



## **Um desafio para os direitos de autor no Mercado Único Digital: a edição de obras que deixaram de ser comercializadas**

Isabel Espín Alba\*

*SUMÁRIO: Este texto procede a uma leitura crítica da regulamentação de licenças para a exploração de obras que deixaram de ser comercializadas, prevista na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no Mercado Único Digital, de 14 de setembro de 2016. Além da apreciação da referida Proposta, analisam-se seus principais antecedentes – v.g, o Memorando de Entendimento sobre princípios fundamentais para a digitalização e disponibilização de obras que deixaram de ser comercializadas –, bem como a experiência normativa francesa e o acórdão Soulier e Doke do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de novembro de 2016.*

*PALAVRAS-CHAVE: Mercado Único Digital – direitos de autor – propriedade intelectual – limites aos direitos dos autores – obras que deixaram de ser comercializadas.*

---

\* Professora de Direito Civil, Universidad de Santiago de Compostela.

## I. Mercado Único Digital e desafios aos direitos de autor. Considerações preliminares

Com base no artigo 4.º, n.º 2, alínea a) e nos artigos 26.º, 27.º, 114.º e 115.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estamos imersos num processo legislativo complexo que se manifesta no Mercado Único Digital (MUD) – entendido como a eliminação das barreiras comerciais entre os Estados-Membros com o objetivo de aumentar a prosperidade económica, contribuir para uma “união cada vez mais estreita entre os povos europeus” e desenvolver o conceito de mercado interno, definido como “espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada”. A livre circulação da informação, do conhecimento e do conteúdo, juntamente com as novas formas de criação de bens e serviços intelectuais, são moldadas no MUD com base nos quatro pilares básicos do mercado único (livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital).

No que diz respeito aos direitos de autor, a Estratégia para o Mercado Único Digital, apresentada em 6 de maio de 2015, avança com várias medidas relacionadas com a melhoria da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Mas isto coexiste com outros interesses, por vezes em confronto, como seria o acesso pelos usuários a conteúdos protegidos, já que enfrentam as expectativas de retribuição económica do titular dos direitos sobre as mesmas obras ou serviços.

De entre todas as iniciativas aventadas, merece destaque a intenção de proceder a modificações no que tange aos limites ou exceções à propriedade intelectual, tal como previsto na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Promover no Mercado Único Digital uma economia europeia justa, eficiente e competitiva, baseada nos direitos de autor*, de 14 de setembro de 2016.<sup>1</sup> Mais concretamente, a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital*, de 14 de setembro de 2016<sup>2</sup> (a seguir designada por Proposta de Diretiva), no sentido da promoção de mecanismos mais adequados para a concessão de licenças sobre conteúdos protegidos.

Ora, a análise do conteúdo da Proposta de Diretiva<sup>3</sup> permite identificar uma série de questões relacionadas com as exceções aos direitos de autor que serão alteradas, assim como permite afirmar que a vontade de adequar às novas demandas do mercado digital se tornou consideravelmente diluída, uma vez que os limites mais controversos e os mecanismos de acesso rápido aos conteúdos não foram objeto de tratamento.

Diante desse duplo foco – limites, por um lado,<sup>4</sup> e licenciamento, por outro –, o tema que nos preocupa no presente trabalho – qual seja, as obras que deixaram de ser comercializadas – podia ter sido tratado, à semelhança do que ocorreu com as obras órfãs, em sede de limites ou exceções. Entretanto, o caminho já trilhado por seus

<sup>1</sup> COM (2016) 592 final, disponível em <file:///C:/Users/Samsung/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/9ZVZ44K0/1-2016-592-PT-F1-1.pdf>.

<sup>2</sup> COM (2016) 593 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>.

<sup>3</sup> Para uma abordagem das linhas gerais da reforma ver Aurelio López-Tarruella Martínez, “La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión”, *Revista La Propiedad Inmaterial* 22 (2016): 101-139.

<sup>4</sup> Sobre os perigos de estender excessivamente a lista de limites aos direitos de autor, mesmo que sejam remunerados, ver Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “El mercado único digital y la propiedad intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2 (2016).

anteriores “comunitários”, o remete para o âmbito das licenças e acordos,<sup>5</sup> de modo que os problemas das obras que deixaram de ser comercializadas encontrarão mecanismos contratuais de solução nos termos do Título III da Proposta de Diretiva – e não no seu Título II.

Com referência ao Título II, este contém medidas para adaptar as exceções e limitações ao contexto digital e transnacional e, em três artigos, aborda:

a) Reproduções e extrações efetuadas por organismos de investigação para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido para efeitos de investigação científica (artigo 3.º). A intenção é introduzir um limite específico – como já existe em alguns Estados (por exemplo, França, 2016) – que permita o *data mining* e o *text mining* por parte dos investigadores. O ponto de partida é que o direito da União Europeia já prevê algumas exceções e limitações de utilização para fins de investigação científica que podem ser aplicáveis a atos de prospeção ou mineração de textos e dados, mas tais exceções e limitações são facultativas e não estão plenamente adaptadas à utilização das tecnologias de prospeção na investigação científica.

b) Utilização de obras e outro material protegido em atividades pedagógicas transnacionais, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido (artigo 4.º). Trata-se de garantir que os centros de ensino gozem de total segurança jurídica quando utilizem obras em atividades pedagógicas digitais, incluindo atividades em linha e transfronteiriças.

c) Conservação do património cultural, autorizando que as instituições responsáveis efetuem cópias de obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas coleções, em qualquer formato ou suporte, com o objetivo exclusivo da sua preservação (artigo 5.º).

Por outro lado, o Capítulo 1 do Título III avança com medidas para melhorar as práticas de concessão de licenças e para garantir um maior acesso ao conteúdo, referindo-se especificamente às obras que deixaram de ser comercializadas (artigo 7.º).

O Considerando 23 da Proposta de Diretiva prevê que os Estados-Membros devem ser flexíveis na escolha do mecanismo específico tendente permitir que as licenças de obras que deixaram de ser comercializadas sejam alargadas aos direitos dos titulares de direitos não representados pela entidade de gestão coletiva, em conformidade com as suas tradições jurídicas, práticas ou circunstâncias. Tais mecanismos podem incluir o licenciamento coletivo alargado e presunções de representação.

Encerrando o Capítulo 1 do Título III, é garantido o efeito transnacional da licença concedida (artigo 8.º) e se obriga os Estados-Membros a assegurar um diálogo regular entre as partes interessadas sobre as questões relativas às obras que deixaram de ser comercializadas e suas licenças (artigo 9.º).

O Capítulo 2 do Título III introduz no artigo 10.º a obrigação de os Estados-Membros implementarem um mecanismo de negociação para facilitar a exploração em linha de obras audiovisuais.

---

<sup>5</sup> Sobre o tema ver Raquel Xalabarder, “Las obras huérfanas y las obras descatalogadas”, in *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, dir. Fernando Carbajo (Madrid: Wolters Kluwer, 2012), e Raquel Evangelio Llorca, “Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas”, *Diario La Ley* 7884 (2012). Consultado em LA LEY 6948/2012.

## II. Contexto. Instituições culturais e direitos de publicação

Para entender o motivo e o alcance da escolha da via contratual frente a imposição de limitações, importa analisar alguns elementos da evolução normativa da matéria em causa.

As últimas duas décadas foram marcadas por uma profunda mudança no mercado editorial. Novos canais de criação, distribuição e comunicação pública de conteúdos artísticos e literários dividem espaço com maior interação entre criadores e o público – que não são mais meros consumidores passivos.

Em qualquer caso, o principal ativo dos editores continua sendo seu catálogo de obras, respaldado pelos contratos celebrados com seus autores para a atribuição de direitos de edição.

Para o que se discute neste texto, no que tange à disponibilidade no mercado, desaparece a diferença entre obras descatalogadas e obras em circulação comercial, pois qualquer um que aceda a um livro ou disco pode copiá-lo, reproduzi-lo e distribuí-lo digitalmente com custos e a uma velocidade que prescindem dos canais tradicionais de comercialização.

Por outro lado, as novas tecnologias também se apresentam como uma ferramenta poderosa para agilizar e assegurar os processos de gestão eficaz de direitos autorais.

As obras que deixaram de ser comercializadas são protegidas por direitos autorais, mas não estão disponíveis à decisão dos proprietários dos direitos de não publicar mais edições (impressas ou eletrônicas). Os exemplares impressos ou digitalizados contidos nas coleções de instituições culturais, como bibliotecas e arquivos, são meios privilegiados de acesso às obras. Mas para cumprir a missão de conservação e disseminação de conteúdos culturais, é necessário que tais instituições contem com um regime jurídico seguro e estável que lhes permita obter licenças adequadas para digitalizar e disponibilizar seus acervos.

O sistema de licenças parte da consideração da realidade contratual do setor, na linha marcada pelo TJUE no acórdão *Soulier e Doke*.<sup>6</sup> A ideia fundamental é o respeito pelo autor e pelos detentores de direitos derivados da contratação.

Tradicionalmente, nos diferentes sistemas jurídicos, o contrato para a edição de obras de arte literárias ou científicas tem se caracterizado como uma cessão dos direitos de reprodução e distribuição do objeto do contrato. Com o surgimento das tecnologias digitais a esses direitos de exploração foi adicionada a cessão do direito de comunicação pública, na modalidade de disponibilização em linha dos conteúdos.

No caso da legislação espanhola (LPI), e como técnica de ordem pública para a proteção dos autores, foi imposto um conteúdo mínimo para o contrato de publicação (artigos 60.º e seguintes) e uma série de presunções para a atribuição de direitos em geral (artigos 43.º e seguintes), de modo que se generalizou a forma escrita para a sua realização.

É um contrato em que o risco empresarial é assumido pelo editor que, pessoalmente ou com a colaboração de terceiros, é responsável pela edição nos termos acordados na cessão de direitos e pela distribuição de exemplares (no caso de edição analógica) no mercado, garantindo uma correta exploração comercial.

Ora, para o que releva deste texto, muitos dos contratos concluídos nas últimas décadas continham um prazo muito longo e, apesar da obrigação do editor no sentido assegurar a exploração contínua e a divulgação comercial conforme aos usos habituais

---

<sup>6</sup> Acórdão *Soulier e Doke*, de 16 de novembro de 2016, proc. C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878.

no setor profissional da edição, é frequente que sobre as obras descatalogadas ou que deixaram de ser comercializadas prevaleçam os direitos de edição das editoras.

Desta forma, qualquer atividade relacionada com a digitalização de obras descatalogadas ou que deixaram de ser comercializadas requer autorização dos titulares de direitos de propriedade intelectual, direitos de autor ou conexos.

A Proposta de Diretiva mostra um interesse específico por mecanismos que nos permitem recuperar “livros esquecidos” e dar-lhes uma nova vida, como uma oportunidade sem precedentes para os cidadãos europeus tenham acesso a obras que, de outra forma, teriam sido efetivamente esquecidas.

### III. Solução europeia: licença não exclusiva para fins não comerciais

#### 1. Fundos

##### 1.1. O MoU

Em 2006, foi criado um Grupo de Peritos de alto nível sobre bibliotecas digitais, composto por representantes dos afetados pela digitalização e acessibilidade em linha no domínio cultural, a fim de estudar entre outras a questão das obras órfãs e obras descatalogadas<sup>7</sup> – e cujos resultados refletem-se na aprovação, em 2008, do “*Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*”.<sup>8</sup> Posteriormente, e com base nas tarefas levadas a cabo por esse Grupo, foi elaborado o relatório do *Comité des Sages “New Renaissance”* sobre a Digitalização do Património Cultural Europeu, de 10 de janeiro de 2011, que desempenhou um importante papel de sustentação doutrinária para novos modelos económicos que acelerem a digitalização e permitam a remuneração equitativa dos detentores de direitos autorais e conexos quando apropriado.<sup>9</sup>

Os dois temas – as obras que deixaram de ser comercializadas e obras órfãs – estão incluídos na estratégia da União definida na “Agenda Digital Europeia 2010”<sup>10</sup> e nos objetivos da Comissão Europeia sobre propriedade intelectual descritos na “Comunicação sobre o mercado único dos direitos de propriedade intelectual”, de 24 de maio de 2011.<sup>11</sup> Com efeito, a Agenda Digital Europeia ressaltou a necessidade de simplificar a autorização dos direitos de autor, a sua gestão e a concessão de licenças transnacionais, com referência expressa à criação de um regime jurídico que facilite a digitalização e difusão de obras culturais na Europa mediante uma proposta de diretiva sobre obras órfãs, e que permita entabular um diálogo com as partes interessadas

<sup>7</sup> Decisão da Comissão, de 27 de fevereiro de 2006, que constitui um Grupo de peritos de alto nível sobre bibliotecas digitais JOUE L 63 de 04/03/06, pp. 25-27. O Grupo foi posteriormente renovado pela Decisão da Comissão de 25 de março de 2009, JOUE 82 de 28/03/09, pp. 9-11.

<sup>8</sup> *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*, disponível em [http://travesia.mcu.es/portalnb/jspui/bitstream/10421/1742/1/inf\\_final\\_preserv\\_dig\\_obras\\_huerfanas\\_2008.pdf](http://travesia.mcu.es/portalnb/jspui/bitstream/10421/1742/1/inf_final_preserv_dig_obras_huerfanas_2008.pdf).

<sup>9</sup> Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-17\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-17_en.htm).

<sup>10</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma Agenda Digital para a Europa”, Bruxelas, 26/08/10, COM (2010) 245 final/2, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0245R%2801%29>.

<sup>11</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Um Mercado Único para os Direitos de Propriedade Intelectual. Encorajar a criatividade e a inovação de modo a garantir o crescimento económico, postos de trabalho de elevada qualidade e produtos e serviços de primeira classe na Europa”, COM (2011) 287 final, disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/ipr\\_strategy/COM\\_2011\\_287\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf).

tendente a impulsionar medidas sobre obras esgotadas.

Com este ponto de partida, uma estratégia crucial para o desenvolvimento de uma economia do conhecimento é a criação de bibliotecas digitais europeias que conservem e divulguem o rico património cultural e intelectual da Europa. A Diretiva 2012/28/UE<sup>12</sup> surge neste sentido e patrocinou a celebração de um Memorando de Entendimento entre bibliotecas, editores, autores e entidades de gestão coletiva para facilitar soluções em termos de licenças para digitalizar e disponibilizar livros que deixaram de ser comercializados (Memorando de Entendimento sobre princípios fundamentais para a digitalização e disponibilização de obras que deixaram de ser comercializadas). Tal Memorando, assinado em 20 de setembro de 2011,<sup>13</sup> é conhecido pela sigla MoU,<sup>14</sup> e apostou no mecanismo de licenciamento no setor de livros, acordado entre os agentes económicos envolvidos (autores, editores, livreiros).

O MoU é apresentado como uma ferramenta para o desenvolvimento das atividades das instituições culturais de acesso público enumeradas no artigo 5.º, n.º 2, alínea c) da Diretiva 2001/29/CE. Trata-se de um acordo setorial específico (livros e revistas especializadas) baseado em licenças voluntárias negociadas no país da primeira publicação da obra e na atribuição da condição de obra que deixou de ser comercializada pelo país da primeira publicação. Da mesma forma, um dos aspetos notáveis do acordo é o conteúdo e o alcance das licenças acordadas, e a previsão da necessidade de encontrar soluções para situações de gestão coletiva, quando nem todos os titulares de direitos estão representados por uma entidade administrativa. E, do ponto de vista terminológico, seu objeto não coincide exclusivamente com a ideia de edições fora de edições esgotadas ou livros descatalogados, pois se concentra na ideia de disponibilidade comercial no mercado, incluindo também as obras literárias em formato eletrónico, às quais a descatalogação é um conceito alheio.

Na Comunicação “Rumo a um quadro moderno e mais europeu de direitos de autor” (2015),<sup>15</sup> a Comissão Europeia manifestou seu interesse na remuneração justa dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes – que podem ser especialmente afetados pelas diferenças do poder negocial aquando da concessão de licenças ou cessão de direitos. Entre os mecanismos citados pelas partes interessadas neste contexto

---

<sup>12</sup> Diretiva 2012/28/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs. Sobre a Diretiva relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs e sua transposição em Espanha, se pode consultar, entre outros: Ana Tobio Rivas, “Las obras huérfanas”, *Revista de Derecho Mercantil* 303 (2017): 35-66; Susana Checa Prieto, *La explotación comercial de las obras huérfanas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017); Pilar Cámara Águila, “Artículo 37 bis”, in *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. Rodrigo Bercovitz (Madrid: Tecnos, 2017); Rafael Sánchez Arísti, “El nuevo límite de obras huérfanas”, in *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. Rodrigo Bercovitz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015); Isabel Espín Alba, *Obras huérfanas y derechos de autor* (Cizur Menor: Aranzadi, 2014).

<sup>13</sup> Assinaram o acordo: The European Writers’ Council (EWC), the Federation of European Publishers (FEP), the European Publishers’ Council (EPC), the International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM), the European Bureau of Library, Information and Documentation Associations (EBLIDA), the Conference of European National Librarians (CENL), the Association of European Research Libraries (LIBER), European Visual Artists (EVA), the European Federation of Journalists (EFJ) and the International Federation of Reprographic Rights Organisations (IFRRO).

<sup>14</sup> Disponível em: [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).

<sup>15</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu” COM (2015) 626 final, de 09 de dezembro de 2015, disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PT/1-2015-626-PT-F1-1.PDF>.

incluem-se a regulação de certas práticas contratuais, os direitos irrenunciáveis de remuneração, a negociação coletiva e a gestão coletiva de direitos.

### 1.2. A experiência francesa<sup>16</sup>

Não se consegue compreender a opção do artigo 7.º da Proposta de Diretiva se não forem tidos em conta a legislação francesa sobre livros que deixaram de ser comercializados e o acórdão do TJUE de 16 de novembro de 2016.

Na França, em fevereiro de 2011, foi celebrado um acordo entre o Ministério da Cultura, o SNE (*Syndicat national de l'édition*), a Biblioteca Nacional da França e a SGDL (*Société des gens de lettres*), a fim de promover um sistema tendente a disponibilizar livros descatalogados que resultou na reforma legislativa discutida a seguir.

A Lei 2012-287 e seu desenvolvimento regulatório (Decreto n.º 2013-182 de 27 de fevereiro) desenham um sistema de licenças contratuais para obras que deixaram de ser comercializadas. Basicamente,<sup>17</sup> a Lei 2012-287 instaurou, em seu primeiro capítulo – e através da introdução de um capítulo IV ao título III do Primeiro Livro da primeira parte do Código Francês de Propriedade Intelectual (CPI), artigos L 134-1 a L 134-9 – um sistema tendente a disponibilizar no mercado obras criadas durante o século XX e “indisponíveis” (na sua tradução literal) ao público.

Da mesma forma, cria o artigo L 113-10 dentro do terceiro capítulo do mesmo título III do primeiro livro do CPI, com o objetivo de definir obras órfãs sem contido desenvolver um regime específico para as mesmas. E, por último, o terceiro artigo refere-se a um compromisso entre os órgãos representativos dos autores, editores, livreiros e impressores no sentido da concertação de questões económicas e jurídicas relacionadas à impressão de livros sob demanda.

