensão “A protecção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a actividade não criativa. (...) o Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação. Na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor. (Direito de Autor e Direitos Conexos”, pag. 90). E assim se impõe que a fotografia contenha sempre o nome do autor... sendo que em caso de omissão do nome não haverá obra protegida (Oliveira Ascensão na obra citada e também na decisão recorrida). Há aqui o que se pode considerar ainda como uma exigência de uma formalidade, cuja satisfação é necessária para que se verifique a protecção. É esta mais uma manifestação do denominado por Oliveira Ascensão limite na tutela/protecção do direito de autor. Escreve o tão ilustre professor que “é importante considerar a evolução histórica que levou a que a fotografia só muito lentamente fosse sendo acolhida no terreno do Direito do Autor. Ainda hoje ele se encontra aí desfavorecida,

como resulta do próprio prazo de protecção: este é de 25 anos a partir da realização da fotografia (...)”.

A prática de atos por quem não seja o titular da obra nem tenha obtido o consentimento do autor (artigo 195.º e 196.º CDADC), e ainda os atos que afetem a genuinidade e a integridade da obra protegida, como a destruição, mutilação, deformação ou outras modificações (artigo 198.º, n.º 2 CDADC), bem como atos que comprometam a paternidade da obra (artigo 198.º, n.º 1 CDADC), constitui uma violação aos direitos de autor.

Em face de uma violação, importa analisar a obrigação de indemnizar, e nessa medida é necessário ir além da ilicitude do facto (como ofensa injusta a bens ou direitos alheios tutelados pelo direito), mas importa analisar a culpa do agente, na modalidade de dolo ou negligência (artigo 483º/1 do Código Civil). Não há obrigação de indemnizar, em sede de violação do direito de autor, sem que sobre o agente possa recair um juízo de censura ou de reprovação por o agente agir do modo como agiu, optando por uma conduta ilegítima quando podia e devia adoptar o comportamento devido. E são reparáveis todos os danos causados ao lesado que decorram (nexo de causalidade) da lesão, sejam danos emergentes ou lucros cessantes (artigo 564º/1 do Código Civil). Por último, recai sobre quem invoca um direito o encargo da prova dos pressupostos do dever de indemnizar, nomeadamente da ilicitude do comportamento de quem entendem ter incorrido nesse dever (artigo 342º/1 do Código Civil), podendo a indemnização ser calculado segundo critérios de equidade (artigo 496.º, n.º 3 do Código Civil).

6. Considerações finais

Pelo exposto, resulta evidente que a obra fotográfica comporta especificidades próprias relativamente à criatividade, para que possa ser tutelada pelo direito de autor. Na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor. A prática de atos por quem não seja o titular da obra nem tenha obtido o consentimento do autor, poderá constituir uma violação do direito de autor, e como tal a obrigação de indemnizar. Porém, em certos casos, os conteúdos produzidos por autores (artistas, fotógrafos e músicos) podem ser utilizados por terceiros sem autorização dos respetivos titulares, são as denominadas «utilizações livres».

Moda – Obras Artísticas e as suas Problemáticas

*Bruna Alexandra dos Anjos Salgueiro*¹⁶⁷

*Rafaela Miranda Martins*¹⁶⁸

Resumo

Neste artigo propomos que os leitores tenham uma visão mais ampla acerca do mundo da moda, mais concretamente nas criações de moda, passando por todo o processo destas, e conseqüentemente os problemas jurídicos que podem daí surgir, aborda-se também questões acerca das patentes e do modelo de utilidade, das marcas e dos seus desenhos e modelos. São tratados também os conceitos de fast fashion e slow fashion e as suas diferenças. Analisamos também que a linha entre a inspiração e a cópia é muito ténua e facilmente se copia algo de outrem, tendo por norma as fast fashion, muito mais lucro e menos despesas. Usamos alguns exemplos práticos, acórdãos, legislação e alguns conceitos. Neste assunto achamos importante abordar os direitos de autor para com o criador, as questões de propriedade intelectual e industrial e perceber se as criações de moda são consideradas obras artísticas ou não, se possuem os elementos necessários para que possam ser protegidas. Aproveitamos para falar também da concorrência desleal e as situações em que esta se verifica.

Palavras-chave:

Moda, Design, Direito de autor, Cópia, Propriedade intelectual

¹⁶⁷ Finalista do Curso de Direito, Universidade Europeia.

¹⁶⁸ Finalista do Curso de Direito, Universidade Europeia.

Fashion – Artistic Works and their Problematic

*Bruna Alexandra dos Anjos Salgueiro
Rafaela Miranda Martins*

Abstract

In this article we propose that the readers had a broader view about the fashion world, more specifically in fashion creations, going through the whole process and consequently legal issues that can arise from that, approaches too some questions about the patent and utility model of the brands and their models and design. Are treated as well the concepts of fast fashion and slow fashion and their differences. We also analyze that the line between inspirations and copy is very thin and is very easy to copy something from others, having the fast fashions normally more profit and less expenses. We use a few practical examples, accords, legislation and some concepts.

In this subject we think that is important approach the copyright to the creator, intellectual and industrial property questions and see if fashion creations are considered art work or not, if they have the necessary elements for them to be protected. We also take the opportunity to talk about unfair competition and the situations in which it occurs.

Keywords:

Fashion, Design, Direito de autor, Copy, Intellectual Property

Introdução

As criações de moda estão interligadas no mercado da moda estando este em constante mudança, basta analisar a história da moda. No início do século XX, os modelos femininos eram muito influenciados pelo movimento artístico da época conhecida como “Arte Nova”, onde a silhueta da mulher era muito marcada, dando um formato em “S”, era comum que os tecidos desta época fossem rendas, bordados e chapéus extravagantes.

Mais à frente houve uma mudança drástica, na década de 20, com o final da 1ª guerra mundial, onde houve a praticidade das roupas masculinas para as roupas femininas, e uma das grandes referências desse tempo foi Gabrielle Chanel, onde propôs um estilo de roupa mais minimalista, passando as mulheres a utilizarem o cabelo mais curto, chapéu “clochê”, calça comprida e “tailleur”.

Na década de 30, as mulheres encurtaram as suas saias até ao tornozelo dando mais praticidade às roupas, decotes maiores nas costas e modelos colados ao corpo por influência das atrizes de Hollywood. Na década de 50, houve um retorno e a moda sofreu outra mudança, pois voltou-se às linhas mais femininas e românticas, saias plissadas, cinturas marcadas, saltos altos, penteados super elaborados e uma maquiagem perfeita. Já nas décadas de 60 e 70, a moda sofreu influência também com o movimento de empoderamento, ou seja o movimento hippie, gay, anti racismo, feminista, as mulheres passaram a usar saia curta, cabelos curtos, sapatos baixos, blusa sem sutiã para reforçar a liberdade do corpo, as roupas tinham um toque masculino, como o uso de ternos femininos e calças, o movimento hippie trouxe muitas estampas e cores vivas aos tecidos. esta década foi de produção em massa e consumismo.

No final da década de 70 e anos 80, começou o desenvolvimento sustentável, pois houve mais consciencialização por parte dos consumidores, devido à preocupação com a exploração dos trabalhadores têxteis. Houve o movimento punk na época, trazendo roupas e acessórios de metais e calça rasgada, roupas com tecidos chamativos com brilho e patês. Por fim temos a década de 90 até aos dias atuais, as palavras chaves aqui nestas décadas são o minimalista e o estilo casual, calça jeans, e uma blusa colada. As etapas de criação de moda numa coleção vai para além da vontade de criar roupas, mas sim na definição de um tema, a escolha do tipo de tecido, os croquis¹⁶⁹ e os desenhos técnicos¹⁷⁰. Há dois grandes grupos nas coleções, as comerciais e as conceituais, no qual as primeiras são mais utilizadas no dia-a-dia, enquanto que as segundas, normalmente são mais vistas nos

¹⁶⁹ Desenho no boneco, com movimentos e cor, para mostrar ao cliente a ideia.

¹⁷⁰ Desenho usado na fábrica, onde se vai produzir o molde, e entender os detalhes da peça.

desfiles de moda, que carregam muita cor, tendências de tecido, de bordado e de caimento.

A criação de moda está subjacente a outro conceito, nomeadamente, o do design, isto é, “o desenho de um produto em prol da sua funcionalidade”, é entendido como o processo técnico, criativo e artístico, que visa elaborar determinado artefacto que atenda a necessidades humanas. Então é importante que a criação de moda, tenha como produto, o design, a estética, a tendência, a qualidade, a aparência e a funcionalidade.

É também importante referir quais os elementos que fazem parte de uma criação de moda, sendo os mais falados, as peças de vestuário, o calçado e acessórios de uso pessoal, no qual estas criações tem dois elementos, o funcional e o estético, o que representa o design na perspectiva da utilidade daquele produto, o seu fim e utilidade, enquanto que o outro elemento é a reação emocional demonstrando o agrado ou o desagrado nos seus consumidores.

1. Criação de Moda: Desenhos ou Modelos / Marcas / Patentes ou Modelos de Utilidade

Qualquer criador gostaria de ver a sua obra (considerada relevante e única) protegida contra terceiros, evitando que se aproveitem do seu esforço e inspiração para lucrarem de um benefício que deveria ser exclusivo do próprio autor da criação. Porém nem todas as obras merecem ser protegidas, pelo que passamos à análise do que é necessário para uma obra ser considerada relevante e merecedora de proteção.

Chegados aqui, torna-se claro afirmar que são as características ornamentais da criação da moda que atribuem o valor à mesma, podendo atrair mais ou menos admiradores, ou vigorando por períodos mais longos ou mais curtos consoante a sua contínua aceitação junto da clientela.

O art.173º do CPI comporta a seguinte definição de desenho ou modelo “O desenho ou modelo designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de, nomeadamente, linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação.”

Assim sendo, ao relevar o aspecto estético da obra devemos distinguir de forma tangível os desenhos e modelos industriais, cuja proteção reside no direito de propriedade industrial, dos desenhos e modelos de cariz mais artístico que interessam para o autor. Os primeiros visam obras que atendem a um carácter mais prático e funcional, onde embora se tenha em atenção a estética da obra, não se atribui notoriedade ao “valor artístico estético” (valoriza-se a invenção do

produto em si) ao contrário dos segundos que concedem crédito à arte da obra.

Por forma a incentivar os consumidores a adquirirem as peças de moda, o autor da mesma tende a inovar, adicionando características exclusivas e distintas dos outros produtos, pelo que são precisamente essas particularidades únicas ou raras que permitem atribuir o valor artístico à obra e consecutivamente a proteção jurídica devida.

Podemos então afirmar que para que exista proteção jurídica do autor é necessário que a obra criada por si, apresente um cunho *singular* e de *novidade*. Para alguns autores são duas características inerentes, onde se verificando uma, naturalmente se verifica a outra, porém Barbara Quintela Ribeiro percebe que são conceitos distintos que não se confundem, estando o cariz inovador situado no art.176º/2 do CPI, onde o que se prevê é uma obra nunca antes vista atendendo ao seu carácter singular no art.177º/1 e 193º/1 do CPI.

Neste seguimento devemos cumular o art.176º do CPI com o art.178º /1 do CPI, no qual determina que até ao momento da apresentação do dito desenho ou modelo junto de um nicho específico especializado na área do produto, a obra ainda não se considera divulgada - art.179º do CPI (mesmo que o desenho ou modelo tenha sido previamente apresentado em sigilo a um terceiro não existe divulgação).

Comporta então uma elevada importância o registo do desenho ou modelo, na medida em que apenas se poderá avaliar a novidade da obra quando antes da data do devido registo nada semelhante já existir (e tenha sido divulgado), para além de que a proteção e primazia é dada ao autor do desenho ou modelo (no caso de existirem concorrentes dentro de um setor com desenhos e modelos iguais) que tiver obtido o registo primeiro.

Com isto não significa que não possam existir desenhos ou modelos idênticos, contudo, esclarece o art.176º/2 do CPI, que para serem classificados como idênticos e não iguais ao ponto de se tratar de cópia, as suas semelhanças não devem ser determinantes mas sim meramente pormenores relativos e pouco relevantes, para que o cariz inovador e singular/único se mantenha.

Após a formalização do devido registo do desenho ou modelo, o titular deste adquire um direito de exclusividade sobre o mesmo, por um período de 5 anos com início na data do pedido, com possível renovação por períodos iguais até perfazer 25 anos (art.195º do CPI).

Uma vez registados, os desenhos ou modelos passam a estar protegidos contra imitações/ cópias.

A realidade é que, como já anteriormente foi exposto, a moda poderá ser aceite junto dos consumidores por temporadas maiores ou mais efémeras, pelo que estas rápidas alterações no setor leva a que, por vezes a efetivação do registo de determinado desenho ou modelo tenha

uma duração temporal maior do que a permanência do próprio desenho ou modelo no mercado.

Existem então momentos em que quando o registo inicia os seus efeitos, já a obra artística está ultrapassada, por ser apenas “passageira”, nestes casos o registo e a proteção da obra deixam de fazer sentido para o autor.

Os direitos inerentes ao registo, são passíveis, segundo o que resulta do art.30º do CPI, de transmissão, quer de forma gratuita ou onerosa, no seu todo ou em parte, ou ainda suscetível de licenças de exploração¹⁷¹ (art.30º/1 do CPI).

Junto do art.175º do CPI estão as causas que levantam o véu de proteção do registo. Importa referir que na exclusão contemplada na al.a) o que se pretende deixar claro é que a aparência estética enquanto elemento determinante que leva a uma caracterização da obra artística enquanto única, singular e inovadora e que merece nessa medida de proteção, não é elemento determinante no que concerne a obras cuja inovação consiste na funcionalidade do produto, sendo protegido pela sua utilidade (inexistente até então) e não pela sua estética.

Assim sendo compreende-se que o desenho ou modelo inovador e singular é o que diferencia os produtos e a sua devida proteção ou não, dentro da mesma função técnica que têm. Fala-se por exemplo da dita mala comum, onde o que distingue as malas no mercado é exatamente o cariz estético e não a sua utilidade, que aparentemente é a mesma.

Quando ocorre uma violação deste direito de exclusividade garantido pelo registo, ocorre uma ilicitude, cuja punição encontra abrigo no art.319º do CPI. (“...pena de prisão até 3 anos ou...pena de multa até 360 dias...”). Existe não só legislação nacional que pretende reger este tipo de matérias referentes à proteção de criações, como também a nível europeu.

Torna-se fácil perceber a necessidade de criar uma legislação europeia capaz de reger estes direitos de propriedade intelectual no espaço europeu, uma vez que existe uma vasta liberdade de circulação e facilidade em aceder a determinadas obras dentro desta comunidade, pelo que, nessa medida, surge o “Regulamento (CE) 6/2002, de 12-12-2001”, para que existam normas comuns a todos os estados europeus ,evitando assim conflitos de legislação. O referido regulamento assume como princípio base o *incentivo aos criadores*, e para o efeito, tende a facilitar o processo de registo do desenho ou modelo.

¹⁷¹ Instituto que permite que o titular da licença de exploração, possa explorar a obra do autor mediante autorização deste último.

Para além da proteção existente na criação artística concebida pelo regime de desenhos ou modelos, também a marca pode ser elemento de atribuição de proteção (embora menos direta).

A marca é definida pelo art.208º do CPI como: "A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, cor, a forma do produto ou da respectiva embalagem, ou por um sinal ou conjunto de sinais que possam ser representados de forma que permita determinar, de modo claro e preciso, o objeto da proteção conferida ao seu titular, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.", (ao contrário do antigo CPI que não aceitava a marca monocromática o atual CPI já o faz) pelo autor Jorge Manuel Coutinho de Abreu como: "(...) signos (ou sinais) suscetíveis de representação gráfica destinados sobretudo a distinguir certos produtos de outros produtos idênticos ou afins" e por muitos outros autores e fontes.

Porém numa aceção simplista podemos definir a marca como uma imagem caracterizadora de determinado produto ou do próprio criador, onde estão patentes determinadas características (nominativas, figurativas etc...), valores ou ideias recorrentes nas criações.

Exemplo disso são os sapatos da marca Louboutin, os conhecidos sapatos altos de sola vermelha característicos, onde qualquer consumidor deste tipo de produtos que visualize no mercado uns sapatos altos de sola vermelha associam desde logo a marca louboutin.

Esta questão de uma simples cor vermelha passar a ser característico da marca Louboutin foi alvo de controvérsia na barra dos tribunais, no sentido em que uma vez protegida seria ilícito que outra marca pudesse fazer uso da cor vermelha nos seus produtos sob pena de ser acusada de cópia (apenas por usar a mesma cor).

Porém o tribunal determinou após alguma discussão que desde que o sapato que tivesse a sola vermelha fosse de outra cor não haveria problema em registar este detalhe como imagem da marca da Louboutin (assim sendo outras marcas poderiam criar sapatos com a cor vermelha sem estarem a violar o direito exclusivo da marca Louboutin, com a ressalva de não poderem colocar a sola vermelha como detalhe dos seus sapatos.).

Outro exemplo reflete-se em determinadas marcas que estão agregadas a uma imagem ambientalista que leva a atrair determinados nichos de consumidores. Também a marca para ser registada com os elementos que a caracterizam, devem estes últimos ser inovadores, distintivos e verdadeiros. Nesse sentido, o art.209º do CPI expõe os sinais que não podem ser assinalados como pertencentes à marca de forma exclusiva.

À luz do art.210º do CPI o registo da marca confere ao titular a exclusividade da mesma, sendo esta válida pelo período de 10 anos e

com a probabilidade de ser renovada por períodos temporais idênticos. Um caso de negação de registo ocorreu com uma marca bastante prestigiada na moda do desporto, a Nike.

A Nike decidiu alargar a sua área de atuação para o setor da cosmética e dos perfumes, contudo foi-lhe negada essa possibilidade, na medida em que esta estava associada ao mundo do desporto (e era nessa vertente que a marca estava registada) e derivado ao nome que a marca possui no mercado, pois a mesma poderia ter benefícios dessa popularidade referente a produtos completamente distintos pela qual é conhecida juntos dos consumidores.

Tal como no caso dos desenhos ou modelos, também nas marcas existe a possibilidade de transmissão, regulado nos art.256º a 258º do CPI e de autorização para um terceiro “usar” a marca através de um contrato de licença ou mais conhecido por “merchandising”.

Outra das formas de proteção e concessão do direito de exclusividade reside na patente. Esta diz respeito ao reconhecimento pelo Estado da propriedade de uma determinada criação ao seu autor conferindo-lhe o direito exclusivo do mesmo.

O regime das patentes encontra o seu abrigo junto do art.50º a art.115º do CPI. A diferença entre a patente e a marca, é que esta última como já explicado visa identificar a origem/criador da obra, conferindo proteção à estética daquele produto dentro do setor onde existem outros com a mesma finalidade, porém aparências distintas, a patente pretende conferir proteção à invenção de uma obra que visa solucionar vazios existentes no mercado, surgindo produtos com novas funções.

Outro regime relacionado com o da patente denomina-se de modelo de utilidade (art.119º/1 a art.152º do CPI), que também visa conceder a proteção de determinada invenção, contudo um tanto distinto da patente.

Nesta última falamos mesmo da invenção de uma obra que soluciona problemas que até então não tinham solução, ou simplesmente a invenção de um produto nunca antes inventado, já o modelo de utilidade vem aperfeiçoar e atribuir novas funcionalidades a determinados produtos já existentes.

Observa-se um claro caso de modelo de utilidade os ténis criados pela GEOX denominados “ténis que respiram”, na medida em que vêm acrescentar uma nova funcionalidade ao modelo de ténis comum.

Segundo Bárbara Quintela, a principal diferença entre o regime da patente e o modelo de utilidade é que este último está “(...) previsto com o objetivo de conferir alguma proteção a um grau inferior da atividade inventiva relativamente àquela que é exigida para a concessão de uma patente (...).

Estas duas querelas reconhecem ainda diferenças ao nível do tempo, ou seja, o processo em si de adquirir o direito exclusivo (proteção)

é muito mais rápido no modelo de utilidade, devido ao seu procedimento administrativo ser mais simples.

Neste aspecto torna-se mais apelativo o regime do modelo de utilidade na medida em que as criações no mundo da moda poderão ser extremamente efémeras, e se assim poderão estar protegidas enquanto ainda constituem tendências.

Porém como asseguram os sábios populares “tudo o que vem rápido, vai rápido”, ideia que aqui também se aplica, uma vez que apesar de o modelo de utilidade ser mais rápido e simples de implementar, tem um espaço de duração menor, levantando-se o véu de proteção da criação seis anos a contar da data do pedido para o modelo de utilidade (art.142º/1 do CPI) e vinte anos a contar da data do pedido para a patente (art.100º do CPI).

2. Proteção Jurídica

A criação de moda é gerada a partir de um processo criativo semelhante ao de um artista quando trabalha a arte na sua obra, logo como refere Lúcia Carvalho Abreu, “a obra artística está associada ao domínio das coisas do intelecto que se materializam como manifestações do sentido de belo, das alegrias e das angústias do autor”¹⁷², e a Mestre Rita Caniço Albano, diz que “se a criação de moda for capaz de servir certo veículo para a liberdade de expressão, deve ser considerada como obra artística, desde que seja nova e original”,¹⁷³ logo podemos excluir as “criações” de marcas de “Fast Fashion”.

O termo “fast fashion” surgiu na década de 1990, denominado assim porque, anteriormente no séc. XVIII o processo de produção de moda era extremamente lento, havendo uma grande dificuldade no acesso aos tecidos, daí que tivessem um custo maior, porém com a evolução da maquinaria, com o surgimento das máquinas de costuras começaram a surgir marcas com uma produção enorme, e a maior parte das vezes imitando o design de marcas de alta costura e de design exclusivo, não sendo assim estas consideradas obras artísticas, pois não cumprem os dois requisitos essenciais, anteriormente referidos, a originalidade e a inovação.

Quando uma criação de moda é considerada obra artística, essa está protegida pelo direito de autor (alínea i) do nº1 do artigo 2º do CDADC). Na proteção da criação de moda em sede de direito de autor, existem situações relativas à exploração da obra, podendo estas serem de natureza pessoal e/ou de natureza patrimonial. Se forem de natureza

¹⁷² ABREU, Lúcia Carvalho. (2006). “Reconhecimento e lei aplicável á proteção das criações de moda pelo direito de autor”. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Vol.8 nº8, p.159.

¹⁷³ ALBANO, Rita. *A tutela de Direito Intelectual das Criações de Moda*, 2020, p. 57.

pessoal (nº1 do art.9º do CDADC), pertencem ao criador ou autor da obra e são inesgotáveis (nº3 do art.9º do CDADC), estando relacionados com “a preservação da genuinidade e integridade da obra”, tendo o autor o poder de decisão quanto ao destino da sua obra, à sua divulgação e à sua retirada.

No plano patrimonial (nº2 do art.9º do CDADC), há “o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente”, o nº1 do artigo 67º do CDADC, refere que “este direito exclusivo se traduz na possibilidade de divulgação da obra, da sua publicação e da sua exploração económica por qualquer forma, nos limites legais”, e que “as garantias das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objeto fundamental da proteção legal”.

E apenas o conteúdo patrimonial deste direito pode ser transmitido e onerado a terceiros de acordo com os artigos 40º a 55º do CDADC, e o desrespeito pelo direito de autor é punido com sanções penais tipificadas como crimes de usurpação (art.195º do CDADC), contrafação (art.196º do CDADC), e a violação do direito moral (art.198º do CDADC).

Aproveitando a sua menção para distinguir estas querelas que se afiguram violações ao direito de exclusividade: quando falamos em usurpação, referimo-nos à utilização indevida, por terceiro que “serve-se” da obra sem qualquer autorização, ou quando a tem ,ultrapassa os limites que essa autorização permite, já quando nos direcionamos para a contrafação surgem as situações em que um terceiro utiliza a obra do autor (copiando-a) apelidando-a de sua.

E ainda existe uma terceira ilicitude que corresponde à imitação, nesse sentido José Mota Maia distingue imitação de contrafação ,em que esta última copia integralmente a obra artística ,especialmente os detalhes constitutivos da criação, enquanto que a primeira imita parcialmente a obra ,utilizando características semelhantes ao original ,por forma a causar confusão sobre a origem do produto.

A propriedade industrial tem na moda um papel primordial quer na proteção dos designs, quer das marcas, mesmo quando estes se fundem no mesmo objeto, devido às invenções (patentes, modelos de utilidade, certificado...), designs e sinais distintivos, e tem como características a tipicidade, a exclusividade e a territorialidade.

A cópia não é um problema moderno, pois já no ano de 1930, Gabrielle Chanel uniu-se a Madame Vionnet para processar Suzanne Laneil, quando descobriram que tinham criado imitações das peças de ambas, desde aí os tribunais começaram a dar mais proteção aos criadores de moda, criando legislações, sendo estas também aplicadas aos escritores e artistas, porém essas legislações não puseram termo às imitações, e conseqüentemente as cadeias de “fast fashion” continuam a crescer. O grupo da Inditex, a Shein, entre outros, trazem as tendências

dos desfiles de moda e vendem imitações óbvias dessas marcas por menos de um terço do preço, levantando assim questões de como essas peças foram produzidas e em que condições.

Uma criação normalmente demora cerca de meio ano a ser pensada e produzida, sendo o processo todo envolvente bastante “duro”, pelo que é obviamente frustrante para o autor ver que às vezes mesmo durante o desfile, essas peças que acabaram de passar já estão à venda, nessas cadeias, tornando por vezes as peças originais menos apetecíveis, devido em grande parte ao seu valor, pois não ligam muito ao tecido ou aos acabamentos em si, que é onde se mais nota a diferença entre o original e a cópia.

Por vezes as “fast fashion” tem o acabamento horrível, e uma qualidade péssima, porém como o valor é baixo o pensamento é que quando se estragar compra-se outro (pois compensa mais a nível monetário do que comprar o original) e com esse pensamento, agrava-se outro problema, o ambiental, com a destruição da biodiversidade, a escassez de recursos, a contaminação de recursos hídricos, a emissão de gases poluentes, aumentando assim o aquecimento global, devido a utilizarem produtos e técnicas poluentes.

Enquanto que as “slow fashion”, apontam para a sustentabilidade, e durabilidade das peças, tendo como valores a diversidade, priorizam o local em relação ao global, promovem a consciência sócio-ambiental, contribuem para a confiança entre os produtores e consumidores, praticam preços reais, incorporando custos sociais e ecológicos, produzindo em pequena e média escala, as “fast fashion”, só querem produzir em grande escala, com modelos semelhantes aos bens produzidos pelas grandes marcas, tendo assim estes menos qualidade e durabilidade, como referimos anteriormente, e não é sustentável, analisemos, para produzir uma camisa gasta-se cerca de 2720 litros de água, a mesma quantidade que nós costumamos beber em 3 anos, imaginem para produção em grande massa quantos litros serão.

É difícil ir para a justiça com estas grandes empresas de “fast fashion”, pois estas têm sempre bons departamentos jurídicos, então agora os estilistas que vêem as suas peças copiadas estão a usar os trunfos da internet para denunciar estes casos óbvios, numa tentativa de consciencializar os consumidores e quem vende. Por exemplo, os *@diet_prada* são verdadeiros “olheiros do plágio” e denunciam por meio de sua conta no Instagram, temos também os “fashioncopycats.com”, onde publicam online as montagens entre as peças de designers com as suas imitações.

A cópia e o seu comércio ilegal, é uma situação muito prejudicial a nível económico para o país, “pois alimenta um mercado paralelo que

foge dos impostos prejudicando o dinheiro dos consumidores.”¹⁷⁴ Nestes casos de cópia, considera-se crime de contrafação de acordo com o art.319º do nCPI e 196º do CDADC, pois por um lado, onde a contrafação é desenvolvida como já referimos, é em sítios precários tanto a nível de monetários como sanitários, por outro lado leva a uma desconsideração da inovação e pesquisa. Porém contrariando este pensamento nos EUA, nasceu uma perspectiva chamada de “*teoria do paradoxo da pirataria*”¹⁷⁵, no qual refere que o consumidores das criações das modas não é o mesmo que consome as cópias, devido à classe social de ambos os consumidores, esta teoria tem duas bases, a obsolescência induzida¹⁷⁶ e a ancoragem¹⁷⁷, no qual a primeira base considera-se que com a cópia se consegue a difusão de uma tendência, o que irá beneficiar ambas as partes, o criador e o copiado, pois aumentará a comercialização e a procura dessas tendências. Na outra base, dizem que os consumidores devem estar informados das tendências, sendo a cópia um elemento privilegiado para dar esta informação. Esta teoria ignora os direitos pessoais e patrimoniais dos criadores de moda considerando apenas os aspectos económicos da moda.

A cópia em si ainda não é crime tipificado na lei, mas sim o seu processo anterior e o posterior, nomeadamente no âmbito de direitos fundamentais dos trabalhadores, direitos laborais, direitos dos consumidores e o direito fiscal. Uma curiosidade, Portugal é um dos países com maior taxa de contrafação, posto isto tem havido mais fiscalizações por parte da ASAE, órgão este de polícia criminal que atua neste âmbito. De acordo com o Ac. STJ de 29.04.2010, proc. nº 3501/05.0TBOER.L1.S1, refere que “o critério determinante para que diga que não há contrafação, é afirmar-se que a obra possui um conjunto de características intrínsecas que permite dizer que não obstante as semelhanças, se trata de uma obra diferente e não uma reprodução ou cópia da outra, isto é, que é uma obra que tem uma individualidade própria, por comparação com outra, ou seja, existirá contrafação quando houver uma utilização abusiva do conteúdo de obra ou prestação alheia, que se apresenta com própria, ofendendo-se assim o direito moral consistente na reivindicação da paternidade da obra”.

A contrafação no comércio mundial, estima-se que representou cerca de 5% a 7%, em 2015, o valor total dos produtos de contrafação e pirataria comercializados internacionalmente, ronda cerca os 460 mil milhões de euros, colocando em risco mais de 200.000 postos de trabalho. Com estes dados é importante os consumidores tanto portugueses como

¹⁷⁴ ALBANO, Rita Caniço. *A tutela de Direito Intelectual das Criações de Moda*, 2020, p. 57.

¹⁷⁵ The Piraty Paradox.

¹⁷⁶ Induced obsolescence.

¹⁷⁷ Anchoring.

estrangeiros perceberem as consequências das contrafações, pois só estes podem travar esta prática.

3. A Concorrência Desleal

Entendemos que em qualquer tipo de setor deve existir uma concorrência leal e fluida.

Percepcionamos como concorrência “(...) as regras de livre iniciativa económica, a existência de uma pluralidade de agentes económicos e de um público consumidor com liberdade de escolha”.¹⁷⁸ Desta forma considera-se concorrência no seu estado mais puro, a situação em que dois concorrentes se encontram nas condições mais semelhantes possíveis de concorrência (mesmo setor, produto semelhante, atuam no mesmo território). Seria perfeito que todos aqueles que atuam no mercado o fizessem da forma mais correta possível, porém a concorrência desleal existe e acontece quando se verifica uma violação das normas, e usos honestos e típicos daquele setor.

A concorrência desleal tem abrigo no art.311º do CPI e sanção no art.330º do CPI, verificando-se a presença desta quando ocorre uma destas situações: atos de confusão, atos de descrédito, atos de aproveitamento e atos enganosos. Os primeiros (atos de confusão) estão positivados no art.311º/1 al. a) do CPI, e acontecem quando é criada uma confusão junto dos consumidores sobre a origem do produto, ou seja empresas que usam características específicas de outra marca por forma a criar a dúvida sobre a proveniência do bem.

Imaginemos que no caso dos sapatos vermelhos da Louboutin, uma outra empresa decide produzir um sapato utilizando a sola vermelha para criar confusão junto dos consumidores e dessa forma ter mais benefícios. Nesse caso temos um problema de concorrência desleal e de propriedade intelectual. Face aos atos de descrédito, estes têm albergue na alínea b) do mesmo artigo, e ocorre quando surgem falsas afirmações sobre os concorrentes para descredibilizar a imagem destas no mercado e causar prejuízo nas vendas. É exemplo quando uma empresa afirma (falsamente) que a sua concorrente testa produtos em animais, ou que tem práticas abusivas com os seus empregados. Ao nível dos atos de aproveitamento, traduz-se na invocação de referências ou menções de determinada marca conceituada sem a sua devida autorização (elemento essencial para que se verifique o ato de descrédito) para obter mais lucro e benefício servindo-se da reputação que a sua concorrente tem no mercado. No caso de se verificarem algumas destas situações, a criação de moda será devidamente protegida pelo regime da concorrência desleal, e em algumas situações cumulativamente com o regime da propriedade intelectual.

Importa realçar que apesar das situações enunciadas no art.311º do CPI, podem existir outras causas de concorrência desleal atípicas.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Luís couto. *Manual de Direito Industrial*, 2017, p. 390 e 391

4. Conclusão

Entendemos ter analisado as partes mais importantes do regime de proteção no setor da moda, concluindo que apesar de existir alguma legislação no sentido de proteger a obra e o respetivo autor, colocando à disponibilidade alguns mecanismos para o efeito, continua a existir uma percentagem absurda de violação do direito de exclusividade do autor. Isto porque é rentável para as marcas de “fast fashion” como anteriormente verificamos, pois os custos são mínimos e mesmo que tenham que ressarcir o autor por se verificar a ilegalidade da atuação acaba por compensar face à fácil comercialização do produto, e ainda cresce o aumento deste tipo de ilícitos, pois continua a existir muita procura por parte do consumidor. Terminamos esta pesquisa com a ideia de que é muito difícil por vezes classificar o original de uma possível cópia e que apesar do empenho dos legisladores é um assunto pouco explorado e por fim, em alguns casos, “o crime compensa”.

5. Referências

GONÇALVES, Luís Couto. *Manual de Direito Industrial*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

ALBANO, Rita Caniço. *A tutela de Direito Intelectual das Criações de Moda*. Braga, Portugal: NOVA CAUSA, Edições jurídicas, 2020. 978-989-8515-81-0.

ABREU, Lígia Carvalho. (2006). “Reconhecimento e lei aplicável à proteção das criações de moda pelo direito de autor”. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*. Vol.8 n°8, p.159.

5.1. Outras referências:

<https://areademulher.r7.com/curiosidades/louboutin-historia/>

<https://neilpatel.com/br/blog/marca-o-que-e/>

<http://jornalismojunior.com.br/como-funciona-a-criacao-de-uma-colecao-de-moda/>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/8666fbaed86f825480256d470048e187?OpenDocument>

<https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/06/Proteção-das-criações-da-moda-por-direitos-de-autor-V%C3%ADtor-Palmela-Fidalgo.pdf>

<https://www.maxima.pt/moda/tendencias/detalhe/copia-imitacao-e-plagio--quais-sao-as-consequencias-reais-para-a-industria>

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27669/1/Fashion%20Law%20e%20Propriedade%20Intelectual%20-%20Daniela%20Henriques.pdf>

<https://inpi.justica.gov.pt/Noticias-do-INPI/Novo-relatorio-sobre-o-impacto-da-contrafaccao-e-da-pirataria-na-Europa>.

Pirataria e Cópia para Uso Privado

*André Mota*¹⁷⁹

*João Leitão*¹⁸⁰

Resumo

Atualmente inserimo-nos numa sociedade global na qual surgem novas tecnologias, que vêm a permitir cada vez mais e de forma mais acessível a publicação, transmissão e *streaming online* de obras, no entanto, isto traz um grande problema, a pirataria digital, e em que termos podemos considerar que é uma cópia para uso privado. Desta forma, pretendemos no presente trabalho o desenvolver um conhecimento maior sobre estas figuras, tratando algumas questões que consideramos interessantes no âmbito do direito de propriedade intelectual. Escolhemos a pirataria e a cópia para uso privado por entendermos que este tema é já uma realidade actual com um imenso impacto no mercado económico digital, que se não for combatida com urgência e brevidade, muito dificilmente será contido no futuro.

Palavras-chave:

Cópia para uso privado. Streaming. Pirataria Digital. Tecnologia.

¹⁷⁹ Finalista do Curso de Direito, Universidade Europeia.

¹⁸⁰ Finalista do Curso de Direito, Universidade Europeia.

Piracy and Copying for Private Use

André Mota
João Leitão

Abstract

Currently we are part of a global society in which we operate, new technologies are beginning to emerge, allowing more accessible to online publication, transmission and streaming of protected works, however, this brings a big problem, digital piracy, and in what terms we can consider it a copy for private use. In this way, we intend in the present work to develop a greater knowledge about these figures, addressing some issues that we consider interesting in the scope of intellectual property law. We chose piracy and private copying because we believe that this issue is already a current reality with an immense impact on the digital economic market, which, if not fought with urgency and brevity, will be very difficult to contain in the future.

Keywords:

Private Copying. Streaming. Digital Piracy. Technology

Introdução

O estudo que agora se inicia é realizado no âmbito da unidade curricular de direito da propriedade intelectual (opcional), que é lecionada no 7º semestre da licenciatura de direito da Universidade Europeia, pela professora doutora Cristina Caldeira. O estudo visa o aprofundamento teórico/prático do direito da propriedade intelectual. O estudo irá debruçar-se sobre a cópia privada para uso pessoal, percorrendo a sua natureza e pressupostos.

Os direitos de autor visam blindar as criações de obras intelectuais, que abraçam a originalidade, encontrando-se positivados no n.º 2 do artigo 42.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), sob a epígrafe «Liberdade de criação cultural». Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação de obra científica, literária ou artística. Por conseguinte, os direitos de autor são verdadeiramente direitos fundamentais e humanos. Ao nível infraconstitucional, encontram acolhimento no artigo 9º, do Decreto-Lei nº63/85, de 14 Março, alterado pelo Decreto-Lei nº9/2021, código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC).

De seguida será feita uma alusão sobre o estado da arte da pirataria digital, fazendo referência aos meios legais a que os titulares de direitos das obras recorrem, de modo a combater a pirataria e a fazer prevalecer os seus direitos. Por fim, debruçar-nos-emos sobre a compensação equitativa justificada pela utilização livre da reprodução para uso privado. Iremos atender, maioritariamente a obras que são publicadas e transmitidas em formato digital, fazendo igualmente uma apresentação e comparação sobre as regras internacionais, em concreto o *Copyright*, com o direito nacional, sobre a autoria.

A tutela internacional do Direito da Propriedade Intelectual classifica o direito de autor como um direito humano, não sendo no entanto uma matéria consensual. Existem querelas doutrinárias. Segundo alguns doutrinadores, o direito de autor não é um direito humano, mas sim um direito que resulta da lei e não do direito natural.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consagra o direito de autor no artigo 27º/2, reconhecendo o direito à proteção dos direitos materiais e morais da criação *lato sensu* dos seus criadores originários. A Convenção de Berna (CB)¹⁸¹ para a proteção de obras literárias e artísticas, Convenção que tem sido modificada e completada ao longo dos tempos, tendo Portugal aderido à Convenção na versão do Ato de Berlim, em 1911, e, posteriormente, aderido à versão do Ato de Paris, pelo Dec. nº 73/78, de 23 de Julho. A CB garante a paternidade da

¹⁸¹ Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-de-berna-para-proteccao-das-obras-literarias-e-artisticas-acto-de-paris-0> (data da última consulta 20/10/2021)

obra, genuinidade, integridade, bem como, a participação do autor nos lucros nas situações de revenda do bem, impedindo que se descartar os direitos morais, inalienáveis e que devem acompanhar a obra, seja qual for o seu percurso comercial.

