

Parecer da Ordem dos Advogados

I.

A Assembleia da República, através da *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre o Projecto de Lei (PdL) n.º 787/XIV/2.^a (PCP) que estabelece o regime jurídico de partilha de dados informáticos.

Da Exposição dos Motivos consta o seguinte:

O acesso à Cultura e às Artes, nas suas dimensões da criação e da fruição, é um direito e um fator de progresso individual e coletivo, uma vez que contribui para o desenvolvimento e para a dinamização cultural, social e económica. A Constituição da República Portuguesa consagra isso mesmo, no seu artigo 78º.

Ao longo da História se comprovou que a circulação de obras e criações, a difusão do conhecimento, das artes e da cultura, é, em si mesma, um elemento potenciador da criatividade, da elevação da consciência humana, individual e coletiva.

Simultaneamente, a necessidade de proteção dos direitos de autor e direitos conexos não pode ser ignorada, sobretudo tendo em conta que é fruto de trabalho e que, como tal, este deve ser sempre devidamente remunerado.

Tendo em conta estas questões e que a partilha de dados informáticos ou de obras culturais, sem fins comerciais, constitui uma forte expressão da difusão cultural e que a circulação de obras artísticas e culturais constitui, em si mesma, uma mais-valia social e económica para toda a sociedade – da qual não se excluem artistas, autores e produtores – entende o Partido Comunista Português que incumbe ao Estado a regulação do regime de partilha de dados informáticos, salvaguardando o objetivo superior da livre circulação de conteúdos culturais e, simultaneamente, os interesses materiais e morais dos criadores e produtores.



A criminalização da partilha de dados e de obras, particularmente por via telemática, além de se demonstrar cada vez mais ineficaz, é contraditória com os objetivos centrais da política cultural. Posto isto, a política cultural não deve assentar na proteção dos direitos de propriedade, sacrificando a fruição, mas sim na orientação de crescente massificação do acesso e fruição culturais, salvaguardando os direitos de propriedade intelectual.

O PCP não considera antagónica a partilha livre com os direitos dos autores/artistas/produtores, defendendo a necessidade de remuneração de autores, artistas, criadores, produtores e outros titulares de direito de autor e direitos conexos. Considera o PCP que é possível encontrar soluções distintas e mais justas num contexto em que a perceção de valores como resultado dos direitos de autor continua a ser a forma como os grupos económicos do setor se negam a assumir a justa retribuição do trabalho dos artistas e autores.

Nessa medida, o PCP propõe a compensação dos titulares de direitos de autor e direitos conexos que autorizem a partilha de dados informáticos contendo obras ou partes de obras protegidas, compensação esta que será efetuada a partir do Fundo para a Partilha de Dados Informáticos constituído com as verbas resultantes da cobrança aos fornecedores de serviços de acesso à internet de uma contribuição mensal correspondente a € 0,75 por contrato de fornecimento de serviços de acesso à internet.

Propõe também a disponibilização de um catálogo para a divulgação das obras sujeitas à livre partilha, constituindo-se como ferramenta de referenciação para efeitos de consulta dos utilizadores e de publicitação dos conteúdos que irão gerar um benefício geral aos titulares de direitos e incentivar o apoio à criação.

Todavia, há um benefício cultural para quem partilha e um benefício material de facto para os fornecedores de serviços de acesso à internet (FSI), ou seja, existe de facto a apropriação ilegítima de uma mais-valia sobre os conteúdos que circulam por via telemática, mas não por parte do utilizador. Este, para todos os efeitos, paga um serviço.



Na verdade, o problema não reside em estarem disponíveis conteúdos gratuitamente, porque não estão: o utilizador paga o acesso a um conjunto de conteúdos, mas essa verba fica inteiramente retida nos FSI, que se apropriam assim de uma mais-valia substantiva de obras sobre as quais não possuem direitos. Não sendo os FSI os responsáveis pela colocação de conteúdos protegidos de autor em linha, mas são objetivamente os principais beneficiados financeira e economicamente.

É importante referir que o sistema ora proposto é voluntário, pois nenhum autor/artista/produtor é obrigado a aceitar a livre partilha das suas obras, sendo que apenas é remunerado aquele titular de direitos que aceite essa partilha.

A total liberdade de partilha de conteúdos elimina a necessidade de taxar o suporte físico em que o conteúdo reside ou venha a residir, na medida em que a taxa passa a incidir sobre o fluxo de dados e não sobre o seu alojamento.