Não é uma regulamentação geral do fenómeno das obras que deixaram de ser comercializadas, mas uma normativa aplicável ao setor do livro e das revistas especializadas. Entende por obra não disponível, nos termos do artigo L 134-1 CPI, o livro publicado na França antes de 1.º de janeiro de 2001<sup>18</sup> e que não seja mais objeto de difusão comercial por um editor – e que, atualmente, tão pouco seja objeto de uma publicação impressa ou digital. Portanto, para fazer parte do projeto de digitalização promovido pelo legislador, é preciso que cumpra cumulativamente com três requisitos: livro publicado antes de janeiro de 2001, que não está sendo comercializado pelo editor, e atualmente não está sujeito a uma publicação impressa ou digital. Não perde a condição de obra que deixou de ser comercializada aquela que ainda se encontra no mercado de segunda mão. A disponibilidade é referida, portanto, à difusão comercial realizada por um editor, em papel ou em formato digital.

O ponto mais crítico do sistema desenhado consiste em um *opt-in* obrigatório em uma base de dados criada para esse efeito, acompanhada da possibilidade de que a

<sup>16</sup> Na sequência do acórdão *Soulier e Doko*, a experiência francesa foi a que teve maior impacto na Proposta de Diretiva; porém é preciso recordar que a Alemanha também tem uma norma especial para a questão das obras que deixaram de ser comercializadas, introduzida a propósito da transposição da Diretiva 2014/26/UE: os §§ 51, 52 da *Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften*, aplicáveis a obras publicadas antes de 1966.

<sup>17</sup> Um resumo em Jane C. Ginsburg, “Fair use for free, or permitted-but-paid?”, *Berkeley Technology Law Journal* 29 (2014): 1425-1430.

<sup>18</sup> Na sua Exposição de Motivos é explicado que na eleição da data a partir da qual os livros podem ser introduzidos no sistema se constatou que só depois do ano 2001 se generalizou a exigência dos editores de que nos contratos de edição se fizesse constar a cessão de direitos para a disponibilização em linha das obras objeto do contrato.

partir dessa inclusão na base de dados, o autor e o editor de um trabalho indisponível possam, no prazo de seis meses, manifestar a sua oposição através de uma notificação, por escrito, dirigida à entidade de gestão responsável. Esta oposição será anotada na base de dados (artigo L 134-4, I CPI). Da mesma forma, o editor que tenha exercido seu direito de oposição assume a obrigação de realizar uma exploração efetiva da obra, nos dois anos seguintes, já que, caso contrário, a menção de oposição no registro será cancelada, e a obra retornará ao sistema. A prova de exploração efetiva corresponderá ao editor (ver artigo L 134-4 II CPI).

Uma vez que um livro seja inscrito e passados seis meses, a entidade de gestão autorizada para o efeito pelo Ministério da Cultura – a *Société de Perception et de Répartition des Droits* (SPRD) – deve enviar ao editor da obra uma proposta em formato impresso para a exploração da mesma (com exclusividade de dez anos, tacitamente renovável) que se entenderá por rejeitada se o editor não notificar sua decisão por escrito no prazo de dois meses. A partir desse momento, o SPRD poderá autorizar a reprodução e disponibilização da obra em formato digital, mediante um sistema de licenças pagas, não exclusivas, com terão a duração de cinco anos, renováveis (artigo L 134-3 I. CPI).

No entanto, a passagem do período de seis meses indicado anteriormente não significa que não exista mais a possibilidade de recuperação pelo autor ou editor do exercício das faculdades de exploração da obra, pois o autor do livro indisponível pode opor-se se entender que as condições de exploração de sua obra são suscetíveis de prejudicar sua honra ou reputação (artigo L 134-4 CPI).

Nesse caso, os direitos do editor e o interesse público na disponibilidade de obras indisponíveis cedem ao direito moral do autor. Não deixa de ser, no entanto, um sistema restritivo do exercício de direitos, pois diferentemente do direito de inédito, em que se reconhece o direito moral do autor de decidir o destino da sua obra – se será publicada ou não e em que forma –, uma vez divulgada a obra as possibilidades de retirada são drasticamente reduzidas. De qualquer forma, uma vez introduzida no sistema desenhado pela Lei francesa, o exercício do direito de oposição ao uso da obra faz-se mediante a alegação e prova de que tal exploração é suscetível de prejudicar a honra ou reputação do autor.

Os editores e autores franceses criticaram tal sistema por entenderem que acarretava uma clara violação dos contratos editoriais em vigor e a consagração de uma espécie de “domínio público antecipado” com notas expropriatórias e sem lhes oferecer garantias suficientes.

### **1.3. O acórdão Soulier e Doke do TJUE**

Tendo como pano de fundo as vozes críticas do universo editorial francês, o acórdão *Soulier e Doke* do TJUE versou sobre a adequação ao direito da União Europeia do sistema francês de disponibilização de obras que deixaram de ser comercializadas descrito anteriormente, por via da interpretação dos artigos. 2.º, alínea a), e 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.<sup>19</sup>

Os preceitos referidos dispõem, respetivamente, que os Estados-Membros atribuem aos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução direta ou

<sup>19</sup> O pedido foi apresentado no contexto de uma disputa entre o Sr. Marc Soulier e a Sra. Sara Doke, por um lado, e o *Premier ministre* e o *Ministre de la Culture et de la Communication*, por outro, a propósito da legalidade do *Décret n.º 2013182, portant application des articles L. 1341 à L. 1349 du code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>ème</sup> siècle*.

indireta das suas obras, por qualquer meio e sob qualquer forma [artigo 2.º, alínea a)], assim como o direito exclusivo a autorizar ou proibir a comunicação ao público de seus trabalhos (artigo 3.º, n.º 1). No conjunto, indicam que deve ser considerado que toda utilização de uma obra por parte de um terceiro sem tal consentimento prévio viola os direitos do autor da referida obra.

O TJUE decidiu que os preceitos analisados devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional, como a que estava em causa no processo principal, que atribui a uma sociedade de informação a distribuição de direitos autorais, reconhecendo o exercício do direito para autorizar a reprodução e comunicação ao público, em formato digital, de livros “não disponíveis”, isto é, de livros publicados em França antes de 1 de janeiro de 2001 que já não sejam objeto de comercialização ou publicação em formato impresso ou digital, permitindo aos autores ou beneficiários de tais livros oporem-se ou colocar fim a tal exercício nas condições estabelecidas nas normas em causa.

No acórdão de 7 de junho de 2017, o Conselho de Estado francês confirmou a decisão do TJUE de 16 de novembro de 2016, determinando que, por um lado, a falta de informação prévia efetiva e individualizada aos autores das obras digitalizadas e, por outro lado, a obrigação imposta aos autores de fazer prova de que são os únicos proprietários dos direitos de reprodução em causa era contrária aos requisitos do direito da União Europeia. Deste modo, anula o artigo 1.º do Decreto de 27 de fevereiro de 2013 (e, portanto, os artigos R134-5 a R 134-10 da CPI), contrários à diretiva europeia de 2001 relativa aos direitos autorais, mas esclarece que a decisão não tem efeitos retroativos e, conseqüentemente, os contratos celebrados sob sua vigência mantêm seus efeitos.

## **2. Análise crítica do regime das obras que deixaram de ser comercializadas na Proposta de Diretiva**

Tendo em conta os antecedentes descritos, a Proposta de Diretiva não abandonou a via contratual no que respeita às obras que deixaram de ser comercializadas, porém decidiu criar uma ferramenta restrita às instituições do património cultural, em clara conexão com o sistema implementado pela Diretiva das obras órfãs.

Como se pode deduzir dos resultados das avaliações *ex post*, das consultas com as partes interessadas e das avaliações de impacto sobre o tema das obras que deixaram de ser comercializadas, duas opções foram propostas. Por um lado, a primeira opção consistia em exigir aos Estados-Membros a aplicação de mecanismos jurídicos, com efeito transnacional, tendentes a facilitar os acordos de licença de livros e revistas especializadas que deixaram de ser comercializados, bem como organizar um diálogo entre as partes interessadas a nível nacional com vista a facilitar a aplicação desse mecanismo; por outro lado, a segunda opção ia mais longe, pois se aplicava a todos os tipos de obras que deixaram de ser comercializadas, ampliando, portanto, a concessão de licenças a todos os setores. A Proposta de Diretiva promove essa segunda opção.

Em resumo, no Título III da Proposta de Diretiva, o artigo 7.º exige que os Estados-Membros estabeleçam um mecanismo jurídico que facilite os acordos de licença de obras e outro material protegido que deixou de ser comercializado. O artigo 8.º garante o efeito transnacional destes acordos de licença. O artigo 9.º exige que os Estados-Membros mantenham um diálogo entre as partes interessadas sobre questões relacionadas com os artigos 7.º e 8.º. O artigo 10.º exige que os Estados-Membros criem um mecanismo de negociação para facilitar os acordos sobre a exploração em

linha de obras audiovisuais.

Para os propósitos da Proposta, considera-se que uma obra ou outro material protegido deixaram de ser comercializados quando toda a obra ou outro material protegido, em todas as suas traduções, versões e manifestações, não estiverem acessíveis ao público através dos canais habituais de comércio e não se possa esperar razoavelmente que se tornem acessíveis ao público. Não se prevê, como no caso francês (obras publicadas antes de 2001) ou alemão (obras publicadas antes de 1966) um período temporário.

Os beneficiários da licença serão instituições de património cultural. Nos artigos da Proposta não há nenhuma definição a propósito, porém na Exposição de Motivos é feita referência a bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos ou organismos para a conservação do património cinematográfico ou sonoro.

Para determinar o elemento objetivo da falta de disponibilidade ao público nos canais comerciais não é imposto, diferentemente do que ocorre com o processo de determinação das obras órfãs na Diretiva 2012, um processo de busca diligente, prévio à introdução da obra numa base de dados comum. Em todo caso, deve-se presumir que os sujeitos envolvidos atuam de acordo com os parâmetros da boa-fé e do uso inócuo de seus direitos para qualificar uma obra como tendo deixado de ser comercializada, mesmo porque os titulares dos direitos são chamados a participar do referido processo.

Nesse sentido, a preocupação é mais direcionada aos obstáculos que podem ser colocados àquela qualificação. Por conseguinte, o segundo parágrafo do artigo 7.º da Proposta de Diretiva diz que os Estados-Membros, em consulta aos titulares de direitos, entidades de gestão coletiva e as instituições responsáveis pelo património cultural, devem assegurar que os requisitos utilizados para determinar se as obras e outro material protegido podem ser autorizados em conformidade com o n.º 1 não excedem o necessário e razoável, bem como não excluem a possibilidade de determinar o estatuto de uma coleção no seu conjunto como tendo deixado de ser comercializada, isto quando for razoável presumir que todas as obras ou outro material protegido da coleção tenham deixado de ser comercializados.

No coração do sistema, portanto, estão as entidades coletivas para a gestão dos direitos autorais, objeto de uma importante crise de legitimidade nos últimos anos. Com efeito, o mecanismo de licenciamento descrito no artigo 7.º, n.º 1 baseia-se na premissa de que os Estados-Membros assegurarão que, quando uma entidade de gestão coletiva aceita em nome dos seus membros uma licença não exclusiva para fins não comerciais<sup>20</sup> com uma instituição de património cultural para digitalização, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição de obras que deixaram de ser comercializadas ou outro material protegido que fazem permanentemente parte

---

<sup>20</sup> O princípio 1.º, n.º 3 do MoU não excetua o uso comercial das obras: “*Without prejudice to existing exceptions and limitations in the copyright legislations of the Member State in which the publicly accessible cultural institutions are located, each Agreement shall define commercial or non-commercial uses and shall specify which uses are authorised*”. Este ponto foi valorizado positivamente pelo Comité Económico e Social, segundo o qual “2.7.2... O acesso a obras em meios não comerciais, por exemplo estabelecimentos de ensino, bibliotecas públicas ou outros locais que não teatros, é também muito importante para fomentar a diversidade cultural, para fins educativos e para a participação na vida social. A Comissão está ainda a estudar, juntamente com os diretores das agências europeias de cinema (*European Film Agency Directors* — EFAD) e o setor audiovisual, a possibilidade de criar e financiar, em 2017, um catálogo de filmes europeus com fins educativos.” Cfr. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a ‘Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital’, de 25 de janeiro de 2017.

da coleção da instituição, essa licença não exclusiva pode ser alargada ou considerada aplicável aos titulares de direitos da mesma categoria dos que são abrangidos pela licença e não são representados pela entidade de gestão coletiva, desde que:

- a) a entidade de gestão coletiva seja, com base em mandatos de titulares de direitos, amplamente representativa dos titulares de direitos na categoria de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença;
- b) seja garantida a igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos em relação às condições da licença;
- c) todos os titulares de direitos possam, em qualquer momento, opor-se a que as suas obras ou outro material protegido sejam considerados como tendo deixado de ser comercializados, bem como excluir a aplicação da licença às suas obras ou outro material protegido.

Os usos permitidos pela licença não são comerciais, porém isso não impede que a receita seja gerada para cobrir os custos da licença. Isto é expresso no Considerando 27 da Proposta de Diretiva, segundo a qual “uma vez que os projetos de digitalização em massa podem implicar investimentos significativos por parte de instituições responsáveis pelo património cultural, as licenças concedidas ao abrigo dos mecanismos previstos na presente diretiva não devem impedir as instituições de gerar receitas suficientes para cobrir os custos da licença e os custos de digitalização e difusão de obras e outro material protegido abrangidos pela licença”.

A possibilidade de gerir os titulares de licenças parceiros ou não da entidade requer um modelo representativo transparente que garanta uma gestão equilibrada de interesses,<sup>21</sup> pois de outra forma não estaria a respeitar os critérios definidos no acórdão *Soulier e Doke*. Portanto, no contexto da União Europeia, a entidade de gestão coletiva competente para gerenciar a licença será determinada de acordo com as seguintes premissas:

“Artigo 7.º, n.º 4. Os Estados-Membros devem assegurar que as licenças a que se refere o n.º 1 são solicitadas por uma entidade de gestão coletiva que é representativa do Estado-Membro, nos casos em que:

- a) as obras ou fonogramas foram publicados pela primeira vez ou, na falta de publicação, difundidos pela primeira vez, exceto no caso de obras cinematográficas e audiovisuais;
- b) os produtores das obras têm a sua sede ou residência habitual, no caso de obras cinematográficas e audiovisuais; ou
- c) a instituição responsável pelo património cultural é determinada nos termos das alíneas a) e b), quando, após esforços razoáveis, não foi possível determinar o Estado-Membro ou país terceiro”.

No entanto, no caminho marcado pelo acórdão do TJUE de 16 de novembro de 2016, o licenciamento deve se fundamentar num sistema claro de oposição que permita que os detentores de direitos acedam e solicitem a exclusão da obra categorizada como tendo deixado de ser comercializada. Por esta razão, o *opt-out* é uma dobradiça que garante o funcionamento da engrenagem, porque a Proposta de Diretiva impõe o desenho de uma publicidade dos conteúdos e como acedê-los para exercer o direito de oposição.