1. Enquadramento Histórico do Direito de Autor

Os Direitos de Autor remontam ao século XIX, 1838, por via da vontade de Almeida Garret, encontrando-se hoje no artigo 42º/2 do texto constitucional de 1976.

Qual a origem dos direitos de autor? Qual o percurso que trilharam até aos dias de hoje? Começou na Grécia Antiga, onde era respeitada a utilização de obras, embora não fosse permitido o plágio, ou falsificação da obra, por forma a não ser colocado em causa todo o trabalho, esforço e suor do criador intelectual. Já no período renascentista o labor do artista, isto é, do criador era maioritariamente realizado por encomenda, sucedendo-se a perda dos direitos de autor a favor de quem encomendava, sendo que era a franja com mais poderio económico a impulsionadora desta “exploração e sucção de direitos”.

Em 1455 dá-se a criação da imprensa solidificando a persona do autor, concedendo-se cada vez mais os respetivos louros a quem tem o seu direito, através da divulgação, porém, os autores ainda não tinham qualquer retorno económico, sendo ainda de certa forma intelectualmente escravizados, pois a balança de direitos pendia sempre para os mais fortes financeiramente e culturalmente, por via de os autores serem sujeitos a inúmeras exigências para que as suas obras fossem devidamente publicadas, tal como estas teriam ainda de passar pelo crivo dos governantes e somente com o patrocínio de um “alguém” a criação intelectual poderia ser exteriorizada, daí que uma das soluções apontadas na altura era a dedicação de livros aos mais endinheirados, sendo aprofundado o fosso dos desequilíbrios no que tange a direitos, liberdades e garantias.

A partir do século XVI os autores começaram a reivindicar os seus direitos, como a título de exemplo, em Inglaterra constituiu-se um movimento que visava a defesa pela liberdade de imprensa e pela tutela que se protege verdadeiramente os direitos de autor. Paralelamente, por oposição existia uma empresa em Londres que disponha de um elevado património ativo que por sua vez, defendia os direitos e interesses dos impressores e livreiros, detendo ainda a vantagem de censurar e obstruir o percurso desde a edição à publicação de obras.

Com o passar dos anos, os Direitos de Autor começam a ter relevância jurídica, surgindo no *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Ana), em que os autores passaram a ser introduzidos e inscritos enquanto proprietários da sua obra de criação intelectual e criativa, promovendo-se deste modo, a produção cultural e científica, bem como, os direitos

morais e patrimoniais afetos ao criador. Portugal ratificou a Convenção de Berna, tal como a Convenção Universal sobre o Direito de Autor¹⁸² impulsionada pela UNESCO, destinada a “assegurar a proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre obras literárias, artísticas e científicas”. Em 1985 culminou a aprovação do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, pelo Decreto-Lei nº63/85 de 14 de Março.

2. Autoria Versus Copyright

O autor é quem efetivamente cria algo *out of the box*, em que a partir dessa exteriorização adquire direitos patrimoniais e morais exclusivos. Direitos não patrimoniais ou morais, artigo 56º, CDADC, são inalienáveis, tendo uma ligação umbilical com o autor da sua criação, um verdadeiro direito vinculado à personalidade do criador, sendo ainda perpetuo, irrenunciável, isto é, não pode ser alienado, cedido ou renunciado.

Por conseguinte, o autor tem o direito de reivindicar a sua autoria em qualquer momento da obra e opor-se a quaisquer alterações à mesma que possam prejudicar a mesma ou a sua reputação. Quem violar este direito é punido à luz dos artigos 197º e 198º, CDADC. Por outro lado, os direitos patrimoniais referem-se à utilização económica da obra, isto é, os direitos de autor abrangem a exploração e utilização da obra, podendo ser objeto de transferência, venda, por oposição aos direitos morais que são inalienáveis, ao abrigo do artigo 9º, CDADC.

Já o instrumento jurídico *Copyright*, comum nos EUA, é este privilégio é concedido pelo Estado através do qual o beneficiário, o autor, usufrui de um monopólio no que tange à exploração comercial de uma obra de autoria original que é fixada num suporte tangível e disponível ao público. Porém, o *copyright* apenas blinda os direitos exclusivos e não os direitos restritivos da propriedade. Posto isto é um conjunto de direitos exclusivos de fazer cópias, autorizar outrem a fazê-lo, comercializar ou distribuir a obra, interpretá-la em público. Em caso de violação destes direitos cabe requerer ao tribunal medidas que punam e ressarcem os danos em caso de incumprimento de algum desses direitos por terceiro.

Desde o século XVIII que o *copyright* incentiva à criação de obras, garantindo-se deste modo, a autoria, paternidade, tal como, a concorrência de outros autores que de outro modo poderiam comercializar obras que não eram suas a preços mais acessíveis prejudicando o criador intelectual.

O *copyright* surge no século XVI/XVII e era um instrumento de censura em favor dos livreiros, pois os monarcas e chefes de Estado

¹⁸² Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-universal-sobre-direito-de-autor-revista-em-paris-24-de-julho-de-1971-0> (data da última consulta 20/10/2021).

pretendiam controlar a importação e circulação de livros. Posto isto, foi desenvolvida uma aliança entre o Estado e as editoras esquecendo os interesses dos autores e leitores, uma clara evidência de uma máquina capitalista em prejuízo dos cidadãos. Em 1557-1694 deu-se um monopólio exclusivo da *Stationers Company*, em que a Rainha Maria Tudor concedeu aos livreiros britânicos uma carta em que cedia a estes o controlo deste setor de atividade em Londres.

Por conseguinte, apenas os membros da companhia estavam autorizados a publicar livros, limitando assim direitos outrora inexistente em prol da gula do Estado e das editoras, uma vez que, as únicas obras que poderiam ser publicadas eram as que eram aprovadas pela coroa, limitando-se desta forma, a liberdade de expressão e criação intelectual, podendo ainda o Estado apreender livros e máquinas de escrever de quem infringia a ordem imperativa emanada do poder monárquico, assegurando-se o monopólio exclusivo da edição livreira no reino unido durante um século e quase meio.

Em 1710 criou-se a primeira lei de *copyright*, designada por *Statute of Anne*, um produto jurídico que veio escudar os direitos dos autores intelectuais de obras, garantindo-lhes o monopólio exclusivo desse direito sobre a venda dos seus livros e utilização durante um período de 14 anos podendo ser prorrogado por mais 14 anos nos casos em que o autor fosse ainda vivo, porém os direitos de autor estavam dependentes do registo da obra na *Stationers Company*. A duração deste monopólio era descabida pois ainda não assegurava efetivamente os direitos de autor, pois na minha opinião são direitos fundamentais que há altura não eram vistos deste prisma, mas, tão-somente como um meio para garantir mais capital para as empresas e para o Estado. Nos dias de hoje o *copyright* como regra geral, para obras criadas após 1 de Janeiro de 1978, a proteção de direitos autorais dura a vida do autor mais 70 anos, estando consolidado.

O *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, é a atual lei de direitos autorais do Reino Unido. Concede aos seus criadores de obras literárias, dramáticas, musicais e artísticas, o direito de controlar as formas como o seu material pode ser utilizado, normalmente o indivíduo ou coletivo autor da obra detém exclusivamente os direitos. O *Copyright, Designs and Patents Act 1988* protege igualmente os interesses económicos de um autor ou criador, fornecendo uma estrutura legal para decidir quando e em que medida os direitos autorais foram infringidos. O *Copyright Designs and Patents Act 1988* concede aos criadores de mídia digital os direitos de controlar como seu trabalho é usado e distribuído. Tudo o que você projeta ou codifica é automaticamente protegido por direitos autorais e não pode ser copiado sem sua permissão, como criador digital.

O *Copyright, Designs and Patents Act 1988* foi alterado em várias ocasiões desde que entrou em vigor em 1 de agosto de 1989. As penalidades legais para violação de direitos autorais são: O infrator paga

o valor real em dólares dos danos e lucros. A lei prevê também uma faixa de \$ 200 a \$ 150.000 para cada obra infringida. O infrator paga todos os honorários advocatícios e custas judiciais. O direito autoral é uma forma de proteção fundamentada na Constituição dos Estados Unidos da América e concedida por lei para obras originais de autoria fixadas em um meio de expressão tangível. Os direitos autorais abrangem trabalhos publicados e não publicados.

Por conseguinte, será desenvolvida a doutrina do fair use, que tem em vista ser uma cláusula geral adotada e que proporciona aos tribunais que versem sobre este modelo, originário dos Estados Unidos da América. Este mecanismo legal visa o apuramento da ilicitude ou licitude, através de uma análise profícua das características caso a caso, da conjuntura que envolve a utilização da obra protegida sem o aval prévio do seu autor material, intelectual.

Esta ideia foi criada pela jurisprudência americana e posteriormente incluída no *United States Copyright Act* of 1976. Por forma a saber se estamos perante a aplicação do fair use, é necessário que sejam respeitados determinados fins, tais como, educação, comentários, críticas, informação, investigação, entre outros. Todavia, são apenas requisitos enunciativos, possibilitando que seja considerado como fair use outras circunstâncias que não caem diretamente nesta quadratura.

Porém, importa referir que é medular que se verifiquem ainda quatro critérios, sendo eles o objetivo e carácter da utilização; a natureza da obra protegida; a quantidade e substância da parte utilizada e por último, se a ação afeta as possibilidades de exploração da obra pelo autor.

O primeiro critério assenta na situação de a utilização da obra se destinar ou não a fins comerciais ou lucrativos. O segundo configura uma blindagem legal da originalidade da obra. O terceiro assenta na quantidade e na substância do trabalho original que agora se encontra adicionado num novo trabalho, isto é, quanto menos for as partes retiradas do “coração da obra” maior será a legitimidade de uma utilização que efetivamente seja fair. Por fim, o último critério consiste no efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor do trabalho sob direito de autor, isto é, o tribunal terá o papel de verificar se o uso da obra prejudicou significativamente o mercado do detentor dos direitos de autor, bem como, irá ainda ter uma visão num prisma de futuro que versará em analisar se esse uso se irá ou não espalhar pelo mercado. Neste caso o que é mais fundamental é saber se o uso cai dentro ou fora da esfera, órbita do direito da propriedade intelectual.

3. Direito de Reprodução: Utilização Livre e a Regra dos Três Passos

A utilização livre encontra-se tipificada no Decreto-Lei nº73/78 de 26 de Julho, Acto de Paris da Convenção de Berna para a Protecção das

Obras Literárias e Artísticas, tal como, no artigo 75º, CDADC, por via de transposição da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, artigo 5º/5.

A regra dos três passos ou *the three-step test* nasce da Convenção de Berna, ao abrigo do artigo 9º/2, bem como encontra-se inscrita no artigo 13º do acordo TRIPS, artigo 10º/1 do Tratado da OMPI sobre direito de autor e ainda no artigo 16º/2 do Tratado da OMPI sobre as interpretações e execuções de fonogramas. Esta regra, assenta num mecanismo cumulativo de prevenção contra a aplicação excessiva de limitações ao direito de autor, por conseguinte, a aferição da compatibilidade das limitações apenas é validada se a utilização em apreço seja uma das previstas pela lista taxativa de usos livres, uma vez que não pode existir situações de utilização livre da obra que não estejam realmente previstas e enquadradas na lei. Esta regra estabelece três critérios, sendo o primeiro o conceito de “certos casos especiais”; a utilização da obra não poderá atingir a sua “exploração normal” e por fim, os interesses legítimos do autor da obra intelectual não podem ser irrazoavelmente, isto é, de forma desproporcional pela utilização da obra.

No Direito português a regra dos três passos encontra-se consolidada no artigo 75º/2 e 3, CDADC, e de acordo com a tese de Daniel Gervais, o *fair use* e a regra dos três passos visam estabelecer um determinado uso da obra, apurando se constitui ou não uma violação ao direito de autor, devendo a regra do *fair use* ser umbilicalmente ligada à regra dos três passos. Não obstante o principal objetivo da regra dos três passos assenta na procura de um equilíbrio entre a multiplicidade de interesses em causa.

O direito de reprodução é um direito exclusivo do autor que se traduz na comercialização, multiplicação da sua obra intelectual, artigos 68º/2, alínea d) e artigo 75º/2, alínea b), ambos do CDADC. Em sentido estrito versa apenas a reprodução e em sentido *latu sensu*, consiste na fixação, isto é, a operação realizada em momento anterior à reprodução, ou seja, na materialização da obra num determinado suporte. Este direito de reprodução, resulta ainda de direitos económicos, patrimoniais que permitem ao autor retirar vantagens económicas da exploração da sua obra podendo ser exercido pelo próprio ou por terceiros mediante o seu consentimento, à luz do artigo 9º/2, CDADC.

Contudo, a cópia para uso privado, nas sábias palavras do Professor Dário Moura Vicente, “é lícita, sem o consentimento do autor, a reprodução de obras e prestações protegidas, para fins exclusivamente privados, ou seja, a reprodução que é levada a cabo por uma pessoa singular, sem fim lucrativo, visando satisfazer necessidades pessoais do utilizador ou dos seus próximos”¹⁸³.

¹⁸³ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia Privada e Sociedade da Informação”, p. 710.

Para uso privado de uma obra intelectual é preciso que sejam preenchidos certos pressupostos, de acordo com o Professor Alberto de Sá e Mello, projetar-se num ambiente familiar nos termos do artigo 108º/2, CDADC, estando excluída a partilha em espaço público para várias pessoas; a obra tenha sido divulgada previamente, artigo 108º/2, CDADC, tenha sido levadas antes ao conhecimento público, não pode ter sido mantida inédita; não pode ter fim lucrativo, artigos 108º/2 e 75º/2, alínea a), e 81º, alínea b), todos do CDADC; o uso (privado) da obra não prejudicar a sua exploração, nos termos do artigo 81º, alínea b), CDADC; não pode o uso privado prejudicar os interesses legítimos do autor, nos termos do artigo 81º, alínea b), CDADC; deve ter presente uma renumeração equitativa (compensação) ao autor e editor da obra, nos termos do artigo 76º/1, alínea b), CDADC; a citação de uma obra é permitida por lei, sempre que cumpra os requisitos legais, de acordo com os termos no artigo 76º/1, alínea a), CDADC¹⁸⁴.

3.1. Caso Napster

O caso *Napster* foi despoletado por *Shawn Fanning* aos 18 anos de idade, um jovem que tinha a ideia de criar um sistema que facilitasse o acesso e alastrasse a oferta de música na internet, desde o desenvolvimento do padrão MP3, à sua difusão pela Web. Todavia, a grande novidade do *Napster* foi a criação de um software de acesso *peer to peer* (P2P), isto é, um sistema de acesso direto de um computador pessoal para outro¹⁸⁵. Porém, a ação deste jovem é claramente uma violação ao direito da propriedade intelectual, desde logo pela partilha, cópia de arquivos de áudio digitalizados e traduzidos em formato MP3 disponíveis num sistema e rede, difundindo-se entre jovens aficionados pela música e tecnologia. Por conseguinte, autores musicais tais como *Lars Ulrich*, da banda *Metallica* declarou-se como um dos lesados pelas práticas de *Napster*, instaurando uma ação judicial contra a empresa, para que esta bloqueasse a troca de arquivos de música da banda entre todos os usuários. Posto isto, cabe-me analisar que vivemos numa sociedade de informação em que à distância de um *click* o mundo está a nossos pés, basta digitar aquilo que a nossa mente quer procurar para viajarmos em locais outrora inalcançáveis, não obstante é imperativo o respeito pelos direitos de autor que brotam da sua criatividade *sui generis*.

4. Problema da Cópia Privada

Desde a Convenção de Berna que o uso privado é uma limitação aos

¹⁸⁴ Cfr. ALBERTO DE SÁ E MELLO, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, 4.ª Edição, Almedina Editora, 2020, pp. 285-286.

¹⁸⁵ Disponível em:
<https://web.archive.org/web/20080511105502/http://bulk.resource.org:80/courts.gov/c/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html> (data da última consulta 21/10/2021).

direitos de autor, sempre lado a lado das legislações, porém, deve sempre preencher a Regra dos Três Passos. Com o surgimento do mar digital, trouxe também certas dificuldades sobre a ponderação nos limites de interesse público e privado, concretamente, no uso cópia privada das obras, citado *Patrícia Akester*, "Ainda antes do aparecimento da tecnologia digital, a tensão entre os interesses dos autores e os do público tornava árdua a tarefa de sustentar esta harmonia. O surgimento do digital veio exacerbar as dificuldades de manutenção do referido equilíbrio, daí advindo problemas para os autores e para o público em geral. Na perspectiva dos autores e dos editores, o problema reside no facto de o tipo de cópia possibilitada pela tecnologia digital implicar restrições anómalas aos direitos dos autores: qualquer utilizador munido de um computador e de uma ligação à Internet pode reproduzir, comunicar, adaptar e distribuir obras assim modificadas de forma quase instantânea. Assim, a extrapolação para o campo do digital de restrições criadas antes do aparecimento desta tecnologia pode conduzir a usos que prejudicam a exploração normal da obra, causando um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor".

Um dos grandes problemas que a cópia privada traz, principalmente no formato digital, é o abuso desta, em que as obras são provenientes, tornadas disponíveis para o público de maneira ilícita, são obtidas de forma ilícita na sua fonte, a este fenómeno é o que nos dias de hoje se chama de pirataria digital.

5. Pirataria Digital

O termo de pirataria, tem a origem histórica nos navegadores em alto mar, que era associado aos actos de roubo e violência nos navios em alto mar. Nos dias de hoje, esta expressão foi adotada e seu significado estendido à era digital, nomeadamente por se utilizar a expressão navegar na internet (fazendo um analogia a navegar em alto mar), a navegação actual onde mais existe pirataria (contudo, também nos dias de hoje ainda, não com tanta frequência, também existia pirataria em alto mar) é no mar digital, onde os piratas se transformaram também em navegadores, procurando, partilhando, adquirindo, expondo ao público, obras cuja origem é ilícita.

Como atualmente, não há uma concreta definição igual de "direitos de autor", isto provoca por sua vez, a inexistência de um regime jurídico concreto que preveja a violação digital de direitos de autor. O que temos nos regimes jurídicos actuais, dependerá muito de como o ordenamento jurídico de cada Estado trata especificamente a violação digital dos direitos de autor. Dando como exemplo, e, determinado ordenamento jurídico, vigora um regime rigoroso que protege mais restritamente a partilha de uma obra, obrigando sempre o

consentimento do autor, em que a violação deste disposto, poderá dar origem a responsabilidade civil como criminal, e num outro determinado ordenamento jurídico, vigora um aglomerado de exceções, que permite a utilização, partilha de uma obra, sem a necessidade de consentimento do autor dessa. Assim, vemos como um vasto mar em que partilha de obras se expande, e os piratas procuram sempre navegar, nos "mares" mais propícios de modo a fugirem das consequências jurídicas que a violação dos direitos autorais pode trazer.

A pirataria digital, tem como núcleo, essencialmente a evolução da tecnologia. Para além do aparecimento do computador, a existências de novos meios eletrónicos, como os *smartphones*, *tablets*, entre outros, pudessem não só fazerem parte na vida laboral, mas também passaram a estar presentes no dia-a-dia das pessoas, em o que acesso à internet passou a estar cada vez mais facilitado, despertando assim este acesso, uma maior aquisição e publicidade de obras no meio digital, ora, o que à 20 anos atrás, apenas conseguíamos aceder no computador do trabalho, nos dias de hoje, podemos em casa, em algum lugar público, aceder através do nosso *smartphone*, a conteúdos digitais.

Da expansão deste *mare infinitum* (internet), nasce, o sistema P2P, *Peer to Peer*, em que funciona como modo direto de partilha, tanto na receção, transmissão, *download* e *upload*, de conteúdos digitais, por outras palavras simplificando, é um sistema que conecta vários computadores através da internet, permitindo a partilha de ficheiros entres estes, sem a necessidade de o ficheiro estar presente apenas num único servidor central.

Um outro factor que tem especial relevância na pirataria digital, é a questão da ética. Nos dias actuais, existe imensa partilha ilícita de obras na internet, contudo, grande maioria, se não, podendo mesmo afirmar que todos os utilizadores (que descarregam conscientemente conteúdos ilícitos da internet), não vêm como antiética esse processo. Aqui estão mais ligados com o valor económico, ou seja, podem adquirir obras de formas gratuita sem quaisquer custos e partilhá-la, independentemente da sua origem ser ilícita, e o facto de ninguém lucrar com esta prática, distorce a sua percepção de ética.

O que nos trás as questões de, será que a pirataria digital, para ser combatida terá de ser de forma global? Pegando igualmente no exemplo dos tempos antigos, em vez de se destruir apenas um navio, ou seja, apenas sancionar uma pessoa ou determinado conjunto de pessoas que estão por trás de uma determinada partilha ilícita, ser lançado um ataque de escala global, a todos os navios de pirataria, de forma a permitir que a navegação seja livre? Ou, até transformar esses "piratas" em corsários¹⁸⁶, ou seja, pegar nesses sistemas considerados piratas, e

¹⁸⁶ Corsário, é, a pirataria autorizada por um Estado atingiu o apogeu nos séculos XVI e XVII. Foi até ao século XIX uma forma dos estados possuírem uma "marinha de guerra" sem custos, concedendo o direito a particulares de se apossarem dos navios e

publicar aí diretamente as obras, transformando-os, em plataformas legais de publicação e aquisição de conteúdos?¹⁸⁷

Apesar de a lei prever e determinar certos pressupostos, que devam ser cumpridos para que a cópia para uso privado seja lícita, actualmente esta partilha direta de ficheiros através da *internet*, é uma forma de contornar a lei, permitindo a qualquer sujeito em qualquer parte do mundo poder aceder de forma quase imediata a esses mesmos, assim, apesar de em certos casos esses ficheiros serem usados para uso privado (permitido por lei), a sua forma de obtenção é questionável se é verdadeiramente lícita (por se restringir apenas para uso privado) ou ilícita (ao ter sido colocada à disposição por meios controversos).

Estes sistemas de partilha, tiveram um ponto-chave na sua evolução, que foi o caso Napster, a partir do qual, os sistemas P2P foram transformados de modo a contornar os problemas legais, um dos maiores exemplos dos dias de hoje é o programa do *Bittorrent*. Perante o funcionamento destes programas, os utilizadores podiam restringir a partilha só a certas pessoas, ou até mesmo só no meio familiar, mas é muito raro que isto seja feito, pois para usufruir da máxima potencialidade dos programas, estar ligado ao maior número de pessoas possível permite uma funcionalidade mais rápida na partilha de ficheiros.

Assim, apesar de não estar limitado a um círculo restrito, deve ser preciso ter sempre em consideração o pressuposto necessário à livre utilização, o uso privado. Considerando assim que, os sistemas P2P, regra geral, colocam determinada obra à disposição do público, sendo lícita e carecendo de ser autorizado pelo titular.

Mas mesmo assim, isto traz algumas questões legais, de quem fizer *download* para uso privado, só que a obra provém de uma fonte ilícita, a lei não expressa em concreto qual a solução para estes casos.

5.1. Caso B-Tuga

Um dos casos célebres portugueses, nesta questão foi o caso B-TUGA, proferido em 2011, onde os utilizadores acediam pelo *link* www.btuga.pt, e consistia numa rede P2P, em que eram partilhados conteúdos videográficos e fonográficos, sem a autorização dos titulares das obras. Aqui o tribunal não se pronunciou na questão da utilização

saquearem as povoações dos seus inimigos.

¹⁸⁷ Face a isto, temos um exemplo da actual, a banda *RadioHead*, em 2014 no lançamento do seu novo álbum, em vez de lançar pelo método tradicional, pela venda em lojas físicas ou lojas certificadas *online*, o fez diretamente através do *BitTorrent*, onde os utilizadores pagariam 6US\$ para ter acesso ao álbum, esta foi uma prática que se tratou de uma experiência e abalou a indústria da música, e que teve tremendo sucesso. Aqui vemos a transformação dos sistemas P2P, neste no *BitTorrent*, usado de forma legal para a publicação e aquisição de conteúdos digitais. Notícia pode ser lida em <https://www.nytimes.com/2014/09/27/business/media/radiohead-artist-releases-album-via-bittorrent.html>.

livre da reprodução para uso, apenas se manteu pelo crime de usurpação e direitos de autor cometidos pelos utilizadores deste serviço, por estarem a explorar obras protegidas.

Em 2012, a Associação de Comércio Audiovisual de Portugal (ACAPOR) apresentou perante o Ministério, um requerimento que tinha por objeto a apreciação como crime de usurpação de direitos de autor ilícito, acompanhado com cerca de 200 denúncias feitas contra estes sistemas P2P. Aqui vemos que face à decisão do caso B-TUGA, culminou o aparecimento de imensas queixas, contudo aqui a decisão já será diferente.

O Ministério Público, decidiu que os *downloads* através dos sistemas P2P, baseavam-se precisamente no uso privado, “Acresce que, do ponto de vista legal, ainda que colocando-se neste tipo de redes, a questão do utilizador agir, simultaneamente, no ambiente digital em sede de *upload* e *download* dos ficheiros a partilhar, entendemos como lícita a realização pelos participantes na rede P2P para uso privado — art.º 75º n.º 2º) e 81º b) do CDADC, ainda que se possa entender que, efetuada a cópia, o utilizador não cessa a sua participação na partilha”¹⁸⁸, o que levou ao arquivamento de todas as queixas.

6. Desafios da Atualidade

Com o *lockdown* imposto devido à pandemia mundial do Covid-19, os titulares de obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas, tiveram de pensar em outros meios de publicarem as suas obras, de modo a atingir o maior número possível de pessoas, visto que tudo se encontrava fechado, e as pessoas fechadas em casa.

Assim, a maior parte das obras, passaram a ser transmitidas em formato digital através de plataformas de *streaming*¹⁸⁹, licenciadas e pagas, garantindo assim, os ganhos económicos dos titulares das obras, e provocou assim igualmente a estas plataformas, como a *Netflix*, *Amazon Prime*, *HBO Max*, *Apple TV+*, *Disney Plus*, entre outras, um crescimento exponencial nos seus serviços e utilizadores.

De facto, foi um, se assim o podemos considerar, marco positivo da pandemia, que levou a um crescimento destas empresas, empregando assim mais trabalhadores, no entanto, com a disponibilização *online* de obras, principalmente de filmes e séries, a pirataria digital cresceu igualmente.

O *streaming* veio permitir, que a pirataria digital, seguisse os mesmos passos do que aconteceu na indústria da música, ou seja, com

¹⁸⁸ Notícia disponível em: <https://visao.sapo.pt/exameinformatica/noticias-ei/mercados/2012-09-26-ministerio-publico-diz-que-e-legal-copiar-musicas-e-filmes-na-net/> (data da última consulta 25/10/2021).

¹⁸⁹ É um serviço que permite conteúdos digitais serem transmitidos através da *internet*, sem a necessidade de os utilizadores fazerem *download* desses mesmos.

o crescimento e evolução das tecnologias, da maneira que as obras são publicadas digitalmente junto do consumidor, vieram permitir novas formas ilícitas de obtenção e transmissão destas obras, nas palavras de Kieron Sharp¹⁹⁰ "In any phase of technological development, you see rapid changes in the illegal market, which are quicker than the changes in the legal market, if you don't continually fight the pirates and those stealing your content, it's going to be a bit of a free-for-all".

A pirataria de vídeos, era algo que começou a crescer no final dos anos 2000, com a venda de DVDs que continham cópias ilícitas de conteúdos nas ruas, mas era uma actividade criminosa muito baixa, como resposta a este problema, vimos as empresas como a *Netflix*, que antigamente servia como um serviços de entrega de DVDs pelo correio, começou em 2007 a utilizar o serviço de streaming, assim, temos aqui um ponto histórico, de combate à pirataria digital, que parecia ter tido bastante sucesso, até aos dias de hoje.

Com o início da pandemia em 2020, esta resposta que fora bastante positiva, começou a ver um mar negro a aproximar-se. Os consumidores cada vez mais a terem de trabalhar por casa, estarem isolados, começou a provocar este aumento de recorrer a *sites* de *streaming* ilícitos na *internet*. Com o fecho dos cinemas, os filmes a não conseguirem dar resposta às suas estreias já planeadas, recorrem assim às plataformas de *streaming*. Foi neste ponto que o mar digital de piratas, ganhou as dimensões que encontramos nos dias de hoje.

Os consumidores começaram a procurar cada vez mais estes *sites* de *streaming* ilícitos, pois aqui não tinham de pagar uma subscrição mensal como seria pelo mesmo tipo de serviço caso fosse por uma plataforma lícita. E os piratas digitais, ao verem cada vez mais obras a serem disponibilizadas no formato digital, veio-lhes também permitir um aumento na sua obtenção e partilha ilícita. Antigamente, quando nos chamados DVDs piratas, era feito por alguém que gravava através de uma câmara escondida no cinema, o que levava à qualidade visual e fonográfica serem baixas, daí este acto ilícito não ter tido um impacto no mercado e proteção dos interesses/ganhos económicos dos direitos dos titulares das obras, agora, com os conteúdos a serem disponibilizados diretamente no formato digital, estes passaram a conseguir manter a mesma qualidade visual e fonográfica, que nas plataformas de *streaming*, mas obtidos de maneira ilícita. Sendo, este na nossa mera opinião de estudantes de direito, o ponto principal que levou ao crescimento exponencial da pirataria nos serviços de *streaming*, que vemos actualmente.

Está aqui em causa um, factor social-económico em causa, o consumidor pensa que, pela visualização de obras tinha de ter um gasto mensal fixo, iria ter uma perda económica para visualizar certa obra, e se

¹⁹⁰ Chief executive of the UK anti-piracy group Fact.

calhar não iria ter possibilidade de assistir a todos os conteúdos que pretendia, assim, ao ver um crescimento de plataformas, *sites* de *streaming* ilícito sem custo, irá conseguir manter essa perda económica e visualizar as mesmas obras com a mesma qualidade visual e fonográfica. O que nos leva, novamente, à questão da ética, como referida em nos parágrafos em cima apresentados.

7. A Compensação dos Titulares dos Direitos de Autor

Perante o uso privado, como apresentado em cima, existe a necessidade de compensar os titulares dos direitos de autor, isto surge historicamente com os aparelhos analógicos de gravação. Surgiu assim, uma taxa por cópia privada, demonizado por *levy*¹⁹¹, teve começo na Alemanha. Em que coincide, igualmente, com a introdução de equipamentos analógicos que permitiam a cópia doméstica, como os gravadores de vídeo, áudio, as cassetes.

Inicialmente, até cerca de meados do século vinte, a cópia para uso privado era tratada como irrelevante, não era visto na doutrina maioritária, que tal acto pudesse afetar os ganhos económicos dos titulares das suas obras. Porém, nos anos 50, com a evolução e expansão das tecnologias, a cópia (que dantes era somente usada em uso privado e não comercializado), passou a ser de tal forma comercializada, a um custo baixo, prejudicando os titulares das obras nos ganhos económicos¹⁹².

Face a isto, teve em especial incidência a decisão proferida pelo Tribunal Federal Alemão em 1964¹⁹³, onde foi questionado se um acto de reprodução doméstica seria considerado infração ao direito de autor, nesta medida, o Tribunal recomenda ao legislador, compensar os titulares através de um direito de renumeração, pelo impacto que a reprodução analógica causou nos seus interesses patrimoniais.

Como não seria possível, instalar um sistema de contro da cópia no núcleo e privado dos utilizadores, pois aqui seria uma clara violação dos seus direitos fundamentais, por invadir a sua esfera privada, mesmo por se tratar de uma violação dos direitos de autor.

Nasce assim, o termo *levy*, o legislador decide seguir a recomendação e criou o direito de compensação, ao adicionar um valor, no preço de venda ao público, em certos aparelhos que detinham a capacidade de reproduzir sons, imagens e texto.

Em teoria, parecia uma solução correta, que tinha em consideração os

¹⁹¹ O termo *levy* corresponde a um valor a incluir em certos bens aptos a reproduzirem e a armazenarem obra ou prestação protegida, em ordem a colherem-se receitas para afetar ao pagamento da compensação equitativa, em razão do prejuízo resultante da cópia privada

¹⁹² Ora, veja-se que até então não havia nenhuma regulamentação jurídica, que acautela-se os direitos fundamentais dos titulares das obras.

¹⁹³ BGH, 25 May 1964, GRUR 1965/2, p. 104 (Personalausweise).

interesses dos titulares e utilizadores¹⁹⁴, contudo, esta solução, desde a sua primeira aplicação, alvo de fortes críticas, no sentido que estava a presumir de igual de forma que todos os utilizadores iriam usar estes equipamentos somente para reprodução de obras protegidas. Esta argumentação, é discutível, pois se os utilizadores dispõem de tais mecanismos, seria improvável, que no período total de vida destes equipamentos, não fossem usados pelo menos uma única vez com esse propósito.

7.1. A Compensação Equitativa e a sua Determinação

Em Portugal, esta figura de compensação ou renumeração, serviu de base de inspiração, nomeadamente no artigo 82º, Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, que aprovou e publicou o diploma legal do, Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Que em 1998, com a publicação da Lei nº62/98 (doravante LCP), veio regular o referido artigo 82º, fixando valores de compensação em determinados aparelhos e suportes que permitissem a reprodução e armazenamento, a incidir no valor de venda ao público¹⁹⁵.

Com a transposição da Diretiva 2001/29/CE, pela Lei nº 50/2004, de 24 de Agosto, esta figura foi transformada para estar de concordância com esta. A Diretiva, no seu considerado 35, estabelece que "**Em certos casos de exceção ou limitação**, os titulares dos direitos devem receber uma **compensação equitativa** que os compense **de modo adequado** da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida." (negrito nosso), ou seja, veio reconhecer a necessidade proteger os interesses/direitos económicos dos titulares das obras de forma adequada.

Esta figura da *levy*, aquando de transporta, o nosso legislador, nem sempre usou o mesmo termo de "compensação equitativa", ou seja, leia-se nos artigos 75º/5 e 76º/1, alíneas c) e d), CDADC, em que o legislador usou o termo de "remuneração"; nos artigos 82º, CDADC, e 2º, LCP, nas suas epígrafes, usou o termo "Compensação devida"; e nos artigos 3º e 4º, LCP, usou o termo "compensação equitativa". Esta alternância nos termos deve, no entanto, ser lida e interpretada como compensação equitativa.

Com a evolução da cultura jurídica, em 2003, a Lei nº62/98, na sua redação originária, levantou certos problemas de constitucionalidade, levando assim, a um debate na esfera jurídica portuguesa. No Tribunal Constitucional, vence a prol que a compensação era nomeadamente a

¹⁹⁴ Aos titulares de direito das obras era atribuído um certa quantia, obtida através das receitas que o *levy* gerava, e os utilizadores, estavam assim de certa maneira protegidos, acautelados, de uma invasão - violação - da sua vida privada, devido ao controlo relativo às reproduções domésticas.

¹⁹⁵ Cfr. arts 2º e 3º/4, DL nº62/98.

figura de um imposto ou parafiscal análoga, que deveria ter o mesmo tratamento jurídico-constitucional¹⁹⁶.

Também na doutrina, existiu certa discussão sobre este tema. Segundo o Professor Moura Vicente, defende que seria " "anómalo" aceitar que se tratasse de um imposto que revertesse a favor dos particulares, que fosse cobrado pelos seus representantes, que os termos dessa cobrança pudessem ser negociados entre as partes e, ainda, que a resolução dos litígios daí resultantes, fossem resolvidos por arbitragem."¹⁹⁷ não havendo por sua vez uma contraprestação ligada ao pagamento da compensação.

O Professor Oliveira Ascensão defende que é um verdadeiro imposto e que não há correspondência entre a prestação realizada pelos titulares e o pagamento a título de compensação, não sendo assim, correto, defender a existência de uma compensação¹⁹⁸. O Professor Alexandre Dias Pereira, defende que se trata antes de uma "figura de direito privado, consistindo numa compensação objetiva por fato lícito e independente da prova de prejuízos"¹⁹⁹, e em termos económicos se encontra extremamente próxima de uma medida fiscal.

Mais tarde, em 2010, o famoso acórdão *Padawan*, processo C-467/08²⁰⁰, veio clarificar a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia, na interpretação do termo "compensação equitativa", proveniente da Diretiva 2001/29/CE, afirmando, que "a compensação equitativa deve ser vista como a contrapartida do prejuízo sofrido pelo autor" e "que deve ser interpretado de maneira uniforme em todos os Estados-Membros que tenham introduzido uma exceção de cópia privada".

Face às diferentes posições adotadas, parece-nos que, o factor aqui em causa é o de ressarcir possíveis danos provenientes da cópia privada. Tal como menciona o Professor Moura Vicente, não é correto usar o termo "remuneração" devido a não existir uma contrapartida do pagamento do montante da compensação.

No âmbito da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001 relativa à harmonização de certos

¹⁹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/2003, de 16 de Dezembro de 2003: Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 3.º, n.os 1 e 2, da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro (diploma que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos), limitando os efeitos da inconstitucionalidade)

¹⁹⁷ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Cópia Privada e Sociedade da Informação", in *Direito e Informação, Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas*, Lisboa, 11 e 12 de Novembro de 2004, Lisboa, 2006.

¹⁹⁸ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, "Direito de Autor e Direitos Conexos"*, Coimbra, 1992, pp. 248 e 251.

¹⁹⁹ Cfr. ALEXANDRE LIBÉRIO DIAS PEREIRA, "Direitos de Autor e Liberdade de Informação", Almedina, 2008.

²⁰⁰Consulta disponível em:
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83635&doclang=PT>

aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, a compensação é determinada por cada Estado-Membro, e deve ser tido em conta as circunstâncias específicas de cada caso²⁰¹, só assim pode ser correto usar o termo "equitativa", e esta avaliação, é "o principal critério" que resultará "o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos", dando assim ao legislador a capacidade de decidir sobre quais instrumentos vai incidir o valor a reverter a favor da compensação equitativa²⁰².

Um dos factores específicos, tal previsto no considerando 35 da Diretiva, é no "grau de utilização das medidas de carácter **tecnológico**" (negrito nosso), ou seja, dando como exemplo, um titular de uma obra musical protege a sua obra, através de medidas anti cópia que incorporou no CD (da sua obra), que impedem qualquer reprodução, o montante será menor; já no caso de utilização livre, os titulares encontram-se obrigados a providenciar os meios necessários para que o beneficiário realize a reprodução para uso privado, assim o titular pode ter direito a compensação.

O prejuízo, é estimado pela prática social da cópia com esse fim, e não do valor atribuído à cópia privada realizada por cada pessoa. Havendo assim, segundo o Professor Gomes Canotilho, uma reflexão da "socialização" patrimonial dos direitos de autor e conexos que a liberdade da cópia acarretou²⁰³.

Dentro destas medidas tecnológicas de proteção é importante, distinguir entre, as que previnem qualquer reprodução, e as que não impedindo em absoluto, limitam-nas. Assim, será menor a compensação em caso de a cópia ser impedida de forma absoluta, do que se for protegida no outro caso apresentado. Concluindo assim que o valor da compensação terá de refletir qual o tipo, nível, de proteção tecnológica que a obra contém.

No nosso ordenamento jurídico, na LCP, é estabelecida a compensação equitativa, aos autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos, uma quantia é incluída no preço de venda de aparelhos, equipamentos e outros instrumentos de reprodução de obras e conteúdos protegidos e em dispositivos de armazenamento de obras intelectuais²⁰⁴. Tendo como intuito esta compensação equitativa, conforme previsto no artigo 3º/1, da mesma lei, "compensar os titulares de direitos dos danos patrimoniais sofridos com a prática da cópia privada".

Atualmente esta quantia, não é uma taxa percentual que incide sobre o preço dos produtos, mas fixada uma compensação equitativa

²⁰¹ Da leitura do considerando 35 da Diretiva 2001/29/CE.

²⁰² Aqui vemos a forma *levy* a surgir.

²⁰³ Cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "Liberdade e Exclusivo na Constituição", DI/VI, 57 (Estudos sobre Direitos Fundamentais, CE, Coimbra, 2004, 217-232)

²⁰⁴ Cfr. artigo 2º, lei nº 62/98, na sua redação actual

de 3% a adicionar ao preço de venda de cada dispositivo ou equipamento, conforme previsto no artigo 3º/2, LCP, e aplicado na primeira venda em "território nacional e antes da aplicação do IVA em cada um dos aparelhos, dispositivos e suportes analógicos e digitais que permitem a reprodução e armazenagem de obras", conforme previsto no artigo 3º/4, LCP. Assim tornando a lei, nas palavras do Professor Alberto de Sá e Mello "muito mais justa e adequada - de onerar antes, por exemplo, as unidades copiadas e fotocopiadas de obras protegidas, que evitaria que se tributassem também, por exemplo e indiretamente, cópias de obras não protegidas (como faturas ou diplomas legais)"²⁰⁵.

8. O Problema da Tributação da Cópia Privada

A tributação da cópia privada, é questionável, pois, pode ser igualmente uma exceção à regra da liberdade de reprodução de obras para uso privado, visto que na nossa ordenação jurídica está consagrado, "salvo se trouxer prejuízo à exploração normal da obra"²⁰⁶ (cfr. artigos 72/2, a), 81, b), 189/1, a), CDADC), visto que, nos dias de hoje, o acesso a meios de fixação e reprodução digital e analógica disponíveis justifica a exceção.

É necessário ter em conta, o risco de duplicação de pagamento pela utilização das obras, ou seja, como acontece na maioria dos casos, as cópias das obras são feitas pelos próprios consumidores finais para uso privado, no âmbito de um serviço pago e licenciado, não carregam assim prejuízo aos titulares do direito; caso a remuneração, neste caso concreto, por cópia privada representaria um pagamento dobrado por uma única utilização. Dentro da mesma linhagem de pensamento, nas transações transnacionais, apenas se deveria cobrar a quantia uma vez, no Estado de residência do consumidor final e ao nível retalhista, não do importador, de modo a evitar o pagamento múltiplo.

O que nos leva à *ratio legis* da "compensação", para se extrair que não é uma contrapartida da exploração económica de obras, pois não existe nem a transmissão do direito de autor, nem de licenciamento. Citando o Professor Alberto de Sá e Melo, "a compensação por cópia privada é verdadeiramente uma taxa cobrada pelo consumo de dispositivos que podem servir (ou não) para fixar, reproduzir, comunicar ao público ou colocar em rede obras. Mas não tem qualquer relação com a utilização patrimonial destas."²⁰⁷

²⁰⁵ Cfr. ALBERTO DE SÁ E MELLO, "Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos", 4.ª Edição, Almedina Editora, 2020, p. 324.

²⁰⁶ Cfr. artigos 72/2, a), 81, b), 189/1, a), CDADC.

²⁰⁷ Cfr. ALBERTO DE SÁ E MELLO, "Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos", 4.ª Edição, Almedina Editora, 2020, pp. 325.

9. Considerações finais

O direito à cópia para uso privado tem como limite, ser reproduzida uma obra com fins exclusivamente privados, por pessoa singular e sem ganhos ou fins económicos, pode ser realizada à luz da lei, sendo esta considerada uma exceção, como prevista no artigo 75º/2, alínea b), CDADC. No entanto, esta exceção, em conformidade com a Diretiva 2001/29/CE, traz um encargo, em certos casos de exceção os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado pela utilização da sua obra. E esta restrição deve estar igualmente de acordo com a regra dos três passos.

Esta compensação equitativa é uma "taxa", da qual se chama de *levy*, presente no artigo 82º, CDADC e regulada na Lei nº 62/98, de 1 de Setembro, na sua redação actual.

A cópia para uso privado, muitas vezes não se mantém dentro da esfera permitida pelo direito, ora, vemos obras intelectuais cada vez mais a serem publicadas em plataformas de *streaming* ilícitas, provocado pelo avanço tecnológico.

Porém, as medidas legislativas por mais que tentem prevenir tais actos, e proteger os direitos dos titulares das obras, o avanço tecnológico que permite a obtenção das obras por meios ilícitos está mais avançada, do que a própria legislação e os modos que traduz na protecção. As quais, na nossa mera opinião de alunos, devem ser reformadas ou transformadas em medidas mais rígidas, criados novos sistemas eletrónicos de protecção das obras, dando por exemplo, um sistema que fosse incorporado na própria obra que detecta-se que tinha sido obtida ilicitamente, que saísse dentro da esfera da qual estava autorizada, esta obra se tornasse ilegível a si mesma.

O que se encontra em questão, não é o facto da utilização livre da cópia, pois esta desde que cumpra todas as medidas jurídicas, se encontra excepcionada e permitida dentro dos limites da lei. O problema, é o abuso da utilização livre da cópia que a lei permite, ao ser publicada e transmitida em plataformas *online* ilícitas, violando assim todos os direitos a que a própria obra em si acarreta. Estando de facto em questão a ética social-económica que parece estar a desaparecer neste combate, devendo ser reforçada com urgência.

"The copyright bargain: a balance between protection for the artist and rights for the consumer" (Robin Gross)

10. Referências

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos", Coimbra, 1992

AKESTER, PATRÍCIA, "Direito de Autor nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais", Coimbra: Almedina, 2013

CADIMA, ADRIANA GABRIEL DOS SANTOS, "Violação Digital dos Direitos Autorais: A Internet e a Partilha de Conteúdos Protegidos nas Redes P2P através do Protocolo Bittorrent", Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, Dissertação de mestrado

Caçador, Ana Rita Martins, "O uso da obra protegida sem o consentimento do autor - uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de fair use", Universidade Católica Portuguesa, 2011, Dissertação de mestrado

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, "Liberdade e Exclusivo na Constituição", Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004

CORRÊA, GUSTAVO BAHUSCHEWSKYJ, "Os Utilizadores e os Direitos Autorais na Internet", texto oriundo da pesquisa realizada na disciplina de Direito Autorais e Sociedade da Informação, ministrada pelo Professor José de Oliveira Ascensão, no Mestrado Científico em Direitos Intelectuais da Universidade de Lisboa

Hugenholtz, P.Bernt; Guibault, Lucie; Geffen, Sjoerd van, "The Future of Levies in a Digital Environment", Institute for Information Law, Amsterdam, March 2003

PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "Direitos de Autor e Liberdade de Informação", Coimbra, Almedina, 2008

PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "O Código do Direito de Autor e a Internet", texto da comunicação apresentada nas I Jornadas "Direito e Internet", organizado pela AJAC (Associação de Jovens Advogados de Coimbra), no dia 19 de Fevereiro de 2000, em Coimbra

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, "Algumas considerações sobre a lei aplicável ao Direito de autor na Internet", texto que serviu de base à comunicação apresentada no Curso Pós-Graduado de Direito Intelectual, em Maio de 2013, na Faculdade de Direito da universidade de Lisboa

REIS, MARIANA MOURÃO, "Compensação equitativa por cópia privada digital", in Revista Electrónica de Direito, nº1-2019

SÁ E MELLO, ALBERTO DE, "Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos", 4.ª Edição, Almedina Editora, 2020

VICENTE, DÁRIO MOURA, "Cópia Privada e Sociedade da Informação", separata de estudo jurídicos em homenagem ao Professor Doutor António de

Sousa Franco, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,
Coimbra Editora, 2006

Legislação:

Decreto-Lei nº63/85, de 14 de Março, Código do Direito de Autor e Direitos
Conexos

Lei nº62/98, de 01 de Setembro, que regula a Compensação pela reprodução
ou gravação de obras

Instrumentos Jurídicos Internacionais:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral
das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948

Convenção de Berna, publicado em Diário da República I, nº170, de 26/07/1978
Copyright, Designs and Patents Act 1988, consulta disponível em:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

U.S. Copyright Act, consulta disponível em:
<https://www.bitlaw.com/source/17usc/index.html>

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional. Acórdão nº 616/2003 de 13-03-204,
Processo nº340/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) em 21-10-2010, Processo nº C-
467/08. Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de
maio de 2001. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

United States Court of appeals for the Ninth Circuit, Nos. 00-16401, 00-16403.
Disponível em:

<https://web.archive.org/web/20080511105502/http://bulk.resource.org:80/courts.gov/c/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html>

Sites:

<https://www.theguardian.com/media/2020/apr/26/uk-traffic-to-film-and-tv-piracy-sites-up-nearly-60-in-lockdown>

<https://www.theguardian.com/film/2021/oct/02/streaming-was-supposed-to-stop-piracy-now-it-is-easier-than-ever>

<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-de-berna-para-proteccao-das-obras-literarias-e-artisticas-acto-de-paris-0>

<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-universal-sobre-direito-de-autor-revista-em-paris-24-de-julho-de-1971-0>

<https://visao.sapo.pt/exameinformatica/noticias-ei/mercados/2012-09-26-ministerio-publico-diz-que-e-legal-copiar-musicas-e-filmes-na-net/>

https://about.netflix.com/pt_br

https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=365485

Os Direitos De Autor e os Direitos Conexos no Mercado Único Digital²⁰⁸

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Resumo

A necessidade de promover um acesso aberto aos conteúdos, desde o audiovisual à música e aos livros, de modo a permitir o desenvolvimento de um mercado único digital e de um quadro regulamentar propício à criatividade, à sustentabilidade financeira, à ciência e à diversidade cultural, ditaram a criação da 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE²⁰⁹. A transposição da diretiva, ainda em fase de Proposta de Lei 114/XIV/3, constitui mais um passo na adaptação do direito de autor ao ambiente digital. A nova Diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Deste modo, a diretiva deverá ser interpretada e aplicada nos termos desses direitos e princípios.

Palavras-chave:

direitos de autor, investigação científica, património cultural, editores de imprensa, plataformas digitais.

²⁰⁸ Atualização de um artigo de opinião publicado na *Advocatus*, dia 10 de março de 2020. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/opiniao/os-criadores-enfrentam-as-plataformas-digitais/>.

²⁰⁹ 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 130/92. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL>

Copyright and Related Rights in the Digital Single Market

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Abstract

The need to promote open access to content, from audiovisual to music and books, in order to allow the development of a digital single market and a regulatory framework conducive to creativity, financial sustainability, science and cultural diversity, dictated the creation of Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019, on copyright and related rights in the digital single market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29 /EC. The transposition of the directive, still at the stage of Draft Law 114/XIV/3, constitutes another step in the adaptation of copyright to the digital environment. The new Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognized in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Accordingly, the new Directive should be interpreted and applied in accordance with those rights and principles.

Keywords:

copyright, scientific research, cultural heritage, press publishers, digital platforms.

Introdução

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 digital²¹⁰ (doravante Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital) além de evitar a fragmentação entre os Estados-membros, renova as exceções e limitações ao direito de autor em benefício da educação, da investigação, do património cultural e do acesso a pessoas deficientes. A novidade passou a ser a criação de uma contribuição em termos financeiros e organizativos para os editores de notícias ou agências noticiosas, como forma de reconhecer e encorajar o seu papel na sociedade, contribuindo para a sustentabilidade do setor da edição e para a defesa de uma informação fidedigna. A fixação do valor dessa contribuição tem em conta o investimento em recursos humanos, materiais e financeiros que os editores e as agências noticiosas possam realizar, bem como a relevância do conteúdo dessas publicações.

A Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital tem por base e complementa as regras estabelecidas nas diretivas atualmente em vigor neste domínio, designadamente as Diretivas 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. Os diferentes instrumentos jurídicos de direito europeu secundário convergem na atribuição de direitos exclusivos aos criadores das «obras», cuja identidade (originalidade) é crucial para a atribuição da paternidade dessa criação. O pressuposto fundamental desta Diretiva “ assenta no facto de a distribuição em linha de conteúdos protegidos por direitos de autor ser, por natureza, transnacional, pelo que apenas os mecanismos adotados à escala europeia podem assegurar o correto funcionamento do mercado da distribuição de obras e outro material protegido, bem como assegurar a sustentabilidade do setor da edição face aos desafios ao meio digital” (Proposta de Lei n.º 114/XIV/3ª).

Contudo, os direitos de autor não são ilimitados. As exceções e limitações previstas na Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital “visam alcançar um justo equilíbrio entre os direitos e os interesses dos autores e outros titulares de direitos, por um lado, e os utilizadores, por outro. Estas exceções e limitações apenas podem ser aplicadas em determinados casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal das obras ou outro material protegido e que não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos dos titulares dos direitos” (Considerando 6). Nessa conformidade, mediante o respeito pela regras dos três passos, os conteúdos produzidos

²¹⁰ JOUE, 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.

por artistas e músicos podem ser utilizados por terceiros sem autorização dos respetivos titulares, exceções, que o legislador português designou de “utilizações livres” e que se encontram previstas no artigo 75.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Em outros casos, o direito de autor sofre uma limitação em favor da liberdade de expressão e da privacidade dos utilizadores. Concretizando, podemos observar que a diretiva reflete o equilíbrio entre os interesses dos vários intervenientes. Não só estabelece medidas que beneficiam os utilizadores, com especial destaque para os artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, como cria medidas que beneficiam os autores e titulares dos direitos, a exemplo dos artigos 11.º, 13.º, 15.º e 17.º. Este é o ponto mais relevante da diretiva.

As negociações foram difíceis e quase sempre acompanhadas de falsas questões na comunicação social e nas redes sociais, prevendo o fim da internet. Mas a verdadeira polémica, reside no facto da diretiva enfrentar as plataformas digitais americanas, em defesa das entidades culturais e editoriais europeias.

Os artigos 15.º e 17.º foram os mais contestados por serem os artigos que alteram o equilíbrio de poder entre a indústria cultural/editorial da Europa e as plataformas – como a Google ou o Facebook, desafiando o status quo existente. Em concreto, a utilização de conteúdos protegidos pelas plataformas digitais impõe que estas adotem medidas de reconhecimento da autoria dos conteúdos protegidos, impedindo que a «obra» seja publicada de forma ilegítima.

Ao abrigo das novas regras introduzidas pela Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, algumas plataformas digitais terão de celebrar acordos de licenciamento com os titulares de direitos para a utilização de música, vídeos ou de outros conteúdos protegidos por direitos de autor. Mas, em caso de não serem concedidas as respetivas licenças, as plataformas digitais devem emvidar todos os esforços de forma a garantir que os conteúdos, não autorizados pelos titulares dos direitos, não são disponibilizados no seu sítio Web.

Com este novo instrumento jurídico, além de se evitar a fragmentação entre os Estados-membros, renovam-se as exceções e limitações ao direito de autor em benefício da educação, da investigação, do património cultural e do acesso a pessoas deficientes.

Contempla-se também uma contribuição em termos financeiros e organizativos para os editores de notícias ou agências noticiosas, como forma de reconhecer e encorajar o seu papel na sociedade, contribuindo para a sustentabilidade do setor da edição e para a defesa de uma informação fidedigna. A fixação do valor dessa contribuição tem em conta o investimento que os editores e as agências noticiosas possam fazer em recursos humanos, materiais e financeiros, bem como a relevância do conteúdo dessas publicações.

Na prática, as grandes plataformas ao publicarem conteúdos protegidos, acabarão por transferir para os criadores, parte das receitas obtidas, mediante a atribuição de royalties. Esta é a grande mudança!

1. O Novo Enquadramento Legal dos Direitos de Autor e Direitos Conexos

O novo enquadramento do direito de autor constitui mais um passo na adaptação do Direito de Autor ao ambiente digital. Com a Diretiva relativa ao *Direito de Autor no Mercado Único Digital* pretende-se evitar a fragmentação e as fricções entre os Estados-Membros. É certo que a transposição da Diretiva ditará uma alteração dos regimes jurídicos nacionais em matéria de direito de autor mas as vantagens são muito grandes, quer ao nível do acesso dos cidadãos a conteúdos em linha em todo o espaço europeu; quer pelas exceções e limitações ao Direito de Autor a favor da educação, da investigação, do património cultural, bem como da inclusão das pessoas com deficiência, de modo a criar um mercado mais justo, inclusivo e sustentável para os autores, as indústrias criativas e a imprensa.

Em Portugal, a transposição encontra-se ainda em fase de proposta de Lei n.º 114/XIV/3²¹¹, mas já podemos observar que o legislador empenhou-se em convergir com o texto da Diretiva, optando por um nível harmonizado de proteção dos titulares dos direitos de autor e conexos, a fim de evitarem discrepâncias entre as realidades nacionais de cada Estado-membro. E, face à necessidade de decidir onde inserir os comandos adaptados ao direito nacional, optou-se por inseri-los no normativo do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual (CDADC) e de duas leis avulsas: (i) o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, na sua redação atual, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados; e (ii) a Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto.

Quanto às exceções, já conhecidas entre nós como exemplos de utilização livre de prerrogativas do direito de autor, entende-se que o seu lugar natural é no binómio formado pelos artigos 75.º e 76.º do CDADC. Tanto mais que ambos, constituem já adaptações, na ordem jurídica interna, do artigo 5.º da Diretiva de 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, que constituiu uma lista fechada

²¹¹ A Proposta de Lei esteve na Assembleia da República, para apreciação pública, até ao dia 21 de novembro de 2021. O texto enquadra-se publicado no Parte II da obra.

de exceções destinadas a incorporação, pelos Estados-Membros, nas suas leis.

2. O Património Cultural

Entre os Estados-membros converge-se no sentido de que os direitos exclusivos atribuídos aos criadores não são ilimitados e que em certos casos, admite-se que terceiros façam uso de obras protegidas sem autorização dos respetivos titulares (são exceções e limites). São vários os interesses que justificam esta delimitação negativa dos direitos de autor nomeadamente a promoção cultural e educativa. As instituições responsáveis pelo património cultural, a exemplo dos museus, estão entre esses caos e por toda a Europa demonstram estarem empenhadas na conservação das suas coleções para gerações futuras.

Tomando como exemplo o museu, diria que os atos de conservação de uma obra ou outro material protegido, implica normalmente a reprodução, e por conseguinte sem as exceções, exigiria a autorização dos titulares dos dados. Sublinhamos também que as tecnologias digitais oferecem novas formas de conservação, mas criam também novos desafios. Em resposta, a Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital prevê uma exceção obrigatória ao direito de reprodução, de modo a que se permitam os atos de conservação do museu e de instituições responsáveis pela conservação do património cultural nacional e europeu. À luz deste instrumento, além dos museus, as bibliotecas, os arquivos e outras instituições, podem e devem preservar, por via digital, o património cultural das suas coleções. Assim, a fim de alcançar o equilíbrio possível, a Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital permite que as instituições responsáveis pelo património cultural, utilizem cópias de obras e outro material, numa clara derrogação do direito de autor, para efeitos de conservação, tal como anuncia o Considerando 2:

“As diretivas que foram adotadas no domínio dos direitos de autor e direitos conexos contribuem para o funcionamento do mercado interno, proporcionam um nível elevado de proteção dos titulares de direitos, simplificam a obtenção de direitos e criam um regime aplicável à exploração de obras e outro material protegido. Esse regime jurídico harmonizado contribui para o funcionamento adequado do mercado interno, estimulando a inovação, a criatividade, o investimento e a produção de novos conteúdos, também no contexto digital, a fim de evitar a fragmentação do mercado interno. A proteção conferida por esse regime jurídico contribui igualmente para o objetivo da União de respeitar e promover a diversidade cultural e, ao mesmo tempo, trazer o património cultural comum europeu para primeiro plano.

O Considerando 5.º da Diretiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, prevê exceções ou limitações obrigatórias quando estejam em causa:

“(…) a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica, para a ilustração didática no contexto digital e para a conservação do património cultural. As exceções e limitações previstas no direito da União deverão continuar a ser aplicadas, nomeadamente às atividades de prospeção de textos e dados, à educação, às atividades no domínio da conservação, desde que essas atividades não limitem o âmbito das exceções ou limitações obrigatórias previstas na presente diretiva, as quais têm de ser aplicadas pelos Estados-Membros no respetivo direito nacional. As Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE deverão, por conseguinte, ser alteradas.”

O tratamento automático computacional de informações em formato digital, tais como texto, som, imagem ou dados, normalmente designada por prospeção de textos e dados, considerada como a porta aberta à inteligência artificial, uma tecnologia estratégia que a União Europeia não quer perder a vanguarda. Por essa razão, previu no Comando 8 que “Essas tecnologias beneficiam as universidades e outros organismos de investigação, bem como instituições responsáveis pelo património cultural, visto que elas poderão também realizar investigação no contexto das suas atividades principais.” Porém, dada a insegurança jurídica no âmbito da prospeção de texto, o Considerando 11 prevê uma derrogação dos direitos de autor através de: “uma exceção obrigatória para as universidades e outros organismos de investigação, bem como para as instituições responsáveis pelo património cultural, ao direito exclusivo de reprodução e ao direito de impedir a extração a partir de bases de dados.”

O conceito de instituições responsáveis pelo património cultural, abrange as bibliotecas acessíveis ao público e os museus, independentemente do tipo de obras ou de outro material protegido que tenham nas suas coleções permanentes, bem como arquivos e instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro. O referido conceito deverá ainda incluir, nomeadamente, as bibliotecas nacionais e os arquivos nacionais, bem como estabelecimentos de ensino, organismos de investigação e de radiodifusão do setor público, no que diz respeito aos seus arquivos e bibliotecas acessíveis ao público (Considerando 13). A exceção relativa à propseção de texto, deverá abranger o acesso a conteúdos baseados numa política de acesso aberto ou através de acordos contratuais entre titulares de direitos e organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural, tais como assinaturas, ou através de outras vias legais (Considerando 14).

No Considerando 25, a Diretiva reforça o argumento que “as instituições responsáveis pelo património cultural estão empenhadas na conservação das suas coleções para gerações futuras. Os atos de conservação de uma obra ou outro material protegido na coleção da instituição responsável pelo património cultural podem implicar a reprodução e, por conseguinte, exigir a autorização dos titulares de direitos em causa.”

A existência de diferentes abordagens nos Estados-Membros em relação aos atos de reprodução para efeitos de conservação levados a cabo por instituições responsáveis pelo património cultural prejudica a cooperação transfronteiriça, a partilha de meios de conservação e a criação de redes de conservação transfronteiriças no mercado interno por essas instituições, o que leva a uma utilização ineficiente dos recursos. Isso pode ter um impacto negativo na conservação do património cultural (Considerando 26), prevendo para efeito de conservação do património cultural, exceção ao direito de autor (artigo 6.º)²¹².

O legislador europeu previu a possibilidade de instituições responsáveis pelo património cultural efetuarem cópias de obras e outro material protegido, obras que façam permanentemente parte das suas coleções, em qualquer formato ou suporte, ainda que apenas e só na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação.

3. O Acesso Aberto aos Conteúdos Digitais

A Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital veio provocar uma verdadeira reforma do Direito de Autor na Europa. A Diretiva inscreve-se na *Estratégia para o Mercado Único Digital*, desenhado pela Comissão Europeia (2015), na qual identifica os conteúdos digitais como um dos principais motores de crescimento da economia.

A necessidade de promover um acesso aberto aos conteúdos (desde o audiovisual à música e aos livros, entre outros -, permitindo o desenvolvimento de um mercado e de um quadro regulamentar propícios à criatividade, à sustentabilidade financeira, à ciência e à diversidade cultural, ditaram a criação deste novo instrumento jurídico. A Diretiva gerou enorme tensão entre os Estados Membros, com

²¹² Artigo 6.º da Diretiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital « Conservação do património cultural».

Os Estados-Membros devem prever uma exceção aos direitos previstos no artigo 5.º, alínea a), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, no artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva, a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural efetuem cópias de obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas coleções, em qualquer formato ou suporte, para efeitos de conservação dessas obras ou outro material protegido e na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação.

negociações difíceis e quase sempre acompanhadas de falsas questões na comunicação social como “a internet vai acabar”. Mas, no essencial, a verdadeira polémica resulta da Diretiva interferir nas matérias relacionadas com o Direito de Autor na Internet, desafiando o *status quo existente* e retirando poder às plataformas em benefício das entidades europeias da área da cultura e editorial. Os artigos 15.º e 17.º foram os mais contestados e são curiosamente os artigos que alteram o equilíbrio de poder entre a indústria cultural/editorial da Europa e as plataformas como a Google ou o Facebook.

4. A Investigação Científica

A Diretiva do direito de autor no mercado único digital, renova as exceções e limitações ao Direito de Autor, em benefício dos investigadores que beneficiarão de um ambiente jurídico mais claro, e da prospeção de textos e dados, abrindo as portas à inteligência artificial. E, embora as tecnologias de prospeção de textos e dados sejam predominantes em toda a economia digital, existe um amplo reconhecimento de que esta prospeção pode beneficiar a comunidade científica e, ao fazê-lo, incentiva a inovação na Europa. A inteligência artificial ao permitir a análise automática computacional de informações em formato digital tais como texto, som, imagem ou dados, dá a possibilidade aos pesquisadores, de tratar grandes quantidades de informação de modo a obter novos conhecimentos e descobrir novas tendências.

A Diretiva contempla também uma exceção ao Direito de Autor a favor da utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais e digitais, em benefício de professores e estudantes, o que lhe permite tirar pleno partido das tecnologias digitais em todos os níveis de ensino. Uma outra exceção está prevista a favor da conservação do património cultural, (por exemplo, bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos, instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro), tendo em vista o benefício final dos cidadãos da União Europeia. Numa última palavra, podemos afirmar que a Diretiva reflete um esforço para alcançar um equilíbrio entre os interesses dos vários intervenientes. Este é o ponto mais relevante da Diretiva. Não só estabelece medidas que beneficiam os utilizadores (artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º), bem como medidas que beneficiam os autores e titulares dos direitos (artigos 11.º, 13.º, 15.º e 17.º).

Em suma, a União Europeia viu-se confrontada com a necessidade de garantir a proteção autoral, quer para salvaguardar a criatividade e o património cultural na Europa, promovendo o acesso a conteúdos com fins pedagógicos e científicos, quer ainda porque as alterações promovidas pelas tecnologias de informação e comunicação, na medida em que expandiram a obra intelectual, transformaram o direito

de autor num direito globalizado, adensando-se os problemas jurídicos relacionados com as tecnologias adaptadas à criação cultural. As tecnologias digitais vieram alterar a forma como as «obras» são criadas e exploradas, alterando também a distribuição e a produção das mesmas, originando novos modelos empresariais. Esta nova realidade fez aumentar a tensão já existente entre o autor e o editor/empresário.

5. Direito Conexão na Esfera dos Editores de Imprensa

A aprovação dos artigos 15 (que aborda a questão de pagamento aos publishers) e o 17 (que fala sobre os conteúdos feitos e publicados por usuários), causaram muita polémica e foram usadas como argumento pelas gigantes da web para dizer que a internet passaria a ser menos livre. O que foi afirmado pelo grupo contrário a esses dois artigos procede?

A nova Diretiva contempla uma contribuição em termos financeiros e organizativos aos editores de notícias ou agências noticiosas (art. 15.º) para a produção de publicações de imprensa como forma de reconhecer e encorajar o seu papel na sociedade. É uma forma de encorajar a imprensa e ajudar a garantir a sustentabilidade do setor da edição em defesa de uma informação fidedigna. Em benefício dos autores e titulares de direitos, a Diretiva propõe regras no que toca à utilização digital das publicações de imprensa (*press right*).

Em suma, estão contemplados os editores de imprensa e agências noticiosas em formato digital. A fixação do valor dessa remuneração tem em conta o investimento que os editores e as agências noticiosas possam fazer em recursos humanos, materiais e financeiros; a relevância do conteúdo dessas publicações e ainda a contribuição das publicações para a informação de cariz político e de interesse geral.

Para efeitos da Diretiva, a «publicação de imprensa» abrange apenas as publicações jornalísticas, publicadas no contexto de uma atividade económica: jornais diários, revistas semanais ou mensais de interesse geral ou específico e sites de notícias. Excluídos da proteção autoral ficam as publicações periódicas com fins científicos ou académicos, tais como revistas científicas. Excluídos ficam também os sítios da Internet como blogues que fornecem informações à revelia da responsabilidade editorial ou do controlo de um prestador de serviços como um editor de notícias.

As novas regras aplicáveis à utilização de publicações de imprensa em linha apenas serão aplicadas aos serviços comerciais, como os agregadores de notícias, e não aos utilizadores. Isto significa que os utilizadores da Internet continuarão a ter a possibilidade de partilhar esses conteúdos nas redes sociais e de aceder a jornais em linha.

A França, sendo em nosso entender o país europeu mais defensor do criador da obra, foi pioneira na transposição da Diretiva dos Direitos de

Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital^{2019/790}, ao promulgar a Lei nº 2019-775 de 24 de julho de 2019, de 24 de julho, que atribui um direito de propriedade aos editores de imprensa e agências noticiosas por dois anos, a partir do 1 de janeiro do ano civil seguinte ao da primeira publicação na imprensa. A natureza do *direito de autor* encontra uma forte influência do pensamento francês e na visão do “criador independente” detentor de direitos de natureza pessoal ou direitos morais e patrimonial. Com a revolução francesa nascia a “propriedade intelectual” e um direito de autor ancorado na imagem do criador cuja criatividade se recompensa. O nascimento do direito moral surgiu precisamente em França quando um tribunal francês, em 1814, reconheceu que um certo autor tinha o direito a que o seu manuscrito não fosse alterado pela editora sem a sua autorização. A jurisprudência evoluiu neste campo e cunhou a palavra *droit moral*.

Com a Lei nº 2019-775, de 24 de julho de 2019, a França altera o Código da Propriedade Intelectual francês, impondo regras mais rígidas em defesa do autor/criador. Através deste diploma, a França deu um passo corajoso. Imposta recordar que foi o país que mais lutou, ao longo das negociações travadas em Bruxelas e Estrasburgo, pela atribuição justa do rendimento do autor. Portugal acompanhou a França nesta defesa, por oposição a um grupo liderado pelo Reino Unido, partidário do copyright, uma visão mais empresarial do Direito de Autor e menos defensor dos direitos do criador e da criatividade.

Em Portugal, a Proposta de Lei n.º 114/XIV/3ª, que visa transpor a Diretiva, vai ao encontro da criação de um novo direito conexo na esfera dos editores de imprensa, relativamente à utilização das suas publicações em linha por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação (art. 15.º da Diretiva). O legislador português considera que este novo direito conexo coabita, embora os deixe intangíveis, com os direitos conexos que já têm assento no CDADC. Com efeito, trata-se de um direito criado expressamente para o mundo digital e apenas oponível aos prestadores de serviços da sociedade da informação. Trata-se, por outro lado, de um direito permeável pois os autores de obra integrada numa publicação de imprensa, no mundo digital, devem auferir uma parte adequada das receitas que os mesmos editores de imprensa recebam pela utilização das suas publicações por prestadores de serviços da sociedade da informação.

Assim, também aqui optou o legislador português por positivar o direito conexo no CDADC. Nesse sentido, propõe aditar ao artigo 176.º do CDADC, a noção de publicações de imprensa, tal como estabelecida na definição constante da diretiva, assim como a noção de editor de imprensa, abrangendo aqui também, na esteira do considerando 55 da diretiva, as agências noticiosas.

6. As Plataformas Digitais, Jornalismo e Liberdade de Expressão

Assistiu-se a uma grande polémica, muito alimentada pelas redes sociais, em torno do artigo 17.º e relativa à utilização de conteúdos protegidos pelas grandes plataformas da internet (*value gap*). A Diretiva impõe que as plataformas adotem medidas de reconhecimento de conteúdos protegidos, com o objetivo de evitar que o material seja publicado de forma ilegítima, por usuários. Na prática, as grandes plataformas acabarão por conceder alguns proventos obtidos aos criadores, mediante a atribuição de royalties. Esta é a grande mudança! Desde que as plataformas obtenham autorização dos criadores, os utilizadores podem usar conteúdos, para fins privados e até comerciais, desde que obtenham proventos insignificantes. Ao abrigo das novas regras, algumas plataformas em linha terão de celebrar acordos de licenciamento com os titulares de direitos como, por exemplo, produtores de música ou de filmes para a utilização de música, vídeos ou de outros conteúdos protegidos por direitos de autor. Se as licenças não forem concedidas, estas plataformas devem envidar todos os esforços de forma a garantir que os conteúdos não autorizados pelos titulares dos direitos não são disponibilizados no seu sítio Web. Desta forma, a nova Diretiva atualiza e complementa a legislação existente, de modo a dar uma resposta adequada e eficaz à realidade económica e às novas formas de exploração que proliferam no mercado internacional, designadamente o modelo das *Creative Commons* (CC), modelo mais utilizado no Reino Unido, nos Estados Unidos e nos países do norte da Europa.

O Direito de Autor sofre igualmente limitações através da primazia que é dada, à liberdade de expressão e à privacidade dos utilizadores e com base nessa perceção, alguns internautas chegaram a temer pelo fim da internet porque julgaram não ser permitido criar memes ou paródias, a partir de conteúdos de terceiros. Mas, tal não se verificou e, mesmo que as plataformas não obtenham autorização, os utilizadores podem fazer *upload* de conteúdos livremente desde que tenha por fim: a crítica, a caricatura ou a paródia. Sabemos, no entanto, que a tensão foi muito grande e que a redação inicial deste artigo não permitia este direito. No texto final da diretiva, foi concedido aos utilizadores a liberdade para carregar e partilhar conteúdos em linha tais como memes, GIF e análises, sem infringir direitos de autor, em qualquer dos Estados-Membros. A revolução tecnológica coloca desafios às democracias e nessa medida podemos dizer que o jornalismo se encontra também em perigo. O que desafia os princípios convencionais são, entre outras as características da própria tecnologia digital, a começar pela sua plasticidade que nos permite facilmente pesquisar, indexar, alterar conteúdos e permitir usos ilegítimos, por não serem os seus usos autorizados pelo criador. Porém, importa salientar que a Constituição da República Portuguesa (CRP) guia a regulamentação da liberdade de expressão mediante regras específicas, bem como a liberdade de imprensa e meios de

comunicação social (incluindo o estabelecimento de uma entidade administrativa independente que assegure essas liberdades), e prevê ainda alguns direitos particulares de expressão e informação: os direitos de antena, de resposta e de réplica política.

Por outras palavras, embora se reconheça à partida que a internet põe em causa os o jornalismo nos seus moldes clássicos, conseguimos ainda assim contextualizar constitucionalmente a liberdade de imprensa, em equilíbrio com outros valores fundamentais, *maxime* as liberdades de expressão e informação, educação e investigação. E porque vivemos num mundo globalizado, os Estados aceitam uma tutela internacional, em virtude dos desafios serem também globais. O jornalismo assume uma enorme relevância em qualquer Estado de direito. Além de ser indispensável ao desenvolvimento saudável da vida pública nas suas várias esferas, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa devem ter os seus limites naturais, mas apenas os que decorrem de outros direitos igualmente protegidos pela Constituição.

Um jornalismo enfraquecido coloca em causa os valores da Democracia, o Estado de Direito e, por conseguinte, os Direitos fundamentais dos cidadãos. Em particular, a liberdade de expressão e informação que é um dos direitos, liberdades e garantias consagrados na CRP, recebe também proteção na generalidade dos instrumentos jurídicos internacionais e europeus em matéria de direitos humanos. Esta liberdade integra o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem qualquer discriminação, impedimento ou limitação, nomeadamente por qualquer tipo de censura.

7. Reflexões finais

Portugal possui um Código do Direito de Autor e Direitos Conexos desde 1985 e segue a influência francesa do *droit d'auteur*. Porém, a maleabilidade da própria diretiva, numa clara cedência aos interesses das plataformas, veio criar dificuldades na hora da transposição para o direito português. Em causa estão conceitos abertos que carecem de densificação. Só para citar alguns exemplos, não sabemos quais serão os prestadores de serviços de partilha de conteúdos a ser abrangidos pelo artigo 17.º da Diretiva. Relativamente ao artigo 17.º da diretiva, o legislador português propõe criar uma secção própria, relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha, em virtude de se tratar da regulação de uma forma específica de utilização. Por seu lado, as grandes plataformas deverão envidar todos os esforços para obter uma autorização dos autores para uso dos seus conteúdos. Devem também demonstrar que efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os *melhores esforços*

para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido, objeto de notificação nos seus sítios na Internet ou de os retirar desses sítios, e envidaram ainda os *melhores esforços* para impedir o seu futuro carregamento. Mas, o que significa os melhores esforços? Relativamente à robustez tecnológica que se exige às grandes plataformas, de modo a evitar os atos ilícitos, ficam estas dispensadas, quando o processo se apresente demasiado oneroso. Mas como se pode mensurar essa onerosidade? A incerteza e os conceitos vagos que a Diretiva contém, são o resultado do intenso processo de negociação que obrigaram, num ato de pura cedência às plataformas, à inclusão de conceitos vagos na Diretiva, que agora fazem perigar a harmonização pretendida nesta matéria. Na Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.^a que visa a transposição da Diretiva é dada especial atenção ao reforço da proteção dos autores e dos artistas, intérpretes ou executantes, no âmbito dos contratos, por eles celebrados, de licenciamento ou transmissão para a exploração das suas obras ou prestações. Com efeito, acolhe-se o princípio de remuneração adequada e proporcionada; adotam-se mecanismos de modificação contratual e remuneração adicional; e cria-se um direito à obtenção de informações e um direito de revogação contratual em casos de falta de exploração.

Outro ponto inovador da diretiva que ora se visa transpor, consiste no facto desta abrir as portas à figura da licença coletiva com efeitos alargados, a qual, consistindo numa experiência nova no nosso ordenamento jurídico, implica alterações Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual. Paralelamente, a diretiva impõe no artigo 13.º, a designação de organismos de mediação ou arbitragem aos quais os utilizadores e titulares de direitos possam recorrer, nomeadamente para a fixação de tarifas e para a decisão sobre a licitude da remoção de conteúdos em linha. Portugal publicou recentemente legislação relativa à fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos, a Lei n.º 82/2021, de 30 de novembro. Contudo, o disposto no referido diploma não se aplica aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, definidos no n.º 6 do artigo 2.º da 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, os quais são responsabilizados nos termos do artigo 17.º do mesmo diploma e da legislação que o transponha para a ordem jurídica nacional. Nessa conformidade, atento o artigo 17.º da diretiva, que por se tratar da regulação de uma forma específica de utilização, o legislador optou por apresentar na Proposta de Lei, uma secção própria, relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha

A grayscale photograph of a classical building facade, featuring several columns and a decorative frieze. The image is overlaid with a grid of red rectangular boxes of various sizes, some of which are partially obscured by a red banner at the bottom. The banner contains the text "Parte II" in white.

Parte II

Diretiva (EU) 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE

(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 53.º, n.º 1, e os artigos 62.º e 114.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia, Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais, Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu²¹³, Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões²¹⁴, Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário²¹⁵, Considerando o seguinte:

(1) O Tratado da União Europeia (TUE) prevê a criação de um mercado interno e a instituição de um sistema que assegure a inexistência de distorção da concorrência nesse mercado. Uma maior harmonização das legislações dos Estados-Membros em matéria de direitos de autor e direitos conexos deverá contribuir para a prossecução desses objetivos.

(2) As diretivas que foram adotadas no domínio dos direitos de autor e direitos conexos contribuem para o funcionamento do mercado interno, proporcionam um nível elevado de proteção dos titulares de direitos, simplificam a obtenção de direitos e criam um regime aplicável à exploração de obras e outro material protegido. Esse regime jurídico harmonizado contribui para o funcionamento adequado do mercado interno, estimulando a inovação, a criatividade, o investimento e a produção de novos conteúdos, também no contexto digital, a fim de evitar a fragmentação do mercado interno. A proteção conferida por esse regime jurídico contribui igualmente para o objetivo da União de respeitar e promover a diversidade cultural e, ao mesmo tempo, trazer o património cultural comum europeu para primeiro plano. O artigo

²¹³ JOC125de21.4.2017,p.27.

²¹⁴ JOC207de30.6.2017,p.80.

²¹⁵ Posição do Parlamento Europeu de 26 de março de 2019 (ainda não publicada no Jornal Oficial) e decisão do Conselho de 15 de abril de 2019.

167.º, n.º 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia exige que a União tenha em conta os aspetos culturais na sua ação.

(3) A rápida evolução tecnológica continua a mudar a forma como as obras e outro material protegido são criados, produzidos, distribuídos e explorados. Continuam a surgir novos modelos empresariais e novos intervenientes. Cumpre que a legislação aplicável esteja orientada para o futuro, para não limitar a evolução tecnológica. Os objetivos e princípios estabelecidos pelo regime da União em matéria de direitos de autor continuam a ser válidos. No entanto, a insegurança jurídica mantém-se, tanto para os titulares de direitos como para os utilizadores, no que diz respeito a determinadas utilizações — inclusive utilizações transfronteiriças — de obras e outro material protegido no contexto digital. Tal como referido na Comunicação da Comissão, de 9 de dezembro de 2015, intitulada «Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu», é necessário, em alguns domínios, adaptar e complementar o regime em vigor da União em matéria de direitos de autor, preservando ao mesmo tempo um nível elevado de proteção dos direitos de autor e direitos conexos. A presente diretiva estabelece normas para adaptar certas exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos aos meios digital e transfronteiriços, bem como medidas para agilizar determinadas práticas relativas à concessão de licenças, nomeadamente, mas não em exclusivo, no âmbito da difusão de obras fora do circuito comercial e de outro material protegido, e da disponibilidade em linha de obras audiovisuais em plataformas de vídeo a pedido, com vista a garantir um acesso mais alargado aos conteúdos. A presente diretiva contém igualmente regras para facilitar a utilização de conteúdos que estão no domínio público. A fim de alcançar um mercado dos direitos de autor justo e que funcione corretamente deverão prever-se igualmente normas relativas aos direitos no domínio das publicações, à utilização de obras ou outro material protegido por prestadores de serviços em linha que conservam e permitem o acesso a conteúdos carregados pelos utilizadores e à transparência dos contratos dos autores e artistas intérpretes ou executantes, à remuneração dos autores e artistas intérpretes ou executantes, bem como a um mecanismo de revogação dos direitos que os autores e artistas intérpretes ou executantes tenham transferido a título exclusivo.

(4) A presente diretiva tem por base e complementa as regras estabelecidas nas diretivas atualmente em vigor neste domínio, nomeadamente as Diretivas 96/9/CE²¹⁶, 2000/31/CE²¹⁷,

²¹⁶ Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (JO L 77 de 27.3.1996, p. 20).

²¹⁷ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o comércio eletrónico) (JO L 178 de 17.7.2000, p. 1).

2001/29/CE²¹⁸, 2006/115/CE²¹⁹, 2009/24/CE²²⁰, 2012/28/UE²²¹ e 2014/26/UE²²² do Parlamento Europeu e do Conselho.

(5) Nos domínios da investigação, da inovação, da educação e da conservação do património cultural, as tecnologias digitais permitem novos tipos de utilizações que não são expressamente abrangidos pelas normas vigentes da União em matéria de exceções e limitações. Além disso, a natureza facultativa das exceções e limitações previstas nas Diretivas 96/9/CE, 2001/29/CE e 2009/24/CE nesses domínios pode ter um impacto negativo no funcionamento do mercado interno. Este aspeto é particularmente relevante no que se refere às utilizações transfronteiriças, que são cada vez mais importantes no contexto digital. Por conseguinte, as exceções e limitações previstas no direito da União que sejam relevantes para a investigação científica, a inovação, o ensino e a conservação do património cultural deverão ser reavaliadas à luz destas novas utilizações. Deverão ser introduzidas exceções ou limitações obrigatórias para a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica, para a ilustração didática no contexto digital e para a conservação do património cultural. As exceções e limitações previstas no direito da União deverão continuar a ser aplicadas, nomeadamente às atividades de prospeção de textos e dados, à educação, às atividades no domínio da conservação, desde que essas atividades não limitem o âmbito das exceções ou limitações obrigatórias previstas na presente diretiva, as quais têm de ser aplicadas pelos Estados-Membros no respetivo direito nacional. As Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE deverão, por conseguinte, ser alteradas.

(6) As exceções e limitações previstas na presente diretiva visam alcançar um justo equilíbrio entre os direitos e os interesses dos autores e outros titulares de direitos, por um lado, e os utilizadores, por outro. Estas exceções e limitações apenas podem ser aplicadas em determinados casos especiais que não entrem em conflito com a

²¹⁸ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167 de 22.6.2001, p. 10).

²¹⁹ Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (JO L 376 de 27.12.2006, p. 28).

²²⁰ Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (JO L 111 de 5.5.2009, p. 16).

²²¹ Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs (JO L 299 de 27.10.2012, p. 5).

²²² Diretiva 2014/26/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno (JO L 84 de 20.3.2014, p. 72).

exploração normal das obras ou outro material protegido e que não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos dos titulares de direitos.

(7) A proteção das medidas de carácter tecnológico estabelecidas na Diretiva 2001/29/CE continua a ser essencial para assegurar a proteção e o exercício efetivo dos direitos concedidos aos autores e a outros titulares de direitos ao abrigo do direito da União. Essa proteção deverá ser mantida, assegurando, ao mesmo tempo, que a utilização de medidas de carácter tecnológico não impede o gozo das exceções e das limitações previstas na presente diretiva. Os titulares de direitos deverão ter a possibilidade de assegurar este gozo através de medidas de carácter facultativo. Os titulares de direitos deverão ter a possibilidade de escolher os meios adequados para permitir aos beneficiários das exceções e das limitações previstas na presente diretiva delas usufruir. Na falta de medidas de carácter facultativo, os Estados-Membros deverão adotar medidas adequadas, nos termos do artigo 6.º, n.º 4, primeiro parágrafo, da Diretiva 2001/29/CE, mormente caso as obras e outro material protegido sejam disponibilizados ao público através de serviços a pedido.

(8) As novas tecnologias permitem a análise automática computacional de informações em formato digital, tais como texto, som, imagem ou dados, normalmente designada por prospecção de textos e dados. A prospecção de textos e dados torna possível o tratamento de grandes quantidades de informação para obter novos conhecimentos e descobrir novas tendências. Embora as tecnologias de prospecção de textos e dados sejam predominantes em toda a economia digital, existe um amplo reconhecimento de que esta prospecção pode beneficiar, nomeadamente, a comunidade científica e, ao fazê-lo, apoiar a inovação. Essas tecnologias beneficiam as universidades e outros organismos de investigação, bem como instituições responsáveis pelo património cultural, visto que elas poderão também realizar investigação no contexto das suas atividades principais. No entanto, na União, esses organismos e instituições são confrontados com a insegurança jurídica por não saberem até onde podem levar a prospecção de texto e dados de conteúdos digitais. Em certos casos, a prospecção de textos e dados pode envolver atos protegidos por direitos de autor, pelo direito sobre bases de dados *sui generis*, ou por ambos, nomeadamente a reprodução de obras ou outro material protegido, a extração do conteúdo de uma base de dados, ou ambos, o que, por exemplo, acontece quando os dados são normalizados no processo de prospecção de textos e dados. Caso não seja aplicável uma exceção ou limitação, é exigida uma autorização aos titulares de direitos para efetuar tais atos.

(9) A prospecção de textos e dados pode ser igualmente realizada em relação aos factos em si ou aos dados que não estão protegidos por direitos de autor e, nesses casos, não é necessária qualquer autorização

ao abrigo do direito em matéria de direitos de autor. Pode também haver casos de prospecção de textos e dados que não envolvam atos de reprodução ou em que as reproduções se encontrem abrangidas pela exceção obrigatória sobre os atos de reprodução temporária prevista no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, que deverá continuar a ser aplicada às técnicas de prospecção de textos e dados que não impliquem fazer cópias dos materiais para além do âmbito desta exceção.

(10) O direito da União prevê algumas exceções e limitações à utilização para fins de investigação científica, que podem ser aplicáveis a atos de prospecção de textos e dados. Contudo, essas exceções e limitações são facultativas e não estão totalmente adaptadas à utilização de tecnologias no domínio da investigação científica. Além disso, nos casos em que os investigadores têm acesso legal aos conteúdos, por exemplo através de assinaturas de publicações ou licenças de livre acesso, as condições das licenças poderão excluir a prospecção de textos e dados. Uma vez que a investigação é cada vez mais praticada com a ajuda da tecnologia digital, existe o risco de a posição concorrencial da União enquanto área de investigação poder vir a ser prejudicada, a menos que sejam tomadas medidas para pôr termo à insegurança jurídica no âmbito da prospecção de textos e dados.

(11) A insegurança jurídica no âmbito da prospecção de textos e dados deverá ser eliminada através da previsão de uma exceção obrigatória para as universidades e outros organismos de investigação, bem como para as instituições responsáveis pelo património cultural, ao direito exclusivo de reprodução e ao direito de impedir a extração a partir de bases de dados. Em conformidade com a política europeia de investigação da União em vigor, que incentiva as universidades e os institutos de investigação a colaborarem com o setor privado, os organismos de investigação deverão também beneficiar desta exceção, sempre que as suas atividades de investigação sejam desenvolvidas no âmbito de parcerias público-privadas. Embora os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural devam continuar a beneficiar dessa exceção, deverão também poder contar com os seus parceiros privados para proceder à prospecção de textos e dados, inclusive através do recurso às suas ferramentas tecnológicas.

(12) Os organismos de investigação de toda a União englobam uma grande variedade de entidades cujo principal objetivo é a realização de investigação científica ou de investigação conjugada com a prestação de serviços de ensino. O termo «investigação científica» na aceção da presente diretiva, deverá ser entendida como abrangendo tanto as ciências naturais, como as ciências humanas. Devido à diversidade de tais entidades, é importante chegar a um entendimento comum quanto ao conceito de «organismos de investigação». Estes

organismos deverão abranger, por exemplo, para além das universidades ou outras instituições de ensino superior e respetivas bibliotecas, também entidades como institutos de investigação e hospitais que se consagrem à investigação. Apesar de contarem com diferentes formas e estruturas jurídicas, os organismos de investigação dos Estados-Membros têm geralmente em comum o facto de agirem sem fins lucrativos ou no âmbito de uma missão de interesse público reconhecida pelo Estado. Esta missão de interesse público poderá refletir-se, por exemplo, no financiamento público, em disposições da legislação nacional ou em contratos públicos. Pelo contrário, não deverão ser considerados organismos de investigação para efeitos da presente diretiva, os organismos sobre os quais as empresas comerciais têm uma influência decisiva, permitindo às referidas empresas exercer controlo devido a condições estruturais, nomeadamente através da sua qualidade de acionistas ou sócios, o que poderá conduzir a um acesso preferencial aos resultados da investigação.

(13) O conceito de instituições responsáveis pelo património cultural deverá abranger as bibliotecas acessíveis ao público e os museus, independentemente do tipo de obras ou de outro material protegido que tenham nas suas coleções permanentes, bem como arquivos e instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro. O referido conceito deverá ainda incluir, nomeadamente, as bibliotecas nacionais e os arquivos nacionais, bem como estabelecimentos de ensino, organismos de investigação e de radiodifusão do setor público, no que diz respeito aos seus arquivos e bibliotecas acessíveis ao público.

(14) Os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural, incluindo as pessoas que lhes estão adstritas, deverão ser abrangidos pela exceção relativa à prospecção de textos e dados no que toca aos conteúdos a que têm acesso legal. O acesso legal deverá ser entendido como abrangendo o acesso a conteúdos baseados numa política de acesso aberto ou através de acordos contratuais entre titulares de direitos e organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural, tais como assinaturas, ou através de outras vias legais. Por exemplo, no caso de assinaturas feitas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural, considera-se que as pessoas que lhes estão adstritas e se encontram abrangidas por estas assinaturas também deverão ter um acesso legal. O acesso legal deverá abranger igualmente o acesso aos conteúdos livremente disponíveis em linha.

(15) Os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural poderão, em certos casos, nomeadamente para a subsequente verificação dos resultados da investigação científica, conservar as cópias efetuadas ao abrigo da exceção para efeitos da prospecção de textos e dados. Nesses casos, as cópias deverão ser armazenadas num ambiente seguro. Os Estados-Membros deverão poder decidir, a nível nacional e após discussões com as partes

interessadas, outras disposições específicas para conservar as cópias, inclusive a possibilidade de nomear organismos de confiança para armazenar essas cópias. Para não restringir indevidamente a aplicação da exceção, essas disposições deverão ser proporcionadas e limitadas ao necessário para manter as cópias de forma segura e impedir utilizações não autorizadas. As utilizações para fins de investigação científica que não a prospecção de textos e dados, tais como a análise científica pelos pares e a investigação conjunta, deverão continuar a ser abrangidas, se for caso disso, pelas exceções ou limitações previstas no artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29/CE.

(16) Tendo em conta o número potencialmente elevado de pedidos de acesso e descarregamento das suas obras ou outro material protegido, os titulares de direitos deverão ter a possibilidade de aplicar medidas sempre que exista um risco de que a segurança e a integridade dos respetivos sistemas ou das bases de dados possam ficar comprometidas. Tais medidas poderiam, por exemplo, ser utilizadas para garantir que apenas as pessoas que tenham acesso legal aos seus dados possam ter acesso aos mesmos, designadamente através da validação de endereços IP ou da autenticação do utilizador. Essas medidas deverão ser proporcionais aos riscos envolvidos e não deverão exceder o necessário para a prossecução do objetivo de assegurar a segurança e a integridade do sistema e não deverão prejudicar a aplicação efetiva da exceção.

(17) Tendo em conta a natureza e o âmbito da exceção, que se limita às entidades que realizam investigação científica, qualquer potencial prejuízo para os titulares de direitos criado através desta exceção deveria ser mínimo. Por conseguinte, os Estados-Membros não deverão prever uma compensação para aos titulares de direitos no que se refere a utilizações ao abrigo das exceções de prospecção de textos e dados introduzidas pela presente diretiva.

(18) Para além da sua importância no contexto da investigação científica, as técnicas de prospecção de textos e dados são amplamente utilizadas, tanto pelas entidades públicas, como privadas para analisar grandes quantidades de dados em diferentes domínios da vida e para vários fins, nomeadamente para serviços públicos, decisões empresariais complexas e para o desenvolvimento de novas aplicações ou tecnologias. Os titulares de direitos deverão poder continuar a conceder licenças para utilizações das suas obras ou outro material protegido não abrangidos pela exceção obrigatória prevista na presente diretiva para a prospecção de textos e dados para fins de investigação científica, nem pelas exceções e limitações em vigor previstas na Diretiva 2001/29/CE. Ao mesmo tempo, deverá ter-se em conta o facto de os utilizadores de prospecção de textos e dados poderem ser confrontados com insegurança jurídica quanto ao facto de as reproduções e extracções efetuadas para efeitos de prospecção de textos e dados poderem ser realizadas no que diz respeito a obras

ou outro material protegido cujo acesso seja legal, em especial sempre que as reproduções ou extracções efetuadas para efeitos do processo técnico não preencham todas as condições da exceção existente relativa a atos de reprodução temporária prevista no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE. A fim de proporcionar maior segurança jurídica em tais casos e incentivar a inovação também no setor privado, a presente diretiva deverá prever, em determinadas condições, uma exceção ou limitação para as reproduções e extracções de obras ou outro material protegido, para efeitos de prospecção de textos e dados e permitir que as cópias sejam conservadas durante tanto tempo quanto necessário para fins dessa prospecção de textos e dados.

Esta exceção ou limitação deverá aplicar-se apenas caso o acesso por parte do beneficiário à obra ou a outro material protegido tenha sido legal, nomeadamente sempre que tenha sido disponibilizado em linha ao público e desde que os titulares dos direitos não tenham reservado, de forma adequada, o direito de efetuar reproduções e extracções para prospecção de textos e dados. No caso de conteúdos que tenham sido publicamente disponibilizados em linha, 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. As outras utilizações não deverão ser afetadas pela reserva de direitos para efeitos de prospecção de textos e dados. Noutros casos, poderá ser apropriado reservar os direitos por outros meios, seja por acordos contratuais ou por uma declaração unilateral. Os titulares de direitos deverão poder aplicar medidas para garantir o cumprimento das suas reservas nesta matéria. Esta exceção ou limitação não deverá, de modo algum, prejudicar a exceção obrigatória aplicável à prospecção de textos e dados para fins de investigação científica prevista na presente diretiva, nem a exceção em vigor prevista para os atos de reprodução temporária previstos no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE.

(19) O artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29/CE permite aos Estados-Membros preverem uma exceção ou limitação aos direitos de reprodução, de comunicação ao público e de disponibilização ao público de obras ou outro material protegido, para que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhidos, exclusivamente para fins de ilustração didática. Além disso, o artigo 6.º, n.º 2, alínea b), e o artigo 9.º, alínea b), da Diretiva 96/9/CE permitem a utilização de bases de dados e a extracção de uma parte substancial do seu conteúdo para fins de ilustração didática. O âmbito de aplicação das referidas exceções ou limitações no que se refere a utilizações digitais não é claro. Além disso, observa-se uma falta de clareza quanto à aplicabilidade dessas exceções ou limitações ao ensino em linha e à distância. Adicionalmente, o regime jurídico em vigor não prevê um efeito transfronteiriço. Esta situação poderá prejudicar o desenvolvimento de atividades pedagógicas em suporte

digital e do ensino à distância. Por conseguinte, a introdução de uma nova exceção ou limitação obrigatória é necessária para garantir que os estabelecimentos de ensino beneficiam de plena segurança jurídica ao utilizar obras ou outro material protegido em atividades pedagógicas digitais, incluindo atividades em linha e transfronteiriças.

(20) Embora o ensino à distância e os programas de educação transfronteiriços sejam, sobretudo, desenvolvidos a nível do ensino superior, são cada vez mais utilizados recursos e ferramentas digitais em todos os níveis de ensino, nomeadamente com vista a melhorar e enriquecer a experiência de aprendizagem. A exceção ou limitação prevista na presente diretiva deverá, por conseguinte, beneficiar todos os estabelecimentos de ensino reconhecidos pelos Estados-Membros, nomeadamente os estabelecimentos envolvidos no ensino primário, secundário, profissional e superior. A exceção ou limitação só deverá ser aplicada, desde que as utilizações se justifiquem pelo fim não comercial da atividade de ensino específica. A estrutura organizativa e os meios de financiamento de um estabelecimento de ensino não deverão ser fatores decisivos para determinar o carácter não comercial da atividade.

(21) A exceção ou limitação prevista na presente diretiva exclusivamente para fins de ilustração didática deverá entender-se como abrangendo as utilizações digitais de obras ou outro material protegido para apoiar, melhorar ou complementar o ensino, incluindo as atividades de aprendizagem. A distribuição de programas informáticos, permitida ao abrigo dessa exceção ou limitação, deverá limitar-se à transmissão digital desses programas. 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. Ao aplicar a exceção ou limitação, os Estados-Membros deverão poder continuar a especificar livremente, para os diferentes tipos de obras ou outro material protegido, de forma equilibrada, a proporção de uma obra ou de outro material protegido que poderá ser utilizada exclusivamente para fins de ilustração didática. As utilizações autorizadas ao abrigo da exceção ou limitação deverão entender-se como abrangendo as necessidades específicas de acessibilidade das pessoas com uma deficiência no contexto da ilustração didática.

(22) A utilização de obras ou outro material protegido ao abrigo da exceção ou limitação exclusivamente para fins de ilustração didática prevista na presente diretiva só deverá ocorrer no contexto de atividades pedagógicas e de aprendizagem realizadas sob a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino, designadamente durante os exames ou atividades pedagógicas que tenham lugar fora das instalações dos estabelecimentos de ensino, por exemplo, em museus, bibliotecas ou instituições responsáveis pelo património cultural, e deverá estar limitada ao necessário para efeitos das referidas atividades. A exceção ou limitação deverá abranger as utilizações de

obras ou outro material protegido na sala de aula ou noutros locais através de meios digitais, nomeadamente, quadros brancos eletrónicos ou dispositivos digitais que possam estar ligados à Internet, bem como as utilizações efetuadas à distância através de meios eletrónicos seguros, por exemplo no âmbito de cursos em linha ou acesso a material didático que complemente um determinado curso. Deverá entender-se por meios eletrónicos seguros os ambientes de ensino e aprendizagem digital, cujo acesso seja limitado ao pessoal docente de um estabelecimento de ensino e aos alunos ou estudantes inscritos num programa de estudos, designadamente através de procedimentos de autenticação adequados, incluindo autenticação através de senha.

(23) Com base na aplicação da exceção ou limitação prevista na Diretiva 2001/29/CE ou em acordos de concessão de licenças que compreendem outras utilizações, alguns Estados-Membros aplicam outras disposições, a fim de simplificar as utilizações pedagógicas de obras e outro material protegido. No geral, tais disposições foram desenvolvidas tendo em conta as necessidades dos estabelecimentos de ensino e dos diferentes níveis de ensino. Embora seja essencial harmonizar o âmbito da nova exceção ou limitação obrigatória em relação às utilizações digitais e atividades pedagógicas transfronteiriças, as disposições de aplicação podem variar de um Estado-Membro para outro, na medida em que não prejudiquem a aplicação efetiva da exceção ou limitação ou as utilizações transfronteiriças. Os Estados-Membros deverão, por exemplo, poder continuar a exigir livremente que a utilização de obras ou outro material protegido respeite os direitos morais dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes. Tal deverá permitir aos Estados-Membros utilizar os acordos vigentes a nível nacional. Em particular, os Estados-Membros poderão decidir sujeitar a aplicação da exceção ou limitação, total ou parcialmente, à disponibilidade de licenças adequadas, que abranjam, pelo menos, as mesmas utilizações do que as permitidas ao abrigo da exceção ou limitação. Os Estados-Membros deverão assegurar que, caso as licenças abranjam apenas parcialmente as utilizações permitidas ao abrigo da exceção, todas as outras utilizações continuam a estar sujeitas à exceção ou limitação.

Os Estados-Membros poderiam, por exemplo, utilizar este mecanismo para dar prioridade às licenças para materiais que se destinam, essencialmente, ao mercado do ensino ou às licenças para partituras. Para evitar que o facto de sujeitar a aplicação da exceção à disponibilidade de licenças se traduza em insegurança jurídica ou em encargos administrativos para os estabelecimentos de ensino, os Estados-Membros que adotem essa abordagem deverão tomar medidas concretas para assegurar que os mecanismos de concessão de licenças para utilizações digitais de obras ou outro material protegido para fins de ilustração didática estejam facilmente disponíveis e que os estabelecimentos de ensino tenham conhecimento da existência de tais mecanismos de concessão de licenças. Esses

mecanismos de concessão de licenças deverão satisfazer as necessidades dos estabelecimentos de ensino. Poderão também ser desenvolvidos instrumentos de informação destinados a assegurar a visibilidade dos mecanismos de concessão de licenças em vigor. Tais mecanismos poderiam, por exemplo, basear-se em licenças coletivas ou licenças coletivas alargadas, a fim de evitar que os estabelecimentos de ensino tenham de negociar individualmente com os titulares de direitos. Para garantir segurança jurídica, os Estados-Membros deverão especificar as condições em que um estabelecimento de ensino pode utilizar obras ou outro material protegido ao abrigo dessa exceção e, por outro lado, quando deverá atuar ao abrigo de um mecanismo de concessão de licenças.

(24) Os Estados-Membros deverão poder continuar a prever livremente que os titulares de direitos recebem uma compensação equitativa pelas utilizações digitais das suas obras ou outro material protegido ao abrigo da exceção ou limitação prevista na presente diretiva para a ilustração didática. Ao estabelecer o nível de compensação equitativa, deverão ser tidos em devida conta, nomeadamente, os objetivos educativos dos Estados-Membros e o prejuízo para os titulares de direitos. Os Estados-Membros que decidam prever uma compensação equitativa deverão incentivar a utilização de sistemas que não criem encargos administrativos para os estabelecimentos de ensino.

(25) As instituições responsáveis pelo património cultural estão empenhadas na conservação das suas coleções para gerações futuras. Os atos de conservação de uma obra ou outro material protegido na coleção da instituição responsável pelo património cultural podem implicar a reprodução e, por conseguinte, exigir a autorização dos titulares de direitos em causa. As tecnologias digitais oferecem novas formas de conservar o património dessas coleções, mas criam também novos desafios. Tendo em conta esses novos desafios, é necessário adaptar o regime jurídico em vigor e prever uma exceção obrigatória ao direito de reprodução, de modo que se permitam esses atos de conservação por essas instituições.

(26) A existência de diferentes abordagens nos Estados-Membros em relação aos atos de reprodução para efeitos de conservação levados a cabo por instituições responsáveis pelo património cultural prejudica a cooperação transfronteiriça, a partilha de meios de conservação e a criação de redes de conservação transfronteiriças no mercado interno por essas instituições, o que leva a uma utilização ineficiente dos recursos. Isso pode ter um impacto negativo na conservação do património cultural.

(27) Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, ser obrigados a prever uma exceção, a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural realizem reproduções das obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas

coleções para fins de conservação, para, por exemplo, fazer face ao problema da obsolescência tecnológica ou da degradação dos suportes originais ou para preservar essas obras e outro material protegido. Tal exceção deverá permitir fazer cópias dos mesmos mediante a ferramenta, o meio ou a tecnologia de conservação adequada, em qualquer formato ou meio, no número necessário, em qualquer momento durante a vida de uma obra ou outro material protegido e na medida do necessário para fins de conservação. Os atos de reprodução levados a cabo por instituições responsáveis pelo património cultural para outros fins que não a conservação de obras e outro material protegido nas suas coleções permanentes deverão continuar a estar sujeitos à autorização dos titulares de direitos, salvo se tal for permitido por outras exceções ou limitações previstas no direito da União.

(28) As instituições responsáveis pelo património cultural não dispõem necessariamente dos meios ou dos conhecimentos técnicos necessários para a execução dos atos necessários à conservação das suas coleções, em especial no contexto digital, e podem, por conseguinte, recorrer à assistência de outras instituições culturais e outras partes terceiras para esse efeito. Ao abrigo da exceção para fins de conservação previstos na presente diretiva, as instituições responsáveis pelo património cultural deverão poder recorrer a terceiros que atuem em seu nome e sob a sua responsabilidade, incluindo os que se encontram estabelecidos noutros Estados-Membros, para a realização de cópias.

(29) Para efeitos da presente diretiva, as obras e outro material protegido deverão ser considerados parte integrante e permanente da coleção de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessas obras ou outro material protegido forem da propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição, por exemplo na sequência de transferências de propriedade, acordos de concessão de licenças, obrigações de depósito legal ou acordos de custódia a longo prazo.

(30) As instituições responsáveis pelo património cultural deverão beneficiar de um regime jurídico claro relativo à digitalização e à difusão, nomeadamente além-fronteiras, de obras ou outro material protegido que se considerem fora do circuito comercial para efeitos da presente diretiva. No entanto, as características específicas das coleções de obras ou de outro material protegido fora do circuito comercial, juntamente com a quantidade de obras e outro material protegido envolvidos em projetos de digitalização em larga escala, fazem com que a obtenção da autorização prévia dos titulares de direitos possa ser muito difícil. Tal pode dever-se, por exemplo, à idade das obras ou outro material protegido, ao seu valor comercial limitado ou ao facto de nunca se terem destinado a fins comerciais ou de nunca terem sido explorados comercialmente. Por conseguinte, é necessário

prever medidas para facilitar determinadas utilizações de obras ou de outro material protegido fora do circuito comercial e que fazem parte integrante e permanente das coleções de instituições responsáveis pelo património cultural.

(31) Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, dispor de mecanismos jurídicos que permitam que as licenças emitidas por entidades de gestão coletiva relevantes e amplamente representativas destinadas a instituições responsáveis pelo património cultural para determinadas utilizações de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial sejam igualmente aplicáveis aos direitos dos titulares de direitos que não tenham conferido mandato nesse sentido a uma entidade de gestão coletiva representativa. Deverá ser possível, ao abrigo da presente diretiva, que essas licenças se apliquem em todos os Estados-Membros.

(32) conservação. Os atos de reprodução levados a cabo por instituições responsáveis pelo património cultural para outros fins que não a conservação de obras e outro material protegido nas suas coleções permanentes deverão continuar a estar sujeitos à autorização dos titulares de direitos, salvo se tal for permitido por outras exceções ou limitações previstas no direito da União.

As instituições responsáveis pelo património cultural não dispõem necessariamente dos meios ou dos conhecimentos técnicos necessários para a execução dos atos necessários à conservação das suas coleções, em especial no contexto digital, e podem, por conseguinte, recorrer à assistência de outras instituições culturais e outras partes terceiras para esse efeito. Ao abrigo da exceção para fins de conservação previstos na presente diretiva, as instituições responsáveis pelo património cultural deverão poder recorrer a terceiros que atuem em seu nome e sob a sua responsabilidade, incluindo os que se encontram estabelecidos noutros Estados-Membros, para a realização de cópias.

Para efeitos da presente diretiva, as obras e outro material protegido deverão ser considerados parte integrante e permanente da coleção de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessas obras ou outro material protegido forem da propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição, por exemplo na sequência de transferências de propriedade, acordos de concessão de licenças, obrigações de depósito legal ou acordos de custódia a longo prazo.

As instituições responsáveis pelo património cultural deverão beneficiar de um regime jurídico claro relativo à digitalização e à difusão, nomeadamente além-fronteiras, de obras ou outro material protegido que se considerem fora do circuito comercial para efeitos da presente diretiva. No entanto, as características específicas das coleções de

obras ou de outro material protegido fora do circuito comercial, juntamente com a quantidade de obras e outro material protegido envolvidos em projetos de digitalização em larga escala, fazem com que a obtenção da autorização prévia dos titulares de direitos possa ser muito difícil. Tal pode dever-se, por exemplo, à idade das obras ou outro material protegido, ao seu valor comercial limitado ou ao facto de nunca se terem destinado a fins comerciais ou de nunca terem sido explorados comercialmente. Por conseguinte, é necessário prever medidas para facilitar determinadas utilizações de obras ou de outro material protegido fora do circuito comercial e que fazem parte integrante e permanente das colecções de instituições responsáveis pelo património cultural.

Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, dispor de mecanismos jurídicos que permitam que as licenças emitidas por entidades de gestão coletiva relevantes e amplamente representativas destinadas a instituições responsáveis pelo património cultural para determinadas utilizações de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial sejam igualmente aplicáveis aos direitos dos titulares de direitos que não tenham conferido mandato nesse sentido a uma entidade de gestão coletiva representativa. Deverá ser possível, ao abrigo da presente diretiva, que essas licenças se apliquem em todos os Estados-Membros.

As disposições introduzidas pela presente diretiva em matéria de licenças coletivas de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial, poderão não constituir uma solução para todas as situações em que as instituições responsáveis pelo património cultural se confrontem com dificuldades em obter todas as autorizações necessárias dos titulares de direitos para a utilização dessas obras ou outro material protegido fora do circuito comercial. Tal poderá ser o caso, por exemplo, quando não existe uma prática de gestão coletiva dos direitos para um certo tipo de obras ou outro material protegido ou quando a entidade de gestão coletiva competente não é suficientemente representativa da categoria dos titulares de direitos e dos direitos em causa. Nestas situações específicas, as instituições responsáveis pelo património cultural deverão ter a possibilidade de tornar disponíveis em linha, em todos os Estados-Membros, ao abrigo de uma exceção ou limitação harmonizada aplicável aos direitos de autor e direitos conexos, obras ou outro material protegido fora do circuito comercial e que fazem parte integrante e permanente da sua colecção. É importante que as utilizações ao abrigo dessa exceção ou limitação apenas tenham lugar se estiverem preenchidas determinadas condições, nomeadamente no que se refere à disponibilidade de soluções relativas à concessão de licenças. A falta de acordo sobre as condições da licença não deverá ser interpretada como uma falta de disponibilidade de soluções relativas à concessão de licenças.

(33) Os Estados-Membros deverão, no âmbito previsto na presente diretiva, dispor de flexibilidade para escolher o tipo de mecanismo específico de concessão de licenças, tais como as licenças coletivas alargadas ou as presunções de representação, para permitir que as obras ou outro material protegido fora do circuito comercial sejam utilizados por instituições responsáveis pelo património cultural, de acordo com as suas tradições, práticas ou circunstâncias jurídicas. Os Estados-Membros deverão também dispor de flexibilidade na determinação dos critérios que as entidades de gestão coletiva devem preencher para serem amplamente representativas, desde que essa determinação se baseie num número significativo de titulares de direitos relativamente ao tipo de obras ou outro material protegido que tenham conferido um mandato que autorize a concessão de licenças para o tipo de utilização em causa. Os Estados-Membros deverão poder estabelecer livremente as regras específicas aplicáveis aos casos em que várias entidades de gestão coletiva são representativas para as obras ou outro material protegido, necessitando, por exemplo, de licenças conjuntas ou de um acordo entre as entidades em causa.

(34) Para efeitos desses mecanismos de concessão de licenças, é importante prever um sistema de gestão coletiva rigoroso e eficaz. A Diretiva 2014/26/UE prevê tal sistema, o qual inclui, nomeadamente, regras de boa governação, transparência e apresentação de relatórios, bem como a distribuição regular, diligente e precisa e o pagamento dos montantes devidos aos titulares individuais dos direitos.

(35) Deverão estar previstas medidas de salvaguarda adequadas para todos os titulares de direitos, os quais deverão ter a possibilidade de excluir a aplicação dos mecanismos de concessão de licenças e da exceção ou da limitação previstas na presente diretiva para a utilização de obras ou de outro material protegido fora do circuito comercial em relação a todas as suas obras ou outro material protegido, em relação a todas as licenças ou utilizações ao abrigo da exceção ou limitação, em relação a determinadas obras ou material protegido, ou em relação a licenças ou utilizações específicas ao abrigo da exceção ou limitação, em qualquer momento antes ou durante a vigência da licença ou antes ou durante as utilizações ao abrigo da exceção ou limitação. As condições que regem esses mecanismos de concessão de licenças não deverão afetar a sua relevância prática para as instituições responsáveis pelo património cultural. É importante que, caso um titular de direitos exclua a aplicação desses mecanismos ou dessa exceção ou limitação a uma ou mais obras ou outro material protegido, as utilizações em curso sejam concluídas dentro de um prazo razoável e, caso tenham lugar no âmbito de uma licença coletiva, que a entidade de gestão coletiva ao ser informada deixe de emitir licenças para as utilizações em questão. A aplicação dessas exclusões por parte dos titulares de direitos não deverá afetar o seu direito a remuneração pela utilização efetiva da obra ou outro material protegido ao abrigo da licença.

(36) A presente diretiva não afeta a possibilidade de os Estados-Membros determinarem sobre quem recai a responsabilidade jurídica pelo respeito da concessão de licenças sobre obras ou outro material protegido fora do circuito comercial, e da respetiva utilização, nas condições estabelecidas na presente diretiva e a responsabilidade pelo cumprimento, pelas partes interessadas, das condições dessas licenças.

(37) Tendo em conta a grande variedade de obras e outro material protegido das coleções de instituições responsáveis pelo património cultural, é importante que os mecanismos de concessão de licenças, bem como a exceção e limitação, previstas na presente diretiva, estejam disponíveis e possam ser utilizados na prática para diferentes tipos de obras e outro material protegido, incluindo fotografias, software, fonogramas, obras audiovisuais e obras de arte únicas, incluindo o caso de estes nunca terem estado disponíveis comercialmente. As obras nunca comercializadas podem incluir cartazes, folhetos, jornais de guerra ou obras audiovisuais amadoras, mas também obras ou outro material protegido não publicados, sem prejuízo de outras restrições legais aplicáveis, como as normas nacionais em matéria de direitos morais. Quando uma obra ou outro material protegido estiver disponível em qualquer uma das suas diferentes versões, tais como edições subsequentes de obras literárias e de reduções alternativas de obras cinematográficas, ou em qualquer uma das suas diferentes manifestações, tais como formatos digitais e impressos da mesma obra, essa obra ou outro material protegido não deverão ser considerados como fora do circuito comercial. Em contrapartida, a disponibilidade comercial de adaptações, incluindo outras versões linguísticas ou adaptações audiovisuais de uma obra literária, não deverá obstar a que uma obra ou outro material protegido seja considerada como fora do circuito comercial numa determinada língua. A fim de refletir as especificidades dos diferentes tipos de obras e outro material protegido no que se refere aos modos de publicação e distribuição e para simplificar a utilização desses mecanismos, pode ser necessário estabelecer requisitos e procedimentos específicos para a aplicação prática desses mecanismos de concessão de licenças, fixando, por exemplo, um requisito de ter decorrido um determinado período de tempo desde a primeira disponibilização comercial da obra ou outro material protegido. É conveniente que, ao fazê-lo, os Estados-Membros consultem os titulares de direitos, as instituições responsáveis pelo património cultural e as entidades de gestão coletiva aquando do estabelecimento de tais requisitos e procedimentos.

(38) Ao determinar se as obras ou outro material protegido estão fora do circuito comercial, deverão ser envidados esforços razoáveis para avaliar a sua disponibilidade ao público nos canais habituais de comércio, tendo em conta as características da obra ou outro material protegido ou do conjunto de obras ou outro material protegido em

causa. Os Estados-Membros deverão poder determinar livremente a quem incumbe a responsabilidade pela realização desses esforços razoáveis. Os esforços razoáveis não deverão implicar ações repetidas ao longo do tempo, mas deverão, no entanto, pressupor ter em conta todos os dados facilmente acessíveis sobre a disponibilidade futura de obras ou outro material protegido nos canais habituais de comércio. Só deverá ser exigida uma avaliação para uma obra a título individual se tal for considerado razoável tendo em conta a disponibilidade de informações pertinentes, a probabilidade de disponibilidade comercial e o custo provável da operação. A verificação da disponibilidade de uma obra ou outro material protegido deverá normalmente ter lugar no Estado-Membro em que está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural, a menos que a verificação transfronteiriça seja considerada razoável, por exemplo, nos casos em que estejam disponíveis informações facilmente acessíveis de que uma obra literária foi publicada, pela primeira vez, numa determinada versão linguística noutro Estado-Membro. Em muitos casos, o estatuto de um conjunto de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial poderia ser determinado através de um mecanismo proporcionado, como a amostragem. A disponibilidade limitada de uma obra ou outro material protegido, como a sua disponibilidade em lojas de segunda mão, ou a possibilidade teórica de obter uma licença para uma obra ou outro material protegido, não deverá ser considerada como estando disponível ao público nos canais habituais de comércio.

(39) Por uma questão de cortesia internacional, o mecanismo de concessão de licenças e a exceção ou limitação previstas na presente diretiva para a digitalização e a divulgação de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial não deverão ser aplicáveis a conjuntos de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial, caso existam dados que permitam presumir que consistem predominantemente em obras ou outro material protegido de países terceiros, salvo se se a entidade de gestão coletiva em causa for amplamente representativa para esse país terceiro, por exemplo através de um acordo de representação. Essa avaliação pode basear-se nos dados disponíveis na sequência da realização de esforços razoáveis para determinar se as obras ou outro material protegido estão fora do circuito comercial, sem necessidade de procurar mais dados. Só deverá ser exigida uma avaliação para uma obra a título individual relativamente à origem das obras ou outro material protegido fora do circuito comercial, na medida em que tal seja igualmente necessário no quadro dos esforços razoáveis destinados a determinar se estão disponíveis comercialmente.

(40) As instituições contratantes responsáveis pelo património cultural e as entidades de gestão coletiva deverão poder decidir livremente sobre o âmbito territorial das licenças, incluindo a possibilidade de abranger todos os Estados-Membros, sobre a taxa de licença e sobre as utilizações permitidas. As utilizações abrangidas por essas licenças não

deverão ter por objeto fins lucrativos, nomeadamente caso sejam distribuídas cópias pela instituição responsável pelo património cultural, como é o caso de material promocional sobre uma exposição. Paralelamente, uma vez que a digitalização das coleções das instituições responsáveis pelo património cultural pode implicar investimentos significativos, as licenças concedidas ao abrigo do mecanismo previstos na presente diretiva não deverão impedir as instituições responsáveis pelo património cultural de cobrir os custos da licença e os custos de digitalização e difusão de obras ou outro material protegido abrangidos pela licença.

(41) Deverão ser divulgadas, de modo adequado, informações sobre a atual e futura utilização de obras e outro material protegido fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural com base na presente diretiva e sobre as disposições em vigor referentes ao facto de todos os titulares de direitos poderem excluir a aplicação das licenças ou da exceção ou limitação das suas obras ou outro material protegido, antes e no decurso da utilização ao abrigo da licença ou ao abrigo da exceção ou limitação, se for caso disso. Essa divulgação é particularmente importante quando as utilizações ocorrem entre fronteiras no mercado interno. É, por conseguinte, adequado prever a criação de um portal em linha único e acessível ao público na União, para que essas informações sejam disponibilizadas ao público durante um período razoável antes de a utilização ocorrer. Esse portal deverá permitir aos titulares de direitos mais facilmente excluírem a aplicação de licenças ou da exceção ou limitação às suas obras ou outro material protegido. Por força do Regulamento (UE) n.º 386/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho²²³, o Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) é responsável por certas funções e atividades, financiadas através dos seus próprios meios orçamentais e destinadas a facilitar e apoiar as atividades das autoridades nacionais, do setor privado e das instituições da União na luta, incluindo a prevenção, contra as violações dos direitos de propriedade intelectual. Por conseguinte, é conveniente recorrer a este instituto para criar e gerir o portal que disponibiliza essas informações.

Além de disponibilizar a informação através do portal, poderá ser necessário tomar, caso a caso, outras medidas de publicidade adequadas, a fim de reforçar a sensibilização dos titulares de direitos

²²³ Regulamento (UE) n.º 386/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de abril de 2012, que atribui ao Instituto de Harmonização no Mercado Interno (Marcas, Desenhos e Modelos) funções relacionadas com a defesa dos direitos de propriedade intelectual, nomeadamente a de reunir representantes dos setores público e privado num Observatório Europeu das Infracções aos Direitos de Propriedade Intelectual (JO L 129 de 16.5.2012, p. 1).

em causa a este respeito, por exemplo, através da utilização de canais de comunicação adicionais para chegar a um público mais vasto. A necessidade, a natureza e o âmbito geográfico das medidas de publicidade adicionais deverão depender das características das obras ou outro material protegido fora do circuito comercial em causa, das condições das licenças ou do tipo de utilização ao abrigo da exceção ou limitação e das práticas existentes nos Estados-Membros. As medidas de publicidade deverão ser eficazes sem necessidade de informar individualmente cada titular de direitos.

(42) Para assegurar que os mecanismos de concessão de licenças estabelecidos pela presente diretiva para obras ou outro material protegido fora do circuito comercial sejam relevantes e funcionem de forma adequada, que os titulares dos direitos sejam suficientemente protegidos, que as licenças sejam devidamente publicitadas e que a clareza jurídica seja garantida no que diz respeito à representatividade das entidades de gestão coletiva e da classificação de obras, os Estados-Membros deverão promover o diálogo entre as partes interessadas específicas do setor.

(43) As medidas previstas na presente diretiva para facilitar a concessão de licenças coletivas de direitos sobre obras ou outro material protegido fora do circuito comercial que façam parte de forma permanente das coleções de instituições responsáveis pelo património cultural não deverão prejudicar a utilização dessas obras ou outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações previstas no direito da União, ou de outras licenças com efeitos alargados, se essa concessão de licenças não se alicerçar no estatuto de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial. Essas medidas também não deverão prejudicar os mecanismos nacionais para a utilização de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial com base em licenças entre entidades de gestão coletiva e utilizadores que não sejam instituições responsáveis pelo património cultural.

(44) Os mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados permitem que uma entidade de gestão coletiva ofereça licenças como organismo de concessão de licenças coletivas em nome dos titulares de direitos, independentemente de estes terem ou não autorizado a entidade a fazê-lo. Os sistemas que se alicerçam em mecanismos, como a concessão de licenças coletivas alargadas, os mandatos legais ou as presunções de representação são uma prática bem estabelecida em vários Estados-Membros e podem ser utilizados em diferentes domínios. Um regime funcional em matéria de direitos de autor que funcione para todas as partes pressupõe a existência de mecanismos proporcionados e legais para a concessão de licenças sobre obras ou outro material protegido. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, poder contar com soluções que permitam às entidades de gestão coletiva oferecer licenças para cobrir um número potencialmente elevado de obras ou outro material protegido para certos tipos de utilização, bem como distribuir as receitas resultantes

dessas licenças aos titulares de direitos, nos termos da Diretiva 2014/26/UE.

(45) Tendo em conta a natureza de algumas utilizações, assim como a grande quantidade de obras ou outro material protegido habitualmente envolvidos, o custo das operações relativas à obtenção dos direitos individuais junto de todos os titulares de direitos em causa é proibitivo. Em consequência, é pouco provável que venham a ter lugar todas as transações nos domínios em causa necessárias para viabilizar a utilização dessas obras ou outro material protegido sem mecanismos de concessão de licenças coletivas eficazes. A concessão de licenças coletivas alargadas por entidades de gestão coletiva e mecanismos semelhantes pode viabilizar a conclusão de acordos nesses domínios em que a concessão de licenças coletivas com base numa autorização dos titulares de direitos não oferece uma solução exaustiva para a cobertura de todas as obras ou de outro material protegido a utilizar. Esses mecanismos complementam a gestão coletiva de direitos com base na autorização individual dos titulares de direitos, proporcionando segurança jurídica plena aos utilizadores em determinados casos. Ao mesmo tempo, propiciam aos titulares de direitos uma oportunidade para beneficiarem da utilização legítima das suas obras.

(46) Tendo em conta a importância crescente da capacidade para oferecer mecanismos flexíveis de concessão de licenças na era digital, bem como a crescente utilização de tais mecanismos, os Estados-Membros deverão poder prever mecanismos de concessão de licenças que permitam às entidades de gestão coletiva conceder licenças numa base voluntária, independentemente de todos os titulares de direitos terem autorizado a entidade em causa a fazê-lo. Os Estados-Membros deverão ter a capacidade para manter e introduzir esses mecanismos de acordo com as suas tradições, práticas ou circunstâncias nacionais, sem prejuízo das garantias previstas na presente diretiva e no respeito do direito da União e das obrigações internacionais da União. Esses mecanismos só deverão produzir efeitos no território do Estado-Membro em causa, salvo disposição em contrário no direito da União. Os Estados-Membros deverão ter flexibilidade na escolha do tipo específico de mecanismo que permita alargar as licenças concedidas a obras ou outro material protegido aos direitos dos titulares de direitos que não tenham dado autorização à entidade que celebra o acordo, desde que esse mecanismo respeite o direito da União, incluindo as regras em matéria de gestão coletiva de direitos previstas na Diretiva 2014/26/UE. Esses mecanismos deverão, nomeadamente, assegurar que o artigo 7.º da Diretiva 2014/26/UE seja aplicável aos titulares de direitos que não sejam membros da entidade que celebra o acordo. Tais mecanismos poderão incluir a concessão de licenças coletivas alargadas, mandatos legais e presunções de representação. As disposições da presente diretiva relativas às licenças coletivas não deverão prejudicar a atual faculdade de os Estados-Membros aplicarem mecanismos de gestão coletiva obrigatória de

direitos ou outros mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados, como o que se encontra previsto no artigo 3.º da Diretiva 93/83/CEE do Conselho²²⁴.

(47) É importante que os mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados apenas sejam aplicados em domínios de utilização bem definidos, em que a obtenção de autorizações de titulares de direitos numa base individual seja geralmente tão onerosa e impraticável que torne pouco provável a operação necessária para obter uma licença, nomeadamente a que envolve uma licença que abranja todos os titulares de direitos afetados, devido à natureza da utilização ou dos tipos de obras ou outro material protegido em causa. Tais mecanismos deverão basear-se em critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios no que respeita ao tratamento dos titulares de direitos, incluindo os titulares que não sejam membros da organização de gestão coletiva. Em especial, o simples facto de os titulares de direitos afetados não serem nacionais ou residentes do Estado-Membro do utilizador que pretende obter uma licença, ou de aí não se encontrarem estabelecidos, não deverá, por si só, ser motivo para considerar que a obtenção de direitos é de tal forma onerosa e impraticável que justifique o recurso a tais mecanismos. É igualmente importante que a utilização autorizada não afete negativamente o valor económico dos direitos em causa nem prive os titulares de direitos de benefícios comerciais significativos.

(48) Os Estados-Membros deverão assegurar a existência de salvaguardas adequadas, aplicáveis de forma não discrimi natória, para proteger os interesses legítimos dos titulares de direitos que não tenham conferido mandato à entidade que oferece a licença. A fim de justificar os efeitos alargados dos mecanismos, a entidade de gestão deverá, com base em autorizações de titulares de direitos, ser amplamente representativa dos tipos de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença. Os Estados-Membros deverão estabelecer os requisitos a satisfazer para que essas entidades sejam consideradas amplamente representativas, tendo em conta a categoria de direitos geridos pela entidade, a capacidade da entidade para gerir os direitos de forma eficaz, o setor criativo em que opera e a questão de saber se a entidade abrange um número significativo de titulares de direitos em relação ao tipo de obras ou outro material protegido que tenham conferido um mandato que autorize a concessão de licenças para o tipo de utilização em causa, nos termos da Diretiva 2014/26/UE. A fim de proporcionar a segurança jurídica e

²²⁴ Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (JO L 248 de 6.10.1993, p. 15).

assegurar a confiança nos mecanismos, os Estados-Membros deverão poder determinar sobre quem recai a responsabilidade legal pelas utilizações autorizadas nos termos do acordo de licença. Deverá ser garantida a igualdade de tratamento a todos os titulares de direitos cujas obras sejam exploradas ao abrigo da licença, nomeadamente no que respeita ao acesso à informação sobre as licenças e à distribuição das remunerações. As medidas de publicidade deverão ser eficazes durante a vigência da licença e não deverão impor um encargo administrativo desproporcionado aos utilizadores, às entidades de gestão coletiva ou aos titulares de direitos, e sem necessidade de informar individualmente cada titular de direitos.

A fim de assegurar que os titulares de direitos possam facilmente recuperar o controlo sobre as suas obras e evitar qualquer utilização das suas obras que possa prejudicar os seus interesses, é essencial que lhes seja dada a possibilidade efetiva de excluir a aplicação de tais mecanismos às suas obras ou a outro material protegido para todas as utilizações e obras ou outro material protegido, ou para utilizações específicas e obras ou outro material protegido específicos, nomeadamente antes da concessão de uma licença e durante o período de vigência da licença. Nesses casos, qualquer utilização em curso deverá cessar dentro de um prazo razoável. Tal exclusão por parte dos titulares de direitos não deverá afetar o seu direito a reivindicar uma remuneração pela utilização efetiva da obra ou outro material protegido ao abrigo da licença. Os Estados-Membros deverão poder também decidir que é necessário adotar medidas adicionais adequadas para proteger os titulares de direitos. Tais medidas adicionais poderão incluir, por exemplo, a promoção do intercâmbio de informações entre entidades de gestão coletiva e outras partes interessadas em toda a União, a fim de reforçar a sensibilização para esses mecanismos e a possibilidade de os titulares de direitos excluírem as suas obras ou outro material protegido desses mecanismos.

(49) Os Estados-Membros deverão assegurar que o objetivo e o âmbito das licenças concedidas como resultado de mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados, bem como as eventuais utilizações, deverão estar sempre definidos na lei de forma cuidadosa e clara, ou, se a legislação subjacente for uma disposição geral, nas práticas de concessão de licenças adotadas como resultado dessa disposição geral, ou nas licenças concedidas. A capacidade de operar uma licença ao abrigo desses mecanismos deverá ser igualmente limitada às entidades de gestão coletiva que estão sujeitas ao direito nacional que aplica a Diretiva 2014/26/UE.

(50) Tendo em conta as diferentes tradições e experiências relativamente a mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados em todos os Estados-Membros e a sua aplicabilidade aos titulares de direitos, independentemente da sua nacionalidade ou do Estado-Membro de residência, é importante assegurar a transpa

rência e o diálogo a nível da União sobre o funcionamento prático desses mecanismos, nomeadamente no que se refere à eficácia das salvaguardas para os titulares de direitos, à utilidade dos referidos mecanismos, ao efeito sobre os titulares de direitos que não sejam membros da organização de gestão coletiva ou sobre os titulares de direitos que são nacionais ou residem noutro Estado-Membro, e ao impacto sobre a prestação transfronteiriça de serviços, incluindo a potencial necessidade de estabelecer regras que confirmem efeitos transfronteiriços a esses mecanismos no mercado interno. A fim de assegurar a transparência, a Comissão deverá publicar regularmente informações sobre a utilização desses mecanismos ao abrigo da presente diretiva. Os Estados-Membros que introduziram esses mecanismos deverão, por conseguinte, informar a Comissão sobre as disposições nacionais relevantes e a sua aplicação na prática, incluindo o âmbito de aplicação e os tipos de licenças previstos com base em disposições gerais, o alcance da concessão de licenças e as entidades de gestão coletiva envolvidas. Essas informações deverão ser debatidas com os Estados-Membros no comité de contacto instituído no artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE. A Comissão deverá publicar um relatório sobre a utilização desses mecanismos na União e o seu impacto sobre a concessão de licenças e os titulares de direitos, a divulgação de conteúdos culturais, a prestação transfronteiriça de serviços no domínio da gestão coletiva dos direitos de autor e dos direitos conexos, bem como o seu impacto sobre a concorrência.

(51) Os serviços de vídeo a pedido têm potencial para desempenhar um papel decisivo na difusão de obras audiovisuais em toda a União. Contudo, a disponibilidade dessas obras, em especial das obras europeias, em serviços de vídeo a pedido continua a ser limitada. Os acordos relativos à exploração em linha dessas obras podem ser difíceis de concluir devido a questões relacionadas com a concessão de licenças de direitos. Estas questões poderão, por exemplo, surgir quando o titular de direitos de um dado território tem poucos incentivos económicos para explorar uma obra em linha e não concede licença ou bloqueia os direitos em linha, o que pode conduzir à indisponibilidade de obras audiovisuais em serviços de vídeo a pedido. Outras questões poderão estar associadas às oportunidades de exploração.

(52) Para facilitar a concessão de licenças de direitos sobre obras audiovisuais a serviços de vídeo a pedido, os Estados-Membros deverão ser obrigados a criar um mecanismo que permita às partes dispostas a celebrar um acordo contar com o auxílio de um organismo imparcial ou de um ou mais mediadores. Para esse efeito, os Estados-Membros deverão poder criar um novo organismo ou recorrer a um existente que satisfaça as condições estabelecidas na presente diretiva. Os Estados-Membros deverão poder designar um ou mais organismos ou mediadores competentes. O organismo ou mediador deverá reunir-se com as partes e contribuir para as negociações

fornecendo aconselhamento imparcial, externo e profissional. Caso a negociação envolva partes de diferentes Estados-Membros, e essas partes decidam utilizar o mecanismo de negociação, as partes deverão acordar antecipadamente sobre qual será o Estado-Membro competente. O organismo ou mediador poderá reunir-se com as partes para facilitar o início das negociações ou, durante as negociações, para facilitar a conclusão de um acordo. A participação nesse mecanismo de negociação e a posterior celebração de acordos deverá ser voluntária e não deverá afetar a liberdade contratual das partes. Os Estados-Membros deverão poder determinar livremente as condições específicas de funcionamento do mecanismo de negociação, incluindo o calendário e a duração do apoio às negociações e a responsabilidade pelos custos. Os Estados-Membros deverão assegurar que os encargos financeiros e administrativos se mantêm proporcionais, a fim de garantir a eficiência do mecanismo de negociação. Sem que tal constitua uma obrigação, os Estados-Membros deverão incentivar o diálogo entre as organizações representativas.

(53) A expiração do prazo de proteção de uma obra implica a inscrição dessa obra no domínio público e o termo dos direitos que o direito da União em matéria de direitos de autor prevê para essa obra. No domínio das artes visuais, a difusão de reproduções fiéis de obras do domínio público contribui para o acesso e a promoção da cultura e o acesso ao património cultural. No contexto digital, a proteção dessas reproduções através de direitos de autor ou de direitos conexos é incompatível com o termo da proteção dos direitos de autor das obras. Além disso, as diferenças entre os direitos nacionais em matéria de direitos de autor que regem a proteção dessas reproduções geram insegurança jurídica e afetam a difusão transfronteiriça de obras das artes visuais no domínio público. Por conseguinte, certas reproduções de obras das artes visuais no domínio público não deverão ser protegidas por direitos de autor ou por direitos conexos. Tal não deverá impedir as instituições responsáveis pelo património cultural de vender reproduções, como, por exemplo, postais.

(54) Uma imprensa livre e pluralista é indispensável para assegurar um jornalismo de qualidade e o acesso dos cidadãos à informação, proporcionando igualmente uma contribuição fundamental para o debate público e o correto funcionamento de uma sociedade democrática. A vasta disponibilidade de publicações de imprensa em linha deu origem à emergência de novos serviços em linha, como os agregadores de notícias ou os serviços de monitorização dos meios de comunicação social, para os quais a reutilização de publicações de imprensa constitui uma parte importante dos seus modelos de negócio e uma fonte de receitas. Os editores de publicações de imprensa confrontam-se com problemas relacionados com a concessão de licenças relativas à utilização em linha das suas publicações aos fornecedores desses tipos de serviços, o que torna mais difícil

recuperarem os seus investimentos. Se os editores das publicações de imprensa não forem reconhecidos como titulares de direitos, a concessão de licenças e o respeito dos direitos nas publicações de imprensa relativamente às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação no contexto digital são, muitas vezes, complexos e ineficientes.

(55) A contribuição em termos financeiros e organizativos dos editores para a produção de publicações de imprensa tem de ser reconhecida e mais encorajada, a fim de garantir a sustentabilidade do setor da edição e, por conseguinte, promover a disponibilidade de informação fidedigna. É, portanto, necessário estabelecer à escala da União uma proteção jurídica harmonizada para publicações de imprensa no que diz respeito às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação, sem afetar as regras em vigor em matéria de direitos de autor no direito da União aplicáveis às utilizações privadas ou não comerciais de publicações de imprensa por utilizadores individuais, nomeadamente caso esses utilizadores partilhem publicações de imprensa em linha. Esta proteção deverá ser garantida de modo eficaz através da introdução, no direito da União, de direitos conexos aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em linha de prestadores de serviços da sociedade da informação na aceção da Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁵ (13). A proteção jurídica das publicações de imprensa prevista na presente diretiva deverá beneficiar os editores estabelecidos num Estado-Membro que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União.

O conceito de editor de publicações de imprensa deverá ser entendido como abrangendo os prestadores de serviços, como, por exemplo, editores de notícias ou agências noticiosas, quando publicam publicações de imprensa na aceção da presente diretiva.

(56) Para efeitos da presente diretiva, é necessário definir o conceito de «publicação de imprensa» de forma que abranja apenas publicações jornalísticas, publicadas em todos os suportes, incluindo em papel, no contexto de uma atividade económica que constitui uma prestação de serviços ao abrigo do direito da União. As publicações de imprensa que deverão ser abrangidas incluem, por exemplo, jornais diários, revistas semanais ou mensais de interesse geral ou específico, incluindo revistas

²²⁵ 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 (JO L 241 de 17.9.2015, p. 1).

baseadas em assinaturas, e sítios Internet de notícias. As publicações de imprensa contêm sobretudo obras literárias, mas incluem cada vez mais outros tipos de obras e outro material protegido, em particular fotografias e vídeos. As publicações periódicas com fins científicos ou académicos, tais como revistas científicas, não deverão ser abrangidas pela protecção concedida às publicações de imprensa nos termos da presente diretiva. Esta protecção também não deverá ser aplicável aos sítios Internet, como blogs, que fornecem informações como parte de uma atividade que não é desenvolvida no âmbito da iniciativa, da responsabilidade editorial ou sob o controlo de um prestador de serviços, como um editor de notícias.

(57) Os direitos concedidos aos editores de imprensa ao abrigo da presente diretiva deverão ser semelhantes aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público previstos na Diretiva 2001/29/CE, no que diz respeito às utilizações em linha por prestadores de serviços da sociedade da informação. Os direitos concedidos aos editores de publicações de imprensa não deverão ser alargados à utilização de hiperligações. Também não deverão abranger os simples factos comunicados nas publicações de imprensa. Os direitos concedidos aos editores de imprensa ao abrigo da presente diretiva deverão igualmente ser sujeitos às mesmas disposições em matéria de exceções e limitações aplicáveis aos direitos previstos na Diretiva 2001/29/CE, incluindo a exceção no caso de citações para fins de crítica ou análise, prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da referida diretiva.

(58) A utilização das publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação pode consistir na utilização de publicações ou artigos completos ou de partes de publicações de imprensa. Essas utilizações de partes de publicações de imprensa também ganharam relevância económica. Ao mesmo tempo, a utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa pelos prestadores de serviços da sociedade da informação pode não prejudicar os investimentos feitos pelos editores de publicações de imprensa na produção de conteúdos. Por conseguinte, é adequado prever que a utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa não seja abrangida pelo âmbito de aplicação dos direitos previstos na presente diretiva. Tendo em conta a agregação e utilização maciças de publicações de imprensa pelos prestadores de serviços da sociedade da informação, é importante que a exclusão de excertos muito curtos seja interpretada de forma a não afetar a eficácia dos direitos previstos na presente diretiva.

(59) A protecção concedida aos editores de publicações de imprensa nos termos da presente diretiva não deverá prejudicar os direitos dos autores e outros titulares de direitos no que respeita às obras e outro material protegido em que estão integrados, nomeadamente para determinar até onde os autores e outros titulares de direitos podem

explorar as suas obras ou outro material protegido de forma independente da publicação de imprensa em que estão integrados. Por conseguinte, os editores de publicações de imprensa não deverão poder invocar a proteção que lhes é conferida contra os autores e outros titulares de direitos ou contra outros utilizadores autorizados das mesmas obras ou de outro material protegido. Tal não põe em causa acordos contratuais celebrados entre os editores de publicações de imprensa, por um lado, e os autores e outros titulares de direitos, por outro. Os autores cujas obras sejam integradas numa publicação de imprensa deverão ter direito a uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa recebam pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação. Esta disposição não deverá prejudicar a legislação nacional em matéria de titularidade de direitos ou o exercício de direitos no contexto de contratos de trabalho, desde que tal legislação respeite o direito da União.

(60) Os editores, incluindo os de publicações de imprensa, de livros, de publicações científicas ou de edições musicais, atuam frequentemente com base na transferência dos direitos de autor mediante acordos contratuais ou disposições legais. Nesse contexto, os editores investem tendo em vista a exploração das obras contidas nas suas publicações e podem, em determinadas circunstâncias, ser privados de receitas quando essas obras são utilizadas ao abrigo de exceções ou limitações, tais como as aplicáveis à cópia privada e reprografia, incluindo os atuais regimes nacionais correspondentes de reprografia nos Estados-Membros ou no âmbito de regimes de comodato público. Em vários Estados-Membros, a compensação por utilizações ao abrigo dessas exceções ou limitações é partilhada entre autores e editores. A fim de ter em conta esta situação e aumentar a segurança jurídica de todas as partes interessadas, a presente diretiva permite que os Estados-Membros que disponham de regimes de partilha de compensações entre autores e editores mantenham esses regimes. Este aspeto é particularmente importante para os Estados-Membros que dispunham deste tipo de mecanismos de partilha de compensações antes de 12 de novembro de 2015, apesar de noutros Estados-Membros a compensação não ser partilhada e ser exclusivamente devida aos autores nos termos das políticas culturais nacionais. Embora a presente diretiva deva ser aplicada de forma não discriminatória a todos os Estados-Membros, deverá respeitar as tradições neste domínio e não obrigar os Estados-Membros que atualmente não dispõem de regimes de partilha de compensações a criá-los. A presente diretiva não deverá afetar as disposições em vigor ou as futuras disposições dos Estados-Membros em matéria de remuneração no âmbito do comodato público.

A presente diretiva deverá igualmente permitir que as disposições nacionais em matéria de gestão dos direitos e de direitos de remuneração não sejam afetadas, desde que respeitem o direito da

União. Os Estados-Membros deverão ser autorizados, mas não são obrigados, a determinar que, se o autor transferir ou ceder os seus direitos a um editor ou de algum modo contribuir com as suas obras para uma publicação e caso existam mecanismos para compensar os danos que lhes são causados por uma exceção ou limitação, nomeadamente através de entidades de gestão coletiva que, em conjunto, representam os autores e os editores, os editores têm direito a uma parte dessa compensação. Os Estados-Membros deverão poder continuar a determinar livremente a forma como os editores devem fundamentar o seu pedido de compensação ou de remuneração e a estabelecer as condições aplicáveis à partilha dessa compensação ou remuneração entre autores e editores de acordo com os seus sistemas nacionais.

(61) Nos últimos anos, o funcionamento do mercado de conteúdos em linha tornou-se mais complexo. Os serviços de partilha de conteúdos em linha que proporcionam acesso a um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores tornaram-se importantes fontes de acesso aos conteúdos em linha. Os serviços em linha constituem um meio para alargar o acesso a obras culturais e criativas e oferecem excelentes oportunidades para as indústrias culturais e criativas desenvolverem novos modelos de negócio. No entanto, apesar de permitirem a diversidade e o acesso fácil a conteúdos, também criam desafios quando conteúdos protegidos por direitos de autor são carregados sem a autorização prévia dos titulares de direitos. Existe uma insegurança jurídica quanto à questão de saber se os prestadores desses serviços participam em atos sujeitos a direitos de autor e necessitam de obter autorizações dos titulares de direitos no que respeita os conteúdos carregados pelos seus utilizadores que não possuam os direitos pertinentes sobre o conteúdo carregado, sem prejuízo da aplicação das exceções e limitações previstas no direito da União. Essa insegurança prejudica a capacidade de os titulares de direitos determinarem se e em que condições as suas obras e outro material protegido são utilizados, bem como as possibilidades de obterem remuneração adequada por essa utilização. Por conseguinte, é importante promover o desenvolvimento do mercado de concessão de licenças entre os titulares de direitos e os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. Esses acordos de concessão de licenças deverão ser justos e manter um equilíbrio razoável para ambas as partes. Os titulares de direitos deverão receber uma remuneração adequada pela utilização das suas obras ou outro material protegido. Contudo, uma vez que a liberdade contratual não deverá ser afetada por essas disposições, os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças.

(62) Alguns serviços da sociedade da informação foram concebidos para permitir, como parte da sua utilização normal, o acesso do público a conteúdos protegidos por direitos de autor ou outro material

protegido carregado pelos utilizadores. A definição de prestador de serviço de partilha de conteúdos em linha prevista na presente diretiva deverá visar apenas os serviços em linha que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha, como os serviços de transmissão de áudio e de vídeo em linha, relativamente ao mesmo público. Os serviços aos quais se aplica a presente diretiva são serviços cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto, nomeadamente através da sua categorização e o recurso a ações de promoção direcionadas nesses conteúdos. Esses serviços não deverão incluir serviços que tenham outro objetivo principal que não seja permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros dessa atividade. Estes últimos serviços incluem, por exemplo, os serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁶, bem como prestadores de serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem, que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para uso próprio, tais como «cibercafés» ou mercados em linha cuja atividade principal é a venda a retalho em linha em vez de oferecerem o acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor.

Deverão ser igualmente excluídos da definição de prestador de serviço de partilha de conteúdos em linha os prestadores de serviços como as plataformas de desenvolvimento de software de fonte aberta e as plataformas de partilha, os repositórios científicos ou educativos sem fins lucrativos, e as enciclopédias em linha sem fins lucrativos. Por último, a fim de assegurar um nível elevado de proteção dos direitos de autor, o mecanismo de isenção de responsabilidade previsto na presente diretiva não deverá ser aplicado aos prestadores de serviços cujo principal objetivo seja realizar ou facilitar pirataria de direitos de autor.

(63) A avaliação sobre se um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha armazena e dá acesso a um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor deverá ser realizada caso a caso e ter em conta diversos elementos, como a audiência do serviço e o número de ficheiros de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores dos serviços.

²²⁶ Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (JO L 321 de 17.12.2018, p. 36).

(64) É conveniente clarificar na presente diretiva que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de disponibilização ao público quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Por conseguinte, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha deverão obter uma autorização dos titulares de direitos em causa, nomeadamente através de um acordo de concessão de licenças. Tal não prejudica o conceito de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público ao abrigo do direito da União, nem prejudica a eventual aplicação do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE a outros prestadores de serviços que utilizam conteúdos protegidos por direitos de autor.

(65) Caso os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sejam responsáveis pelos atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições previstas na presente diretiva, o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE não deverá ser aplicado à responsabilidade decorrente do disposto na presente diretiva em matéria de utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. Tal não deverá afetar a aplicação do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE a esses prestadores de serviços para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva.

(66) Tendo em conta que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha permitem o acesso a conteúdos que não são carregados por eles, mas sim pelos seus utilizadores, é adequado prever um mecanismo específico de responsabilidade para efeitos da presente diretiva nos casos em que não tenha sido concedida nenhuma autorização. Tal não deverá prejudicar as vias de recurso previstas no direito nacional para os casos que não sejam de responsabilidade por violações dos direitos de autor nem a possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais ou as autoridades administrativas emitirem injunções em conformidade com o direito da União. Em especial, o regime específico aplicável aos novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha com um volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros, cujo número médio mensal de visitantes singulares na União não excede 5 milhões, não deverá prejudicar a disponibilidade de vias de recurso ao abrigo do direito nacional e do direito da União. Nos casos em que não tenha sido concedida nenhuma autorização aos prestadores de serviços, estes deverão envidar todos os esforços, de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor, para evitar a disponibilidade nos seus serviços de obras ou outro material protegido não autorizados, tal como identificado pelos titulares de direitos em causa. Para esse efeito, os titulares de direitos deverão facultar aos prestadores de serviços as informações relevantes e necessárias, tendo em conta, nomeadamente, a dimensão dos titulares de direitos e o tipo das obras

e do outro material protegido. As medidas tomadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha em colaboração com os titulares de direitos não deverão conduzir ao impedimento da disponibilidade de conteúdos que não infringem direitos, incluindo obras ou outro material protegido cuja utilização está abrangida por um acordo de concessão de licenças, ou uma exceção ou uma limitação aos direitos de autor e direitos conexos. As medidas tomadas por esses prestadores de serviços não deverão, por conseguinte, prejudicar os utilizadores que utilizam os serviços de partilha de conteúdos em linha para carregar e aceder legalmente a informações nesses serviços.

Além disso, as obrigações estabelecidas na presente diretiva não deverão levar os Estados-Membros a imporem uma obrigação geral de monitorização. Ao avaliar se um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha envidou todos os esforços de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor dever-se-á ter em consideração se o prestador de serviços adotou todas as medidas que seriam tomadas por um operador diligente para alcançar o resultado de evitar a disponibilidade de obras ou outro material protegido não autorizados no seu sítio Internet, tendo em conta as boas práticas da indústria e a eficácia das medidas adotadas à luz de todos os fatores e desenvolvimentos relevantes, bem como do princípio da proporcionalidade. Para efeitos dessa avaliação, deverão ser tidos em conta diversos elementos, como a dimensão do serviço, a evolução da tecnologia de ponta relativamente aos meios existentes, incluindo os eventuais desenvolvimentos futuros, para evitar a disponibilidade de diferentes tipos de conteúdos e o custo desses meios para os serviços. Poderão ser adequados e proporcionados diferentes meios para evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados protegidos por direitos de autor, dependendo do tipo de conteúdo, pelo que não se exclui que, em alguns casos, a disponibilidade do conteúdo não autorizado só possa ser evitada mediante notificação dos titulares de direitos. Todas as medidas adotadas pelos prestadores de serviços deverão ser eficazes relativamente aos objetivos pretendidos, mas não deverão ir além do necessário para atingir o objetivo de evitar ou interromper a disponibilidade de obras ou outro material protegido não autorizados.

Se estiverem disponíveis obras ou outro material não autorizados, apesar dos esforços envidados em colaboração com os titulares de direitos, tal como exigido pela presente diretiva, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha deverão ser responsáveis no que diz respeito às obras específicas e outro material protegido relativamente aos quais tenham recebido as informações pertinentes e necessárias dos titulares de direitos, exceto se esses prestadores demonstrarem que envidaram todos os esforços de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor.

Além disso, sempre que tenham sido disponibilizadas nos serviços de partilha de conteúdos em linha determinadas obras ou outro material

protegido não autorizados, mesmo se foram envidados todos os esforços ou se os titulares de direitos tiverem disponibilizado antecipadamente as informações relevantes e necessárias, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha deverão ser responsáveis pelos atos não autorizados de comunicação ao público de obras ou outro material protegido, sempre que, tendo recebido uma notificação suficientemente fundamentada, não ajam rapidamente para bloquear o acesso a obras ou outro material protegido objeto da notificação ou para os retirar do seu sítio Internet. Além disso, esses serviços de partilha de conteúdos em linha também deverão ser responsabilizados caso não demonstrem que envidaram todos os esforços para impedir que sejam carregadas no futuro obras específicas não autorizadas, com base nas informações pertinentes e necessárias fornecidas pelos titulares dos direitos para esse efeito.

Se os titulares de direitos não fornecerem aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha as informações relevantes e necessárias sobre as suas obras ou outro material protegido específicos, ou se não tiverem fornecido qualquer notificação relativa ao bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido não autorizados ou à remoção dos mesmos e, em consequência, os prestadores de serviços não puderem envidar todos os esforços para evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados nos seus serviços, de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor, os referidos prestadores de serviços não deverão ser responsáveis pelos atos não autorizados de comunicação ao público ou de disponibilização ao público dessas obras ou outro material protegido não identificados.

(67) À semelhança do que está previsto no artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2014/26/UE, a presente diretiva estabelece regras no que respeita a novos serviços em linha. As regras estabelecidas na presente diretiva, destinam-se a ter em conta o caso específico das empresas em fase de arranque que trabalham com carregamentos de utilizadores para desenvolver novos modelos de negócio. O regime específico aplicável a novos prestadores de serviços com um volume de negócios e audiências baixos deverá beneficiar empresas que sejam efetivamente novas, pelo que deverá deixar de ser aplicável três anos após a data da primeira disponibilização em linha dos seus serviços na União. Esse regime não deverá ser utilizado de forma abusiva mediante disposições que visem prolongar os seus benefícios para além dos primeiros três anos. O referido regime não deverá, em particular, aplicar-se a serviços recém-criados ou a serviços prestados sob nova designação, mas que exercem a atividade de um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha já existente que não poderá beneficiar desse regime ou que deixou de beneficiar do mesmo.

(68) Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha deverão ser transparentes com os titulares de direitos no que diz respeito às medidas adotadas no contexto da cooperação. Visto que podem

ser adotadas várias medidas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, estes deverão fornecer, mediante pedido, informações adequadas aos titulares de direitos sobre o tipo de medidas adotadas e a forma como são executadas. Tais informações deverão ser suficientemente específicas de modo a assegurar transparência suficiente aos titulares de direitos, sem afetar os segredos comerciais dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. Os prestadores de serviços não deverão, contudo, ser obrigados a fornecer aos titulares de direitos informações pormenorizadas e individualizadas relativamente a cada obra e a outros materiais protegidos identificados. Tal não deverá pôr em causa as disposições contratuais, que poderão conter cláusulas mais específicas sobre as informações a fornecer no contexto de acordos celebrados entre prestadores de serviços e titulares de direitos.

(69) Sempre que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenham autorizações, inclusivamente através de acordos de concessão de licenças, para a utilização nos seus serviços de conteúdos carregados por utilizadores do serviço, essas autorizações deverão abranger igualmente os atos pertinentes em matéria de direitos de autor relacionados com os carregamentos efetuados pelos utilizadores no âmbito da autorização concedida aos prestadores de serviços, mas apenas nos casos em que esses utilizadores atuem para fins não comerciais, como a partilha dos seus conteúdos sem quaisquer fins lucrativos, ou quando as receitas geradas pelos seus carregamentos não sejam significantes em relação aos atos pertinentes em matéria de direitos de autor dos utilizadores abrangidos por essas autorizações. Se os titulares de direitos tiverem autorizado explicitamente os utilizadores a carregar e a disponibilizar obras ou outro material protegido num serviço de partilha de conteúdos em linha, o ato de comunicação ao público do prestador de serviço é autorizado no âmbito da autorização concedida pelo titular de direitos. No entanto, não deverá haver qualquer presunção favorável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha de que os seus utilizadores adquiriram todos os direitos pertinentes.

(70) As medidas adotadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha em cooperação com os titulares de direitos não deverão prejudicar a aplicação de exceções ou limitações aos direitos de autor, em particular no que se refere à garantia da liberdade de expressão dos utilizadores. Os utilizadores deverão ter a possibilidade de carregar e disponibilizar conteúdos gerados pelos utilizadores para fins específicos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche. Esse aspeto é particularmente importante para garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir designada «Carta»), nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual. Essas exceções e limitações deverão, por conseguinte, ser obrigatórias a fim

de assegurar que os utilizadores beneficiem de uma protecção uniforme em toda a União. Importa assegurar que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha disponham de mecanismos de reclamação e recurso eficazes que facilitem a utilização para os referidos fins específicos.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha deverão também estabelecer mecanismos de reclamação e recurso céleres e eficazes que permitam aos utilizadores recorrer das medidas adotadas em relação aos seus carregamentos, em particular se puderem beneficiar de uma exceção ou limitação aos direitos de autor em relação a um carregamento cujo o acesso foi bloqueado ou que foi retirado. Qualquer queixa apresentada ao abrigo destes mecanismos deverá ser processada sem demora injustificada e sujeita a um controlo humano. Sempre que os titulares de direitos solicitem aos prestadores de serviços que tomem medidas contra os carregamentos dos utilizadores, como o bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou a remoção dos mesmos, esses titulares de direitos deverão justificar devidamente os seus pedidos. Além disso, a cooperação não deverá dar lugar à identificação dos utilizadores individuais nem ao tratamento de dados pessoais, exceto se tal se processar nos termos da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁷ e do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁸. Os Estados-Membros deverão também assegurar que os utilizadores tenham acesso a mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos deverão permitir resolver litígios de forma imparcial. Os utilizadores deverão também ter acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere aos direitos de autor e direitos conexos.

(71) Logo que possível após a data de entrada em vigor da presente diretiva, a Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, deverá organizar diálogos entre as partes interessadas para assegurar uma aplicação uniforme da obrigação de cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos e para estabelecer as melhores práticas no que diz respeito aos padrões de diligência profissional do setor adequados. Para esse efeito, a Comissão deverá consultar as partes interessadas pertinentes, incluindo organizações de utilizadores e fornecedores de tecnologia, e ter em conta a evolução do mercado. As organizações de utilizadores

²²⁷ Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) (JO L 201 de 31.7.2002, p. 37).

²²⁸ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados) (JO L 119 de 4.5.2016, p. 1).

deverão também ter acesso a informações relativas às ações realizadas por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha para efeitos de gestão de conteúdos em linha.

(72) Os autores e artistas intérpretes ou executantes costumam estar numa posição contratual mais fraca quando concedem uma licença ou transferem os seus direitos, inclusivamente através das suas próprias empresas, para efeitos de exploração em troca de remuneração. Por conseguinte, a presente diretiva deverá prever a proteção dessas pessoas singulares para que as mesmas possam beneficiar plenamente dos direitos harmonizados por força do direito da União. Tal proteção não será necessária quando a contraparte contratual atua na qualidade de utilizador final e não explora a obra ou a prestação propriamente dita, o que poderá acontecer, nomeadamente, no caso de alguns contratos de trabalho.

(73) A remuneração dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes deverá ser adequada e proporcionada ao valor económico real ou potencial dos direitos objeto de licença ou transferência, tendo em conta a contribuição do autor ou do artista intérprete ou executante para o conjunto da obra ou de outro material protegido e todas as demais circunstâncias do caso, tais como as práticas de mercado ou a exploração efetiva do trabalho. O pagamento de um montante fixo também pode constituir uma remuneração proporcionada, mas não deverá ser a regra. Os Estados-Membros deverão poder definir livremente casos específicos para a aplicação de montantes fixos, atendendo às especificidades de cada setor. Os Estados-Membros deverão poder aplicar livremente o princípio da remuneração adequada e proporcionada através de diferentes mecanismos existentes ou recentemente introduzidos, que poderão incluir a negociação coletiva e outros mecanismos, desde que tais mecanismos respeitem o direito da União aplicável.

(74) Os autores e artistas intérpretes ou executantes, precisam de informações para avaliar o valor económico dos seus direitos, que se encontram harmonizados por força do direito da União. Este é particularmente o caso quando as pessoas singulares concedem uma licença ou transferem direitos para efeitos de exploração em troca de remuneração. Tal não é necessário caso a exploração tenha cessado ou caso o autor ou o artista intérprete ou executante tenha concedido uma licença ao público em geral sem remuneração.

(75) Uma vez que os autores e artistas intérpretes ou executantes costumam estar numa posição contratual mais fraca quando concedem licenças ou transferem os seus direitos, estes precisam de informações para avaliar o valor económico continuado dos seus direitos, em comparação com a remuneração recebida pela licença ou transferência, mas defrontam-se frequentemente com a falta de transparência. Assim, a partilha de informações exatas e adequadas

por parte das suas contrapartes contratuais ou sucessores é importante para a transparência e o equilíbrio do sistema que rege a remuneração dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes. Essas informações deverão ser atualizadas, a fim de possibilitar o acesso a dados recentes, pertinentes para a exploração do trabalho ou da prestação, e completas, de modo a abranger todas as fontes de receitas pertinentes para o caso, incluindo, se for caso disso, as receitas provenientes de produtos promocionais. Enquanto a exploração estiver em curso, as contrapartes contratuais dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes deverão fornecer as informações de que dispõem sobre todos os modos de exploração e sobre todas as receitas pertinentes a nível mundial, com uma regularidade adequada ao setor em causa, mas, pelo menos, uma vez por ano. As informações deverão ser fornecidas de forma compreensível para o autor ou para o artista intérprete ou executante e deverão permitir uma avaliação eficaz do valor económico dos direitos em questão. No entanto, a obrigação de transparência apenas se deverá aplicar caso estejam em causa direitos de autor relevantes. O tratamento de dados pessoais, como dados de contacto e informações sobre remuneração, que são necessários para manter os autores e artistas intérpretes ou executantes informados sobre a exploração dos seus trabalhos ou prestações deverá ser realizado nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento (UE) 2016/679.

(76) De modo a assegurar que as informações relacionadas com a exploração sejam devidamente fornecidas aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes, inclusivamente nos casos em que os direitos tenham sido concedidos através de sublicenças a outras partes que exploram os referidos direitos, a presente diretiva permite que os autores e os artistas intérpretes ou executantes solicitem informações adicionais pertinentes sobre a exploração dos direitos, nos casos em que a primeira contraparte contratual tenha fornecido as informações de que dispõe mas essas informações não sejam suficientes para avaliar o valor económico dos seus direitos. Tal pedido deverá ser apresentado diretamente aos sublicenciados ou às contrapartes contratuais dos autores e artistas intérpretes ou executantes. Os autores e os artistas intérpretes ou executantes e as suas contrapartes contratuais deverão poder chegar a acordo quanto à manutenção da confidencialidade das informações partilhadas, mas os autores e os artistas intérpretes ou executantes deverão ter sempre a possibilidade de utilizar as informações partilhadas para efeitos do exercício dos seus direitos nos termos da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de, no respeito do direito da União, prever medidas, a fim de assegurar transparência para os autores e artistas intérpretes ou executantes.

(77) Aquando da execução da obrigação de transparência prevista na presente diretiva, os Estados-Membros deverão ter em conta as especificidades dos diferentes setores de conteúdos, como as do setor da música, do setor audiovisual e do setor da edição, e todas as partes

interessadas deverão participar na determinação de tais obrigações específicas de cada setor. Sempre que relevante, deverá ser igualmente considerada a importância da contribuição dos autores ou artistas intérpretes ou executantes para o conjunto da obra ou da prestação. A negociação coletiva deverá ser considerada uma opção para que as partes interessadas cheguem a um acordo no que diz respeito à transparência. Esses acordos deverão assegurar aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes um nível de transparência idêntico ou superior aos requisitos mínimos previstos na presente diretiva. A fim de permitir que as atuais práticas em matéria de comunicação de informações se adaptem à obrigação de transparência, deverá ser previsto um período de transição. Não deverá ser necessário aplicar a obrigação de transparência no que diz respeito a acordos celebrados entre titulares de direitos e entidades de gestão coletiva, entidades de gestão independentes ou outras entidades sujeitas às regras nacionais de aplicação da Diretiva 2014/26/UE, uma vez que essas entidades já estão sujeitas a obrigações de transparência nos termos do artigo 18.º da Diretiva 2014/26/UE. O artigo 18.º da Diretiva 2014/26/UE é aplicável a entidades responsáveis pela gestão de direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos para o benefício coletivo desses titulares de direitos. No entanto, os acordos negociados individualmente entre os titulares de direitos e as suas contrapartes contratuais, que agem no seu próprio interesse, deverão estar sujeitos à obrigação de transparência prevista na presente diretiva.

(78) Alguns contratos de exploração de direitos harmonizados a nível da União são de longa duração, oferecendo aos autores e artistas intérpretes ou executantes poucas oportunidades de renegociação com as suas contrapartes contratuais ou sucessores no caso de o valor económico dos direitos se revelar significativamente mais elevado do que o inicialmente estimado. Por conseguinte, sem prejuízo do direito aplicável aos contratos nos Estados-Membros, deverá ser previsto um mecanismo de ajustamento das remunerações para os casos em que a remuneração inicialmente acordada no âmbito de uma licença ou transferência de direitos se torne de modo evidente desproporcionadamente baixa em comparação com as receitas em questão decorrentes da subsequente exploração da obra ou da prestação pela contraparte contratual do autor ou artista intérprete ou executante. Todas as receitas pertinentes para o presente caso, incluindo, quando aplicável, as receitas provenientes de produtos promocionais deverão ser tidas em conta para avaliar se a remuneração é desproporcionadamente baixa. A avaliação da situação deverá ter em conta as circunstâncias específicas de cada caso, incluindo a contribuição do autor ou do artista intérprete ou executante, bem como as especificidades e as práticas de remuneração dos diferentes setores de conteúdos, e se o contrato se baseia num acordo de negociação coletiva. Os representantes de autores e de artistas intérpretes ou executantes devidamente mandatados nos termos do direito nacional, e no respeito do direito da

União, deverão poder prestar assistência a um ou mais autores ou artistas intérpretes ou executantes em pedidos de modificação contratual, tendo igualmente em conta, se for caso disso, os interesses de outros autores ou artistas intérpretes ou executantes. Esses representantes deverão proteger a identidade dos autores e artistas intérpretes ou executantes que representam tanto tempo quanto possível. Caso as partes não cheguem a acordo sobre a adaptação da remuneração, o autor ou artista intérprete ou executante deverá ter o direito de intentar uma ação perante um órgão jurisdicional ou outra autoridade competente. Esse mecanismo não deverá ser aplicável a contratos celebrados por entidades definidas no artigo 3.º, alíneas a) e b), da Diretiva 2014/26/UE ou por outras entidades sujeitas às regras nacionais de aplicação da Diretiva 2014/26/UE.

(79) Os autores e os artistas intérpretes ou executantes têm, muitas vezes, relutância em fazer valer os seus direitos contra os seus parceiros contratuais perante um órgão jurisdicional. Os Estados-Membros deverão, portanto, prever um procedimento de resolução alternativa de litígios que trate os pedidos de autores e artistas intérpretes ou executantes ou de quaisquer representantes que ajam em seu nome, relacionados com as obrigações de transparência e o mecanismo de modificação contratual. Para esse efeito, os Estados-Membros deverão poder criar um novo organismo ou mecanismo, ou recorrer a um existente que satisfaça as condições estabelecidas na presente diretiva, independentemente de esses organismos ou mecanismos emanarem do setor ou serem organismos públicos ou, inclusivamente, fazerem parte do sistema judicial nacional. Os Estados-Membros deverão ter flexibilidade para decidir sobre a repartição das custas do procedimento de resolução de litígios. Esse procedimento de resolução alternativa de litígios não prejudica o direito das partes de reclamarem e defenderem os seus direitos intentando uma ação em tribunal.

(80) Quando os autores e os artistas intérpretes ou executantes concedem uma licença ou transferem os seus direitos, esperam que as suas obras ou prestações sejam exploradas. No entanto, poderá dar-se o caso de as obras ou prestações que foram objeto de licença ou transferência não serem, de todo, exploradas. Caso estes direitos sejam transferidos em regime de exclusividade, os autores e os artistas intérpretes ou executantes não podem recorrer a outro parceiro para efeitos de exploração das suas obras ou prestações. Neste caso, e depois de decorrido um prazo razoável, os autores e os artistas intérpretes ou executantes deverão poder beneficiar de um mecanismo de revogação dos direitos que lhes permita transferir os seus direitos ou conceder uma licença a outra pessoa. Uma vez que a exploração das obras ou prestações pode variar em função dos setores, poderão ser estabelecidas disposições específicas a nível nacional a fim de a ter em conta as especificidades dos setores — como o setor audiovisual — ou das obras ou prestações, nomeadamente através da fixação de prazos para o direito de revogação. A fim de proteger os interesses legítimos

dos titulares da licença e dos cessionários de direitos e de evitar abusos, tendo igualmente em conta que é necessário um determinado período de tempo até que uma obra ou prestação seja efetivamente explorada, os autores e os artistas intérpretes ou executantes deverão poder exercer o direito de revogação de acordo com certos requisitos de procedimentos apenas depois de decorrido um determinado período de tempo após a concessão da licença ou a celebração do acordo de transferência. Os Estados-Membros deverão poder regulamentar o exercício do direito de revogação no caso de obras ou prestações que envolvam mais do que um autor ou artista intérprete ou executante, tendo em conta a importância relativa das contribuições individuais.

(81) As disposições relativas à transparência, aos mecanismos de modificação contratual e aos procedimentos alternativos de resolução de litígios previstas na presente diretiva deverão ter caráter obrigatório, e as partes não deverão poder prever isenções a essas disposições, estejam elas em contratos entre autores, artistas intérpretes ou executantes e as suas contrapartes contratuais ou em acordos entre essas contrapartes contratuais e terceiros, como no caso dos acordos de confidencialidade. Consequentemente, o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁹ deverá aplicar-se de modo a que, caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha da lei aplicável, em um ou mais Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudique a aplicação das disposições relativas à transparência, aos mecanismos de modificação contratual e aos procedimentos alternativos de resolução de litígios, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

(82) Nenhum elemento da presente diretiva deverá ser interpretado no sentido de impedir aos titulares de direitos exclusivos ao abrigo do direito da União em matéria de direitos de autor de autorizar a utilização das suas obras ou de outro material protegido a título gratuito, nomeadamente através de licenças gratuitas não exclusivas em benefício de qualquer utilizador.

(83) Atendendo a que objetivos da presente diretiva — nomeadamente a modernização de certos aspetos do regime da União em matéria de direitos de autor, para tomar em conta a evolução tecnológica e os novos canais de distribuição de conteúdos protegidos no mercado interno — não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-

²²⁹ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO L 177 de 4.7.2008, p. 6).

Membros, mas podem, devido à sua escala, aos seus efeitos e à sua dimensão transfronteiriça, ser mais bem alcançados ao nível da União, a União pode tomar medidas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para alcançar esses objetivos.

(84) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente, na Carta. Deste modo, a presente diretiva deverá ser interpretada e aplicada nos termos desses direitos e princípios.

(85) O tratamento de dados pessoais ao abrigo da presente diretiva deverá respeitar os direitos fundamentais, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à proteção de dados pessoais, nos termos dos artigos 7.º e 8.º, respetivamente, da Carta, e deverá respeitar a Diretiva 2002/58/CE e o Regulamento (UE) 2016/679.

(86) De acordo com a declaração política conjunta dos Estados-Membros e da Comissão, de 28 de setembro de 2011, sobre os documentos explicativos²³⁰, os Estados-Membros assumiram o compromisso de fazer acompanhar a notificação das suas medidas de transposição, nos casos em que tal se justifique, de um ou mais documentos que expliquem a relação entre os componentes de uma diretiva e as partes correspondentes dos instrumentos nacionais de transposição. Em relação à presente diretiva, o legislador considera que a transmissão desses documentos se justifica,

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1.º

Objeto e âmbito de aplicação

1. A presente 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. A presente diretiva estabelece igualmente regras em matéria de exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como regras destinadas a assegurar

²³⁰ JOC369de17.12.2011,p.14.

o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido.

2. Com exceção dos casos referidos no artigo 24.º, a presente diretiva não prejudica as regras previstas nas diretivas em vigor neste domínio, nomeadamente as Diretivas 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE.

Artigo 2.º

Definições

1) «Organismo de investigação», uma universidade, incluindo as suas bibliotecas, um instituto de investigação ou qualquer outra entidade cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou o exercício de atividades didáticas que envolvam igualmente a realização de investigação científica:

a) Sem fins lucrativos ou para reinvestir a totalidade dos lucros na investigação científica; ou

b) No quadro de uma missão de interesse público reconhecida por um Estado-Membro;

de modo que o acesso aos resultados provenientes dessa investigação científica não possa beneficiar em condições preferenciais uma empresa que exerça uma influência decisiva sobre esse organismo;

2) «Prospecção de textos e dados», 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;

3) «Instituição responsável pelo património cultural», uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro;

4) «Publicação de imprensa», uma coleção composta principalmente por obras literárias de carácter jornalístico, mas que pode igualmente incluir outras obras ou outro material protegido, e que:

a) constitui uma parte autónoma da publicação periódica ou regularmente atualizada sob um único título, tal como um jornal ou uma revista de interesse geral ou específico;

b) tem por objetivo fornecer ao público em geral informações relacionadas com notícias ou outros temas; e

c) é publicada em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob a responsabilidade editorial e o controlo de um prestador de serviços.

As publicações periódicas com fins científicos ou académicos, como as revistas científicas, não são consideradas publicações de imprensa para efeitos da presente diretiva;

5) «Serviço da sociedade da informação», um serviço na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva (UE) 2015/1535;

6) «Prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», 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.

Não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha na aceção da presente diretiva 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.

TÍTULO II

MEDIDAS DESTINADAS A ADAPTAR AS EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES AO CONTEXTO DIGITAL E TRANSFRONTEIRIÇO

Artigo 3.º

Prospecção de textos e dados para fins de investigação científica

1. Os Estados-Membros preveem uma exceção aos direitos previstos no artigo 5.º, alínea a), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, no artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE, e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva no que se refere às reproduções e extracções efetuadas por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospecção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica.

2. As cópias de obras ou de outro material protegido efetuadas nos termos do n.º 1 devem ser armazenadas com um nível de segurança adequado e podem ser conservadas para fins de investigação científica, incluindo para a verificação dos resultados da investigação.

3. Os titulares de direitos devem ser autorizados a aplicar medidas para assegurar a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são acolhidos. Essas medidas não podem exceder o necessário para alcançar esse objetivo.

4. Os Estados-Membros devem incentivar os titulares de direitos, os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural a definir melhores práticas previamente acordadas no que se refere à aplicação da obrigação e das medidas a que se referem, respetivamente, os n.ºs 2 e 3.

Artigo 4.º

Exceções ou limitações para a prospeção de textos e dados

1. Os Estados-Membros devem prever uma exceção ou uma limitação aos direitos previstos no artigo 5.º, alínea a), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, no artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva, para as reproduções e as extracções de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados.

2. As reproduções e extracções efetuadas nos termos do n.º 1 podem ser conservadas enquanto for necessário para fins de prospeção de textos e dados.

3. A exceção ou limitação prevista no n.º 1 é aplicável desde que a utilização de obras e de outro material protegido a que se refere esse número não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha.

4. O presente artigo não prejudica a aplicação do artigo 3.º da presente diretiva.

Artigo 5.º

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

1. Os Estados-Membros devem prever uma exceção ou limitação aos direitos previstos no artigo 5.º, alíneas a), b), d) e e), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva, a fim de permitir a utilização digital de obras e outro material protegido para fins exclusivos de

ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido, desde que essa utilização:

- a) Ocorra 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; e
- b) Seja acompanhada da indicação da fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo 7.º, n.º 1, os Estados-Membros podem determinar que a exceção ou limitação adotada por força do n.º 1 não se aplica de modo geral ou não se aplica no que se refere a determinados tipos ou utilizações de obras ou outro material protegido, como material que se destina principalmente ao mercado do ensino ou partituras musicais, na medida em que as licenças adequadas que autorizam os atos referidos no n.º 1 do presente artigo, e que cobrem as necessidades e especificidades dos estabelecimentos de ensino, estejam facilmente disponíveis no mercado.

Os Estados-Membros que decidam recorrer ao primeiro parágrafo do presente número devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as licenças que autorizam os atos a que se refere o n.º 1, do presente artigo, estão disponíveis e são visíveis de modo adequado no que diz respeito a estabelecimentos de ensino.

3. A utilização de obras e outro material protegido para fins exclusivos de ilustração didática através de meios eletrónicos seguros, efetuada no respeito das disposições de direito nacional adotadas nos termos do presente artigo, deve ser considerada como ocorrendo exclusivamente no Estado-Membro onde o estabelecimento de ensino se encontra estabelecido.

4. Os Estados-Membros podem prever uma compensação equitativa para os titulares de direitos pela utilização das suas obras ou de outro material protegido nos termos do n.º 1.

Artigo 6.º

Conservação do património cultural

Os Estados-Membros devem prever uma exceção aos direitos previstos no artigo 5.º, alínea a), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, no artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva, a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural efetuem cópias de obras e outro material protegido

que façam permanentemente parte das suas coleções, em qualquer formato ou suporte, para efeitos de conservação dessas obras ou outro material protegido e na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação.

Artigo 7.º

Disposições comuns

1. As disposições contratuais contrárias às exceções previstas nos artigos 3.º, 5.º e 6.º não produzem efeitos.

2. O artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 2001/29/CE é aplicável às exceções e limitações previstas no presente título. O artigo 6.º, n.º 4, primeiro, terceiro e quinto parágrafos, da Diretiva 2001/29/CE é aplicável aos artigos 3.º a 6.º da presente diretiva.

TÍTULO III

MEDIDAS DESTINADAS A MELHORAR AS PRÁTICAS DE CONCESSÃO DE LICENÇAS E A ASSEGURAR ACESSO MAIS ALARGADO AOS CONTEÚDOS

CAPÍTULO 1

Obras e outro material protegido fora do circuito comercial

Artigo 8.º

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

1. Os Estados-Membros devem prever que uma entidade de gestão coletiva possa conceder, nos termos do respetivo mandato conferido pelos titulares de direitos, uma licença não exclusiva para fins não comerciais a uma instituição responsável 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 fazem permanentemente parte da coleção da instituição, independentemente do facto de todos os titulares de direitos abrangidos pela licença terem ou não conferido um mandato à entidade de gestão coletiva, desde que:

- a) A entidade de gestão coletiva seja, com base nos mandatos que lhe foram conferidos, suficientemente representativa dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença; e

b) Seja garantida a igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos em relação às condições da licença.

2. Os Estados-Membros devem prever uma exceção ou limitação aos direitos previstos no artigo 5.º, alíneas a), b) d) e e), e no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE, nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.º, n.º 1, da presente diretiva, a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural disponibilizem obras ou outro material protegido fora do circuito comercial e que façam permanentemente parte das suas coleções, desde que:

a) Seja indicado o nome do autor ou de qualquer outro titular de direito que possa ser identificado, a não ser que essa indicação seja impossível; e

b) Essas obras ou outro material protegido sejam disponibilizados em sítios Internet não comerciais.

3. Os Estados-Membros devem prever que a exceção ou limitação prevista no n.º 2 só se aplique a tipos de obras ou outro material protegido para os quais não exista uma entidade de gestão coletiva que satisfaça as condições estabelecidas no n.º 1, alínea a).

4. Os Estados-Membros devem prever que todos 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 previsto no n.º 1 ou da aplicação da exceção ou limitação previstas no n.º 2, em geral ou em casos específicos, inclusive após a concessão de uma licença ou após o início da utilização 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 efetuar um esforço razoável para determinar a sua disponibilidade ao público.

Os Estados-Membros podem fixar requisitos específicos, como uma data-limite, para determinar se as obras e outro material protegido podem ser objeto de licença nos termos do n.º 1 ou utilizados ao abrigo da exceção ou limitação previstas no n.º 2. Esses requisitos não podem exceder o necessário e razoável e não podem excluir a possibilidade de determinar que um conjunto de obras ou outro material protegido na sua globalidade está fora do circuito comercial, quando for razoável presumir que todas as obras ou outro material protegido estão fora do circuito comercial.

6. Os Estados-Membros devem estabelecer que as licenças a que se refere o n.º 1 sejam requeridas junto de uma entidade de gestão coletiva que é

representativa no Estado-Membro onde a instituição responsável pelo património cultural está estabelecida.

7. O presente artigo não se aplica aos conjuntos de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial se, com base no esforço razoável a que se refere o n.º 5, existirem provas de que tais conjuntos consistem predominantemente em:

- a) Obras ou outro material protegido, exceto obras cinematográficas ou audiovisuais, publicados pela primeira vez ou, na falta de publicação, difundidos pela primeira vez num país terceiro;
- b) Obras cinematográficas ou audiovisuais cujos produtores tenham a sua sede ou residência habitual num país terceiro; ou
- c) 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, nos termos das alíneas a) e b).

Não obstante o disposto no primeiro parágrafo, o presente artigo é aplicável caso a entidade de gestão coletiva seja suficientemente representativa, na aceção do n.º 1, alínea a), dos titulares de direitos no país terceiro em causa.

Artigo 9.º

Utilizações transfronteiriças

1. Os Estados-Membros devem assegurar que as licenças concedidas nos termos do artigo 8.º podem permitir que a instituição responsável pelo património cultural utilize, em qualquer Estado-Membro, obras ou outro material protegido fora do circuito comercial.

2. Deve-se considerar que a utilização de obras e de outro material protegido ao abrigo da exceção ou limitação prevista no artigo 8.º, n.º 2, ocorre exclusivamente no Estado-Membro onde está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural que procede a essa utilização.

Artigo 10.º

Medidas de publicidade

1. Os Estados-Membros devem assegurar que as informações das instituições responsáveis pelo património cultural, das entidades de gestão coletiva ou das autoridades públicas competentes para efeitos de identificação das obras ou outro material protegido fora do circuito comercial e que sejam abrangidos por

uma licença concedida nos termos do artigo 8.º, n.º 1, ou que sejam utilizados ao abrigo da exceção ou limitação prevista no artigo 8.º, n.º 2, bem como as informações sobre as opções disponíveis para os titulares de direitos a que se refere o artigo 8.º, n.º 4, e, assim que se encontrarem disponíveis e, se for caso disso, as informações sobre as partes incluídas na licença, os territórios abrangidos e as utilizações sejam disponibilizadas de forma permanente, fácil e eficaz num portal público em linha único a partir de, pelo menos, seis meses antes de as obras ou outro material protegido serem distribuídos, comunicados ao público ou colocados à disposição do público, de acordo com a licença ou ao abrigo da exceção ou limitação.

O portal deve ser criado e gerido pelo Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, nos termos do Regulamento (UE) n.º 386/2012.

2. Os Estados-Membros devem estabelecer que, se necessário para sensibilizar os titulares de direitos em geral, sejam tomadas medidas de publicidade adicionais adequadas em relação à possibilidade de as entidades de gestão coletiva concederem licenças sobre obras ou outro material protegido nos termos do artigo 8.º, às licenças concedidas, às utilizações ao abrigo da exceção ou limitação prevista no artigo 8.º, n.º 2, e às opções disponíveis para os titulares de direitos a que se refere o artigo 8.º, n.º 4.

As medidas de publicidade adequadas referidas no primeiro parágrafo do presente número, devem ser tomadas no Estado-Membro onde a licença é requerida, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, ou, no caso das utilizações ao abrigo da exceção ou limitação prevista no artigo 8.º, n.º 2, no Estado-Membro onde a instituição responsável pelo património cultural está estabelecida. Se existirem provas, tais como a origem das obras ou de outro material protegido, que sugiram que a sensibilização dos titulares de direitos podia ser mais eficaz noutros Estados-Membros ou em certos países terceiros, as medidas de publicidade devem igualmente abranger esses Estados-Membros e países terceiros.

Artigo 11.º

Diálogo entre as partes interessadas

Os Estados-Membros devem consultar os titulares de direitos, as entidades de gestão coletiva e as instituições responsáveis pelo património cultural em cada setor antes de estabelecerem requisitos específicos, nos termos do artigo 8.º, n.º 5, e devem encorajar um diálogo periódico entre organizações representativas de utilizadores e de titulares de direitos, incluindo entidades de gestão coletiva, bem como quaisquer outras organizações interessadas, para promover, numa base setorial, a pertinência e a possibilidade de utilização dos mecanismos de concessão de licenças estabelecidos no artigo 8.º, n.º 1, e para assegurar que as garantias dos titulares de direitos previstas no presente capítulo são eficazes.

CAPÍTULO 2

Medidas destinadas facilitar a concessão de licenças coletivas

Artigo 12.º

Concessão de licenças coletivas com efeitos alargados

1. Os Estados-Membros podem prever, no que se refere à utilização no seu território e sem prejuízo das salvaguardas previstas no presente artigo, que, caso uma entidade de gestão coletiva sujeita às regras nacionais de aplicação da Diretiva 2014/26/UE, nos termos do respetivo mandato que recebeu dos titulares de direitos, celebre um acordo de concessão de licenças para a exploração de obras ou outro material protegido:

a) Tal acordo possa ser alargado a fim de se aplicar aos direitos dos titulares de direitos que não tenham autorizado essa entidade de gestão coletiva a representá-los por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual; ou

b) No que diz respeito a tal acordo, a entidade disponha de um mandato legal ou se presuma que representa titulares de direitos que não lhe tenham dado autorização nesse sentido.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que o mecanismo de concessão de licenças a que se refere o n.º 1 só seja aplicado em zonas de utilização bem definidas, onde a obtenção de autorizações de titulares de direitos numa base individual seja de um modo geral onerosa e impraticável a ponto de tornar improvável a operação necessária para obter uma licença, devido à natureza da utilização ou dos tipos de obras ou de outro material protegido em causa, e devem assegurar que esse mecanismo de concessão de licenças salvaguarde os interesses legítimos dos titulares de direitos.

3. Para efeitos do n.º 1, os Estados-Membros devem prever as seguintes salvaguardas:

a) A entidade de gestão coletiva é, em virtude de mandatos que lhe foram conferidos, suficientemente representativa dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença no Estado-Membro em causa;

b) É garantida a igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos, inclusivamente em relação às condições da licença;

c) Os titulares de direitos que não tenham conferido uma autorização à entidade que concede a licença podem, em qualquer momento, excluir, de forma fácil e eficaz, as suas obras ou outro material protegido

do mecanismo de concessão de licenças estabelecido nos termos do presente artigo; e

d) São tomadas medidas de publicidade adequadas, num prazo razoável antes da utilização nos termos da licença das obras ou outro material protegido, a fim de informar os titulares de direitos sobre a possibilidade de a entidade de gestão coletiva conceder licenças sobre obras ou outro material protegido, sobre a concessão de licenças nos termos do presente artigo, bem como sobre as opções disponíveis para os titulares de direitos a que se refere a alínea c). As medidas de publicidade devem ser eficazes para que não seja necessário informar individualmente cada titular de direitos.

4. O presente artigo não prejudica a aplicação de mecanismos de concessão de licenças coletivas com efeitos alargados nos termos de outras disposições do direito da União, incluindo disposições que permitem exceções ou limitações.

O presente artigo não se aplica à gestão coletiva obrigatória dos direitos.

O artigo 7.º da Diretiva 2014/26/UE é aplicável ao mecanismo de concessão de licenças previsto no presente artigo.

5. Caso um Estado-Membro preveja no seu direito nacional um mecanismo de concessão de licenças nos termos do presente artigo, esse Estado-Membro deve informar a Comissão sobre o âmbito de aplicação das disposições nacionais correspondentes, sobre os objetivos e os tipos de pedidos de licenças que podem ser introduzidos nos termos dessas disposições, sobre os dados de contacto das organizações que emitem licenças nos termos desse mecanismo de concessão de licenças, e sobre a forma como podem ser obtidas informações sobre a concessão de licenças e as opções disponíveis para os titulares de direitos referidas no n.º 3, alínea c). A Comissão publica essa informação.

6. Com base nas informações recebidas nos termos do n.º 5 do presente artigo e nas discussões que tiveram lugar no âmbito do comité de contacto estabelecido no artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/CE, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 10 de abril de 2021, um relatório sobre a utilização na União dos mecanismos de concessão de licenças a que se refere o n.º 1 do presente artigo, o respetivo impacto na concessão de licenças e nos titulares de direitos, designadamente os titulares de direitos que não são membros da entidade que concede as licenças ou que são nacionais de um outro Estado-Membro ou residentes noutro Estado-Membro, a sua eficácia em facilitar a divulgação de conteúdos culturais e o seu impacto no mercado interno, nomeadamente a prestação de serviços transfronteiriços e a concorrência. Esse relatório é acompanhado, se for caso disso, de uma proposta legislativa, designadamente no que se refere ao efeito transfronteiriço de tais mecanismos nacionais.

CAPÍTULO 3

Acesso a obras audiovisuais através de plataformas de vídeo a pedido e disponibilidade das mesmas

Artigo 13.º

Mecanismo de negociação

Os Estados-Membros devem assegurar que as partes interessadas que se confrontam com dificuldades relacionadas com a concessão de licenças de direitos ao procurar celebrar um acordo com o propósito de disponibilizar obras audiovisuais em serviços de vídeo a pedido podem contar com o auxílio de um organismo imparcial ou de mediadores. O organismo imparcial, instituído ou designado por um Estado-Membro para efeitos de aplicação do presente artigo, e os mediadores devem prestar assistência às partes nas suas negociações e ajudá-las a chegar a acordo, nomeadamente, se for caso disso, apresentando-lhes propostas.

Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão qual o organismo ou mediadores a que se refere o n.º 1 até 7 de junho de 2021. Caso os Estados-Membros tenham optado por recorrer à mediação, a notificação à Comissão deve incluir, pelo menos, se disponível, a fonte onde podem ser encontradas as informações pertinentes sobre os mediadores responsáveis.

CAPÍTULO 4

Obras de arte visual no domínio público

Artigo 14.º

Obras de arte visual no domínio público

Os Estados-Membros devem prever que, depois de expirado o prazo de proteção de uma obra de arte visual, qualquer material resultante de um ato de reprodução dessa obra não esteja sujeito a direitos de autor ou a direitos conexos, salvo se o material resultante desse ato de reprodução seja original, na aceção de que é a criação intelectual do próprio autor.

TÍTULO IV

MEDIDAS DESTINADAS A CRIAR UM MERCADO DOS DIREITOS DE AUTOR QUE FUNCIONE CORRETAMENTE

CAPÍTULO 1

Direitos sobre publicações

Artigo 15.º

Protecção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações em linha

1. Os Estados-Membros devem conferir aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à utilização em linha das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação.

Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais.

A protecção concedida ao abrigo do primeiro parágrafo não se aplica à utilização de hiperligações.

Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa.

2. Os direitos previstos no n.º 1 não prejudicam os direitos conferidos pelo direito da União a autores e outros titulares de direitos, no que se refere às obras e outro material protegido que integram uma publicação de imprensa. Os direitos previstos no n.º 1 não podem ser invocados contra esses autores e outros titulares de direitos e, em particular, não podem privá-los do direito de exploração das suas obras e outro material protegido de forma independente da publicação de imprensa em que estão integrados.

Sempre que uma obra ou outro material protegido forem integrados numa publicação de imprensa com base numa licença não exclusiva, os direitos previstos no n.º 1 não podem ser invocados para proibir a sua utilização por outros utilizadores autorizados. Os direitos previstos no n.º 1 não podem ser invocados para proibir a utilização de obras ou outras prestações em relação às quais a protecção tenha caducado.

3. Os artigos 5.º a 8.º da Diretiva 2001/29/CE, a Diretiva 2012/28/UE e a Diretiva (UE) 2017/1564 do Parlamento Europeu e do Conselho²³¹ são aplicáveis, com as necessárias adaptações, no respeitante aos direitos previstos no n.º 1 do presente artigo.

4. Os direitos previstos no n.º 1 caducam dois anos após a publicação em publicação de imprensa. Esse prazo é calculado a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte à data em que essa publicação de imprensa for publicada.

O n.º 1 não se aplica às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes de 6 de junho de 2019.

5. Os Estados-Membros devem prever que os autores de obras que sejam integradas numa publicação de imprensa recebam uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa recebem pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação.

Artigo 16.º

Pedidos de compensação equitativa

Os Estados-Membros podem prever que, nos casos em que um autor tiver transferido ou concedido uma licença de um direito a um editor, essa transferência ou licença constitua fundamento legal suficiente para o editor ter direito a uma parte da compensação pela utilização da obra ao abrigo de uma exceção ou limitação ao direito transferido ou autorizado.

O primeiro parágrafo aplica-se sem prejuízo das disposições, atuais e futuras, dos Estados-Membros relativas ao direito de comodato público.

²³¹ Diretiva (UE) 2017/1564 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro de 2017, relativa a determinadas utilizações permitidas de determinadas obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos e que altera a Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 242 de 20.9.2017, p. 6).

CAPÍTULO 2

Utilizações de conteúdos protegidos por serviços em linha

Artigo 17.º

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido.

2. Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

3. Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação da responsabilidade prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo. O disposto no primeiro parágrafo do presente número, não prejudica a possível aplicação do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE a esses prestadores de serviços para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva.

4. Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que:

- a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e

b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso;

c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b).

5. Para determinar se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.º 4, e à luz do princípio da proporcionalidade, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos:

a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e

b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

6. Os Estados-Membros devem prever que, relativamente a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de EUR, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão²³², as condições por força do regime de responsabilidade previsto no n.º 4 se limitem à observância do disposto no n.º 4, alínea a), e à atuação com diligência, após a receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação ou de remover essas obras ou outro material protegido dos seus sítios Internet.

Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objeto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias.

7. A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos não resulta na indisponibilidade de obras ou outro

²³² Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (JO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação.

Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha:

- a) Citações, crítica, análise;
- b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche.

8. A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização.

Os Estados-Membros devem prever que, relativamente a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos

Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha facultem aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita à cooperação referida no n.º 4 e, caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos.

9. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção. Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano. Os Estados-Membros asseguram também a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos permitem a resolução de litígios de forma imparcial e não privam o utilizador da proteção jurídica conferida pelo direito nacional, sem prejuízo do direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes. Em especial, os Estados-Membros asseguram que os utilizadores tenham acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

A presente diretiva não prejudica de modo algum as utilizações legítimas, como as utilizações abrangidas pelas exceções ou limitações previstas no direito da União, nem conduz a qualquer identificação de utilizadores individuais nem ao

tratamento de dados pessoais, exceto nos termos da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (UE) 2016/679.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informam os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União.

10. A partir de 6 de junho de 2019, a Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, deve organizar diálogos entre as partes interessadas com vista a debater as melhores práticas para a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos. A Comissão, em consulta com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os titulares de direitos, as organizações de utilizadores e outras partes interessadas pertinentes, e tendo em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas, emite orientações sobre a aplicação do presente artigo, nomeadamente no que diz respeito à cooperação a que se refere o n.º 4. Aquando do debate sobre melhores práticas, devem ser tidos em especial consideração, entre outros aspetos, os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações. Para efeitos desse diálogo entre as partes interessadas, as organizações de utilizadores têm acesso a informações adequadas dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sobre o funcionamento das suas práticas no que diz respeito ao n.º 4.

CAPÍTULO 3

Remuneração justa de autores e artistas intérpretes ou executantes nos contratos de exploração

Artigo 18.º

Princípio da remuneração adequada e proporcionada

1. Os Estados-Membros asseguram que, caso os autores e artistas intérpretes ou executantes concedam uma licença ou transfiram os seus direitos sobre uma obra ou outro material protegido para efeitos de exploração, têm direito a receber uma remuneração adequada e proporcionada.

2. Ao aplicar no direito nacional o princípio estabelecido no n.º 1, os Estados-Membros podem utilizar diferentes mecanismos e devem ter em conta o princípio da liberdade contratual e um equilíbrio justo de direitos e interesses.

Artigo 19.º

Obrigação de transparência

1. Os Estados-Membros devem assegurar que 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.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso os direitos a que se refere o n.º 1 tenham posteriormente sido objeto de licença, os autores e artistas intérpretes ou executantes ou os seus representantes recebem, a seu pedido, informação adicional dos titulares da licença se a sua primeira contraparte contratual não dispuser de todas as informações que seriam necessárias para efeitos do n.º 1.

Caso esta informação adicional seja solicitada, a primeira contraparte contratual dos autores e artistas intérpretes ou executantes fornece informações sobre a identidade desses titulares da licença.

Os Estados-Membros podem prever que qualquer pedido aos titulares da licença nos termos do primeiro parágrafo seja efetuado direta ou indiretamente através da contraparte contratual do autor ou do artista intérprete ou executante.

3. A obrigação prevista no n.º 1 deve ser proporcionada e eficaz, de forma a assegurar um nível elevado de transparência em todos os setores. Os Estados-Membros podem prever que, em casos devidamente justificados, em que os encargos administrativos decorrentes da obrigação prevista no n.º 1 se tornassem desproporcionados relativamente às receitas provenientes da exploração da obra ou da prestação, a obrigação seja limitada aos tipos e ao nível de informações que possam razoavelmente ser esperados em tais casos.

4. Os Estados-Membros podem decidir que a obrigação prevista no n.º 1 do presente artigo não é aplicável quando a contribuição do autor ou do artista intérprete ou executante não é significativa, tendo em conta o conjunto das obras ou prestações, exceto se o autor ou o artista intérprete ou executante demonstrar que necessita dessas informações para exercer os seus direitos nos termos do artigo 20.º, n.º 1, e solicitar as informações para esse efeito.

5. Os Estados-Membros podem prever que, no caso de acordos abrangidos por acordos de negociação coletiva com base nos mesmos, sejam aplicáveis as regras de transparência do acordo de negociação coletiva pertinente, desde que essas regras cumpram os critérios estabelecidos nos n.ºs 1 a 4.

6. Nos casos em que seja aplicável o artigo 18.º da Diretiva 2014/26/UE, a obrigação estabelecida no n.º 1 do presente artigo não é aplicável a acordos celebrados pelas entidades definidas no artigo 3.º, alíneas a) e b), dessa

diretiva ou por outras entidades sujeitas às regras nacionais que transpõem essa diretiva.

Artigo 20.º

Mecanismo de modificação contratual

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, caso não existam acordos de negociação coletiva que prevejam um mecanismo comparável ao estabelecido no presente artigo, os autores e artistas intérpretes ou executantes ou respetivos representantes têm o direito de reclamar uma remuneração adicional, adequada e justa à parte com quem celebraram um contrato de exploração dos seus direitos, ou aos sucessores legais dessa parte, sempre que a remuneração inicialmente acordada se revele desproporcionadamente baixa relativamente a todas as receitas pertinentes subsequentes decorrentes da exploração das obras ou prestações.

2. O n.º 1 do presente artigo não é aplicável a acordos celebrados por entidades definidas no artigo 3.º, alíneas a) e b), da Diretiva 2014/26/UE ou por outras entidades sujeitas às regras nacionais que transpõem essa diretiva.

Artigo 21.º

Procedimento alternativo de resolução de litígios

Os Estados-Membros devem prever que os litígios respeitantes à obrigação de transparência prevista no artigo 19.º e ao mecanismo de modificação contratual ao abrigo do artigo 20.º podem ser submetidos a um procedimento alternativo e voluntário de resolução de litígios. Os Estados-Membros devem assegurar que as organizações representativas de autores e artistas intérpretes ou executantes possam iniciar os referidos procedimentos a pedido expresso de um ou mais autores ou artistas intérpretes ou executantes.

Artigo 22.º

Direito de revogação

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, sempre que um autor ou um artista intérprete ou executante tenha concedido uma licença ou transferido os seus direitos sobre uma obra ou outro material protegido em regime de exclusividade, o autor ou artista intérprete ou executante possa revogar, no todo ou em parte, a licença ou a transferência de direitos, em caso de falta de exploração da obra ou de outro material protegido.

2. O direito nacional pode prever disposições específicas para o mecanismo de revogação previsto no n.º 1, tendo em conta o seguinte:

a) As especificidades dos diferentes setores e dos diferentes tipos de obras e prestações; e

b) Sempre que uma obra ou outro material protegido inclua a contribuição de mais de um autor ou artista intérprete ou executante, a importância relativa das contribuições individuais e os interesses legítimos de todos os autores ou artistas intérpretes ou executantes afetados pela aplicação do mecanismo de revogação por parte de um único autor ou artista intérprete ou executante.

Os Estados-Membros podem excluir obras ou outro material protegido da aplicação do mecanismo de revogação se essas obras ou outro material protegido contiverem normalmente contribuições de vários autores ou artistas intérpretes ou executantes.

Os Estados-Membros podem prever que o mecanismo de revogação seja apenas aplicado num prazo específico, se tal restrição for devidamente justificada pelas especificidades do setor, ou do tipo de obra ou outro material protegido em causa.

Os Estados-Membros podem prever que os autores ou artistas intérpretes ou executantes possam optar por pôr termo à exclusividade do contrato, em vez de revogar a licença ou a transferência dos direitos.

3. Os Estados-Membros devem prever que a revogação prevista no n.º 1 possa ser apenas exercida após um período de tempo razoável após a celebração do acordo de concessão de licenças ou de transferência de direitos. O autor ou artista intérprete ou executante notifica a pessoa a quem foi concedida a licença ou a transferência de direitos e fixa um prazo adequado para a exploração dos direitos objeto de licença ou transferidos. Após o termo do referido prazo, o autor ou artista intérprete ou executante pode optar por pôr termo à exclusividade do contrato, em vez de revogar a licença ou a transferência dos direitos.

4. O n.º 1 não se aplica se a falta de exploração for predominantemente devida a circunstâncias que se possa esperar, razoavelmente, que o autor ou artista intérprete ou executante possa resolver.

5. Os Estados-Membros podem prever que as disposições contratuais que prevejam exceções ao mecanismo de revogação previsto no n.º 1 só produzam efeitos se tiverem por base um acordo de negociação coletiva.

Artigo 23.º

Disposições comuns

1. Os Estados-Membros asseguram que qualquer disposição contratual que obste ao cumprimento dos artigos 19.º, 20.º e 21.º não produz efeitos em relação aos autores e artistas intérpretes ou executantes.
2. Os Estados-Membros devem prever que os artigos 18.º a 22.º da presente diretiva não sejam aplicáveis aos autores de um programa de computador na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2009/24/CE.

TÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 24.º

Alterações das Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE

1. A Diretiva 96/9/CE é alterada do seguinte modo:

a) No artigo 6.º, n.º 2, a alínea b) passa a ter a seguinte redação:

«b) Sempre que a utilização seja feita exclusivamente com fins de ilustração didática ou de investigação científica, desde que indique a fonte, na medida em que isso se justifique pelo objetivo não comercial a prosseguir, sem prejuízo das exceções e limitações previstas na Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho (*);

(* 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE (JO L 130 de 17.5.2019, p. 92).»

b) No artigo 9.º, a alínea b) passa a ter a seguinte redação:

«b) Sempre que se trate de uma extração para fins de ilustração didática ou de investigação científica, desde que indique a fonte e na medida em que tal se justifique pelo objetivo não comercial a atingir, sem prejuízo das exceções e limitações previstas na Diretiva (UE) 2019/790;»

2. A Diretiva 2001/29/CE é alterada do seguinte modo:

a) No artigo 5.º, n.º 2, a alínea c) passa a ter a seguinte redação:

«c) Em relação a atos específicos de reprodução praticados por bibliotecas, estabelecimentos de ensino ou museus acessíveis ao público, ou por arquivos, que não tenham por objetivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, direta ou indireta, sem prejuízo das exceções ou limitações previstas na Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho (*);

(*) 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE (JO L 130 de 17.5.2019, p. 92).»

b) No artigo 5.º, n.º 3, a alínea a) passa a ter a seguinte redação:

«a) Utilização unicamente com fins de ilustração didática ou investigação científica, desde que seja indicada, exceto quando tal se revele impossível, a fonte, incluindo o nome do autor e, na medida justificada pelo objetivo não comercial que se pretende atingir, sem prejuízo das exceções e limitações previstas na Diretiva (UE) 2019/790;»

c) Ao artigo 12.º, n.º 4, são aditadas as seguintes alíneas:

«e) Examinar o impacto da transposição da Diretiva (UE) 2019/790 no funcionamento do mercado interno e realçar eventuais dificuldades de transposição;

f) Facilitar o intercâmbio de informações sobre a evolução pertinente registada a nível da legislação e jurisprudência, bem como sobre a aplicação prática das medidas tomadas pelos Estados-Membros para aplicar a Diretiva (UE) 2019/790;

g) Analisar quaisquer outras questões decorrentes da aplicação da Diretiva (UE) 2019/790.».

Artigo 25.º

Relação com as exceções e limitações previstas em outras diretivas

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

Artigo 26.º

Aplicação no tempo

1. A presente diretiva aplica-se a todas as obras e outro material protegido que estejam protegidos pelo direito nacional em matéria de direitos de autor, em ou após 7 de junho de 2021.

2. A presente diretiva é aplicável sem prejuízo de quaisquer atos concluídos e direitos adquiridos antes de 7 de junho de 2021.

Artigo 27.º

Disposição transitória

Os acordos de concessão de licenças ou de transferência de direitos de autores e artistas intérpretes ou executantes devem ser sujeitos à obrigação de transparência prevista no artigo 19.º a partir de 7 de junho de 2022.

Artigo 28.º

Proteção de dados pessoais

O tratamento de dados pessoais efetuado no âmbito da presente diretiva deve ser realizado nos termos da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (UE) 2016/679.

Artigo 29.º

Transposição

1. Os Estados-Membros devem pôr em vigor, até 7 de junho de 2021, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva. Do facto informam imediatamente a Comissão.

As disposições adotadas pelos Estados-Membros devem fazer referência à presente diretiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. Os Estados-Membros estabelecem o modo como deve ser feita a referência.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das principais disposições de direito nacional que adotarem no domínio regulado pela presente diretiva.

Artigo 30.º

Revisão

1. Não antes de 7 de junho de 2026, a Comissão deve proceder a uma revisão da presente diretiva e apresentar um relatório sobre as principais conclusões ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu.

Até 7 de junho de 2024, a Comissão procede à avaliação do impacto do regime de responsabilidade específico do artigo 17.º aplicável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de EUR e cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos nos termos do artigo 17.º, n.º 6, e, se for caso disso, toma medidas em conformidade com as conclusões da sua avaliação.

2. Os Estados-Membros devem facultar à Comissão as informações necessárias para a elaboração do relatório a que se refere o n.º 1.

Artigo 31.º

Entrada em vigor

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

Artigo 32.º

Destinatários

Os destinatários da presente diretiva são os Estados-Membros.

Feito em Estrasburgo, em 17 de abril de 2019.

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente
A. TAJANI

Pelo Conselho

O Presidente
G. CIAMBA

Proposta de Lei 114/XIV/3, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital²³³



PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS

Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.ª

Exposição de Motivos

A presente proposta de lei visa transpor para a ordem jurídica nacional 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

Recorde-se que a iniciativa desta diretiva partiu da Comissão Europeia, no segundo semestre de 2016, integrada num pacote legislativo em concretização da Estratégia para o Mercado Único Digital, adotada em maio de 2015, com o objetivo de criar um mercado interno de serviços e conteúdos digitais, depois de várias consultas públicas, debates e estudos de impacto, que já vinham sendo realizados desde 2014.

O pressuposto fundamental desta diretiva assenta no facto de a distribuição em linha de conteúdos protegidos por direitos de autor ser, por natureza, transnacional, pelo que apenas os mecanismos adotados à escala europeia podem assegurar o correto funcionamento do mercado da distribuição de obras e outro material protegido, bem como assegurar a sustentabilidade do setor da edição face aos desafios do meio digital.

A referida diretiva visa também, garantir aos titulares de direitos de autor e conexos, no seio da União, um elevado nível de proteção numa perspetiva de harmonização, a fim de se evitarem discrepâncias entre as realidades nacionais de cada Estado-Membro.

²³³ A Proposta de Lei esteve na Assembleia da República, para apreciação pública, até ao dia 21 de novembro de 2021.

Em face das possíveis opções legislativas quanto ao método a seguir na transposição da diretiva, é opção consciente seguir-se uma lógica de elevada proximidade com o texto original, permitindo que se encete o caminho jurisprudencial que a mesma terá de fazer. Com efeito, em particular no que concerne à transposição do artigo 17.º da diretiva, pedra angular do texto comunitário, destaca-se que a 4 de junho de 2021, a Comissão Europeia tornou públicas as suas orientações para uma melhor adaptação nas ordens jurídicas internas, no entanto, encontra-se pendente no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o Processo n.º C-401/19, no âmbito do qual a República da Polónia requer ao TJUE que declare a invalidade da alínea b) e da parte final da alínea c) do n.º 4 do artigo 17.º da diretiva. Significa isto que o processo em curso pode, no limite, determinar a revogação dos dispositivos legais em causa.

Neste contexto, houve que decidir onde inserir os comandos adaptados ao nosso direito, ou seja, inseri-los no normativo do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual (CDADC), ou deixá-lo intocado e sugerir um ou mais diplomas avulsos.

A opção foi a de se transpor a diretiva através de uma alteração ao CDADC e de duas leis avulsas: (i) o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, na sua redação atual, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados; e (ii) a Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto.

Quanto às exceções, já conhecidas entre nós como exemplos de utilização livre de prerrogativas do direito de autor, entende-se que o seu lugar natural é no binómio formado pelos artigos 75.º e 76.º do CDADC. Tanto mais que ambos, constituem já adaptações, na ordem jurídica interna, do artigo 5.º da Diretiva de 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, que constituiu uma lista fechada de exceções destinadas a incorporação, pelos Estados-Membros, nas suas leis.

Tendo a diretiva, que se visa transpor, modelado no seu artigo 15.º a criação de um novo direito conexo na esfera dos editores de imprensa, relativamente à utilização das suas publicações em linha por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação, considera-se que este novo direito conexo coabita, embora os deixe intangíveis, com os direitos conexos que já têm assento no CDADC. Com efeito, trata-se de um direito criado expressamente para o mundo digital e apenas oponível

aos prestadores de serviços da sociedade da informação. Trata-se, por outro lado, de um direito permeável pois os autores de obra integrada numa publicação de imprensa, no mundo digital, devem auferir uma parte adequada das receitas que os mesmos editores de imprensa recebam pela utilização das suas publicações por prestadores de serviços da sociedade da informação.

Assim, também aqui se entende dever optar-se pela adoção deste artigo no nosso CDADC. Nesse sentido, optou-se por aditar ao artigo 176.º do CDADC, a noção de publicações de imprensa, tal como estabelecida na definição constante da diretiva, assim como a noção de editor de imprensa, abrangendo aqui também, na esteira do considerando 55 da diretiva, as agências noticiosas.

No que respeita à fixação da remuneração devida pelo exercício deste novo direito conexo, e sem prejuízo do estabelecido na legislação que regula as entidades de gestão coletiva quando tais direitos sejam exercidos através das mesmas, optou-se pela definição de um conjunto de fatores e critérios a ter em conta na determinação de tal remuneração. Ainda nesta sede, seguiu-se o estabelecido nos considerandos da diretiva, quanto à definição de deveres de informação e regras de transparência na sua determinação e repartição, tendo como pano de fundo as regras gerais, ora estabelecidas, na concessão de licenças. Tal circunstância não coloca em causa o que as partes estabeleçam contratualmente. De igual modo, as novas normas em nada afetam o que já dispõe o nosso CDADC e a legislação complementar quanto à titularidade de direitos sobre as publicações de imprensa e obras nelas incluídas ou, ainda, o exercício de direitos previstos em contratos de trabalho, tal como refere o considerando 59 da diretiva. Em síntese, utilizou-se a faculdade conferida pelo artigo 16.º da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, para salvaguardar as normas já em vigor na legislação nacional e os efeitos por elas produzidos, que atribuem aos editores direitos de compensações equitativas ou de remuneração compensatória. Por último, quanto a este novo direito conexo, fará todo o sentido dar-lhe um tratamento sancionatório idêntico aos restantes direitos conexos. Consequentemente, optou-se pela alteração dos artigos 195.º e 196.º, os quais passam fazer menção expressa a tal direito e titulares.

Relativamente ao artigo 17.º da diretiva, tratando-se da regulação de uma forma específica de utilização, optou-se por se criar uma secção própria, relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha.

Paralelamente, a diretiva impõe no artigo 13.º, a designação de organismos de mediação ou arbitragem aos quais os utilizadores e titulares de direitos possam recorrer, nomeadamente para a fixação de

tarifas e para a decisão sobre a licitude da remoção de conteúdos em linha. Por outro lado, a lei nacional, já prevê normas que impõem mecanismos próximos da arbitragem ou arbitramento. São disso exemplos o disposto no n.º 2 do artigo 144.º do CDADC (que instituiu o Ministério da Cultura em árbitro da fixação de uma remuneração), o recurso à já extinta Comissão de Mediação e Arbitragem, previsto no artigo 221.º do CDADC, ou a Comissão de Peritos, prevista na Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, até à data não instituída nem regulada.

Nestes termos, optou-se por estabelecer a possibilidade dos titulares de direitos, entidades de gestão coletiva e utilizadores, em litígios emergentes em matéria de direitos de autor e direitos conexos, recorrerem à resolução extrajudicial de litígios nacional ou transfronteiriça, nos quais se incluem a mediação, negociação, conciliação e arbitragem, nos termos do disposto na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro e no Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro.

Por outro lado, reforça-se a proteção dos autores e dos artistas, intérpretes ou executantes, no âmbito dos contratos, por eles celebrados, de licenciamento ou transmissão para a exploração das suas obras ou prestações. Com efeito, acolhe-se o princípio de remuneração adequada e proporcionada; adotam-se mecanismos de modificação contratual e remuneração adicional; e cria-se um direito à obtenção de informações e um direito de revogação contratual em casos de falta de exploração.

Outro ponto inovador da diretiva que ora se visa transpor, consiste no facto desta abrir as portas à figura da licença coletiva com efeitos alargados, a qual, consistindo numa experiência nova no nosso ordenamento jurídico, implica alterações Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual.

Finalmente, quanto às alterações a introduzir no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, sublinha-se que o seu artigo 11.º prevê, como crime, a reprodução, divulgação e comunicação ao público das bases de dados criativas, não contemplando, contudo, a situação da colocação à disposição do público, hoje o maior fator criminógeno nesta sede. Nestes termos, justifica-se proceder à alteração do referido diploma, de forma acautelar estas situações.

Atenta a matéria, em sede do processo legislativo a decorrer na Assembleia da República devem ser ouvidos o Conselho Superior de Magistratura e a Comissão Nacional de Proteção de Dados, devendo, ainda, a presente proposta de lei ser submetida a consulta pública.

Assim:

Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 197.º da Constituição, o Governo apresenta à Assembleia da República a seguinte proposta de lei, com pedido de prioridade e urgência:

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei:

- a) Transpõe para a ordem jurídica interna 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 e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.
- b) Procede à quarta alteração à Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, alterada pelos Decretos-Lei n.ºs 100/2017, de 23 de agosto e 89/2019 de 4 de julho, e pela Lei n.º 36/2021, de 14 de junho, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto;
- c) Procede à décima sexta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de setembro, e 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 332/97, de 27 de novembro, e 334/97, de 27 de novembro, pelas Leis n.ºs 50/2004, de 24 de agosto, 24/2006, de 30 de junho, 16/2008, de 1 de abril, 65/2012, de 20 de dezembro, 82/2013, de 6 de dezembro, 32/2015, de 24 de abril, 49/2015, de 5 de junho, 36/2017, de 2 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de agosto, pela Lei n.º 92/2019, de 4 de setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro;
- d) Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, alterado pela Lei n.º 92/2019, de 4 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE de 11 de março, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

Artigo 2.º

Alteração à Lei n.º 26/2015, de 14 de abril

O artigo 46.º da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 46.º

[...]

1 - [...]:

a) [...];

b) [...];

c) [...];

d) [...];

e) Tenham decorrido quatro meses sobre o início das negociações entre a entidade de gestão coletiva e o utilizador ou utilizadores em causa, sem que tenha sido alcançado um acordo.

2 - [...].»

Artigo 3.º

Alteração ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março

Os artigos 14.º, 26.º-A, 31.º, 75.º, 76.º, 105.º, 144.º, 170.º, 176.º, 183.º, 189.º, 192.º, 195.º, 196.º e 221.º do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 14.º

[...]

1 - [...].

2 - [...].

3 - [...].

4 - [...]:

5 - À determinação do montante da remuneração prevista no número anterior, aplica-se com as necessárias adaptações o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 44.º-C.

Artigo 26.º-A

[...]

1 - [...].

2 - [...].

- 3 - [...].
- 4 - [...].
- 5 - [...].
- 6 - [...].
- 7 - [...].
- 8 - [...].
- 9 - [...].
- 10 - O disposto nos números anteriores é aplicável, com as devidas adaptações, às prestações artísticas

Artigo 31.º

[...]

- 1 - [Anterior corpo do artigo].
- 2 - A caducidade só opera após 1 de janeiro do ano seguinte ao termo do prazo referido no número anterior.

Artigo 75.º

[...]

- 1 - [...].
- 2 - [...]:
 - b) [...];
 - c) [...];

 - d) A seleção regular de artigos de imprensa periódica, que não tenha por objetivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, direta ou indireta;
 - e) [...];
 - f) [...];
 - g) [...];
 - h) A reprodução, a comunicação ao público ou a colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos e docentes desse

mesmo estabelecimento de educação e ensino;

- i) [Anterior alínea g)];
- j) [Anterior alínea h)];
- k) [Anterior alínea i)];
- l) [Anterior alínea j)];
- m) [Anterior alínea k)];
- n) [Anterior alínea l)];
- o) [Anterior alínea m)];
- p) [Anterior alínea n)];
- q) [Anterior alínea o)];
- r) [Anterior alínea p)];
- s) [Anterior alínea q)];
- t) [Anterior alínea r)];
- u) [Anterior alínea s)];
- v) [Anterior alínea t)];
- w) O ato de reprodução de obras ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, quando efetuadas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural, para a realização de prospeção de textos e dados relativos a tais obras ou material protegido, para fins de investigação científica;
- x) O ato de reprodução de obra ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, para fins de prospeção de textos e dados, desde que tal utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha, sem prejuízo disposto na alínea anterior;
- y) A reprodução, comunicação ao público e colocação à disposição do público de obras por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, para efeito de caricatura, paródia ou pastiche;
- z) A reprodução, por parte de instituições responsáveis pelo património cultural, para obtenção de cópias de obras e outro material protegido que integrem, com

caráter permanente, as suas coleções, independentemente do formato ou suporte, exclusivamente para garantia da sua conservação e na medida em que tal seja necessário para assegurar essa conservação;

aa) [Anterior alínea u)].

3 - [...].

4 - [...].

5 - [...].

6 - Para efeitos do disposto no presente Código, considera-se:

a) «Organismo de investigação», uma universidade, incluindo as suas bibliotecas, um instituto de investigação, um hospital ou qualquer outra entidade cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou o exercício de atividades didáticas que envolvam igualmente a realização de investigação científica, sem fins lucrativos ou cuja totalidade dos lucros seja estatutária e efetivamente destinada ao reinvestimento na investigação científica ou que desenvolva a sua atividade no quadro de uma missão de interesse público reconhecida por um Estado-Membro e, em qualquer caso, de modo a que o acesso aos resultados provenientes dessa investigação científica não possa beneficiar, em condições preferenciais, uma empresa que exerça uma influência decisiva sobre esse organismo;

b) «Prospecção de textos e dados», 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;

c) Que uma obra ou outro material protegido é legalmente acessível, nomeadamente, quando o acesso é efetuado com base numa política de acesso aberto ou através de licenças ou outros acordos contratuais tais como assinaturas, bem como o acesso aos conteúdos livremente disponíveis em linha.

Artigo 76.º

[...]

1 - [...]:

- a) [...];
 - b) Nos casos das alíneas a) e e) do n.º 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução;
 - c) No caso da alínea i) do n.º 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor;
 - d) No caso da alínea r) do n.º 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir aos titulares de direitos.
- 2 - As obras reproduzidas ou citadas, nos casos das alíneas b), d), e), f), g), h) e i) do n.º 2 do artigo anterior, não se devem confundir com a obra de quem as utilize, nem a reprodução ou citação podem ser tão extensas que prejudiquem o interesse por aquelas obras.
- 3 - [...].
- 4 - As reproduções de obras ou outro material protegido, efetuadas nos termos das alíneas v) e w) do n.º 2 do artigo anterior devem ser armazenadas com um nível de segurança adequado e podem ser conservadas para fins de investigação científica enquanto for necessário para fins de prospeção de textos e dados, incluindo para verificação dos resultados da investigação.
- 5 - Os titulares de direitos podem aplicar medidas para garantir a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são conservados para a aplicação do disposto na alínea v) do n.º 2 do artigo anterior, desde que tais medidas não excedam o necessário para alcançar tal objetivo, nem prejudiquem a aplicação efetiva da exceção ali prevista, podendo, designadamente, abranger a validação de acesso por endereços IP selecionados ou a autenticação de utilizadores.
- 6 - Cabe aos titulares dos direitos de autor e conexos, incluindo direitos desta natureza previstos em leis avulsas, bem como aos organismos de investigação e às instituições responsáveis pelo património cultural, a definição das melhores práticas acordadas para a aplicação do disposto nos n.ºs 4 e 5.
- 7 - As utilizações previstas na alínea g) do n.º 2 do artigo anterior devem ser consideradas como ocorrendo exclusivamente em território nacional.

Artigo 105.º

[...]

- 1 - [...].
- 2 - [...].
- 3 - [...].
- 4 - À determinação do montante da remuneração prevista no número anterior, aplica-se com as necessárias adaptações o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 44.º-C.
- 5 - [Anterior n.º 4].
- 6 - [Anterior n.º 5].

Artigo 144.º

[...]

- 1 - [...].
- 2 - O autor tem sempre direito a remuneração equitativa, podendo os litígios relativos à fixação da remuneração ser dirimidos com recurso a centro de resolução alternativa de litígios.
- 3 - [...].

Artigo 170.º

[...]

- 1 - [Anterior corpo do artigo].
- 2 - À determinação do montante da remuneração prevista no número anterior, aplica-se com as necessárias adaptações o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 44.º-C.

Artigo 176.º

[...]

- 1 - As prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas, dos editores de imprensa e dos organismos de radiodifusão são protegidas nos termos do presente título.
- 2 - [...].
- 3 - [...].
- 4 - [...].
- 5 - [...].
- 6 - [...].

7 - [...].

8 - [...].

9 - [...].

10 - [...].

11 - Para efeitos do disposto no presente Código, considera-se:

- a) «Publicação de imprensa» a uma coleção composta, principalmente, por obras literárias de carácter jornalístico, mas que pode, igualmente, incluir outras obras ou outro material protegido, desde que cumulativamente:
 - i) Constitua uma parte autónoma da publicação periódica ou regularmente atualizada sob um único título, tal como um jornal ou uma revista de interesse geral ou específico;
 - ii) Tenha por objetivo fornecer ao público em geral informações relacionadas com notícias ou outros temas;
 - iii) Seja publicada em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob a responsabilidade editorial e o controlo de um prestador de serviços;
 - iv) Não sejam publicações periódicas com fins científicos ou académicos, onde se incluem designadamente as revistas científicas;
- a) «Editor de imprensa» é a pessoa singular ou coletiva sob cuja iniciativa e responsabilidade é publicada a publicação de imprensa, incluindo, nomeadamente, as empresas jornalísticas, e prestadores de serviços como os editores de notícias e as agências noticiosas.

Artigo 183.º

[...]

1 - [...].

2 - [...].

3 - [...].

4 - [...].

5 - [Anterior n.º 5].

6 - Os direitos conexos dos editores de imprensa caducam dois anos após a primeira publicação em publicação de imprensa.

- 7 - É aplicável às entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 e no número anterior o disposto no artigo 37.º.
- 8 - Aos prazos de caducidade previstos no presente artigo é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 31.º.

Artigo 189.º

[...]

- 1 - [...]:
 - a) O uso exclusivamente privado e não comercial;
 - b) Os excertos de uma prestação, um fonograma, um videograma, de uma emissão de radiodifusão ou de uma publicação de imprensa, contanto que o recurso a esses excertos se justifique por propósito de informação ou crítica ou qualquer outro dos que autorizam as citações ou resumos referidos na alínea h) do n.º 2 do artigo 75.º;
 - c) [...];
 - d) [...];
 - e) [...];
 - f) [...].
- 2 - [...].
- 3 - O disposto nos artigos 75.º e 76.º é aplicável aos direitos conexos, em tudo o que for compatível com a natureza destes direitos.

Artigo 192.º

[...]

- 1 - [Anterior corpo do artigo].
- 2 - As disposições da secção XI do capítulo III do título II aplicam-se, com as necessárias adaptações, ao exercício dos direitos conexos para as utilizações em linha.

Artigo 195.º

[...]

- 1 - Comete o crime de usurpação quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma, do organismo de radiodifusão ou do editor de publicação de imprensa, utilizar uma obra ou prestação por qualquer das formas previstas no presente Código.
- 2 - [...]:

- a) [...];
- b) [...];
- c) Quem, estando autorizado a utilizar uma obra, prestação de artista, fonograma, videograma, emissão radiodifundida ou publicação de imprensa, exceder os limites da autorização concedida, salvo nos casos expressamente previstos presente Código.

3 - [...].

4 - [...].

Artigo 196.º

[...]

1 - Comete o crime de contrafação quem utilizar, como sendo criação ou prestação sua, obra, prestação de artista, fonograma, videograma, emissão de radiodifusão ou publicação de imprensa, que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria.

2 - [...].

3 - [...].

4 - [...].

Artigo 221.º

[...]

1 - As medidas eficazes de carácter tecnológico não podem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres e permitidas, previstas no n.º 2 do artigo 75.º, no artigo 81.º, no artigo 82.º-B, no n.º 4 do artigo 152.º e no n.º 1 do artigo 189.º, sem prejuízo de tais medidas poderem ser utilizadas para limitar o número de cópias a efetuar pelo utilizador, a partir de um exemplar legitimamente adquirido.

2 - [...].

3 - [...].

4 - Podem as partes recorrer a centros de resolução extrajudicial de litígios, nacionais ou transfronteiriços sobre a matéria em causa.

5 - [Revogado].

6 - [Revogado].

7 - [Revogado].»

Artigo 4.º

Alteração ao Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho

Os artigos 10.º, 11.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, na sua redação atual, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 10.º

[...]

1 - [...]:

a) A reprodução para fins exclusivamente privados e não comerciais de uma base de dados não eletrónica.

b) [...];

c) [...];

d) [...];

e) Os atos de reprodução e extração efetuados por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica;

f) Os atos de reprodução e extração de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha;

g) [Anterior alínea e)].

2 - [...].

3 - São correspondentemente aplicáveis às alíneas e) e f) do n.º 1, e aos n.ºs 6 e 7 do artigo 76.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Artigo 11.º

[...]

Quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar, comunicar ou colocar à disposição do público uma base de dados protegida nos termos do n.º 1 do artigo 4.º e do artigo 12.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Artigo 15.º

[...]

[...]:

- a) [...];
- b) [...];
- c) [...];
- d) [...];
- e) Os atos de reprodução e extração efetuados por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica;
- f) Os atos de reprodução e extração de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha.»

Artigo 5.º

Aditamento ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março

São aditados ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual, os artigos 39.º-A, 44.º-A, 44.º-B, 44.º-C, 44.º-D, 44.º-E, 44.º-F, 74.º-A, 74.º-B, 74.º-C, 74.º-D, 74.º-E, 175.º-A, 175.º-B, 175.º-C, 175.º-D, 175.º-E, 175.º-F, 175.º-G, 175.º-H, 188.º-A e 188.º-B, com a seguinte redação:

«Artigo 39.º-A

Obras de arte visual no domínio público

Depois de expirado o prazo de proteção de uma obra de arte visual, qualquer material resultante de um ato de reprodução dessa obra no domínio público só é protegido por direito de autor ou direito conexo se for original, resultando da criação intelectual do seu próprio autor.

Artigo 44.º-A

Princípio de remuneração adequada, proporcionada e equitativa

- 1 - Caso os autores concedam a terceiros uma licença ou transfiram os seus direitos sobre uma obra ou outros materiais protegidos, para exploração, têm direito a receber uma remuneração adequada, proporcionada e equitativa.
- 2 - Na aplicação deste princípio e do disposto nos artigos seguintes, devem ser tidos em conta o princípio da liberdade contratual, as práticas e os usos do mercado e do setor cultural específico em causa e o contributo individual do titular originário para o conjunto da obra ou de outro material protegido, com vista a alcançar um equilíbrio justo de direitos e interesses.

Artigo 44.º-B

Dever de informação

- 1 - As contrapartes a quem sejam conferidas licenças exclusivas ou para as quais sejam transferidos direitos de exploração comercial de obras ou outros materiais protegidos, sob qualquer modalidade, bem como os seus sucessores legais, devem prestar, regularmente e tendo em conta as especificidades de cada setor, aos autores e artistas, intérpretes ou executantes, ou a quem legitimamente os represente, informações atualizadas pertinentes e exaustivas sobre a exploração das suas obras e prestações, nomeadamente sobre o modo de exploração, bem como sobre todas as receitas obtidas pela contraparte em virtude da exploração comercial da obra e sobre as remunerações devidas.
- 2 - A obrigação prevista no número anterior é prestada, no mínimo, uma vez por ano e deve ser proporcional, tendo em conta, designadamente, a respetiva utilidade e os encargos administrativos decorrentes da prestação de elementos face ao volume de receitas provenientes da exploração, assegurando-se que, em qualquer caso, corresponde ao tipo e ao nível razoavelmente esperados, bem como a eficácia e transparência em todos os setores culturais.
- 3 - O direito previsto no presente artigo aplica-se aos autores ou artistas intérpretes ou executantes que tenham transferido ou licenciado os seus direitos sobre uma obra ou prestação em que tenham tido uma contribuição pessoal

significativa, ou, quando a sua contribuição pessoal se não possa considerar significativa, demonstrem a necessidade de obter as informações requeridas para exercerem os seus direitos nos termos do artigo 44.º-C.

- 4 - Caso os atos de exploração comercial da obra ou prestação sejam praticados por terceiros, ao abrigo de um sublicenciamento celebrado com a contraparte referida no n.º 1, as informações aí previstas podem ser solicitadas aos sublicenciados, através da contraparte diretamente licenciada pelos autores, artistas, intérpretes ou executantes ou seus legítimos representantes, a seu pedido, se, e na medida em que, essa contraparte, não disponha ou não tenha prestado todas as informações exigíveis nos termos dos números anteriores.
- 5 - Os pedidos de informação referidos no número anterior a um terceiro sublicenciado poderão ser efetuados diretamente pelos autores e pelos artistas intérpretes e executantes, caso tal informação não seja solicitada ao sublicenciado pela contraparte diretamente licenciada.
- 6 - Para efeitos do disposto no número anterior, as contrapartes diretamente autorizadas pelos autores ou pelos artistas intérpretes ou executantes, fornecem a estes, a seu pedido, todas as informações pertinentes e necessárias sobre a identidade e os contactos daqueles a quem sublicenciaram a exploração comercial.
- 7 - O disposto nos números anteriores não se aplica aos contratos de licenciamento celebrados por entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, aos quais é aplicável o disposto na Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto.
- 8 - Sempre que o destinatário da informação prestada nos termos do presente artigo tiver acesso a informações sujeitas pelas partes a obrigações de sigilo ou de confidencialidade, está subordinado a tais obrigações e apenas pode utilizar as informações obtidas na medida do necessário para o exercício dos seus direitos.

Artigo 44.º-C

Remuneração adicional

- 1 - Os autores, artista, interpretes ou executantes, ou os seus representantes têm o direito de reclamar uma remuneração adicional, adequada, justa e equitativa, à parte com quem celebraram um contrato de exploração dos seus direitos, ou aos seus sucessores legais, sempre que a remuneração inicialmente acordada se revele, desproporcionadamente baixa relativamente a todas as receitas relevantes subsequentes, decorrentes da exploração das obras.
- 2 - Na atribuição e fixação do montante da remuneração adicional são tidos em conta, entre outros fatores:
 - a) Todas as receitas relevantes e o lucro obtido pela contraparte;
 - b) As circunstâncias específicas de cada caso, incluindo a contribuição específica do autor ou do artista intérprete ou executante para o resultado final económico e artístico;
 - c) As especificidades e as práticas de remuneração aplicáveis aos diferentes setores e aos diferentes tipos de obras ou outros materiais protegidos.
- 3 - Se o preço da transmissão ou oneração do direito de autor estiver fixado sob forma de participação nos proventos que da exploração retirar o beneficiário, o direito à remuneração adicional só subsiste no caso da percentagem estabelecida ser manifestamente inferior às habitualmente praticadas em transações da mesma natureza.
- 4 - O direito de compensação caduca se não for exercido no prazo de dois anos a contar do conhecimento das circunstâncias referidas no n.º 1.
- 5 - O disposto no presente artigo não é aplicável aos contratos celebrados através de entidades de gestão coletiva do direito de autor e de direitos conexos.

Artigo 44.º-D

Procedimento de resolução extrajudicial de litígios

- 1 - Os litígios relativos ao dever de informação previsto no artigo 44.º-B ou relativos à remuneração adicional a que se refere o artigo anterior, podem ser submetidos pelas partes a um procedimento de resolução extrajudicial de litígios.

- 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, podem as partes recorrer a centros de resolução alternativa de litígios.
- 3 - As entidades de gestão coletiva representativas de autores e de artistas, intérpretes ou executantes têm legitimidade para iniciar e intervir nos procedimentos referidos no número anterior, sempre que forem expressa e especificamente mandatadas pelos respetivos titulares de direitos.

Artigo 44.º-E

Direito de revogação

- 1 - Sempre que um autor ou um artista, intérprete ou executante conceda uma licença ou transfira os seus direitos sobre uma obra ou prestação, em regime de exclusividade, pode revogar, no todo ou em parte, aquela licença ou transmissão, em caso de inexistência de exploração da obra ou de outros materiais protegidos.
- 2 - O direito de revogação previsto no número anterior só pode ser exercido decorridos cinco anos após a celebração do contrato ou um terço da sua duração inicial, consoante o que ocorra primeiro.
- 3 - No caso de contratos relativos a obras ou prestações futuras, o prazo referido no número anterior conta-se a partir da conclusão da obra ou da fixação da prestação.
- 4 - São excluídas do mecanismo previsto no n.º 1 as obras videográficas, cinematográficas ou produzidas por processo análogo à cinematografia.
- 5 - Caso o autor ou artista intérprete ou executante pretenda prevalecer-se do disposto no n.º 1, deve notificar a contraparte da sua pretensão, por escrito e com prova de receção, fixando-lhe o prazo não inferior a um ano para a exploração de tais direitos objeto de licença ou de transmissão.
- 6 - Decorrido o prazo fixado no número anterior e caso subsista a ausência de exploração, pode o autor ou o artista, proceder à revogação, ou, em alternativa, optar por pôr termo à exclusividade do contrato.
- 7 - Em caso de obras com pluralidade de autores ou prestações com pluralidade de artistas, aplica-se, quanto ao exercício do direito, o disposto no artigo 17.º e seguintes

sendo, todavia, dispensada a anuência de autores ou artistas cuja contribuição para a obra ou outro material protegido não seja significativa.

- 8 - O disposto no n.º 1 não se aplica se a falta de exploração não for imputável à contraparte licenciada ou transmissória dos direitos, ou resulte de impedimento objetivo cuja reparação esteja fora do seu controlo, bem como quando for essencialmente motivada por circunstâncias ou impedimentos que se possam, razoavelmente, esperar que o autor ou artista, intérprete ou executante possa reparar.
- 9 - O disposto no presente artigo não prejudica o exercício de qualquer direito contratual ou legalmente conferido ao autor ou ao artista, intérprete ou executante, em virtude do incumprimento contratual da contraparte, nem a aplicação de qualquer disposição contratual que confira àqueles titulares o direito de revogar ou resolver o contrato em termos mais alargados ou com prazos mais reduzidos.

Artigo 44.º-F

Caráter imperativo

- 1 - Qualquer disposição contratual que obste ao cumprimento dos artigos 44.º-C a 44.º-E é considerada nula, não produzindo quaisquer efeitos em relação aos autores ou aos artistas, intérpretes ou executantes.
- 2 - Caso todos os outros elementos relevantes de conexão se situem num território da União Europeia, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado membro não prejudica a aplicação das disposições relativas à transparência, aos mecanismos de modificação contratual e aos procedimentos de resolução alternativa de litígios, tal como aplicadas pelo Estado membro do foro.
- 3 - O disposto nos artigos 44.º-A a 44.º-E não se aplica aos autores de programas de computador.

Artigo 74.º-A

Obra fora do circuito comercial e instituição responsável pelo património cultural

- 1 - 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 não estão, na sua totalidade, acessíveis ao público através dos canais habituais de comércio, depois de se efetuar um esforço razoável para se determinar a sua disponibilidade

ao público.

- 2 - Um conjunto de obras ou outro material protegido por lei, na sua globalidade, estão fora do circuito comercial quando for razoável presumir que todas as obras ou outro material protegido que integram o mesmo estão fora do circuito comercial.
- 3 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o disposto na presente secção não se aplica:
 - a) Aos conjuntos de obras ou outros materiais protegidos fora do circuito comercial se, tendo em conta o esforço razoável a que alude o n.º 1, subsistirem provas de que tais conjuntos consistem, predominantemente, em obras ou outros materiais protegidos que pela primeira vez tenham sido publicados, ou, na falta de publicação, difundidos, num país terceiro.
 - b) A obras cinematográficas ou audiovisuais cujos produtores tenham a sua sede ou residência habitual num país terceiro;
 - c) A obras ou outros materiais protegidos por lei de nacionais de países terceiros, caso, após um esforço razoável, não tenha sido possível determinar o Estado membro ou país terceiro.
- 4 - Mesmo nos casos previstos no número anterior, o disposto na presente secção é, ainda assim, aplicável, caso a entidade de gestão coletiva referida no artigo seguinte seja suficientemente representativa dos titulares de direitos no país terceiro em causa.
- 5 - O esforço razoável para determinar que um conjunto de obras ou outro material protegido na sua globalidade está fora do circuito comercial incumbe às instituições responsáveis pelo património cultural, que pretendam prevalecer-se do mecanismo de licenciamento coletivo previsto na presente secção, e não deve implicar encargos desproporcionados ou ações repetidas ao longo do tempo, devendo, no entanto, ter em consideração todos os dados facilmente acessíveis sobre a disponibilidade futura de obras ou outro material protegido nos canais habituais de comércio.
- 6 - No caso das obras a título individual a avaliação apenas deve ser exigida se tal for considerado razoável tendo em conta a disponibilidade de informações pertinentes, a probabilidade de disponibilidade comercial e o custo

provável da operação.

- 7 - A verificação da disponibilidade de uma obra ou outro material protegido deve, por regra, ter lugar no território do Estado membro onde está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural, exceto se que a verificação transfronteiriça for considerada razoável.
- 8 - O estatuto de um conjunto de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial pode ser igualmente determinado através de um mecanismo proporcionado, designadamente a amostragem.
- 9 - Para efeitos do disposto da presente secção e no artigo 75.º, considera-se:
 - a) «Instituição responsável pelo património cultural» uma biblioteca ou um museu que sejam acessíveis ao público, um arquivo, um estabelecimento de ensino, ou um organismo de investigação e de radiodifusão do setor público, no que diz respeito aos seus arquivos, ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro;
 - b) Que uma obra ou outro material protegido, é parte integrante e permanente das coleções de uma instituição responsável pelo património cultural, quando as cópias dessa obra ou outro material protegido sejam propriedade ou estejam definitivamente 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.

Artigo 74.º-B

Utilizações de obras fora do circuito comercial

- 1 - Uma entidade de gestão coletiva pode atribuir a uma instituição responsável pelo património cultural, uma licença não exclusiva para reproduzir, distribuir, comunicar ao público ou colocar à disposição do público obras ou outros materiais protegidos que, estando fora do circuito comercial, integrem, com carácter permanente, as coleções dessa mesma instituição, nos termos do presente artigo.
- 2 - A licença referida no número anterior deve ser solicitada a uma ou mais das entidades de gestão coletiva de direitos de autor ou de direitos conexos consoante o tipo de obra ou prestação e as categorias de titulares de direitos em

causa, no Estado membro em que está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural.

- 3 - As licenças não exclusivas concedidas nos termos do n.º 1 abrangem os titulares dos direitos que sejam membros da entidade de gestão coletiva responsável pela concessão de tais licenças, bem como os titulares de direitos da mesma categoria que não tiverem conferido um mandato à referida entidade de gestão coletiva.
- 4 - As licenças concedidas nos termos deste artigo devem permitir, salvo casos excepcionais devidamente fundamentados, a sua utilização em qualquer Estado membro da União Europeia.
- 5 - São excluídas do âmbito das licenças quaisquer utilizações com fins lucrativos, sem prejuízo da possibilidade das instituições responsáveis pelo património cultural poderem obter receitas com tais utilizações, desde que demonstrem que as mesmas se destinam exclusivamente a cobrir os custos com a licença e os custos inerentes aos processos técnicos diretamente relacionados com a digitalização e disponibilização das obras ou outros materiais protegidos.

Artigo 74.º-C

Procedimento e publicitação

- 1 - Às licenças previstas no artigo anterior é aplicável o previsto nos artigos 36.º-A e 36.º-B da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, e o disposto nos números seguintes.
- 2 - As entidades de gestão coletiva e as instituições responsáveis pelo património cultural devem disponibilizar, sempre que aplicável, nos seis meses anteriores ao início de qualquer utilização que venha a ser efetuada ao abrigo de uma licença referida no artigo anterior, as informações sobre as partes nos acordos de licença, as utilizações concretas objeto de licenciamento e os territórios abrangidos, bem como todos os elementos disponíveis relativos às obras fora do circuito comercial concretamente abrangidas.
- 3 - As informações referidas no número anterior devem ser comunicadas à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC) e publicitadas no respetivo sítio na Internet, bem como no portal público em linha criado e gerido pelo Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, nos termos do Regulamento (UE) n.º 386/2012, do Parlamento e do Conselho, de 19 de abril de 2021.

- 4 - Compete à IGAC, sempre que tal se revele adequado, determinar às entidades de gestão coletiva e às instituições responsáveis pelo património cultural, a tomada de medidas de publicitação adicionais das informações referidas no n.º 2, no território nacional ou, tendo em conta a origem das obras e outro material protegido, nos territórios de outros Estados membros com vista a garantir uma adequada informação e sensibilização dos titulares de direitos em causa.

Artigo 74.º-D

Utilizações livres de obra fora do circuito comercial

- 1 - Caso não exista uma entidade de gestão coletiva que satisfaça as condições estabelecidas nos artigos anteriores, bem como na legislação complementar relativa a entidades de gestão coletiva, ou não seja possível obter a autorização pretendida diretamente do titular dos direitos, as instituições responsáveis pelo património cultural podem proceder à reprodução, comunicação ao público e colocação à disposição do público de obras ou outros materiais protegidos, fora do circuito comercial, que tenham sido publicadas, comunicadas ao público ou colocadas à disposição do público em data anterior a 1 de janeiro de 1980 e que façam parte com carácter permanente das suas coleções, desde que essas obras ou outros materiais protegidos sejam disponibilizados em sítios na Internet não comerciais.
- 2 - As utilizações previstas no número anterior:
 - a) Consideram-se como ocorrendo exclusivamente no território do Estado membro onde está estabelecida a instituição responsável pelo património cultural que procede a essa utilização;
 - b) Estão sujeitas, com as necessárias adaptações, ao disposto nos artigos 74.º-A e 74.º-C, bem como o disposto nos n.ºs 5 a 7 do artigo 36.º-A, na alínea b) do n.º 1 e no n.º 4 do artigo 36.º-B da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, competindo às instituições responsáveis pelo património cultural, assegurar as comunicações e medidas de publicitação, bem como os direitos dos titulares, aí previstos;
 - c) Não podem ter quaisquer fins comerciais direto ou indiretos.

3 – É aplicável às utilizações previstas no n.º 1 o disposto no n.º 4 do artigo 75.º e no n.º 1 do artigo 221.º.

Artigo 74.º-E

Mecanismos de negociação

- 1 - Quando as partes interessadas em celebrar um acordo, com vista a obter uma autorização para a utilização de obras audiovisuais em serviços de vídeo a pedido, não alcancem um acordo relativo aos termos e condições do acordo, podem recorrer a centro de resolução alternativa de litígios.
- 2 - Nas situações previstas no número anterior, os mediadores devem prestar assistência às partes nas negociações e ajudá-las a chegar a acordo, apresentando-lhes, nomeadamente, se for caso disso, propostas, para o efeito.

Artigo 175.º-A

Definições

- 1 - Para efeitos do disposto no presente capítulo, entende-se:
 - a) «Prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», 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 ou direitos conexos, carregados pelos seus utilizadores, que o prestador de serviços organiza e promove com a finalidade de obter uma vantagem económica ou comercial direta ou indireta;
 - b) «Serviço da sociedade da informação», um serviço na aceção do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, na sua redação atual.
- 2 - Para efeitos do disposto no presente capítulo, não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os prestadores dos seguintes serviços:
 - a) Enciclopédias em linha sem fins lucrativos;
 - b) Repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos;
 - c) Plataformas de desenvolvimento e partilha de programas de computador de fonte aberta;
 - d) Prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas;

- e) Os mercados em linha;
- f) Os serviços em nuvem, entre empresas, e serviços em nuvem que permitem ao seu utilizador carregar conteúdos para uso pessoal do utilizador.

Artigo 175.º-B

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

- 1 - Constitui um ato de comunicação ao público, ou de colocação à disposição do público, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, a disponibilização ao público do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos utilizadores daqueles serviços.
- 2 - Os prestadores de serviços referidos no número anterior, devem obter autorização dos respetivos titulares de direitos, nos termos previstos na lei, a fim de comunicar ao público ou de colocar à sua disposição obras ou outros materiais protegidos.
- 3 - Caso os titulares de direitos concedam, ao prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha, uma autorização nos termos dos números anteriores, tal autorização compreende os atos de comunicação ou colocação à disposição do público, incluídos nos termos e âmbito da autorização, realizados pelos utilizadores de tais serviços, se estes não agirem com carácter comercial, direto ou indireto, ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.
- 4 - Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha praticam atos de comunicação ao público ou colocação à disposição do público nos termos n.º 1, não são aplicáveis as limitações de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha previstas no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 14 de fevereiro, na sua redação atual, sem prejuízo da aplicabilidade de tais limitações a outras atividades desenvolvidas por aqueles prestadores de serviços.
- 5 - O disposto no presente artigo não prejudica a utilização de obras ou outro material protegido por parte de utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que não violem direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente

as utilizações abrangidas por uma exceção ou limitação.

Artigo 175.º-C

Atos de comunicação pública não autorizados

- 1 - Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público de obras e outros materiais protegidos por direitos de autor, caso não lhes tenha sido concedida uma autorização nos termos referidos no artigo anterior, exceto se os prestadores demonstrarem que, cumulativamente:
 - a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização;
 - b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias;
 - c) Agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na Internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente dos titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, nos termos da alínea anterior.
- 2 - Para determinar se o prestador de serviços cumpriu as obrigações previstas no número anterior, deve ser observado o princípio da proporcionalidade e devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos:
 - a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, bem como o tipo de obras ou outros materiais protegidos, carregados pelos utilizadores do serviço; e
 - b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.
- 3 - O disposto na presente secção não constitui os titulares de

direitos na obrigação de conceder uma autorização ou celebrar um acordo de licenciamento, nem limita o direito de tais titulares autorizarem ou proibirem as utilizações de obras ou outro material protegido, com as limitações que decorrem das normas gerais reguladoras da concorrência.

Artigo 175.º-D

Limitação de obrigações quanto a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

- 1 - Os novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União Europeia por um período inferior a três anos podem beneficiar do regime de exclusão de responsabilidade previsto no n.º 1 do artigo anterior desde que, demonstrem, cumulativamente que:
 - a) Têm um volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas;
 - b) O número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja inferior a cinco milhões, calculado com base no ano civil precedente, sem prejuízo do disposto no número seguinte;
 - c) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização ou licença;
 - d) Agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços.
- 2 - Sempre que os prestadores de serviços referidos no número anterior não estejam em condições de demonstrar o disposto na alínea b), devem ainda demonstrar que deram integral cumprimento ao disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo anterior, para poderem beneficiar do regime de exclusão de responsabilidade ali previsto.
- 3 - No juízo sobre a aplicação do regime previsto no presente artigo a um serviço de partilha de conteúdos em linha, deve acautelar-se, especialmente, que este regime não seja utilizado de forma abusiva, mediante disposições que visem

prolongar os seus benefícios para além dos primeiros três anos, devendo nomeadamente excluir-se tal aplicação a serviços criados há menos de três anos ou prestados sob nova designação, mas que exercem materialmente a atividade de um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha já existente que não possa beneficiar deste regime ou que deixou de beneficiar do mesmo.

Artigo 175.º-E

Dever de informação

- 1 - Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem facultar aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita ao disposto nos artigos 175.º-C e 175.º-D, e, no caso de serem concedidas autorizações ou concluídos acordos de licenciamento, entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos referidos acordos.
- 2 - Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem informar os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outros materiais protegidos ao abrigo das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos previstas no presente decreto-lei ou em qualquer outra fonte de Direito da União, bem como dos procedimentos referidos no artigo seguinte.

Artigo 175.º-F

Procedimento de reclamação e reapreciação

- 1 - Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem criar e disponibilizar um mecanismo de reclamação e recurso eficaz e rápido, disponível para todos os utilizadores dos respetivos serviços, aos quais estes possam recorrer para reclamar contra a remoção ou bloqueio indevidos de obras ou outros materiais protegidos por eles carregados, designadamente para permitir as utilizações livres previstas nas alíneas h) e x) do n.º 2 do artigo 75.º.
- 2 - Sempre que solicitem a remoção das suas obras ou outros materiais protegidos ou o bloqueio de acesso aos mesmos e, em especial, no âmbito do procedimento de reclamação e recurso, devem os titulares de direitos ou os seus representantes justificar os seus pedidos de modo

adequado.

- 3 - As queixas apresentadas ao abrigo do presente artigo são processadas sem demora injustificada, sendo as decisões de remoção de conteúdos carregados ou de bloqueio do acesso aos mesmos sujeitas a controle humano.
- 4 - Os procedimentos referidos no presente artigo devem estar disponíveis e ser processados em língua portuguesa.

Artigo 175.º-G

Resolução extrajudicial de litígios

Os litígios entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os utilizadores de tais serviços e os titulares de direitos sobre obras e outros materiais protegidos resultantes da aplicação do disposto nos artigos 175.º-B a 175.º-F podem ser submetidos a centro de resolução alternativa de litígios.

Artigo 175.º-H

Proteção de dados pessoais

Em cumprimento e execução do disposto na presente secção não devem ser identificados utilizadores individuais dos serviços de partilha de conteúdos em linha e os respetivos dados pessoais só podem ser objeto de tratamento nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Artigo 188.º-A

Proteção de publicações de imprensa em utilizações em linha

- 1 - Assiste aos editores de imprensa, o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes, aos prestadores de serviços da sociedade de informação, toda e qualquer reprodução, comunicação ao público ou colocação à disposição do público, total ou parcial, das suas publicações de imprensa em linha, de forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.
- 2 - Sem prejuízo do disposto no artigo 189.º, os direitos previstos no presente artigo não se aplicam:
 - a) Ao uso privado por utilizadores que sejam pessoas singulares, no exercício do direito de ser informado,

mediante acesso lícito e desde que não façam uso comercial, direto ou indireto, das publicações de imprensa que são objeto deste artigo;

- b) Ao estabelecimento de hiperligação efetuada diretamente para as páginas dos sítios na Internet eletrónicos pertencentes ou disponibilizados, a título profissional, pelos editores de imprensa;
 - c) À utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa.
- 3 - Os direitos previstos no presente artigo não prejudicam os direitos conferidos pelo direito da União a autores ou outros titulares de direitos, relativamente a obras e outros materiais protegidos que integram uma publicação de imprensa, não lhes sendo oponíveis os direitos previstos neste artigo.
 - 4 - Sem prejuízo do disposto no artigo 174.º, os direitos previstos no n.º 1 não podem privar os autores e outros titulares de direitos, do direito de exploração das suas obras e outro material protegido de forma independente da publicação de imprensa em que estão integrados.
 - 5 - Sempre que uma obra ou outros materiais protegidos, forem integrados numa publicação de imprensa com base numa autorização ou licença não exclusiva, os direitos previstos no n.º 1 não podem ser invocados para proibir a sua utilização por outros utilizadores autorizados ou licenciados.
 - 6 - O previsto nos n.ºs 3 a 5 não prejudica os acordos contratuais celebrados entre os editores de publicações de imprensa e os autores ou outros titulares de direitos sobre uma obra ou outros materiais protegidos.
 - 7 - Os direitos previstos no n.º 1, não podem ser invocados para proibir a utilização de obras ou outras prestações em relação às quais a proteção legal tenha caducado.

Artigo 188.º-B

Remuneração

- 1 - Sempre que os direitos referidos no artigo anterior forem exercidos através de uma entidade de gestão coletiva, à fixação dos montantes das respetivas remunerações aplica-se o disposto na Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, em matéria de fixação de tarifários gerais.
- 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a remuneração deve, em especial, ter em conta os seguintes fatores e critérios:

- a) Os investimentos em recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros, realizados pelo editor de imprensa na criação, produção, distribuição e colocação à disposição do público das publicações de imprensa em causa;
 - b) O benefício económico obtido, direta e indiretamente, pelos serviços da sociedade de informação com a utilização das publicações de imprensa, designadamente em termos de geração de tráfego e receitas;
 - c) O prejuízo económico sofrido, direta e indiretamente, pelo editor de imprensa devido à reutilização das publicações de imprensa pelos serviços da sociedade de informação, designadamente na perda de leitores e receitas.
- 3 - Os prestadores de serviços da sociedade da informação fornecem, aos editores de publicações de imprensa, todos os elementos de informação relevantes relativos às utilizações das publicações de imprensa, pelos seus utilizadores, bem como todos os elementos de informação pertinentes e necessários a uma avaliação transparente da mencionada remuneração e da sua repartição.
- 4 - Os autores de obras, que sejam integrados numa publicação de imprensa, recebem uma parte adequada e equitativa das receitas que os editores de imprensa recebem pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação.
- 5 - Aos titulares de direitos a que se refere o número anterior é aplicável o disposto nos artigos 44.º-A a 44.º-F.
- 6 - O disposto no presente artigo e no artigo anterior, não prejudica as disposições legais relativas à titularidade de direitos sobre as publicações de imprensa e obras nelas incluídas ou o exercício de direitos previstos em contratos de trabalho.»

Artigo 6.º

Aditamento à Lei n.º 26/2015, de 14 de abril

São aditados à Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual, os artigos 36.º-A e 36.º-B, com a seguinte redação:

«Artigo 36.º-A

Licenças coletivas com efeitos alargados

- 1 - Sempre que a lei expressamente o previr, uma entidade de gestão coletiva pode celebrar acordos de concessão de licenças de utilização de obras ou outro material protegido com efeitos alargados a outros titulares de direitos que não a tenham mandatado, presumindo-se, em relação a estes a representação por parte da entidade de gestão coletiva em causa.
- 2 - Salvo disposição especial em contrário, às licenças previstas no número anterior, aplicar-se-á o regime previsto no presente artigo.
- 3 - Apenas pode fazer uso da faculdade prevista no n.º 1 uma entidade de gestão coletiva que seja suficientemente representativa em virtude dos mandatos que lhe foram conferidos para as utilizações objeto da licença, pelos titulares de direitos, da mesma categoria em relação às obras ou prestações em causa.
- 4 - As entidades de gestão coletiva garantem, em cada momento, a igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos, incluindo em relação às condições das licenças.
- 5 - Os titulares de direitos sobre obras ou outros materiais protegidos que não tenham mandatado a entidade de gestão coletiva que concede tais licenças, podem, em qualquer momento, excluí-las da licença prevista no presente artigo, mesmo após a concessão de tal licença ou o início da sua utilização.
- 6 - Para efeitos do previsto no número anterior, devem os titulares de direitos, dirigir uma comunicação à entidade de gestão coletiva em causa, juntando prova da titularidade do direito em questão.
- 7 - A comunicação produz efeitos no prazo de 90 dias, a contar da sua receção por parte da entidade de gestão coletiva, podendo a mesma diferir esse prazo até ao termo do exercício em que é comunicada essa exclusão e sem prejuízo do direito à remuneração pela utilização efetiva da obra ou outro material protegido ao abrigo da licença.
- 8 - As entidades de gestão coletiva que concedam licenças nos termos do presente artigo publicam, no seu sítio na Internet a listagem integral dos titulares de direitos ou das obras e prestações que tenham sido excluídas do âmbito da licença nos termos do número anterior.
- 9 - À fixação de tarifas para as licenças concedidas pelas entidades de gestão coletiva nos termos do presente artigo,

aplica-se o disposto na presente lei, quanto aos critérios e procedimentos de fixação de tarifários gerais.

- 10 - Salvo disposição especial em contrário, os efeitos das licenças conferidas nos termos do presente artigo são limitados a utilizações que ocorram no território nacional.

Artigo 36.º-B

Procedimento e publicitação

- 1 - Seis meses antes de disponibilizarem licenças nos termos do artigo anterior, devem, as entidades de gestão coletiva:
 - a) Requerer à IGAC que lhe seja concedida tal faculdade, demonstrando a sua suficiente representação, nos termos do n.º 3 do artigo anterior e indicando as utilizações objeto das licenças que pretendem conceder, bem como os utilizadores ou categoria de utilizadores em causa;
 - b) Publicitar tal intenção no respetivo sítio na Internet, especificando o objeto das licenças que pretendem conceder, o facto desta poder ser concedida também em representação de titulares de direitos que não tenham conferido mandato à entidade de gestão respetiva e a forma como estes titulares podem exercer o direito previsto no n.º 5 do artigo anterior.
- 2 - Recebido o requerimento referido na alínea a) do número anterior, a IGAC pode, nos trinta dias subsequentes, indeferir a pretensão da entidade de gestão coletiva, com fundamento na sua insuficiente representação ou na falta de preenchimento de outros pressupostos legais.
- 3 - Decorrido o prazo referido no número anterior sem que a IGAC tenha notificado a decisão à entidade de gestão coletiva em causa, considera-se tacitamente deferida a pretensão.
- 4 - A IGAC disponibiliza permanentemente, no seu sítio na Internet, informação atualizada sobre as entidades de gestão coletiva que estão autorizadas a conceder licenças nos termos do artigo anterior, sobre as utilizações objeto de tais licenças e sobre a forma como os titulares de direitos que não tenham conferido mandato às respetivas entidades de gestão podem exercer o direito previsto no n.º 5 do artigo anterior.»

Artigo 7.º

Alterações sistemáticas

São introduzidas as seguintes alterações sistemáticas ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual:

- a) É aditada ao capítulo I do título II, a secção III, com a seguinte epígrafe «utilização de obras fora do circuito comercial», que compreende os artigos 74.º-A a 74.º-D.
- b) É aditada ao capítulo I do título II, a secção IV, com a epígrafe «do acesso a obras audiovisuais através de plataformas de vídeo a pedido e disponibilidade das mesmas», que compreende o artigo 74.º-E,
- c) É aditada ao capítulo III do título II, a secção XI, com a epígrafe «da utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», que compreende os artigos 175.º-A a 175.º-H

Artigo 8.º

Resolução extrajudicial de litígios

Os titulares de direitos, entidades de gestão coletiva e utilizadores, em litígios nacionais ou transfronteiriços em matéria de direitos de autor e direitos conexos, podem voluntariamente recorrer a centros de resolução extrajudicial de litígios, nos quais se incluem a mediação, negociação, a conciliação e a arbitragem, nos termos do disposto na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro e no Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro.

Artigo 9.º

Norma revogatória

São revogados:

- a) A alínea n) do n.º 2 do artigo 2.º, os artigos 49.º e 191.º e os n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 221.º do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual;
- b) O artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro.

Artigo 10.º

Aplicação no tempo

- 1 - Os direitos conferidos no artigo 188.º-A do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na redação dada pela presente lei, são aplicáveis às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez a partir do dia 6 de junho de 2019.
- 2 - Ressalvam-se do disposto no número anterior os direitos já conferidos aos editores de imprensa e de outras obras nos termos do disposto no artigo 82.º do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e na Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, ambas na sua redação atual.
- 3 - No prazo máximo de 90 dias a contar da data de entrada em vigor da presente lei, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos informam os seus utilizadores das condições gerais de utilização dos seus serviços e dão cumprimento ao disposto no artigo 175.º-F do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na redação dada pela presente lei.

Artigo 11.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, com exceção do disposto no artigo 44.º-B do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na redação dada pela presente lei, que entra em vigor a 7 de junho de 2022.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 23 de setembro de 2021

O Primeiro-Ministro

A Ministra da Cultura

O Secretário de Estado dos Assuntos Parlamentares

Lei n.º 82/2021, de 30 de novembro, relativa à fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

1 — A presente lei estabelece:

a) Os procedimentos de fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos;

b) O procedimento administrativo a adotar em caso de disponibilização ilícita de conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, incluindo as obrigações, no âmbito desse procedimento, dos prestadores intermediários de serviços em rede, definidos no n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, na sua redação atual.

2 — O disposto na presente lei não se aplica aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, definidos no n.º 6 do artigo 2.º da 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, os quais são responsabilizados nos termos do artigo 17.º do mesmo diploma e da legislação que o transponha para a ordem jurídica nacional.

3 — A presente lei não prejudica a aplicação do disposto:

a) Na 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, e na legislação que a transponha para a ordem jurídica nacional;

b) No Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual;

c) Na Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito

de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, e na Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, na sua redação atual, que a transpõe para a ordem jurídica nacional;

d) Na Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, e na Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que a transpõe para a ordem jurídica nacional.

Artigo 2.º

Competência

1 — Compete à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC), enquanto entidade de supervisão setorial em matéria de direito de autor e direitos conexos, no âmbito do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, na sua redação atual, a fiscalização, o controlo e a regulação nos termos previstos na presente lei.

2 — Compete ao inspetor-geral das atividades culturais a determinação de remoção ou impedimento de acesso a conteúdos protegidos.

CAPÍTULO II

Supervisão setorial

Artigo 3.º

Poderes de fiscalização e controlo

1 — Sempre que a IGAC, oficiosamente ou na sequência de denúncia, identificar a disponibilização, por um sítio ou serviço Internet, de conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, sem autorização dos titulares desses direitos, notifica o responsável pela disponibilização do conteúdo em causa para, no prazo máximo de 48 horas, fazer cessar essa disponibilização e remover o serviço ou o conteúdo da Internet.

2 — A notificação referida no número anterior deve ainda ser dada a conhecer ao prestador intermediário de serviços de alojamento, sempre que se encontrem disponíveis elementos que o permitam identificar e contactar.

3 — Para efeitos da presente lei, considera-se que disponibiliza ilicitamente conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos quem:

a) Por qualquer forma comunique, coloque à disposição do público ou armazene conteúdos protegidos, sem autorização dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos;

b) Disponibilize serviços ou meios destinados a serem utilizados por terceiros para a violação do direito de autor e dos direitos conexos, ou que se destinem a interferir com o normal e regular funcionamento do mercado de obras e prestações;

c) Disponibilize serviços que visem neutralizar medidas eficazes de carácter tecnológico para a protecção do direito de autor e dos direitos conexos ou dispositivos de informação para a gestão eletrónica de direitos.

4 — Decorrido o prazo previsto no n.º 1 sem que se verifique a cessação da disponibilização, a IGAC notifica os prestadores intermediários de serviços em rede para que removam ou impossibilitem o acesso aos conteúdos em causa, de acordo com os procedimentos previstos no artigo 5.º

5 — Não há lugar à notificação prevista no n.º 1, sendo imediatamente efetuada a notificação aos prestadores intermediários de serviços em rede prevista no número anterior, nas seguintes situações:

a) Quando a aplicação do prazo de 48 horas reduza substancialmente a utilidade da determinação de remoção ou impedimento de acesso, designadamente em virtude de a disponibilização ocorrer em tempo real e por um período limitado;

b) Quando não seja possível obter a identificação e a forma de contactar o responsável pela disponibilização do conteúdo em causa.

6 — Sem prejuízo da possibilidade de recurso aos meios de tutela judicial dos direitos protegidos, não há lugar à notificação dos prestadores intermediários de serviços em rede nos termos e para os efeitos previstos no n.º 4, quando dos elementos constantes do procedimento resultem dúvidas fundadas quanto à titularidade dos direitos em causa ou à legitimidade da utilização dos conteúdos pelo responsável pela sua disponibilização.

7 — Este procedimento não prejudica o apuramento de eventual responsabilidade criminal, nos termos gerais.

Artigo 4.º

Denúncia

1 — O titular do direito de autor ou direito conexo lesado, ou quem o represente, apresenta à IGAC a denúncia da disponibilização ilícita em rede de conteúdo sobre o qual detém a titularidade.

2 — A denúncia deve conter, nomeadamente, os seguintes elementos:

a) Designação do sítio, página ou blogue e nome de domínio e subdomínio, sempre que aplicável, a forma e a localização das obras, prestações artísticas, fonogramas, videogramas ou transmissões, nos

casos previstos na alínea a), ou dos serviços referidos nas alíneas b) e c), todas do n.º 3 do artigo anterior, bem como a data e hora em que foi verificada a respetiva disponibilização;

b) Indicação das ligações, hiperligações, impressões de ecrã e quaisquer elementos aptos a identificar os conteúdos protegidos e o sítio da Internet onde estes se encontram ilicitamente disponibilizados ou os serviços referidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo anterior;

c) Identificação, nos casos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, de uma amostra das obras, prestações artísticas, fonogramas, videogramas ou transmissões ilicitamente disponibilizados, dos respetivos titulares de direitos, e, sempre que aplicável, das entidades de gestão coletiva que os representam;

d) Indicação, sempre que possível e aplicável, do número de obras, prestações artísticas, fonogramas, videogramas ou transmissões disponibilizados no sítio da Internet sem autorização dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos;

e) Identificação, sempre que possível, do alegado responsável pela disponibilização do conteúdo em causa e do prestador intermediário de serviço de alojamento associado ao protocolo de Internet (IP) onde os conteúdos ilícitos se encontram alojados;

f) Declaração, sob compromisso de honra, de que a utilização, no sítio em questão, dos conteúdos protegidos referidos na alínea c) não foi autorizada pelos titulares do direito de autor e dos direitos conexos, nem pelos seus legítimos representantes.

3 — A IGAC dispõe do prazo máximo de 10 dias para a prática dos atos previstos na presente lei, salvo no caso previsto na alínea a) do n.º 5 do artigo 3.º

4 — A decisão final da IGAC que recaia sobre a denúncia é sempre notificada ao denunciante, ao responsável pelo sítio ou serviço da Internet em causa e, sempre que os elementos disponíveis o permitam, ao prestador intermediário de serviços de alojamento.

Artigo 5.º

Deveres dos prestadores intermediários de serviços em rede

1 — Sem prejuízo do cumprimento dos demais deveres legais e regulamentares relativos ao exercício da sua atividade, os prestadores intermediários de serviços em rede estão obrigados a cumprir, no prazo máximo de 48 horas a contar da sua notificação, as determinações do inspetor-geral das atividades culturais no sentido de remover ou impossibilitar o acesso, a disponibilização e a utilização de conteúdo protegido pelo direito de autor e pelos direitos conexos.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, estão obrigados a cumprir as determinações da IGAC para remover ou impossibilitar o acesso a obras ou conteúdos protegidos, designadamente através do impedimento de acesso a determinado localizador uniforme de recursos (URL) ou sistema de nomes de domínio (DNS) associado, ou de acesso a conteúdos disponibilizados por determinado IP, os seguintes prestadores intermediários de serviços em rede:

- a) Prestadores intermediários de serviços de simples transporte, e os que prestem o serviço de acesso à Internet;
- b) Prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede;
- c) Prestadores intermediários de serviços de armazenagem a título principal, intermediária ou outro, desde que o conteúdo protegido se encontre armazenado nos seus servidores.

3 — A remoção ou o impedimento de acesso aos conteúdos disponibilizados, através do impedimento de acesso a um determinado IP, está condicionada à verificação de que aquele endereço é típica e essencialmente, ou reiterada e recorrentemente, utilizado para a disponibilização ilícita de obras ou outro material protegido pelo direito de autor e pelos direitos conexos, sendo inexistentes ou marginais outras utilizações.

4 — Incumbe ainda aos prestadores intermediários de serviços em rede:

- a) Informar de imediato a IGAC quando tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam, sempre que exista ilicitude manifesta;
- b) Satisfazer os pedidos de identificação dos destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem.

5 — Nos casos previstos na alínea a) do n.º 5 do artigo 3.º, os prestadores intermediários de serviços em rede devem adotar as medidas referidas no n.º 2, no mais curto prazo possível, após a notificação da determinação da IGAC.

6 — Nenhuma responsabilidade recai sobre o prestador intermediário de serviços em rede pelas medidas adotadas em cumprimento de uma determinação da IGAC.

Artigo 6.º

Vigência das medidas

1 — As medidas adotadas em cumprimento da determinação da IGAC que impliquem a remoção ou o impedimento de acesso a conteúdos ilicitamente disponibilizados vigoram:

a) Nos casos previstos na alínea a) do n.º 5 do artigo 3.º, até à cessação da atividade ilícita que lhes deu origem, mas nunca por um prazo superior a 48 horas;

b) Nos restantes casos, pelo prazo máximo de um ano, salvo se, no decurso deste prazo, quem tiver interesse jurídico na manutenção daquele conteúdo em linha demonstrar que pôs termo à conduta ilícita;

c) Em qualquer caso, até que a cessação dos efeitos da decisão seja determinada pela própria IGAC, ou por qualquer autoridade judicial ou judiciária competente, sem prejuízo de tal autoridade poder ordenar outras medidas de impedimento de acesso.

2 — O disposto nas alíneas b) e c) do número anterior não prejudica a possibilidade de qualquer interessado requerer, antes de decorrido o prazo aí previsto, a prorrogação dos efeitos da decisão, por igual período, devendo para tal demonstrar que continuam a ser disponibilizados ilicitamente conteúdos protegidos pelo direito de autor ou por direitos conexos no sítio ou serviço Internet em causa.

Artigo 7.º

Códigos de conduta e autorregulação

Compete à IGAC estimular e incentivar a criação de códigos de conduta e de acordos de autor-regulação entre prestadores intermediários de serviços de Internet, organismos representativos dos titulares do direito de autor e de direitos conexos e de outros interessados, com vista a agilização dos procedimentos previstos na presente lei.

CAPÍTULO III

Recurso judicial

Artigo 8.º

Recurso da decisão judicial

1 — Das decisões proferidas pela IGAC cabe recurso para o Tribunal da Propriedade Intelectual.

2 — Das decisões proferidas pelo Tribunal da Propriedade Intelectual cabe recurso para o Tribunal da Relação.

Artigo 9.º

Legitimidade

1 — É parte legítima para recorrer das decisões da IGAC quem seja direta e efetivamente prejudicado pela decisão.

2 — São partes contrárias:

a) No recurso das decisões que determinem a remoção ou o impedimento de acesso a conteúdos protegidos, os titulares do direito de autor ou dos direitos conexos, ou as entidades que os representem, que tenham apresentado denúncia nos termos do artigo 4.º;

b) No recurso de decisões de indeferimento de aplicação das medidas, os alegados responsáveis pela disponibilização do conteúdo em causa, designadamente as pessoas ou entidades exploradoras ou titulares dos sítios ou serviços de Internet, páginas ou blogues ou os titulares dos IP através dos quais foi cometida a infração objeto de denúncia.

3 — A título acessório, pode ainda intervir no processo quem, não tendo recorrido da decisão, demonstre ter interesse na manutenção das decisões da IGAC.

4 — O previsto nos números anteriores não prejudica a utilização, pelos interessados, dos meios administrativos ou judiciais a que entendam recorrer para o exercício efetivo dos direitos que invocam.

Artigo 10.º

Prazo

O recurso deve ser interposto no prazo de 30 dias a contar da notificação da determinação de remoção ou impedimento do acesso a conteúdos protegidos ou do seu indeferimento.

CAPÍTULO IV

Ilícito contraordenacional

Artigo 11.º

Contraordenações

1 — Constitui contraordenação punível com coima de € 5000 a € 100 000 a violação do disposto nos n.ºs 1, 2, 4 e 5 do artigo 5.º

2 — Compete à IGAC a instrução dos processos de contraordenação relativos às infrações previstas no número anterior e a aplicação de coimas.

3 — É subsidiariamente aplicável o regime geral das contraordenações, designadamente em matéria de recurso, não se aplicando às decisões previstas no presente artigo o disposto no capítulo III da presente lei.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 12.º

Direito subsidiário

É subsidiariamente aplicável o Código do Processo Civil em tudo o que não se mostre expressamente regulado no capítulo III da presente lei.

Artigo 13.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 60 dias após a sua publicação.

Aprovada em 22 de outubro de 2021.

O Presidente da Assembleia da República,
Eduardo Ferro Rodrigues.

Promulgada em 23 de novembro de 2021.

Publique-se.

O Presidente da República,
MARCELO REBELO DE SOUSA.

Referendada em 25 de novembro de 2021.

O Primeiro-Ministro,
António Luís Santos da Costa.

114771488



**Universidade
Europeia**