Assim, tendo em conta os diversos aspetos e eventuais antagonismos de interesses, o presente Projeto de Lei visa precisamente ultrapassá-los, assumindo como principal objetivo a difusão e fruição culturais livres, sem esquecer a necessidade de salvaguardar os titulares de direitos de autor.

Em face do exposto, vem a Ordem dos Advogados emitir o respectivo parecer.

II.

Começa por se referir que esta é a quarta vez que é apresentado um projecto de lei com este teor, sendo que as anteriores foram em 2012, 2014 e 2016.



Se é certo que o acesso à Cultura e às Artes é um factor de progresso da própria sociedade, tendo inclusivamente, e bem, dignidade constitucional¹, a verdade é que a protecção legal dos direitos de autor também goza dessa mesma protecção constitucional²

Logo à partida, entendemos que este Pdl viola este direito fundamental da liberdade de criação cultural, ao tornar legal a violação dos direitos de autor, através da livre e não autorizada reprodução e disponibilização de obras, prestações ou outros bens protegidos pelo Direito de Autor., nomeadamente no nº 1 do art.º 4º do PdL, que reza assim: *É permitida a partilha gratuita e sem fins comerciais de dados informáticos que contenham obras ou parte de obras protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos, doravante CDADC*

Há aqui uma tentativa de aproximação à excepção já existente na lei da denominada “cópia privada”. Só que o Pdl falha nesta aproximação. E falha desde logo, porque a cópia privada feita sem autorização do autor, como o próprio nome indica é para uso privado, em círculo familiar e não para divulgação livre na internet. E falha também porque no PdL não há a previsão de que a reprodução se faça através de um original que tenha sido legalmente adquirido.

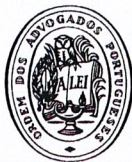
Ainda no âmbito da constitucionalidade, cremos que o nº 2 do art.º 7º é igualmente inconstitucional, uma vez que cria um imposto, sob a aparência de uma taxa. Como diz Diogo Leite Campos³ *As taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares (art. 4.º, 2 da Lei geral tributária). Têm como pressuposto uma actividade administrativa de prestação de serviços, a utilização de domínio público ou a remoção de um limite jurídico a actividades particulares.*

¹ Art.ºs 73º e 78º CRP

² Art.º 42º CRP

³ Diogo Leite de Campos, Revista da Ordem dos Advogados, ano 2007, ano 67 vol. 1,- As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-as-tres-fases-de-principios-fundamentantes-do-direito-tributario/>





Ora, nada disto se verifica no caso em apreço. Além de que, no final, quem iria suportar esta taxa seria, inevitavelmente, o consumidor final, quer aceda ou não às obras “livres”.

Bastariam estas reservas sobre a constitucionalidade do PdL para o parecer da Ordem dos advogados ter que ser negativo.

Mas acrescem outras razões, que, inexoravelmente, conduzirão igualmente à prolação de parecer negativo.

Na verdade, o Pdl em causa não viola somente normas constitucionais, como também viola regras, directivas e tratados internacionais, aos quais o nosso país está vinculado.

Viola as directivas comunitárias que obrigam Portugal a proteger o direito de autor – Directiva 2001/28/CE; Directiva 2004/48/CE e a mais recente Directiva EU 2019/790 do PE e Conselho.

Por outro lado, e de forma absolutamente incompreensível, o PdL inverte a regra da autorização da utilização da cópia, passando agora o Autor a ter o ónus de expressamente declarar que não autoriza a partilha gratuita da sua obra.

Se para os autores nacionais já é uma regra incompreensível, o que se dirá para os autores estrangeiros? Portugal transformar-se-ia num verdadeiro “El Dorado” dos violadores mundiais dos Direitos de Autor.

Por fim, deixamos mais uma perplexidade: o dinheiro proveniente do imposto mensal de € 0,75 sobre cada contrato de fornecimento de serviços de acesso à internet celebrado, como iria ser distribuído entre os Autores? Como aferir o que cada um iria ganhar? Qual o critério justo? Seria o Estado a distribuir o dinheiro e afixar os critérios? Seria igual para todos, independentemente do número de vezes que a obra de cada um seja partilhada, o que, como é facilmente compreensível, é impossível de aferir?





ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Ou seja, também por razões de ordem prática, que iriam criar uma série de imbróglis jurídicos posteriores, este Pdl não pode ter parecer positivo por parte da Ordem dos Advogados.

Este é, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 28 de Abril de 2021,

Duarte Nuno Correia

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados