

Direitos de autor em ambiente digital: desenvolvimentos recentes na legislação comunitária

Jorge Resende

Biblioteca de Arte
Fundação Calouste Gulbenkian
Av. de Berna, 45 – A
1067-001 Lisboa
Tel. 217823484

Email: jresende@gulbenkian.pt

Manuel Lopes Rocha

PLMJ- Sociedade de Advogados, RL
Av. da Liberdade, 224
Edifício Eurolex
1250-148 Lisboa
Tel. 213197300

Email: manuel.lopesrocha@plmj.pt

RESUMO

O presente texto visa enquadrar e apresentar recentes desenvolvimentos na legislação do direito de autor da CE com implicações para os projectos de digitalização em larga escala realizados por bibliotecas e arquivos. Numa primeira parte são problematizadas as novas questões de direitos de autor em ambiente digital, em especial as colocadas pelas obras órfãs e pela publicação electrónica. Nos pontos seguintes apresentam-se as tomadas de posição por parte de entidades internacionais representativas de bibliotecas e arquivos relativamente a obras órfãs, obras fora do circuito comercial, publicação e empréstimo electrónico e extensão do prazo de protecção dos fonogramas. Conclui-se que o caminho que está a ser delineado passa por soluções de licenças colectivas e que, assentando estas no princípio da negociação entre as partes interessadas, importa que as bibliotecas, arquivos, profissionais destas áreas e entidades representativas acompanhem de perto e sejam parte activa, a nível nacional e internacional, nos debates em curso, de forma a poderem assegurar o seu papel e missão.

PALAVRAS-CHAVE: direito de autor; Comunidade Europeia ; bibliotecas digitais

ABSTRACT

This text aims to frame and present recent developments in EC copyright law with implications for mass digitization projects undertaken by libraries and archives. In the first part are problematized new issues of copyright in the digital environment, in particular those related to orphan works and electronic publication. The following points summarize the positions adopted by international organizations representing libraries and archives in relation to orphan works, out-of-commerce works, electronic publishing and loan and extension of the term of protection of phonograms. As a conclusion is noted that as the path that is being outlined passes through collective licensing solutions based on the principle of negotiation among stakeholders, libraries, archives and professional organizations representing these areas must closely

monitor and be part active, nationally and internationally, in the debate, so that they can ensure their role and mission.

KEYWORDS: copyright; European Community; digital libraries

INTRODUÇÃO

O debate sobre o impacto do quadro legal nas bibliotecas e arquivos insere-se na preocupação crescentemente manifestada pelos órgãos e países comunitários sobre as questões ligadas à preservação, acesso e divulgação do património europeu, traduzida em iniciativas que buscam viabilizar e concretizar projectos de digitalização em larga escala, conforme reflectido no lançamento da i2010 Digital Library Initiative e do portal Europeana. As bibliotecas, arquivos e entidades representativas têm participado neste esforço, enquanto instituições com finalidades essencialmente culturais e educativas e vocacionadas para a promoção do acesso à informação e à cultura e tendo naturalmente em conta o valioso património constituído pelos seus fundos.

Entidades como a Eblida, a IFLA, a JISC (*The Joint Information Systems Committee of the UK's Higher Education Councils*), ou a Liber, frequentemente em colaboração com outras organizações vocacionadas para a representação dos interesses dos utilizadores finais da informação e para a promoção do acesso à informação electrónica (*Consumer Focus, Electronic Frontier Foundation, Open Rights Group*, entre outros), têm participado activamente neste debate, apresentando propostas que, sob o seu ponto de vista, asseguram o necessário equilíbrio entre a protecção dos direitos autorais e o interesse público.

DIREITOS DE AUTOR EM AMBIENTE DIGITAL: MUDANÇAS DE PARADIGMA

Temos, por vezes, a ideia que os problemas do Direito de Autor no mundo digital em que vivemos assentam, exclusivamente, na circunstância de ser um direito assente no princípio da territorialidade, donde incapaz de fazer face a práticas transnacionais e de os seus

quadros pensados, maioritariamente, para o livro em papel, não servirem ou serem insuficientes para contrariar a cópia desenfreada e incontrolável que o “digital” permite. Mas esta é, não sendo totalmente falsa, a espuma sensacionalista da abordagem imediata.

A verdade é que outras e bem mais interessantes questões se colocam no cruzamento entre o Direito de Autor e, por exemplo, as bibliotecas e os arquivos nesta civilização digital em que vivemos. A verdade é que a própria ideia do livro, como o fomos conhecendo e manuseando, ao longo de anos, poderá estar a mudar, não só pelo influxo das tecnologias digitais mas, também, porque a longa crise que atravessamos e atravessaremos pode contribuir para uma maior implantação do livro electrónico. A própria relação do leitor com o livro está a mudar, imiscuindo até considerações crepusculares sobre o fim da propriedade.