Nesta linha, a publicidade é dirigida, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3 da Proposta de Diretiva, em primeiro lugar, à consideração das obras ou material protegido como tendo deixado de ser comercializado, bem como à licença, em

<sup>21</sup> Cfr. Considerando 24 da Proposta de Diretiva.

particular, a sua aplicação aos titulares de direitos não representados. Deste modo, conhecendo a atribuição da obra à categoria de fora do comércio e possíveis licenças, em segundo lugar, existe uma obrigação inescapável de divulgar a possibilidade de que os titulares dos direitos expressem sua oposição, inclusive durante um período de tempo razoável antes que as obras ou outro material protegido sejam digitalizados, distribuídos, comunicados ao público ou colocados à disposição.

Para que seja efetiva, tal como acontece com a base de dados das obras órfãs, caberá ao EUIPO<sup>22</sup> disponibilizar essa informação aos cidadãos num único portal *online* de acesso público durante um período suficiente antes que tenha lugar o uso transfronteiriço.<sup>23</sup>

Por último, convém referir que a Proposta de Diretiva não estabelece nada em matéria de compensação. O facto de as utilizações não serem comerciais não implica necessariamente que as licenças sejam gratuitas, uma vez que, para além das despesas administrativas, é frequente no âmbito das licenças de exploração de obras uma variação dos custos, segundo o alcance da utilização concedida.

Em modo de conclusão, é obrigatório questionar o motivo de se ter optado por uma solução legislativa.

A publicação no MoU em 2011 já suscitou a questão de “Por que um MoU?” “Por que a Comissão não propõe uma iniciativa legislativa?”. A mesma Comissão ofereceu então uma resposta no sentido de que “os titulares de direitos autorais, sejam eles autores ou editores, são os que podem decidir se permitem ou não que bibliotecas ou outras instituições culturais digitalizem as obras não comerciais contidas em suas coleções e as coloquem *online* como parte de um projeto da biblioteca digital. Por meio de acordos voluntários, as partes interessadas podem negociar termos e condições mutuamente aceitáveis para a exploração *online* de obras que deixaram de ser comercializadas. Isso é preferível à legislação que pode ser demasiado prescritiva e carecer de flexibilidade para proporcionar soluções adaptadas às necessidades de usuários particulares e às especificidades de setores específicos, respeitando totalmente os direitos autorais. Os princípios fundamentais contidos no Memorando de Entendimento assinado hoje contêm os elementos necessários para assegurar flexibilidade suficiente que permita aos autores e editores exigir das organizações de gestão coletiva a concessão de licenças nacionais e multiterritoriais àquelas bibliotecas e outras instituições culturais de acesso público que desejem digitalizar e disponibilizar livros de comércio e revistas especializadas em suas coleções. Por sua vez, o MoU reconhece que o apoio legislativo para estas soluções de licenciamento desenvolvidas voluntariamente pelas partes interessadas pode ser necessário em alguns Estados-Membros para cobrir situações nas quais as licenças incluem titulares de direitos que não são membros de uma organização de gestão coletiva”.<sup>24</sup>

Por esta razão, é pertinente a questão sobre as razões que agora justificam esta iniciativa no âmbito da Proposta de Diretiva. No fundo, o conteúdo do Título II da referida Proposta reflete fielmente os princípios descritos no MoU, mas a podemos

---

<sup>22</sup> O Regulamento (UE) n.º 386/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho atribui ao Instituto de Harmonização no Mercado Interno determinadas tarefas e atividades, financiadas com recursos orçamentais próprios, destinados a facilitar e apoiar as atividades das autoridades organizações nacionais, o setor privado e as instituições da União na luta contra a violação dos direitos de propriedade intelectual, incluindo a sua prevenção. Por conseguinte, é adequado confiar ao Instituto a criação e a gestão do portal europeu que fornece esta informação.

<sup>23</sup> Cfr. Considerando 28 da Proposta de Diretiva.

<sup>24</sup> Consultar em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-619\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-619_en.htm?locale=en).

perspetivar em um duplo sentido. Por um lado, reforça o critério do acórdão *Soulier e Doke*, na medida em que exige um sistema negociado e transparente de acesso e oposição e, por outro lado, evidencia, em grande medida, as dificuldades (económicas e jurídicas) que muitas destas instituições têm encontrado ante um sistema de limite não remunerado para o uso de obras órfãs.<sup>25</sup> Sobre este último aspeto, o sistema de licenciamento é menos complexo do que os processos de busca diligente, um fator a ser tido em conta no planeamento dos processos de digitalização maciça dos recursos das instituições dedicadas à preservação do património cultural.

---

<sup>25</sup> Sem aprofundar a questão, basta consultar a base de dados das obras órfãs do EUIPO para constatar que o sistema não respondeu às expectativas do impacto da Diretiva 2012. O registo é muito limitado e provém, na maior parte, de países que já possuíam uma legislação sobre obras órfãs, antes da transposição pelos Estados-Membros da referida Diretiva.