Na verdade, o livro digital ou electrónico deixará de ser um objecto da propriedade do adquirente, quanto ao suporte, pois a propriedade “autoral” nunca seria sua, para ser um “serviço” que o “utilizador” (outro nome que muda...) carrega no seu *device*. Ou seja, como o célebre actor Bruce Willis terá descoberto, não poderemos deixar, em herança, a nossa biblioteca digital aos nossos herdeiros e esta pode mesmo ser depauperada, se se repetirem os episódios, estranhamente irónicos, do desaparecimento no Kindle do célebre 1984 de George Orwell. Também o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa não poderia legar a sua biblioteca, se acaso ela fosse digital, ao Município de Celorico da Beira. Curiosamente, tudo isto ocorre em nome, e na prática, da defesa do Direito de Autor, o que não deixa de ser uma curiosa *révanche* tecnológica do velho Direito da família de La Fontaine sobre o mundo digital que tanto o ameaça...

De todo o modo, o que ora nos preocupa tem a ver, sobretudo, com a *démarche* da digitalização de obras por bibliotecas e arquivos, uma hercúlea tarefa que a Google iniciou e que está hoje no primeiro plano das preocupações de quem vive e labora nestas áreas. A verdade é que nem todas as obras estão protegidas pelo Direito de Autor. Ou seja, obras há cuja digitalização, ou qualquer forma de utilização, não exige qualquer consentimento dos titulares daqueles direitos, pode ser livremente digitalizada pelas bibliotecas e arquivos, ou por que nunca houve mesmo direitos autorais ou porque estes caíram no domínio público. Mas aqui começa uma discussão, ainda que subtil, sobre o “renascimento” ou a modelação de novos direitos para-autorais dessas instituições, afinal uma “tentação” que já ocorreu, em seu tempo, com os museus. No entanto, se uma espécie de novo direito de autor seria nesta área impossível, pois nunca é demais referir que estes são direitos de *numerus clausus*, nada impede que bibliotecas e arquivos procurem fontes de financiamento desses investimentos, seja em parcerias, seja no marketing ou na publicidade.

Todavia, os direitos de autor são longevos, perduram, e, por isso, a digitalização de obras será ilegal se não contar com a anuência dos titulares desses direitos ou de quem os representar. Os direitos de autor, também nunca é tarde para o recordar, são direitos económicos, exclusivos e monopolistas. As excepções são, também elas, um *numerus clausus* e, esse, hoje, é tutelado por

Bruxelas. Em Portugal, há, por vezes, quem pense que é possível criar excepções ad hoc e até quem o pratique, seja o legislador, seja o julgador. Mas é um erro de óbvias consequências, e que nem por ser tentado o legítima.

Duas das prerrogativas autorais que cumpre aqui considerar são os consabidos direitos de reprodução e direitos de comunicação ao público, ou de colocação à disposição do público, um direito *made in Internet*. A verdade é que o nosso habitual “etnocentrismo” levamos a centrar a análise no autor, essa figura que os novos tempos também ameaçam diluir, para usar uma expressão do direito das marcas. E quem nos diz que os autores não são, hoje, também eles, marcas? Contudo, se estivermos em presença de obras sonoras e audiovisuais o direito de autor não está sozinho, coexiste com direitos vizinhos de produtor e de artista, direitos outrora conexos, vizinhos, e enfim, algo periféricos, mas que hoje ameaçam destronar o antigo “terra tenente”, o autor.

Como se disse, o Direito de Autor, as suas leis, contemplam excepções e algumas, seguramente, aproveitam a bibliotecas e arquivos. Mas é um aproveitamento em pequena escala, inaplicável à digitalização em massa. Contudo, a digitalização em massa reservava-nos, ainda, uma problemática que só é verdadeiramente aguda nesta sede, ou seja, o que fazer, ou como fazer, com as obras órfãs? O próprio nome é algo equívoco, melhor seria falar de direitos órfãos, ou seja há uma obra cujo titular ignoramos. Ora, se o ignoramos tal não significa que dela nos possamos apropriar, é mister indagar a titularidade, pois a utilização abusiva é proibida e pode levar a sanções de monta.

Por vezes, pensamos que estas matérias são puramente teóricas, boas para ocupar investigadores e de escasso interesse prático. Mas não é assim. Nem se pense que a problemática dos direitos órfãos ou das obras órfãs tem a ver, só, com o decurso do tempo, ou com o risco de que afinal Max Brod seja Kafka, ou que um baú em Lisboa, em Praga ou Telavive revele mais ou outros segredos. A obra órfã nasce todos os dias, quando nas empresas ou nas universidades se escrevem memorandos, estudos ou papers de que nunca se sabe bem, ou não se acerta, quem é o autor, pelo que está longe de ser um tema nebuloso e sem efeito prático. É precisamente o contrário que ocorre.

Ora, quais são as respostas que a lei e a prática vêm oferecendo a esta problemática que a digitalização massiva revelou ou reavivou? Desde logo, cumpre escolher uma data de segurança, como a Universidade de Gand escolheu, 1868, no seu acordo com a Google. Tal acontece para termos a margem de segurança que nos dá a protecção setenta anos post-mortem auctoris. Não devemos esquecer que o Bolero de Ravel, por exemplo, ainda está “activo” na percepção de direitos autorais. Como se sabe, a herança de Ravel é um cutelo permanente sobre as cabeças dos estrénuos defensores dos direitos autorais. Afinal, um génio quando morre pode ter como herdeiros os filhos das diligentes damas-de-companhia.

Uma solução será a de os utilizadores recorrerem a um órgão administrativo ou judicial que autorize tal

digitalização. Mas numa digitalização em massa, tais soluções parecem pouco exequíveis. O mesmo sucede numa curiosa proposta made in USA, isto é, a *limitation – on-remedy rule*. Bem se compreende esta limitação, pois o utilizador de boa-fé, demonstrando ter procurado uma investigação diligente sobre titularidades, escaparia aos consabidos “danos punitivos” de alguma legislação norte-americana, justamente por esta limitação operada pela lei. Uma vez mais, esta solução não garante a segurança jurídica do utilizador e é inviável na utilização em massa. Finalmente, subsiste a solução encontrada e assente na gestão colectiva, mais ou menos obrigatória, isto é, o utilizador faria fé na informação recolhida por estas entidades que emitiriam licenças colectivas de utilização. Também esta solução parece merecer alguma preferência no âmbito da proposta de directiva da Comunidade Europeia sobre certos usos permitidos em sede de obras órfãs (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, 2012a). Repare-se no título, certos usos, também ele uma aproximação prudente a um tema que está longe de ser fácil. Na verdade, esta proposta limita a utilização a entidades que podem usar obras órfãs, ou seja, bibliotecas, estabelecimentos de ensino, museus e arquivos acessíveis ao público, instituições depositárias do património cinematográfico e organismos de radiodifusão de serviço público. Nada na proposta inicial se referia a obras musicais e fotografias, donde uma limitação óbvia, sendo que os fonogramas foram acrescentados no texto de compromisso tornado público em Junho último (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, 2012a). Muito importante é, na proposta de directiva e suas evoluções, a noção de pesquisa diligente, facilitada pela chamada regra da primeira difusão, isto é, tal pesquisa diligente deve limitar-se ao país no qual a obra foi publicada pela primeira vez. Mas esta é só uma solução europeia, quando está em causa, e não pode deixar de o estar, a interoperabilidade à escala mundial. Neste caso, outras soluções que não legislativas têm de ser procuradas, como a das licenças internacionais.

Embora tenha a mesma raiz, a problemática do livro electrónico tem outros ângulos de análise, embora lhe aproveitem as considerações tecidas, mesmo a propósito das obras órfãs. Se é certo que as leis em estudo, bem como a proposta de directiva, não se dirigem a entidades comerciais, um editor deve ter em atenção todos estes princípios quando e propõe “editar” um e-book. Mas, como dissemos, a raiz tecnológica é próxima, ainda que não exactamente coincidente.

Como se sabe, grande parte da digitalização de obras e posterior utilização neste formato é feita através de acordos, alguns deles de grande dimensão e que suscitaram dúvidas e pleitos judiciais. Aqui os problemas radicam no modo de cálculo dos direitos patrimoniais e até num novo enquadramento de direitos morais, como, por exemplo, a passagem de publicidade no écran, enquanto leitor vira as páginas.

Finalmente, depois de um significativo contencioso sobre direitos de autor, hoje mais ou menos apaziguado, com os grande actores da edição digital, temos agora a problemática da fixação dos preços, num mercado cada vez maior e em expansão, ou seja, o contencioso das *ententes* sobre os preços entre editores e a Apple, por exemplo, tendo como pano de fundo a luta entre estes

dois colossos modernos da edição, a Amazon e a Apple. Num mundo em acelerada mutação, a Kodak definha e são a Nokia, a Apple ou a Samsung os maiores produtores mundiais de máquinas fotográficas, a Apple já é o maior vendedor de música à escala planetária, a mesma Apple e a Amazon serão, ou já são, os maiores editores do planeta. No horizonte, imiscui-se o receio antigo, dos primórdios da Sociedade da Informação, da balcanização e verticalização da Cultura.

OBRAS ÓRFÃS E OBRAS FORA DO CIRCUITO COMERCIAL

Dois temas têm sido particularmente relevantes no âmbito da discussão sobre projectos de digitalização em larga escala por bibliotecas e arquivos: o das denominadas obras órfãs, conforme já referido, e o das obras fora do circuito comercial. Ambos têm fortes implicações na viabilização desta actividade por instituições públicas ou vocacionadas para o interesse público e para o acesso à cultura e, simultaneamente, a sua discussão traduz a dificuldade em compatibilizar, num mesmo quadro legal comunitário, as diferentes tradições e práticas nacionais (INSTITUTE FOR INFORMATION LAW, 2010, 4-9), conforme referido no ponto anterior:

- licenciamento colectivo alargado a autores não representados pelas entidades de gestão;
- concessão de protecção jurídica em caso de violação involuntária de direitos autorais
- obtenção de uma licença obrigatória para a utilização de uma obra órfã junto de um organismo oficial;
- responsabilidade limitada (regra que limita a responsabilidade dos que usam uma obra órfã depois de uma busca sem sucesso;
- introdução de uma excepção ou limitação estatutária que permita a reutilização das obras órfãs sob determinadas condições estritas.

A urgência colocada pelas bibliotecas em encontrar soluções para a disponibilização de obras órfãs compreende-se facilmente se se tiver em conta o impacto da existência deste tipo de documentos. Refiram-se apenas dois factos significativos:

- de acordo com um estudo pioneiro realizado pelo JISC e abrangendo 503 entidades com colecções documentais existentes no sector público do Reino Unido, 5 a 10% das obras existentes são órfãs (JISC, 2009, 6), estimando-se ainda que mais de 40% das obras existentes na British Library caibam na mesma categoria (JISC, 2009, 12);
- no mesmo estudo refere-se ainda que é necessário cerca de meio-dia de trabalho para tentar localizar os detentores de direitos sobre uma obra deste tipo (idem, 6).

O debate sobre este tópico culminou na apresentação, em 2011, da “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs” (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, 2011b). Esta proposta, após negociações com as partes interessadas, originou um texto consolidado de compromisso publicado em 2012 (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu 2012a). As tomadas de posição da Europeia, Eblida, *Informations sans Frontières* e outras entidades representativas de bibliotecas e arquivos (INFORMATION SANS FRONTIÈRES, 2012, EBLIDA et al., 2011) reflectem uma posição crítica e

defendem que a aplicação do texto não irá permitir criar um quadro legal que possibilite a digitalização e disponibilização de um número significativo de obras órfãs existentes em instituições públicas europeias, mediante, nomeadamente, os denominados projectos de digitalização em larga escala. Isto, apesar de o texto institucionalizar alguns pontos positivos:

- é criada uma excepção para a utilização de obras órfãs para fins culturais e educativos por parte de entidades públicas: bibliotecas, museus, arquivos, estabelecimentos de ensino, instituições responsáveis pelo património cinematográfico e organizações de radiodifusão de serviço público;
- a excepção é transfronteiras, considerando-se que, uma vez que uma obra seja considerada órfã num dos Estados membros, deverá sê-lo nos restantes;
- o âmbito do texto de compromisso foi alargado, em relação ao da proposta de 2011, abrangendo agora: obras publicadas sob a forma de livros, folhetos, jornais, revistas ou outros escritos e que estejam contidas nas colecções de bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público; obras cinematográficas ou audiovisuais e fonogramas existentes em colecções de bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público, bem como em colecções de arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou áudio; obras cinematográficas ou audiovisuais e fonogramas produzidos por organismos de radiodifusão de serviço público antes de 31 de Dezembro de 2002 e contidas nos seus arquivos.

Consideram-se como sendo as principais limitações da proposta de directiva:

- na proposta inicial, a utilização de uma obra órfã (no quadro da directiva), não implicava qualquer compensação, salvo se algum detentor de direitos surgisse posteriormente e a exigisse, a qual respeitaria somente a utilizações posteriores; pelo contrário, no texto final é sempre obrigatória uma compensação que abrange as utilizações anteriores ao “aparecimento” do detentor de direitos; esta situação dúbia e as especificações pouco claras sobre este ponto desencorajam naturalmente as iniciativas de digitalização de colecções, introduzindo um alto grau de incerteza quanto aos custos reais envolvidos;
- embora sejam autorizadas parcerias entre instituições públicas e privadas com vista ao financiamento dos projectos de digitalização, a proposta define regras estritas para que nenhuma entidade comercial possa lucrar com esta actividade; autoriza-se somente que entidades com fins lucrativos procedam a patrocínios “pro bono” ou a doações pura e simples de recursos, não se tendo em conta a importância económica da colaboração contratual entre as instituições públicas e empresas;
- um terceiro conjunto de aspectos está relacionado com as “pesquisas diligentes” necessárias para determinar se uma obra é órfã e com o registo deste estatuto e das utilizações da obra; com efeito, as pesquisas diligentes exigidas para todos as obras integradas noutras (quase metade dos livros publicados contém, por exemplo, ilustrações, grande parte das quais sem autoria desconhecida ou cujos criadores não estão registados como co-autores) não são possíveis utilizando pesquisas automatizadas o que torna impraticáveis os projectos de digitalização em larga escala para fins educacionais e culturais; por fim, a exigência de

requisitos detalhados para o registo e utilização das obras órfãs – fornecimento dos registos das pesquisas diligentes a agências nacionais que os transmitirão a um organismo europeu para inclusão numa base de dados de acesso público – é de difícil implementação e envolve custos elevados.

Um segundo texto fundamental nesta área é o *Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works* (Key principles on the digitisation and making available of out-of-commerce works, 2011), que representa um compromisso assinado em Setembro de 2011 pelas mais representativas organizações europeias ligadas a bibliotecas e arquivos (Liber, CENL, Eblida), a autores (EWC, EFJ, EVA) e editores (FEP, EPC, STM, IFFRO). O memorando diz respeito a obras que, embora estejam ainda protegidas, não se encontram comercialmente disponíveis por autores e editores terem decidido não publicar novas edições ou vender exemplares através dos circuitos normais de comercialização, independentemente do facto de existirem cópias tangíveis em bibliotecas e entre o público (incluindo aqui livrarias de venda de obras usadas ou alfarrabistas).

Este acordo, que abrange livros e periódicos científicos, é considerado pelas bibliotecas como um primeiro passo positivo para o desenvolvimento de mecanismos eficientes de gestão colectiva de direitos e que pode contribuir para a viabilização de projectos de digitalização em larga escala. Trata-se de um documento muito geral e que assenta no reconhecimento dos seguintes princípios e aspectos:

- considera-se e encoraja-se como mecanismo fundamental para a digitalização e disponibilização a celebração de contractos voluntários de licenciamento colectivo, mediante negociação entre as partes envolvidas;
- o reconhecimento deste estatuto de uma obra é determinado pelas condições e mecanismos existentes ou a implementar no país da primeira publicação de uma obra;
- encara-se a necessidade de encontrar soluções para que as entidades de gestão colectiva possam representar autores que não estejam nelas inscritos;
- reconhece a necessidade de existência de legislação que assegure segurança jurídica às partes que celebrarem de boa-fé acordos para disponibilização transfronteiras.

PUBLICAÇÕES ELECTRÓNICAS

Na sua conferência anual de 2012 a Eblida lançou uma campanha destinada a chamar a atenção de políticos e cidadãos sobre os riscos e ameaças que representa para a actividade e missão das bibliotecas a actual situação legal e de mercado relativa aos livros electrónicos, tendo simultaneamente divulgado um folheto de informação com as principais questões que este assunto coloca (EBLIDA, 2012a, EBLIDA, 2012b). Face à complexidade e indefinição legal existente, que dificulta o papel das bibliotecas no cumprimento de serviços essenciais à nossa sociedade na era digital, a Eblida sugere: "Um memorando de entendimento com a Federação dos Editores Europeus, com vista a um “Justo Modelo de Licenciamento”; uma actualização do regime de direito de autor para livros electrónicos, empréstimo electrónico e conteúdos digitais, para que

as bibliotecas continuem a prestar os seus serviços a todos os cidadãos Europeus." (EBLIDA, 2012a); relembre-se que, em Setembro do corrente ano, a Comissão concluiu, numa primeira análise, da existência de práticas concertadas ilegais da HarperCollins, Macmillan, Simon & Schuster e Apple, com o objetivo de subir os preços dos livros electrónicos (UNIÃO EUROPEIA. Departamento de Comunicação, 2011, FLOOD, 2012)

As implicações para a bibliotecas da complexidade e indefinição legal da publicação electrónica e o correspondente debate em curso (HAMAKER, 2011, IFLA, 2012, MÜLLER, 2011) derivam essencialmente de, com a publicação electrónica, se assistir à substituição da aquisição de obras em suportes tangíveis pela subscrição de serviços de acesso, que, se por um lado possibilitam um acréscimo de funcionalidades, por outro limitam a liberdade de selecção de obras e o controlo sobre a autenticidade dos conteúdos. Ademais, assiste-se a uma mudança radical de paradigma legal: a base legal dos direitos de autor, que regulava a utilização das obras pelas bibliotecas é substituída, em grande parte, pelas condições específicas de cada contrato estabelecido com os fornecedores.

No que diz respeito ao empréstimo electrónico, e dado que este é um serviço, o conceito de esgotamento não se aplica aqui; as bibliotecas só podem adquirir o objecto digital, o livro electrónico ou a revista electrónica mediante uma licença com o autor ou com outros detentores de direitos. Estes podem assim livremente decidir se querem permitir o acesso a uma determinada obra e decidir as condições desse acesso. Como tal, a política de aquisições pode ser decidida pelo editor e não pelas bibliotecas (EBLIDA, 2012b).

EXTENSÃO DO PRAZO DE PROTEÇÃO DE FONOGRAMAS

Enquanto tema particularmente ilustrativo dos vários interesses em jogo no âmbito do direito de autor e alvo de resolução recente, deve ainda referir-se a promulgação da extensão do prazo de protecção dos fonogramas de 50 para 70 anos, decidida em 2011 (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, 2011a), abrangendo os direitos dos artistas/intérpretes ou executantes e dos produtores. A posição das entidades representativas de bibliotecas e arquivos foi muito crítica (EBLIDA et al, . 2009).

Com efeito, conforme referido na Carta sobre Criatividade, Inovação e Propriedade Intelectual do Adelphi (ADELPHI CHARTER, 2005), elaborada por um conjunto de especialistas nas áreas das artes, indústrias criativas, economia, ciência, investigação e desenvolvimento, tecnologia, direito, sector público, educação e direitos humanos - os "direitos de autor e patentes devem ser limitados no tempo e os seus prazos de protecção não se devem estender para além do que é proporcional e necessário", havendo lugar a "uma presunção automática contra a criação de novas áreas de protecção da propriedade intelectual, contra a extensão dos privilégios existentes ou do prolongamento da duração dos direitos. O ónus da prova, em tais casos, cabe aos defensores de mudanças. As alterações devem apenas ser autorizadas se uma análise rigorosa demonstrar claramente que elas

promoverão os direitos fundamentais das pessoas e o bem-estar económico" (ADELPHI CHARTER, 2005).

Importa salientar, neste âmbito, que estudos independentes que se têm debruçado sobre o alargamento dos prazos de protecção e, especificamente sobre os relativos a fonogramas, demonstram o seguinte:

- de acordo com um relatório elaborado em 2006 a pedido da DG Mercado Interno (INSTITUTE FOR INFORMATION LAW, 2006, p. III-V), embora a proposta de alargamento agora em discussão vise, alegadamente, melhorar a situação dos artistas/intérpretes e executantes e, em especial dos músicos contratados, os proveitos financeiros para a maioria das pessoas integradas nestes grupos será insignificante; de facto, esta medida beneficiará essencialmente as grandes empresas produtoras de fonogramas e os artistas/intérpretes já internacionalmente consagrados;
- um estudo elaborado no mesmo ano pelo *CIPIL-Centre for Intellectual Property and Information Law* a pedido do governo do Reino Unido (CIPIL, 2006, 56), conclui que o alargamento do prazo de protecção para mais de 50 anos poderá causar um prejuízo significativo no bem-estar social e económico dos países da CE, não sendo claro que venha a beneficiar artistas/intérpretes e executantes;
- segundo um estudo realizado pela Biblioteca do Congresso em 2005 (BROOKS, 2005), está ainda por provar que o alargamento do prazo de protecção traga para a esfera cultural materiais até agora inacessíveis e promova a diversidade cultural – uma das alegações dos defensores da proposta- tendo em conta a existência de um escasso interesse económico na reedição e divulgação de gravações históricas, situação ainda mais complexa em muitos países europeus, onde certos grupos linguísticos têm bases de mercado muito pequenas; com efeito, este estudo conclui que somente 10% ou menos das gravações sonoras foram disponibilizadas pelos detentores de direitos para os períodos anteriores à II Grande Guerra, aproximando-se esta percentagem dos 0% para os períodos anteriores a 1920 (BROOKS, 2005, 13-14).

CONCLUSÕES

Importa concluir que, conforme esclarecimento da Comissão Europeia (UNIÃO EUROPEIA. Comissão, 2011), o caminho que está a se delineado para os projectos de digitalização em larga escala passa por soluções de licenças colectivas. Ou seja, neste tipo de projectos, as obras órfãs são naturalmente incluídas no conceito de obras fora do circuito comercial, respondendo a directiva e o memorando de entendimento a necessidades diferentes: "The orphan works proposal aims to clarify the situation where the holder of rights in a work is not known or can no longer be located. This situation, while not new, has been brought to the fore by the advent of digital technologies and the possibilities they offer for relatively old or unknown works to be digitised and made available online. It was therefore essential to propose legislation in order to address this very specific situation and provide the necessary mechanisms for libraries and other cultural institutions to determine the orphan status of works and be able to use them without the risk of infringing copyright. In the case of out-of-commerce works, the needs are different. These are the needs of

"mass digitisation", for instance of important parts of a library's collection. We are trying to provide a licensing solution for works which, while normally being under copyright, are no longer in commerce. The challenge that must be addressed is how to facilitate these licenses, taking into account that often they will need to cover a large number of works and different right holders. This is what the MoU sets out to do." (Idem).

Significativamente, legislação que permite a utilização de licenças alargadas a autores não registados em entidade de gestão colectiva de direitos está presentemente a ser debatido no Reino Unido (REINO UNIDO. Intellectual Property Office, 2012, p.10-11), país que se tem oposto a este procedimento e, em França, a lei recentemente promulgada com vista a possibilitar a digitalização em larga escala foi antecedida de negociações entre as diversas partes, com base no contido no MoU (GUIBAULT, 2012). Acresce a estes factos o da recente apresentação de uma proposta de directiva destinada a regular o funcionamento das entidades de gestão colectiva e que contempla igualmente as licenças alargadas a autores não registados.

Por fim, realce-se a necessidade de as bibliotecas, arquivos, profissionais destas áreas e entidades representativas acompanharem de perto e serem parte activa, a nível nacional e internacional, nos debates em curso, de forma a poderem assegurar o seu papel e missão. É um debate de interesses, facto bem demonstrado pelas recentes questões em aberto a propósito da publicação electrónica.

REFERÊNCIAS

ADELPHI CHARTER - Adelphi Charter on creativity, innovation and intellectual property [Em linha]. London : Adelphi Charter, 2005. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://sitoc.biz/adelphicharter/adelphi_charter_document.asp.htm](http://sitoc.biz/adelphicharter/adelphi_charter_document.asp.htm)

BROOKS, Tim - Survey of Reissues of US Recordings [Em linha]. Washington : Council on Library and Information Resources, Library of Congress. 2005. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.loc.gov/rr/record/nrpb/pub133.pdf](http://www.loc.gov/rr/record/nrpb/pub133.pdf)

CIPIL - Gowers Review of Intellectual Property : study for the UK HM Treasury [Em linha]. Norwich : HMSO, Licensing Division, 2006. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf)

EBLIDA, et al. - Reject the Term Extension Directive [Em linha]. Jan. 2009. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.openrightsgroup.org/2009/01/21/consumers-citizens-and-information-professionals-around-the-world-unite-to-condemn-copyright-extension/](http://www.openrightsgroup.org/2009/01/21/consumers-citizens-and-information-professionals-around-the-world-unite-to-condemn-copyright-extension/)

EBLIDA; LIBER; ENCES – Statement on orphan works directive proposal [Em linha]. The Hague : Eblida, 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.libereurope.eu/sites/default/files/Statement%20on%20Orphan%20Works%20Directive%20proposal_EBLIDA-LIBER-ENCES.pdf](http://www.libereurope.eu/sites/default/files/Statement%20on%20Orphan%20Works%20Directive%20proposal_EBLIDA-LIBER-ENCES.pdf)

EBLIDA (2012a) – E-books in libraries : a European campaign by Eblida [Em linha]. The Hague : Eblida,

2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.eblida.org/e-books-in-libraries.html](http://www.eblida.org/e-books-in-libraries.html)

EBLIDA (2012b) – E-publishing and the challenges for libraries [Em linha]. The Hague : Eblida, 2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.eblida.org/e-books-in-libraries.html](http://www.eblida.org/e-books-in-libraries.html)

FLOOD, Alison - Ebook prices under more pressure after European Commission statement. The Guardian [Em linha]. 19-09-2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.guardian.co.uk/books/2012/sep/19/ebook-prices-european-commission-apple?newsfeed=true](http://www.guardian.co.uk/books/2012/sep/19/ebook-prices-european-commission-apple?newsfeed=true)

GUIBAULT, Lucie – France solves its XXe century book problem! Kluwer Copyright Blog [Em linha]. 12-04-2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://kluwercopyrightblog.com/2012/04/13/france-solves-its-xxe-century-book-problem/](http://kluwercopyrightblog.com/2012/04/13/france-solves-its-xxe-century-book-problem/)

HAMAKER, Charles - Ebooks on Fire : controversies surrounding Ebooks in libraries. Searcher [Em linha]. Vol.19, nº 10, Dez. 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.infotoday.com/searcher/dec11/Hamaker.shtml](http://www.infotoday.com/searcher/dec11/Hamaker.shtml)

IFLA - IFLA E-lending background paper [Em linha]. The Hague : IFLA, 2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.ifla.org/files/clm/publications/ifla-background-paper-e-lending-en.pdf](http://www.ifla.org/files/clm/publications/ifla-background-paper-e-lending-en.pdf)

INFORMATION SANS FRONTIÈRES - The Orphan Works Directive: a response from Information Sans Frontières : 22 June 2012 [Em linha]. [S.l.] : Information sans Frontières, 2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://informationsansfrontieres.eu/2012/06/22/a-response-from-information-sans-frontieres-to-the-final-compromise-text-of-the-orphan-works-directive-4/](http://informationsansfrontieres.eu/2012/06/22/a-response-from-information-sans-frontieres-to-the-final-compromise-text-of-the-orphan-works-directive-4/)

INSTITUTE FOR INFORMATION LAW - The copyright conundrum of digitizing large-scale audiovisual archives, and how to solve it [Em linha]. Amsterdam : Institute for Information Law, 2010. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.ivir.nl/publications/vangompel/the_orphan_works_problem.pdf](http://www.ivir.nl/publications/vangompel/the_orphan_works_problem.pdf)

INSTITUTE FOR INFORMATION LAW - The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy: final report [Em linha]. Amsterdam : University of Amsterdam, 2006. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf](http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf)

JISC - In from the Cold: an assessment of the scope of 'Orphan Works' and its impact on the delivery of services to the public [Em linha]. Bristol : JISC, 2009. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://sca.jiscinvolve.org/wp/ipr-publications/files/2009/06/sca_colltrust_orphan_works_v1-final.pdf](http://sca.jiscinvolve.org/wp/ipr-publications/files/2009/06/sca_colltrust_orphan_works_v1-final.pdf)

Key principles on the digitisation and making available of out-of-commerce works : memorandum of understanding [Em linha]. Brussels, 20-09-2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf)

MÜLLER, Harald - e-Books and library / interlibrary loan : the legal side [Em linha]. The Hague : IFLA, 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://conference.ifla.org/past/ifla77/202-muller-en.pdf](http://conference.ifla.org/past/ifla77/202-muller-en.pdf)

REINO UNIDO. Intellectual Property Office - Consultation on Modernising Copyright : government policy statement [Em linha]. Newport, IPO, 2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright.pdf](http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright.pdf)

UNIÃO EUROPEIA. Comissão - Memorandum of understanding (MoU) on key principles on the digitisation and making available of out-of-commerce works : frequently asked questions : MEMO/11/619, 20/09/2011[Em linha]. Brussels, 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/619&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/619&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en)

UNIÃO EUROPEIA. Departamento de Comunicação - Antitrust: Commission opens formal proceedings to investigate sales of e-books : IP/11/1509 [Em linha]. Brussels : 06/12/2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1509](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1509)

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu (2011a) ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directiva 2011/77/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro de 2011 que altera a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos [Em linha]. Bruxelas, 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:PT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:PT:PDF)

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu (2011b) ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs : COM(2011) 289 final, 24.5.2011 [Em linha]. Bruxelas, 2011. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:pt:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:pt:PDF)

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu (2012a) ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Directive 2012/.../EU of the European Parliament and of the Council of on certain permitted uses of orphan works [Em linha]. Brussels, 2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st10/st10953.en12.pdf](http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st10/st10953.en12.pdf)

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu (2012b) ; UNIÃO EUROPEIA. Conselho - Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market : COM(2012) 372 final [Em linha]. Brussels : 11.7.2012. [Consult. 29 de Set. 2012]. Disponível em [www: http://www.ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_en.pdf)